DERECHO PROCESAL PENAL
MATERIALES PARA EL ESTUDIO

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad Complutense de Madrid

9ª edición

Curso 2026/2027

La presente edición digital es *copyleft*. Puede ser libremente copiada, distribuida y comunicada públicamente, con la condición de citar a su autor. Excepto por su autor, no podrá ser utilizada con fines comerciales.



© Fernando Gascón Inchausti (2026)

I.S.B.N.: 978-84-09-14502-7

ÍNDICE

LECCIÓN 1 PROCESO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL..... 17

1. La aplicación del Derecho penal y la función del proceso penal..... 17

2. El sistema procesal penal..... 18

3. El Derecho procesal penal..... 22

4. Las fuentes del Derecho procesal penal..... 22

LECCIÓN 2 PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y FORMAS DEL PROCESO PENAL 29

1. Los principios jurídico-naturales y las garantías constitucionales del proceso penal..... 29
1.1. El principio de audiencia..... 29
1.2. El principio de igualdad..... 30
1.3. El principio de contradicción y el sistema acusatorio..... 30
1.4. El principio del juez no prevenido..... 31
1.5. Las garantías constitucionales del proceso penal..... 31

2. Los principios jurídico-técnicos del proceso penal..... 33
2.1. El principio de oficialidad y la investigación de oficio..... 33
2.2. Principio de oficialidad frente a principio de oportunidad..... 34
2.3. Mediación penal y justicia penal restaurativa..... 38

3. La configuración externa del proceso penal: la forma del proceso penal..... 39
3.1. En general..... 39
3.2. En la fase de instrucción..... 41
3.3. En la fase de juicio oral..... 42

4. Panorama general de los procesos penales..... 44

LECCIÓN 3 EL OBJETO DEL PROCESO PENAL..... 46

1. El objeto del proceso penal..... 46
1.1. Delimitación progresiva e inmutabilidad del objeto del proceso..... 47
1.2. Relevancia del sujeto en la delimitación del objeto..... 48

2. Procesos penales con pluralidad homogénea de objetos..... 49

3. La acción civil en el proceso penal..... 51
3.1. Naturaleza de la acción civil en el proceso penal..... 51
3.2. Régimen procesal de la acción civil en el proceso penal..... 52

4. Prejudicialidad no penal y cuestiones prejudiciales..... 54

LECCIÓN 4 LOS TRIBUNALES PENALES..... 57

1. La organización de la jurisdicción penal española..... 57

2. Sujetos que colaboran con la jurisdicción penal.....61

3. La competencia internacional de los tribunales penales españoles.....61

4. La jurisdicción por razón del objeto. Límites subjetivos.....68

5. La competencia objetiva..... 69
5.1. Competencia objetiva para el enjuiciamiento.....69
5.2. Competencia objetiva para instruir.....73

6. La competencia funcional..... 74

7. La competencia territorial..... 75

8. Alteración de las normas sobre jurisdicción y competencia en los casos de conexión delictiva.....76

9. Tratamiento procesal..... 78

10. Determinación definitiva de los juzgadores..... 79

LECCIÓN 5 LA ACCIÓN PENAL Y SUS TITULARES: LAS PARTES ACUSADORAS..... 80

1. La acción penal..... 80
1.1. Contenido de la acción penal.....81
1.2. Ejercicio de la acción penal.....82
1.3. Los presupuestos de la acción penal y su control judicial.....83

2. Titulares de la acción penal y partes acusadoras: las partes acusadoras como partes en sentido formal.....85

3. El Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea.....88

4. El acusador particular y el acusador popular..... 91
4.1. Acusador particular y acusador popular: delimitación.....91
4.2. Diferencias de tratamiento.....95
4.3. Adquisición del estatus de parte acusadora.....96

5. El estatuto de la víctima en el proceso penal.....98

6. El acusador privado..... 99

7. El actor civil..... 100

LECCIÓN 6 LOS SUJETOS PASIVOS DEL PROCESO PENAL..... 103

1. El sujeto pasivo del proceso penal: cuestiones generales..... 103

2. Derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso penal..... 105

3. La persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal.....111

4. La adquisición de la condición de sujeto pasivo del proceso penal: la imputación formal.....113
4.1. Imputación formal y acusación..... 114
4.2. Imputación formal e imputación material..... 115

5. Ausencia del sujeto pasivo en el proceso penal: consecuencias de la rebeldía...117

6. El responsable civil.....120

6.1. El responsable civil directo..... 120
6.2. El responsable civil subsidiario..... 123
6.3. Tratamiento de los responsables civiles en el proceso..... 124

7. Pluralidad de partes en el proceso penal..... 124

8. Representación y defensa de las partes..... 125

9. Singularidades del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el proceso penal 128

LECCIÓN 7 ACTOS PROCESALES Y RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PROCESO PENAL..... 130

1. Lugar de las actuaciones procesales..... 130

2. Tiempo de las actuaciones procesales..... 131

3. Actuaciones procesales, actividad jurisdiccional e Inteligencia Artificial..... 132
3.1. Actuaciones procesales e IA, en general..... 132
3.2. En especial, el uso de la IA por los jueces..... 134

4. Validez y nulidad de las actuaciones procesales..... 137

5. Las resoluciones judiciales y del Letrado de la administración de justicia.....139

6. Recursos frente a resoluciones interlocutorias en el proceso penal..... 141
6.1. Recurso de reforma.....141
6.2. Recurso de súplica.....142
6.3. Recurso de apelación.....142
6.4. Recurso de queja.....143
6.5. Recursos frente a resoluciones del Letrado de la A. de J..... 144

7. Los actos de comunicación en el proceso penal..... 145

LECCIÓN 8 EL INICIO DEL PROCESO PENAL..... 147

1. El comienzo del proceso penal: cuestiones generales. Los medios de conocimiento de la *notitia criminis*..... 147

2. La denuncia.....148

3. El atestado policial.....150

4. La querella..... 151

5. Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal.....154

6. Canales de información e incoación del proceso penal..... 156

7. Programas de cumplimiento e investigaciones internas en el ámbito empresarial 157

8. La incoación de oficio del proceso penal..... 157

LECCIÓN 9 LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN ORDINARIAS..... 159

1. Finalidades de la instrucción..... 159

2. Caracteres de la fase de instrucción.....160

3. Sujetos que intervienen en la fase de instrucción..... 163

4. Las diligencias de investigación ordinarias.....166
4.1. Diligencias sobre el cuerpo del delito..... 166
4.2. La inspección ocular.....167
4.3. Declaración del investigado..... 167
4.4. Declaración de testigos.....168
4.5. El careo.....173
4.6. El informe pericial.....173
4.7. Diligencias para la identificación del delincuente y de sus circunstancias..... 174
4.8. Circulación o entrega vigilada de drogas..... 175

LECCIÓN 10 MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES..... 176

1. La restricción de derechos fundamentales en el proceso penal y las exigencias del principio de proporcionalidad.....176

2. La intervención de la correspondencia escrita y telegráfica..... 180

3. La entrada y registro en domicilio.....183

4. El registro de libros y papeles.....185

5. Las medidas de investigación tecnológica..... 186
5.1. Aspectos comunes: las exigencias de proporcionalidad.....187
5.2. La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.....190
5.3. La captación y grabación de comunicaciones orales directas..... 197
5.4. La utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen en espacios públicos.....198
5.6. El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y el registro remoto sobre equipos informáticos..... 200

6. Las intervenciones corporales y la obtención del perfil de ADN..... 202

7. Infiltración policial y agente encubierto.....205

8. Acceso a datos PNR (Registro de Nombres de Pasajeros).....209

LECCIÓN 11 LAS MEDIDAS CAUTELARES..... 211

1. Cuestiones generales en relación con las medidas cautelares personales en el proceso penal.....211
1.1. Concepto.....211
1.2. Presupuestos..... 212
1.3. Características.....213
1.4. Medidas cautelares personales..... 214

2. Citación cautelar.....215

3. Detención.....215
3.1. Concepto y presupuestos.....215
3.2. Derechos del detenido..... 217
3.3. Duración de la detención.....220
3.4. Puesta a disposición judicial del detenido.....221
3.5. El procedimiento de *habeas corpus*..... 222

4. Prisión provisional.....223
4.1. Concepto y presupuestos.....223
4.2. Duración de la prisión provisional.....226
4.3. Modalidades de la prisión provisional.....227
4.4. Abono de condena e indemnización por prisión indebida.....229

5. Libertad provisional.....230
5.1. Concepto.....230
5.2. Presupuestos y obligaciones accesorias.....230

6. Procedimiento para acordar la prisión provisional y la libertad provisional (con fianza).....231
6.1. Sustanciación del procedimiento.....232
6.2. La resolución y el régimen de recursos.....233
6.3. Ejecución del auto de prisión.....234

7. Las medidas de alejamiento.....235

8. Las medidas de protección de determinadas clases de víctimas.....236
8.1. La orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica.....236
8.2. Las medidas de protección específicas para la protección de las víctimas de la violencia de género.....237
8.3. Las medidas de protección específicas para la protección de las víctimas menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada.....237

9. Medidas cautelares especiales.....238
9.1. Privación del permiso de conducir vehículos de motor o de la licencia para conducir ciclomotores.....238
9.2. Suspensión de función o cargo público.....239
9.3. Prohibición de abandonar el territorio nacional.....239
9.4. Retirada provisional de contenidos ilícitos.....239

10. Medidas cautelares personales frente a personas jurídicas.....239

11. Medidas cautelares patrimoniales.....241

LECCIÓN 12 LA FASE INTERMEDIA.....242

1. Naturaleza y función de la fase intermedia.....242

2. El sobreseimiento.....243
2.1. El sobreseimiento libre.....243
2.2. El sobreseimiento provisional.....244
2.3. Sobreseimiento total o parcial.....245

3. La apertura del juicio oral.....245

4. La opción entre sobreseimiento y apertura del juicio oral.....246

5. Tramitación de la fase intermedia en el procedimiento abreviado.....248
5.1. La conclusión de la instrucción y el «auto de transformación».....248
5.2. La preparación del juicio oral.....249

6. Tramitación de la fase intermedia en el procedimiento ordinario.....250
6.1. La conclusión de la instrucción.....250
6.2. La fase intermedia.....251

LECCIÓN 13 EL JUICIO ORAL: CUESTIONES GENERALES.....252

1. La fase de juicio oral: aspectos generales.....252

2. Tramitación del juicio oral en el procedimiento ordinario por delitos graves.. 255
2.1. Trámites previos a las sesiones del juicio oral..... 255
2.2. El acto de la vista.....259

3. Tramitación del juicio oral en el procedimiento abreviado.....261
3.1. La audiencia preliminar.....261
3.2. El acto del juicio.....262

4. La paralización del juicio oral.....264

LECCIÓN 14 PRUEBA PENAL Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA..... 267

1. Concepto de prueba.....267

2. Objeto de la prueba en el proceso penal.....268

3. La proposición y admisión de la prueba. La iniciativa probatoria: el problema de la prueba de oficio..... 269

4. La presunción de inocencia y los requisitos para fundar válidamente en la prueba una sentencia de condena..... 272
4.1. Mínima actividad probatoria..... 273
4.2. Prueba obtenida y practicada con todas las garantías.....273
4.3. Prueba de cargo..... 278
4.4. Prueba practicada en el juicio oral.....279
4.5. Prueba valorada conforme a la lógica y a la experiencia..... 283
4.6. Carga de la prueba e *in dubio pro reo*..... 283
4.7. Consecuencias de la vulneración de la presunción de inocencia..... 285

5. Los medios de prueba.....286
5.1. La declaración del acusado (y del coacusado)..... 286
5.2. Declaración de testigos.....287
5.3. Informe pericial..... 289
5.4. Documentos, piezas de convicción y reconocimiento judicial.....290

LECCIÓN 15 LA CONFORMIDAD DEL ACUSADO.....291

1. Cuestiones generales: concepto, naturaleza jurídica y función en el marco del proceso penal.....291

2. Régimen jurídico de la conformidad..... 292
2.1. Ámbito de la conformidad.....292
2.2. Momento de la conformidad..... 293
2.3. Requisitos de la conformidad..... 293
2.4. Consecuencias de la conformidad..... 295
2.5. Recursos frente a la sentencia de conformidad..... 296
2.6. El supuesto especial del «reconocimiento de los hechos»..... 296

3. Procedimientos de Justicia restaurativa.....297

LECCIÓN 16 LA SENTENCIA PENAL.....301

1. La sentencia penal: su formación interna y su estructura externa.....301

2. La correlación entre acusación y sentencia: cuestiones generales..... 303

3. El «planteamiento de la tesis» en el procedimiento ordinario.....305

4. La desvinculación del tribunal en el procedimiento abreviado.....307

5. El pronunciamiento sobre las costas.....309

LECCIÓN 17 LOS RECURSOS FRENTE A LA SENTENCIA.....311

1. Cuestiones generales: el derecho a los recursos en el ámbito del proceso penal 311

2. El recurso de apelación frente a sentencias.....313
2.1. Tribunal competente.....313
2.2. Motivos del recurso.....313
2.3. Tramitación.....315
2.4. Sentencia.....317

3. El recurso de casación.....318
3.1. Resoluciones recurribles en casación.....318
3.2. Motivos del recurso de casación por infracción de ley.....320
3.3. Motivos del recurso de casación por quebrantamiento de forma.....321
3.4. El recurso de casación por infracción de precepto constitucional.....322
3.5. Tramitación del recurso de casación.....323
3.6. Sentencia.....325

LECCIÓN 18 LA COSA JUZGADA PENAL Y SU IMPUGNACIÓN.....327

1. Consideraciones previas.....327

2. Particularidades de la cosa juzgada en el proceso penal..... 328

3. La impugnación de la cosa juzgada..... 332
3.1. La revisión penal.....332
3.2. La «anulación» de sentencias en el procedimiento abreviado.....337

4. Otros cauces de impugnación: el proceso de amparo y el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....338

LECCIÓN 19 EL JUICIO POR DELITOS LEVES.....340

1. Introducción.....340

2. Competencia.....341

3. Partes..... 341
3.1. Partes acusadoras.....342
3.2. El denunciado o querellado.....343

4. Principio de oportunidad reglada..... 343

5. Procedimiento..... 344
5.1. El juicio especial y rápido por delitos leves.....344
5.2. El juicio ordinario por delitos leves.....346
5.3. El acto del juicio; sentencia y recursos.....347

LECCIÓN 20 EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS.....349

1. El «sistema» de juicios rápidos.....349

2. Ámbito de aplicación del procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.....351

3. Las actuaciones de la Policía Judicial.....353

4. El comienzo del proceso y la «instrucción concentrada» en la guardia..... 355

5. Preparación del juicio oral..... 358

6. La conformidad en la guardia.....360

7. Juicio oral, sentencia y apelación.....362

8. Especialidades en los casos de violencia de género.....363

LECCIÓN 21 EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO..... 364

1. Introducción.....364

2. Competencia del Tribunal del Jurado.....365

3. Los jurados.....366

4. La instrucción..... 368

5. La audiencia preliminar.....369

6. Cuestiones previas y auto de hechos justiciables.....370

7. La constitución del Tribunal del Jurado: designación de los jurados.....371

8. El juicio oral.....372

9. Posible disolución del Jurado..... 373

10. El veredicto y la sentencia.....374

11. El régimen de recursos.....375

LECCIÓN 22 EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO Y EL PROCESO DE DECOMISO AUTÓNOMO.....377

1. El proceso por aceptación de decreto..... 377

2. El proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito..... 379

LECCIÓN 23 LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL..... 380

1. Cuestiones generales.....380

2. Órganos de la ejecución..... 381
2.1. El tribunal sentenciador.....381
2.2. El Juez de Vigilancia Penitenciaria..... 383
2.3. La Administración Penitenciaria..... 384

3. La ejecución de la pena privativa de libertad.....384
3.1. La sustitución de las penas privativas de libertad..... 385
3.2. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad..... 386
3.3. El régimen penitenciario y los beneficios penitenciarios.....389

4. La pena de multa, la responsabilidad civil y las costas.....392

5. Terminación de la ejecución.....393

LECCIÓN 24 LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL 394

1. Cuestiones generales.....394

2. Fuentes normativas: especial consideración de la normativa de la Unión Europea..... 395

2.1. Cooperación judicial penal en la UE y reconocimiento mutuo.....396

2.2. Instrumentos de la UE en materia de cooperación judicial penal..... 398

2.3. Entramado orgánico.....400

3. Extradición y orden europea de detención y entrega.....401

3.1. La orden europea de detención y entrega.....402

3.2. La emisión de una orden europea de detención y entrega.....404

3.3. La ejecución en España de una orden europea de detención y entrega.....405

4. Obtención de pruebas a través de la orden europea de investigación.....409

4.1. La emisión y transmisión desde España de una orden europea de investigación 410

4.2. Reconocimiento y ejecución en España de una orden europea de investigación 411

LECCIÓN 1

PROCESO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

1. La aplicación del Derecho penal y la función del proceso penal. — 2. El sistema procesal penal. — 3. El Derecho procesal penal. — 4. Las fuentes del Derecho procesal penal.

1. LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL Y LA FUNCIÓN DEL PROCESO PENAL

El proceso penal es el instrumento necesario para la aplicación del Derecho penal y, con ello, para la represión jurídica del delito. En términos muy generales, al Estado se le atribuyen dos grandes clases de funciones con el fenómeno del delito (o, si se quiere, dos grandes compromisos u obligaciones):

— De un lado, el Estado debe *prevenir* el delito: en esto consiste la función pública de policía, que es una tarea de naturaleza administrativa. Si el Estado pudiera cumplir esta misión con éxito absoluto, no se llegarían a cometer delitos nunca.

> Esto explica, v.g., que la policía patrulle las calles o que se organicen dispositivos especiales ante eventos deportivos a los que se prevea la asistencia de aficionados potencialmente violentos.

— Pero, también, al Estado le corresponde *perseguir* y *reprimir* el delito ya cometido (es decir, cuando han fallado los mecanismos de prevención). El delito cometido se reprime o se persigue castigando al responsable: y este castigo consiste en la imposición de una sanción –la pena–, que le priva de un bien jurídico –como, por ejemplo, la libertad (pena de prisión), parte de su patrimonio (pena de multa), el derecho a conducir (pena de privación del permiso de conducir) o el derecho a ocupar un cargo o empleo público (pena de inhabilitación)–. En resumidas cuentas, el delito se persigue a través de la aplicación del Derecho penal.

El Derecho penal no se puede aplicar de cualquier modo, por una razón bien clara: la aplicación del Derecho penal compromete los derechos fundamentales de la persona respecto de la cual se pretende esa aplicación. Por eso, en los Estados de Derecho contemporáneos la aplicación del Derecho penal debe estar monopolizada por el Estado y dentro del Estado debe encomendarse en exclusiva a aquellos órganos capaces de actuar, en todo caso, de forma independiente e imparcial. Los únicos órganos en que concurren estas condiciones son los órganos jurisdiccionales, razón por la cual no resulta admisible más que la aplicación jurisdiccional del Derecho penal.

Y si el Derecho penal solo puede ser aplicado por los tribunales, de ello se deriva otra consecuencia, la de que el Derecho penal solo se puede aplicar a través del correspondiente proceso (penal), dado que la actuación de los tribunales se desenvuelve necesariamente a través de procesos.

Sentado lo anterior, ha de notarse que en el proceso penal confluyen y a la vez se enfrentan dos intereses (públicos) contrapuestos:

— De un lado, se encuentra el que se puede llamar *«interés público en la persecución penal»*. Este interés público exige una reacción del Estado siempre que se tenga noticia de la comisión de un hecho aparentemente delictivo: en otros términos, siempre que haya apariencia de delito debe abrirse el correspondiente proceso penal para proceder a su persecución y su castigo. Este interés público es la base y el motor del proceso penal.

— De otro, se encuentra el interés en que se respeten los derechos fundamentales de las personas sujetas a un proceso penal, que también es un interés de carácter público, especialmente allí donde existe una Constitución que reconoce el *standard* mínimo de tratamiento que merecen todos los sujetos que se relacionan con el poder público.

Por eso, el proceso penal no puede desarrollarse de cualquier modo, sino que su eficacia –exigida por el interés público en la persecución penal– está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales. Hay que tener en cuenta que en el desarrollo del proceso penal existen al menos tres momentos de máxima tensión entre ambos intereses públicos (en la persecución penal y en el respeto a los derechos fundamentales):

— Cuando se adoptan medidas cautelares personales frente al encausado que, como la detención o la prisión provisional, pueden privarle, aunque sea temporalmente, de su libertad –o también de otros derechos, igualmente relevantes–.

— Cuando se acuerdan ciertas actuaciones de investigación que pueden ser restrictivas de derechos fundamentales, como sucede con la intervención de las comunicaciones telefónicas o con el registro domiciliario.

— Cuando se dicta sentencia al final del proceso, que puede ser condenatoria y que puede privar al sujeto condenado de algún derecho fundamental (*v.g.* la libertad, si se impone pena privativa de libertad).

2. EL SISTEMA PROCESAL PENAL

El proceso penal, como todo proceso jurisdiccional, solo existe en la medida en que lo construye el legislador. No existe por tanto una única forma posible de diseñarlo, ni tampoco un único modelo de proceso penal. Al contrario, a la hora de regular el proceso penal los legisladores se enfrentan a diversas opciones, tanto técnicas como políticas. Al concreto resultado de la actividad de

diseño de un proceso penal se le llama *«sistema procesal penal»* de un Estado. Los sistemas procesales penales pueden ser distintos, tanto en el espacio como en el tiempo. Así, nadie duda de que nuestro actual proceso penal es distinto al que existía en tiempos medievales o modernos; es más, es recurrente la afirmación, por parte de las más variadas instancias y partidos políticos, de que nuestro país necesita un nuevo sistema procesal penal –aunque hasta ahora no siempre ha existido consenso en torno a cuál habría de ser ese nuevo sistema–. Y, en lo que se refiere a la dimensión espacial, es distinto nuestro proceso penal del portugués, del francés, del italiano o del alemán –por poner unos pocos ejemplos–, aunque todos ellos sean igualmente válidos y, al menos en su diseño legal, satisfagan las exigencias de justicia establecidas en los textos normativos internacionales.

El actual sistema procesal penal vigente en España se funda en tres ideas básicas, en tres pilares, a partir de los cuales se vertebra nuestro modelo de justicia penal:

1º. El primer pilar sobre el que se construye nuestro modelo es el de que *en todo proceso penal deben llevarse a cabo tres actividades distintas*: la de *investigar*, la de *acusar* y la de *juzgar*. Y, además, cada una de ellas ha de llevarse a cabo *por sujetos también distintos*.

— La actividad de investigar (o «instruir la causa») está encaminada a encontrar la respuesta a dos preguntas: 1ª) si se ha cometido o no un delito y cuál; y 2ª) quién es la persona a la que puede imputarse dicho delito.

En el desarrollo de esta actividad de investigación el protagonismo, materialmente, recae en gran medida sobre la Policía Judicial; ahora bien, la *dirección de la investigación* en nuestro ordenamiento corresponde como regla a un órgano jurisdiccional, el *juez de instrucción*, que también es el encargado de realizar por sí mismo ciertos actos de investigación. En nuestro ordenamiento se ha venido entendiendo que el hecho de que la investigación la dirija un juez preserva las garantías básicas de la imparcialidad e independencia a la hora de tomar ciertas decisiones que pueden ser básicas para los derechos de los sujetos involucrados en el proceso.

> No obstante, en muchos otros países la dirección de la investigación está en manos del Ministerio Fiscal, aunque ciertas decisiones han de ser tomadas o controladas por Jueces, debido a su impacto sobre los derechos fundamentales. También en España se propugna con insistencia la implantación de este sistema. De hecho, los últimos intentos de reformar nuestro proceso penal han optado ya por atribuir la dirección de la investigación penal al Ministerio Fiscal. Es más, en algunas modalidades de proceso penal en nuestro país la dirección por el Ministerio Fiscal ya es una realidad: esto es lo que sucede en los procesos penales frente a menores de edad y, desde fechas muy recientes, en los procesos por delitos cuya investigación está atribuida a la Fiscalía Europea.

Ha de quedar claro también que la actividad de investigación forma parte del proceso penal, no es previa a él: por eso, como se verá más adelante, para

nuestro ordenamiento el proceso penal se inicia formalmente cuando se abre una investigación.

> En otros sistemas, en cambio, la fase de investigación tiene la consideración de una actividad preprocesal, de naturaleza más bien administrativa, pues la protagonizan sobre todo la Policía y la Fiscalía: en algunos de esos sistemas, el proceso penal solo empieza cuando la Fiscalía, una vez concluida la investigación, formula acusación contra una persona determinada.

— La función de acusar consiste en imputar o atribuir a una o varias personas el hecho investigado y solicitar la imposición de la pena o castigo correspondiente (quien acusa formula una pretensión de condena ante un tribunal). La función de acusar ha de estar encomendada necesariamente a un órgano público, porque el delito vulnera siempre el interés público. Ese órgano público por definición ha de ser distinto del juez llamado a enjuiciar y dictar sentencia: no se puede ser a la vez juez y parte, y la función de acusar es propia de quien es parte. Por eso existe como órgano público el *Ministerio Fiscal*, cuya función principal en nuestro sistema es la de encargarse de ejercer la acusación en juicio.

Ahora bien, es una característica peculiar de nuestro sistema procesal penal la de que la función de acusar no está monopolizada por el Ministerio Fiscal (como sucede en la gran mayoría de los países de nuestro entorno), sino que está abierta con absoluta amplitud a los particulares, tanto a los ofendidos por el delito (acusación particular), como a cualquier interesado (acusación popular).

> No obstante, la acusación popular no goza de especial simpatía por parte del poder político, pues ha servido en numerosas ocasiones para impulsar procesos penales «incómodos» para gobernantes y partidos políticos. Eso explica la constante intención del legislador de restringir notablemente su ámbito de operatividad.

— La función de juzgar es la actividad consistente en decir el Derecho en un caso concreto, esto es, determinar cuáles son los hechos que se han producido en el caso concreto y subsumir los hechos probados en las normas jurídicas para deducir de ello las consecuencias jurídicas oportunas.

Esta actividad de enjuiciamiento está condicionada, de un lado, por las pretensiones punitivas o defensivas de las partes y, asimismo, por las pruebas que se practican a instancia de las partes; en ocasiones, sin embargo, la pena impuesta en sentencia no es el resultado de un genuino enjuiciamiento judicial, sino que se llega a ella por la conformidad del acusado con la acusación.

Esta función la ha de llevar a cabo un órgano jurisdiccional, que por definición ha de ser distinto del que se ha ocupado de dirigir la investigación. Esta prohibición de que el que instruye no pueda después juzgar se conoce con la

expresión de *«principio del juez no prevenido»* o *«principio del juez no contaminado».*

2º. La segunda idea sobre la que se asienta nuestro modelo de justicia penal es la de que *el proceso penal debe estar dividido en dos fases*, la de instrucción y la de enjuiciamiento.

La fase de *instrucción* (a menudo llamada también fase de *sumario*) tiene un carácter preparatorio y a la vez necesario. Su finalidad es investigar para determinar si el asunto merece ser o no enjuiciado. De su resultado depende que se abra o no juicio oral. En la fase de instrucción se investiga la conducta punible y, a su término, se decide si resulta procedente pasar o no a la fase de enjuiciamiento. Dar paso a la fase de enjuiciamiento solo será oportuno si tras la instrucción queda acreditada la comisión de un delito, está identificada la persona aparentemente responsable y se han obtenido pruebas suficientes con las que sustentar una acusación en juicio.

La fase de *enjuiciamiento* (también llamada fase de *juicio oral*) es contingente: solo se abrirá si ha tenido éxito la fase de instrucción. En esta fase las partes formulan sus pretensiones, se practican las pruebas pertinentes y el tribunal habrá de dictar sentencia.

Debe tenerse en cuenta, además, que entre la fase de instrucción y la fase de enjuiciamiento ha de existir una fase diferenciada, llamada «*fase intermedia*», cuya finalidad es decidir, a la vista de los resultados de la instrucción, si procede abrir la fase de juicio oral –a través del llamado *«juicio de acusación»*.

3º. Finalmente, el tercer elemento definitorio de nuestro modelo de proceso penal es que, como regla, en él *se ejercitan conjuntamente la acción penal y la acción civil derivada del delito*.

El proceso penal, por tanto, no se limita a ser un instrumento para aplicar el Derecho penal e imponer un castigo al culpable de un delito, sino que también se utiliza para exigir las consecuencias jurídicas que el hecho delictivo produce en el plano civil: en este segundo ámbito, se permite reclamar la restitución de la cosa objeto del delito, la reparación de los daños o la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito (art. 100 LECrim; arts. 109-122 CP). Por eso, las partes acusadoras normalmente ejercitan tanto la acción penal como la acción civil; es más, el propio Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercitar la acción civil en beneficio del perjudicado por el delito (art. 108 LECrim). Esta regla solo se excepciona en dos supuestos: 1) cuando el perjudicado por el delito renuncia a la acción civil; 2) cuando el perjudicado por el delito decide «reservarse» la acción civil para ejercitarla de forma separada en un proceso civil, aunque en este caso ese proceso civil no podrá desarrollarse hasta que no haya concluido el proceso penal (art. 112 LECrim).

3. El Derecho procesal penal

El Derecho procesal penal se puede entender como disciplina científica o como conjunto normativo –o, si se quiere, como rama del ordenamiento–. Desde esta segunda perspectiva, se puede decir que es el conjunto de normas que se ocupan de regular cuatro temas o extremos distintos:

1º. La estructura y las funciones de los órganos jurisdiccionales penales: cuáles son los tribunales penales españoles y cuáles son las funciones que tienen atribuidas.

2º. Los presupuestos de la actividad jurisdiccional en materia penal, es decir, cuáles son los presupuestos procesales en el ámbito del proceso penal.

> El concepto de «presupuesto procesal» es el mismo en el ámbito del proceso penal que en el del proceso civil: son presupuestos procesales todas aquellas circunstancias y requisitos que han de darse para que un tribunal pueda tramitar válidamente un proceso y dictar a su término una sentencia sobre el fondo de la cuestión litigiosa (*v.g.*, que el tribunal posea jurisdicción y competencia para conocer del proceso; que las partes sean capaces y estén debidamente representadas y asistidas; o que no existan óbices procesales como la cosa juzgada o la litispendencia).

3º. La forma y contenido de la actividad jurisdiccional penal, es decir, el modo en que está regulado el desarrollo de los procesos penales.

> Se trata, en otros términos, del desarrollo procedimental: v.g., cómo se han de llevar a cabo las diligencias de investigación, de qué manera se pueden acordar medidas cautelares respecto de la persona investigada y de su patrimonio, de qué modo han de desarrollarse las sesiones del juicio oral, qué recursos caben frente a las resoluciones judiciales.

4º. Los efectos de la actividad jurisdiccional penal, es decir, las consecuencias de las resoluciones que ponen fin a un proceso penal (*v.g.*, la cosa juzgada o la ejecución de las sentencias penales).

4. Las Fuentes del Derecho procesal penal

Las fuentes normativas del Derecho procesal penal son las siguientes:

1º. *La Constitución Española de 1978.* Establece el marco normativo genérico para la actividad jurisdiccional penal y contiene normas directa o indirectamente aplicables (así, el art. 17, que reconoce el derecho a la libertad; el art. 18, que reconoce el derecho a la privacidad en sus diversas facetas; el art. 24, en que se plasman el derecho a la tutela judicial efectiva y las garantías básicas del proceso penal; y los arts. 117 y siguientes, que se ocupan del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal).

2º. *Las normas de origen supranacional.* Cuatro textos normativos de origen supranacional tienen especial relevancia en materia procesal penal, en la

medida en que definen catálogos de derechos fundamentales con claras repercusiones en la esfera de la persecución penal:

— La Declaración Universal de Derechos Humanos (San Francisco, 1948), que consagra derechos de aplicación al proceso penal (libertad, privacidad, prohibición de las torturas, juicio justo, derecho al recurso): su ámbito es el de la Organización de las Naciones Unidas [el texto está disponible, entre otras, en la web http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml].

— El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) y sus protocolos posteriores, cuyo ámbito es el del Consejo de Europa, y que también proclama una serie de derechos y garantías de especial trascendencia para el proceso penal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo (Francia), es el encargado de resolver las demandas que, por infracción de estos derechos, interpongan los justiciables frente a los Estados [cfr. la web www.echr.coe.int]. Su jurisprudencia es referencia obligada en la actividad de los tribunales nacionales.

— El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), cuyo ámbito es también el de la Organización de las Naciones Unidas y que igualmente refleja derechos básicos en materia procesal penal. Los justiciables pueden denunciar la vulneración por parte de los Estados de los derechos que contiene ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU [cfr. la web https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/ccpr/pages/ccprindex.aspx].

— La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 7 de diciembre de 2000 y adaptada el 12 de diciembre de 2007, con fuerza normativa plena tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (en concreto, el art. 6 TUE atribuye a la carta el mismo valor jurídico que a los Tratados constitutivos de la Unión Europea). Dentro de la Carta, merecen especial atención los arts. 47 (tutela judicial efectiva, derecho a un juicio justo, a un tribunal imparcial y a la asistencia letrada), 48 (presunción de inocencia y derecho de defensa), 49 (principios de legalidad y proporcionalidad penal) y 50 (prohibición del *non bis in idem* penal). [su texto está disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ES:PDF].

Por otra parte, la progresiva asunción de competencias en materia procesal penal por parte de las instituciones europeas es la causa de que cada vez sean más frecuentes las normas de origen europeo que inciden directamente en nuestro proceso penal: se trata de Convenios, Reglamentos, Directivas y Decisiones Marco, cuyo radio de acción más usual es el de la cooperación judicial internacional, pero que también acaban influyendo sobre otras parcelas del proceso penal (como son las garantías de víctimas y acusados).

3º. *Las normas internas*

En general, respecto del proceso penal existe reserva de ley. Además, con relativa frecuencia habrá de tratarse de leyes orgánicas, pues muchas facetas del proceso penal afectan directamente a los derechos fundamentales (*v.g.*, para regular la detención, la prisión provisional o ciertas medidas de investigación que son restrictivas del derecho al secreto de las comunicaciones −como la intervención de las comunicaciones telefónicas− o a la inviolabilidad del domicilio −como la entrada y registro).

Las leyes procesales penales son, además, leyes estatales, pues la legislación penal es competencia exclusiva del Estado y solo son admisibles leyes procesales autonómicas cuando sean necesarias para hacer operativo el derecho sustantivo de las comunidades autónomas.

La vigencia del principio de legalidad en materia procesal penal también significa que no hay espacio para los reglamentos como fuente primaria de regulación del proceso penal y de la actividad jurisdiccional penal. Se admite, sin embargo, que exista desarrollo reglamentario en relación con aspectos accesorios de la administración de justicia (v.g., el funcionamiento del servicio de guardia dentro de un tribunal o la organización y funcionamiento de un laboratorio de toxicología).

— En el plano interno, la norma más relevante, y la que centra el estudio de esta disciplina, es por el momento la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, aprobada el 14 de septiembre de 1882. La LECrim, en la fecha de su aprobación, era sin duda una ley técnicamente avanzada, influida por el *Code d'instruction criminelle* napoleónico francés, pero que introdujo un sistema de enjuiciamiento claramente acusatorio, con un importante reconocimiento de las garantías de la parte acusada desde el inicio mismo del proceso.

En la LECrim se regula el proceso penal desde su inicio hasta su finalización por medio de sentencia firme. La integran 998 artículos, distribuidos en siete libros: el primero de ellos (arts. 1 a 258) contiene las disposiciones generales, relativas a la jurisdicción y competencia de los tribunales penales; los sujetos que pueden ser parte en el proceso y su ejercicio de las acciones civiles y penales; el régimen general de las actuaciones (como normas sobre plazos, resoluciones judiciales y notificaciones); o las costas. El libro segundo (arts. 259 a 648) se dedica a la fase de instrucción, regulando las formas en que puede promoverse el comienzo del proceso penal, las diligencias de investigación del delito y las medidas cautelares. En el libro tercero (arts. 649 a 749) se regula el juicio oral, incluyendo el ejercicio de la acusación y la defensa, la práctica de la prueba y la sentencia. El libro cuarto (arts. 750 a 846) regula los procesos especiales: la realidad, sin embargo, es que bajo la rúbrica de proceso especial se regula en él el proceso ordinario más frecuente, el llamado «procedimiento abreviado»; junto a él, sí que se contienen en este libro otros procesos especiales, entre los que destaca, también por su frecuencia práctica, el procedimiento para

el enjuiciamiento rápido de ciertos delitos (los llamados coloquialmente «juicios rápidos»). El libro quinto [arts. 846 bis a) a 961] se dedica a los recursos frente a la sentencia (apelación y casación) y a la revisión. El libro sexto (arts. 962 a 982) se ocupa del juicio por delitos leves. Por último, el libro séptimo (arts. 983 a 998) se ocupa de la ejecución de las sentencias –aunque de forma muy incompleta–.

La regulación de los Libros I, II, III y V de la LECrim se basa en el denominado «procedimiento ordinario» o «procedimiento por delitos graves» (previsto para enjuiciar delitos que tienen asignada una pena de prisión superior a nueve años). Sin embargo, como se ha apuntado ya, el procedimiento más utilizado es el llamado «procedimiento abreviado», previsto como especial –aunque es el más ordinario de todos– dentro del Libro IV (en los arts. 757 a 794), donde se contienen normas específicas en relación con la instrucción, la fase intermedia, el juicio oral, los recursos frente a la sentencia y la ejecución. Esto hace que en la práctica cotidiana deban continuamente integrarse las normas que regulan el procedimiento abreviado con las normas generales de la LECrim.

Durante su prolongada vigencia la LECrim ha sido modificada en numerosas ocasiones (en torno a 80, hasta el momento actual). Junto a reformas o modificaciones menores, existen algunas de especial importancia: así, a través de la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, se aumentaron las garantías para la defensa del acusado; la Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo introdujo importantes modificaciones para perseguir los delitos de terrorismo; la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, implantó el antes mencionado procedimiento abreviado; la Ley 38/2002, de 24 de octubre, creó el llamado «procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos» (los «juicios rápidos») y reformó el procedimiento abreviado; la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, reformó el régimen de la prisión provisional; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género introdujo normas especiales de refuerzo en la lucha contra este problema; la Ley 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que modificó numerosos preceptos de la LECrim para definir las funciones del Letrado de la A. de J. y que aprovechó también para introducir algunas reformas puntuales; la Ley Orgánica 5/2010, de 23 de junio, de reforma del Código Penal, que modificó en algunos aspectos la LECrim y que, al prever como novedad la responsabilidad penal de las personas jurídicas, atribuyó a estas entidades la condición de posibles sujetos pasivos del proceso penal, cuestión esta que fue objeto de desarrollo a través de la Ley 37/2011, de Medidas de Agilización Procesal; la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que reforzó la posición jurídica de las víctimas para dar cumplimiento a una directiva europea; la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, que también modificó la LECrim para transponer directivas en materia de derechos de los acusados; pero, en todo caso, las modificaciones recientes más relevantes las han introducido la Ley 41/2015 y la Ley Orgánica 13/2015, ambas de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las

medidas de investigación tecnológica; la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia; la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio; el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, en materia de digitalización de los procesos judiciales; y, en fechas muy recientes, la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa y la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LOEP, en lo sucesivo).

Al margen de las reformas parciales, es constante el propósito político de efectuar un cambio radical en la regulación del proceso penal, que se plasme en la sustitución de la LECrim por un texto normativo nuevo. Todos los partidos políticos, cuando concurren a las elecciones generales, incluyen esta propuesta en sus programas electorales. Lo cierto, sin embargo, es que hasta la fecha el cambio no ha llegado nunca a materializarse, porque no ha existido un consenso claro en torno al modelo de proceso penal que se pretende implantar y, sobre todo, en relación con la fase de investigación y la atribución de su dirección a la Fiscalía.

> En el momento de cierre de esta edición (septiembre de 2026) se encuentra en fase de tramitación parlamentaria un proyecto de ley orgánica de Ley de Enjuiciamiento Criminal que aspira a reemplazar la vigente y a introducir un modelo nuevo de proceso penal, cuya principal novedad es la atribución de la dirección de la fase de investigación a la Fiscalía. Es el tercero que, con similares rasgos, se presenta en los últimos quince años; al igual que los anteriores, sin embargo, parece también condenado al fracaso, dada la actual situación de bloqueo parlamentario.

— Además de la LECrim, existen otras leyes que también regulan determinados aspectos del proceso penal. Entre ellas cabe destacar las siguientes: la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LO 5/1995, de 22 de mayo), que regula de modo separado el procedimiento que ha de seguirse cuando el delito ha de ser juzgado por jurados; la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000, de 12 de enero); la Ley Orgánica de protección a testigos y peritos en causas criminales (LO 19/1994, de 23 de diciembre); la Ley Orgánica General Penitenciaria (1/1979, de 26 de septiembre), que se ocupa de la ejecución y cumplimiento de las penas privativas de libertad; la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus* (6/1984, de 24 de mayo); la Ley de Extradición Pasiva (4/1985, de 21 de enero); y, más recientemente, las leyes que han servido para incorporar a nuestro ordenamiento la normativa procesal penal procedente de la Unión Europea, condensadas en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea y en la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

— Con un carácter más general deben tenerse en cuenta la Ley Orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio), que regula aspectos generales de la

organización de los tribunales y de las actuaciones procesales (*v.g.*, el régimen de la nulidad de actuaciones, de gran relevancia en el proceso penal); la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (1/1996, de 10 de enero); y el propio Código Penal, de 1995, que también contiene normas de carácter procesal (*v.g.*, en relación con la ejecución de las penas o con el ejercicio de acciones civiles y penales).

4º. *El valor de la jurisprudencia*

La jurisprudencia no es en nuestro país fuente del Derecho en sentido propio (art. 1 CC). Sin embargo, lo cierto es que aspectos muy importantes de la legislación procesal penal han sido objeto de interpretaciones por parte de los tribunales, que han alterado o dejado sin efecto el tenor literal de ciertos preceptos. Debe tenerse en cuenta que la LECrim es más que centenaria y algunas de sus disposiciones no se adaptan de modo suficiente a las exigencias de la Constitución; de ahí que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, hayan «rectificado» el significado de varios de sus artículos, especialmente para hacer prevalecer el principio acusatorio y el derecho de defensa del acusado. Además, son también diversas las lagunas legales que han sido colmadas por la jurisprudencia, que ha procedido a regular ciertos aspectos no previstos por la ley: así sucede, por ejemplo, con la regulación que ha hecho la jurisprudencia sobre el valor del testimonio de la víctima o del coinvestigado. En esta labor, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional se han visto influidos muy intensamente por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Debe tenerse en cuenta igualmente lo establecido en el art. 5.1 LOPJ, en virtud del cual la interpretación de los preceptos hecha por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos tiene carácter vinculante para los tribunales de la jurisdicción ordinaria. Es decir, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene una eficacia diferente a la que se reconoce en general a la jurisprudencia. Y debe tenerse en cuenta, como se verá más adelante, que hay mucha jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre cuestiones procesales.

Además, cuando estén aplicando el Derecho de la Unión Europea –y lo hacen cada con mayor frecuencia–, nuestros tribunales habrán de atenerse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (art. 4 bis.1 LOPJ).

Finalmente, también resultan de singular interés para comprender mejor nuestro sistema procesal penal las Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado: se suelen dictar cuando se aprueban nuevas leyes o reformas de importancia y, en principio, se dirigen únicamente a los miembros del Ministerio Fiscal; no obstante, a través de ellas se ofrecen pautas para interpretar preceptos dudosos, para salvar lagunas legales y para guiar la actuación de los Fiscales, razón por la cual tienen un valor cualificado.

****

La irrupción de las herramientas de inteligencia artificial en el ámbito de la Justicia está afectando de manera indirecta al sistema de fuentes del derecho, también en materia de proceso penal.

De un lado, determinadas empresas del sector de la *LegalTech* ofrecen servicios de lo que ha venido en llamarse *justicia predictiva*, que proporcionan pronósticos del desenlace posible de un asunto teniendo en cuenta la respuesta que han recibido en el pasado casos análogos. De hecho, es cada vez más habitual que los propios ciudadanos usen herramientas de IA de este tipo para valorar por sí mismos la viabilidad de sus pretensiones, antes incluso de solicitar los servicios de un abogado.

Por otro lado, los tribunales pueden usar igualmente herramientas de IA para analizar el tratamiento que una cuestión ha obtenido en casos anteriores –ahorrando el tiempo que hasta ahora requería un estudio personal de la jurisprudencia– y para elaborar incluso borradores de sus resoluciones, fundados precisamente en los patrones que las herramientas de IA extraen de su análisis de los casos anteriores.

> Se trata, como puede imaginarse, de una cuestión polémica. Junto a las ventajas que comporta el ahorro de tiempo –un recurso muy escaso para unos tribunales sobrecargados–, se hallan también importantes riesgos: cabe mencionar ahora, entre otros, los sesgos de la IA a la hora de elaborar sus predicciones o los borradores de las resoluciones, el olvido de las singularidades del caso concreto, la «petrificación» de la jurisprudencia y su falta de adaptación a nuevas circunstancias y, sobre todo, el peligro de que abogados y jueces den por buenos los resultados ofrecidos por las herramientas de IA, que escaparían así a un genuino control humano.

Cuando la IA entra en escena, por otra parte, no puede hablarse ya de jurisprudencia en sentido propio: lo decidido en casos anteriores no funciona a modo de criterio guía, sino que es tomado por la herramienta como un conjunto de datos sin más, del que extraer parámetros de forma algorítmica y, por tanto, probabilísitica.

> Cuando un juez humano estudia la jurisprudencia, busca en ella el criterio utilizado por otro/s tribunal/es en caso/s anterior/es y, si lo ve aplicable y aceptable, se sirve de él para resolver el asunto que tiene entre manos. En cambio, un sistema de IA analiza los casos anteriores para determinar, con arreglo a lo que se resolvió en asuntos anteriores, cuál sería el desenlace más probable para el caso actual –insisto, el más probable, no el más adecuado.

LECCIÓN 2

PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y FORMAS DEL PROCESO PENAL

1. Los principios jurídico-naturales y las garantías constitucionales del proceso penal: 1.1. El principio de audiencia; 1.2. El principio de igualdad; 1.3. El principio de contradicción y el sistema acusatorio; 1.4. El principio del juez no prevenido; 1.5. Las garantías constitucionales del proceso penal. — 2. Los principios jurídico-técnicos del proceso penal: 2.1. El principio de oficialidad y la investigación de oficio; 2.2. Principio de oficialidad frente a principio de oportunidad; 2.3. Mediación penal y justicia penal restaurativa. — 3. La configuración externa del proceso penal: la forma del proceso penal: 3.1. En general; 3.2. En la fase de instrucción; 3.3. En el juicio oral. — 4. Panorámica general de los procesos penales.

Como ya se expuso en la lección anterior, el proceso penal es una creación artificial del legislador, que existe en la medida en que se promulgan normas que lo regulan. También se dijo entonces que no existía un único modelo de proceso penal, sino que cada sistema procesal penal estaba fuertemente condicionado por circunstancias sociales, políticas e incluso económicas. Ahora bien, lo anterior no significa que el legislador sea absolutamente libre a la hora de diseñar un sistema procesal penal: es cierto que existe un cierto margen de discrecionalidad, pero no se puede olvidar que, en todo caso, resulta imprescindible atenerse a una serie de principios, tanto jurídico-naturales como jurídico-técnicos, que condicionan la configuración del proceso.

1. LOS PRINCIPIOS JURÍDICO-NATURALES Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL

Los principios jurídico-naturales del proceso son aquellos que el legislador debe respetar si quiere que el proceso que él mismo diseña sea justo. Si no se cumple alguno de estos principios, sea en algún punto del proceso o sea en general, el proceso no sería justo y se correría el riesgo, en último término, de un retorno a la autotutela.

Los principios jurídico-naturales del proceso penal español actual son el principio de audiencia, el principio de igualdad, el principio de contradicción y el principio del juez no prevenido.

1.1. El principio de audiencia

Este principio se condensa en la idea de que nadie puede verse afectado por un pronunciamiento judicial sin haber tenido la oportunidad de ser oído en el

proceso en el que se dictó dicho pronunciamiento («nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio»). Lo que garantiza este principio es que al sujeto se le conceda la oportunidad de formular alegaciones y de instar la práctica de pruebas.

En materia procesal penal y respecto de la persona investigada o acusada, la vigencia del principio de audiencia conduce al nacimiento del llamado *derecho de defensa*.

Este principio de audiencia rige en toda su plenitud en la fase de juicio oral del proceso penal, pero también en la de instrucción, donde se traduce en la facultad del encausado de solicitar la práctica de diligencias de investigación en su descargo.

1.2. El principio de igualdad

Aunque las partes por definición no son iguales, este principio exige que reciban el mismo trato dentro del proceso, es decir, que a todas ellas se les concedan iguales facultades para sostener sus pretensiones. Debe regir la igualdad no solo en la fase de juicio oral, sino también en la de instrucción.

La vigencia de este principio no es plena respecto del Ministerio Fiscal: aunque durante buena parte del proceso penal el Ministerio Fiscal actúa como parte, lo cierto es que recibe por la Ley un tratamiento privilegiado respecto de los acusadores particulares o populares. Así, por ejemplo, si se declaran secretas las investigaciones, ese secreto afecta a todas las partes excepto al Fiscal; el incumplimiento de ciertos plazos por parte del Fiscal no provoca preclusión, cosa que sí les sucede a los otros acusadores y a los acusados. La aparente razón de este desequilibrio es que el Fiscal es un órgano público que tutela o representa la legalidad, lo que justifica que pueda tener ciertas prerrogativas –aunque muy posiblemente no todas las que se le han concedido–.

1.3. El principio de contradicción y el sistema acusatorio

Es preciso que el proceso penal se construya como un debate contradictorio entre partes enfrentadas que coloque al juzgador en una posición de imparcialidad, sin la cual el proceso no puede ser justo.

La vigencia de este principio explica la existencia del Ministerio Fiscal como órgano público encargado de sostener la acusación en juicio. Y es que el conflicto que subyace a todo proceso penal enfrenta al delincuente con el Estado. Para evitar que procesalmente la contienda se dé entre el acusado y el juez como representante del Estado, se diseña la figura del fiscal, que será el encargado de representar o encarnar al Estado a los efectos de enfrentarse en el proceso con el acusado.

Este principio de contradicción solo tiene vigencia plena en la fase de juicio oral. En cambio, en la fase de instrucción su vigencia se difumina porque

el juez de instrucción no está en una posición expectante, sino que tiene un papel activo de dirección de la investigación.

Al principio de contradicción en el marco del proceso penal también se le conoce como *«principio acusatorio»*: no podrá haber ni juicio ni menos aún sentencia de condena si no existe un sujeto distinto del juez que sustente una acusación. Tampoco es infrecuente que, en un caso concreto, el fiscal solicite la absolución y sean el acusador particular o el acusador popular quienes insten la condena.

1.4. El principio del juez no prevenido

No podrá dictar sentencia aquel juez o tribunal que haya dirigido la instrucción o que, de algún modo relevante, se haya visto implicado en decisiones de la fase instructora.

En efecto, una de las características básicas del sistema procesal penal español es que la fase de investigación está atribuida a un órgano judicial, el juez de instrucción. El respeto a la imparcialidad judicial exige que el juez que ha investigado la causa no pueda ser después el mismo ante quien se celebre el juicio oral y dicte sentencia. A esta exigencia se la conoce también como «principio del juez no prevenido» o «principio del juez no contaminado» y se suele condensar en la máxima de que «el que instruye no puede juzgar».

Para asegurar el respeto a este principio está prevista en el art. 219.11ª LOPJ una causa de abstención y/o recusación: el juez o magistrado que forme parte del tribunal que va a conocer de un juicio oral penal deberá abstenerse de hacerlo –y será sustituido por otro– si ha participado en la instrucción de la causa; y, si no se abstiene voluntariamente, podrá ser recusado por cualquiera de las partes. Esta regla ha recibido una aplicación extensiva por parte de los tribunales, que no solo se la aplican al juez que ha *dirigido* la instrucción, sino a todo aquel que ha tenido una *participación relevante en relación con la instrucción*, como, por ejemplo, resolver recursos frente a decisiones del juez instructor en relación con cuestiones de relevancia, como el juicio de imputación o la adopción de medidas cautelares.

Este principio está al servicio de la garantía de la imparcialidad y en principio solo tiene sentido en el marco del proceso penal, porque es el único en el que existe una fase instructora preparatoria de naturaleza jurisdiccional.

1.5. Las garantías constitucionales del proceso penal

El proceso penal, como se ha avanzado ya, tiene una neta dimensión constitucional: se dice, con frecuencia, que el Derecho procesal penal es Derecho constitucional aplicado. Esto hace que, más allá de la identificación de los principios jurídico-naturales, existan ciertos condicionantes para el diseño del proceso penal que derivan de la propia Constitución y de los textos supranacionales para la protección de los derechos fundamentales. Para referirse

a ellos es habitual hablar de «garantías constitucionales del proceso penal». Si al hablar de «principios jurídico-naturales» ponemos el énfasis en la exigencia de que el proceso sea justo, al hablar de garantías constitucionales nos fijamos en que el proceso penal es un contexto en el que el Estado proyecta su poder frente a la esfera subjetiva de una persona determinada, de modo que es necesaria la imposición de límites a ese poder y al modo en que se ejercita. Estos límites o garantías se han de proyectar sobre tres polos:

1) Los tribunales y los demás órganos del Estado que de algún modo ejercen poder público durante el proceso penal. Todo órgano jurisdiccional que intervenga en un proceso penal ha de ser *independiente* e *imparcial*. Y la garantía de la imparcialidad debe aplicarse, igualmente, a todos aquellos otros representantes del Estado que actúen en un proceso penal, como el Ministerio Fiscal, la policía judicial y los médicos forenses.

> Aunque pueda parecer obvio, la irrupción de la Inteligencia Artificial en el ámbito de la Administración de Justicia obliga a reconocer como garantía básica del proceso penal la necesidad de que el enjuiciamiento se efectúe en todo caso por seres humanos: la actividad jurisdiccional es por definición una actividad que ha de ser llevada a cabo por seres humanos, no por «máquinas» o «robots» –*rectius*, por sistemas informáticos. Los órganos jurisdiccionales están integrados por personas y, en concreto, las decisiones de naturaleza jurisdiccional se toman por jueces que, al mismo tiempo, son responsables de su contenido: el artículo 117 de la Constitución habla en todo momento de «jueces y magistrados». Los jueces y magistrados pueden actuar con la asistencia de herramientas informáticas –de sistemas de IA, especialmente–, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento, que permiten encargar a herramientas de IA la generación de borradores de resoluciones; pero, en último término, quien decide y quien actúa es un ser humano, aunque tomar la decisión, en un caso concreto, consista en asumir como propia la respuesta-borrador ofrecida por un sistema de IA, previa revisión de su corrección.
>
> Así son las cosas por el momento. Por supuesto, nada impide a una sociedad tomar la decisión de encomendar a sistemas de IA la asunción directa de funciones jurisdiccionales. Pero se trataría de un cambio de consecuencias tan drásticas que, posiblemente, no podría hacerse sin una reforma constitucional profunda que solo sería sensato abordar tras una reflexión colectiva profunda acerca del protagonismo que deba darse a la tecnología y a lo tecnológico en nuestra sociedad.

2) El sujeto pasivo del proceso penal. De un lado, deben atribuírsele poderes eficaces para resistirse legítimamente al Estado, que pueden reconducirse a la idea de *derecho de defensa* (servirse de un abogado, acceder a las actuaciones, proponer diligencias de investigación y pruebas, recurrir resoluciones que se consideren incorrectas). De otro lado, se encuentra la *presunción de inocencia*, como eje vertebrador de la posición jurídica del sujeto pasivo del proceso penal. La presunción de inocencia no solo obliga al Estado a tratar a todo encausado como inocente, mientras no se declare de modo firme su

culpabilidad; también, y sobre todo, le impone unos requisitos muy exigentes para poder proclamar de forma legítima esa culpabilidad.

3) El proceso en sí, en tanto que herramienta para el ejercicio de la persecución penal. Según el texto normativo que se maneje se habla de «proceso con todas las garantías», de «juicio justo», de «proceso equitativo» o –sumándose a la moda de la terminología angloamericana– de *due process of law*. Todas ellas son expresiones a través de las cuales se articulan aquellas garantías que permiten a cualquier observador imparcial externo apreciar que el encausado ha dispuesto de mecanismos adecuados para la defensa de su posición jurídica y que el Estado no se ha aprovechado de forma injusta de su posición de superioridad fáctica-jurídica durante el desarrollo de la investigación y del juicio.

> Puede advertirse que buena parte de estas garantías constitucionales son también el resultado de la vigencia de los principios jurídico-naturales antes analizados. Y es inevitable que se produzca este solapamiento, porque en realidad son maneras diversas de aproximarse a las mismas exigencias. Las constituciones nacionales y los textos supranacionales para la protección de los derechos fundamentales no han inventado *ex novo* las garantías del proceso penal, sino que les han dado rango normativo supremo, a modo de constatación de que son logros irrenunciables del desarrollo de la civilización jurídica.

2. LOS PRINCIPIOS JURÍDICO-TÉCNICOS DEL PROCESO PENAL

Los principios jurídico-técnicos son aquellos a través de los cuales se pretende que el proceso penal sirva de manera eficaz al tipo de derechos e intereses sobre los que versa y que se tutelan a través de él.

2.1. El principio de oficialidad y la investigación de oficio

Como ya se ha dicho en la lección anterior, el proceso penal es el instrumento para hacer valer y para proteger el llamado «interés público en la persecución penal», es decir, el interés del Estado en que toda conducta punible de la que se tenga noticia sea castigada tras el correspondiente proceso. Por tanto, el proceso penal está al servicio de intereses de naturaleza pública y, en consecuencia, no disponibles y de carácter imperativo. Esto hace que, desde un punto de vista técnico, el proceso penal deba estar inspirado por el principio de oficialidad.

La vigencia del *principio de oficialidad* tiene una serie de consecuencias:

1ª. En cuanto al comienzo del proceso penal: el proceso penal tiene carácter necesario, es decir, debe comenzar en todo caso siempre que las autoridades públicas tengan noticia de la comisión de un hecho aparentemente delictivo. Su existencia, por tanto, no depende de la voluntad de ningún particular, sino que puede comenzar de oficio. Constatada la comisión de un hecho aparentemente delictivo por los poderes públicos, se hace necesario dar

comienzo al correspondiente proceso penal para investigarlo y, en su caso, enjuiciarlo (a esta vertiente del principio de oficialidad también se la conoce como *principio de necesidad*).

> Esta regla presenta excepciones en el caso de los delitos privados y semipúblicos, cuyo comienzo está supeditado –respectivamente– a la interposición de querella o de denuncia por parte del ofendido.

2ª. El objeto del proceso penal no viene determinado por la voluntad de los acusadores, sino por el hecho o hechos aparentemente delictivos que hayan motivado su comienzo. Si en el proceso civil es la voluntad del demandante la que delimita el objeto litigioso, puede decirse que, por el contrario, en el proceso penal «la realidad manda», esto es, la determinación del objeto –aquello sobre lo que ha de decidir el tribunal– no depende de la voluntad de nadie, sino de la realidad de los hechos acreditados en la instrucción.

3ª. Dado que respecto del Derecho penal no existe poder de disposición, como regla, en el proceso penal no caben allanamientos, renuncias, desistimientos o transacciones.

Sin embargo, una importante excepción a lo anterior la puede plantear la llamada «conformidad del acusado con la acusación», que en ciertos casos y bajo determinadas condiciones vincula al tribunal penal y tras la que se encuentran, en la mayoría de los casos, negociaciones y pactos entre la Fiscalía y la defensa.

4ª. El desarrollo del proceso penal no está condicionado únicamente por la concurrencia de los presupuestos procesales –como sucede, en cambio, con el proceso civil–: ha de haber, además, un presupuesto material que se puede denominar como «apariencia delictiva». Es preciso para que el proceso penal pueda avanzar que la apariencia delictiva inicialmente constatada se mantenga o se confirme a medida que avanza la instrucción. Si esta apariencia delictiva se desvaneciera el proceso penal tendría que sobreseerse y no se llegaría a la fase de juicio oral.

5ª. En el proceso penal rige el llamado *«principio de investigación de oficio»*, opuesto al principio de aportación de parte. Esto significa que en las labores de búsqueda de las fuentes de prueba no solo participan las partes, sino que tiene un protagonismo activo el poder público, encarnado por el órgano jurisdiccional y la policía judicial.

La vigencia del principio de investigación de oficio tiene otra consecuencia: la proposición de los medios de prueba en el juicio oral, que es tarea en principio propia de las partes, puede verse completada por el tribunal sentenciador, al que le está permitido decretar de oficio la práctica de pruebas –aunque, como se verá más adelante, con ciertos límites que *de facto* convierten a la prueba de oficio en algo muy excepcional–.

2.2. Principio de oficialidad frente a principio de oportunidad

Se critica con cierta frecuencia una concepción estricta del proceso penal al servicio *ciego* de un interés público en la persecución penal, tal y como se ha expuesto antes. Se dice que un apego excesivo a la persecución penal y al principio de oficialidad puede conducir a resultados que se consideren injustos (*v.g.*, si el proceso penal se abre cuando ya ha transcurrido mucho tiempo desde que se cometió la infracción, en un momento en que se han desvanecido las consecuencias dañosas del delito o cuando el supuesto responsable ya se ha «rehabilitado» y se ha integrado en la sociedad). Además, se constata que la persecución real de todos los delitos que se cometen en una sociedad es algo por definición imposible y que el porcentaje de los delitos cometidos que son efectivamente perseguidos y castigados es muy reducido. Asimismo, también se constata que los medios de los que disponen las autoridades públicas de persecución penal (policía, fiscales, jueces) son limitados y que buena parte de la energía jurisdiccional se invierte en el castigo de la denominada «criminalidad de bagatela» (delitos de escasa entidad, pero de comisión muy frecuente), en detrimento de una persecución más efectiva de conductas más reprochables.

Por eso, se ha propuesto sustituir la vigencia del principio de oficialidad por la del llamado «principio de oportunidad». Quienes propugnan la implantación del principio de oportunidad aspiran a configurar un modelo distinto de reacción pública ante el delito, cuya esencia sería la siguiente: que desaparezca la necesidad de que ante la comisión de un hecho delictivo el Estado deba, en todo caso, reaccionar abriendo un proceso penal que concluya con una sentencia tras sustanciar dicho proceso por todos sus cauces. A lo que se aspira es a que la reacción del Estado ante el delito solo se produzca cuando se considere conveniente u oportuna, y que además esa reacción no deba pasar en todo caso y de forma férrea por la sustanciación por todos sus trámites de un proceso penal.

Implantando el principio de oportunidad se pretende básicamente adaptar la reacción del Estado a las circunstancias del caso concreto, de forma que no se persigan delitos o no se impongan sanciones en caso de que no se considere oportuno. Además, estas técnicas *distintas* de reacción ante el delito que permite el principio de oportunidad podrían convertirse en la forma de solventar el problema que plantea la criminalidad de bagatela, porque podrían sancionarse estas conductas sin necesidad de sustanciar un proceso que consuma excesiva energía jurisdiccional.

> El principio de oportunidad rige, en mayor o menor medida, en muchos ordenamientos de nuestro entorno: el modelo más conocido es el de Estados Unidos, pero también se da en Francia o en Alemania.

La implantación de un modelo procesal inspirado en el principio de oportunidad tiene como requisito la concesión al Ministerio Fiscal de amplios poderes para decidir cuándo es oportuno reaccionar y de qué manera se reaccionará ante el delito. Estos poderes de oportunidad atribuibles al Fiscal pueden plasmarse de diversas maneras:

— Que el Fiscal tenga el poder de decidir (con sujeción a su propio criterio, a la vista de lo que parece oportuno o conveniente en un caso concreto) si un delito se va a perseguir o no, esto es, si va o no a formularse acusación (en caso negativo, ni siquiera tendría sentido abrir el proceso penal).

— El poder del Fiscal de no someter al juicio del tribunal todos los hechos punibles o penalmente relevantes de un caso, sino de reducir el ámbito objetivo del proceso penal.

— El poder de efectuar una calificación jurídico-penal de los hechos no férreamente ligada a las exigencias del principio de legalidad –en la práctica, se trata de calificar los hechos en beneficio del acusado–.

— La facultad de que el Ministerio Fiscal negocie con el acusado y celebre con él pactos que afecten a la calificación de los hechos y a la pena que debe imponerse y que esos pactos resulten vinculantes para el tribunal, que deberá dictar sentencia ajustándose a ellos y sin necesidad de que se celebre juicio oral.

En el fondo, pues, el principio de oportunidad necesita que el protagonismo de la fase inicial del proceso penal recaiga sobre el Fiscal, al tiempo que propone liberar al Fiscal de una férrea sumisión a las exigencias del principio de legalidad –pues el principio de legalidad le obliga a formular acusación siempre que considere que está ante un hecho punible y a no cerrar los ojos a ninguno de los elementos relevantes de la infracción–.

Lo que se pretende a través de la implantación del principio de oportunidad es sin duda realista y práctico. Sin embargo, no resulta fácilmente admisible en nuestro país, por varias razones:

— Por la vigencia del principio de legalidad, que tiende a interpretarse de forma estricta. En algunos de los países en que rige el principio de oportunidad esta barrera se salva estableciendo en la ley los supuestos y los límites con arreglo a los cuales puede la Fiscalía ejercer sus poderes discrecionales (se habla entonces de «oportunidad reglada»).

— Porque no siempre queda garantizada una adecuada protección de los derechos de las víctimas.

— Porque su aplicación puede ser fuente de un notable grado de inseguridad jurídica y de desigualdad de trato, en la medida en que los criterios de las diversas Fiscalías a la hora de ejercer los poderes de oportunidad pueden ser diversos. Esta inseguridad se puede tratar de paliar a través de instrucciones o circulares de la Fiscalía General del Estado, pero debe advertirse que de dichas instrucciones o circulares no se derivan auténticos derechos procesales para investigados y acusados, sino pautas de conducta para los fiscales, cuyo incumplimiento no tiene por qué afectar al desarrollo de la causa.

— Porque el modelo procesal penal español ofrece un grave inconveniente a una implantación generalizada del principio de oportunidad: el hecho de que no

exista un monopolio público de la función de acusar, ya que el Ministerio Fiscal la comparte con los particulares, hayan sido o no ofendidos por el delito. A no ser que se suprimiera el ejercicio de la acusación particular y de la acusación popular, la atribución de poderes de oportunidad al Ministerio Fiscal solo resultaría operativa en aquellos supuestos en que sea éste la única parte acusadora del proceso –o si se logra implicar a estos otros acusadores en las negociaciones que conduzcan a una sentencia de conformidad.

En el fondo, lo que se pretende a través de la implantación del principio de oportunidad no es tarea exclusiva de las normas procesales, sino que debería serlo también de las normas penales sustantivas: es el Código Penal el que tiene que prever las circunstancias eximentes o atenuantes que conduzcan a que ciertos delitos no sean perseguibles o a que la reacción del Estado sea más ajustada a las circunstancias del caso concreto.

En el momento actual, nuestro sistema procesal penal está inspirado primordialmente por el principio de oficialidad. Una implantación generalizada del principio de oportunidad requeriría una delicada coordinación con el art. 124 CE, que sujeta al Ministerio Fiscal en su actuación al principio de legalidad, de modo que sería necesario establecer legalmente los criterios a los que habrían de quedar sujetos los poderes de oportunidad –en España, por tanto, solamente sería admisible una oportunidad reglada–. Sin embargo, sí que existen en nuestro sistema procesal algunas figuras que son manifestaciones parciales del principio de oportunidad. El prototipo es la posibilidad de que se dicten las llamadas *sentencias de conformidad con la acusación* (que el acusado, a la vista del escrito de acusación del Fiscal, se conforme y esa conformidad vincule al tribunal). La reforma de 2015, además, lo ha introducido de manera más explícita en un ámbito importante, el del enjuiciamiento por delitos leves (arts. 963.1 y 964.2 LEC):

> El juez, en estos casos, deberá acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:
>
> a) El delito leve denunciado resulta de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y
>
> b) No existe un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.
>
> Debe tenerse en cuenta, además, que los últimos intentos de elaborar una nueva LECrim se han decantado abiertamente por el tránsito hacia una generalización y, con ello, hacia un modelo de proceso penal regido por el principio de oportunidad.

También es manifestación del principio de oportunidad la posibilidad de autorizar judicialmente la expulsión del territorio nacional de la persona

extranjera a la que se imputen delitos que tengan aparejada pena de prisión de hasta seis años o de otra naturaleza, en los términos previstos por el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (conocida como «Ley de extranjería»): la expulsión en estos casos comporta la renuncia al ejercicio de la acción penal por razones de conveniencia (se considera que el interés público queda suficientemente protegido con la expulsión de la persona imputada, sin que sea necesario juzgarla y, en su caso, condenarla).

2.3. Mediación penal y justicia penal restaurativa

En los últimos años, en paralelo, se ha abierto paso una tendencia doctrinal y política favorable a fomentar la mediación penal y dar cabida con ello a un modelo de justicia penal «restaurativa», que no se limite a la mera imposición de una pena en un proceso penal demasiado «formalizado». Esta tendencia parte de la siguiente premisa: la aplicación del Derecho penal consistente en la imposición sin más de una pena en el marco de un proceso penal no sirve realmente para cumplir con los fines que persigue o debería perseguir el Derecho penal en un Estado de Derecho. De un lado, porque el condenado no se hace realmente responsable de su conducta, en perjuicio de la función de prevención especial de la pena, así como de su función resocializadora; de otro, porque la víctima suele quedar marginada en el proceso penal, pues la pena no la resarce de nada y, con frecuencia, tampoco lo hace de forma eficaz una indemnización dineraria. Se constata, pues, que un proceso penal encaminado sin más a la aplicación de una pena no sirve para zanjar el conflicto jurídico subyacente –o, en todo caso, para zanjarlo *bien*–.

Para corregir este defecto, se propone la implantación de un sistema de justicia penal que tenga un valor «restaurativo»: que sirva para una eficaz reparación a la víctima y para que el autor del delito sea consciente de su responsabilidad y de las consecuencias de sus actos, de modo que la pena que se le imponga cumpla su función.

La forma de lograrlo pasa por la figura de la mediación penal, como técnica de solución de controversias: dentro del proceso penal –o como alternativa a él– se acude a un proceso de mediación entre víctima y acusado, dirigido por un profesional, que sirve para llegar a un acuerdo entre ambos, que a su vez pueda tener consecuencias procesales y penales.

La LOEP acaba de otorgar carta de naturaleza jurídica a la justicia penal restaurativa, a través de la introducción de una nueva Disposición Adicional Novena en la LECrim (se volverá sobre esta cuestión más adelante, en la lección 15).

3. LA CONFIGURACIÓN EXTERNA DEL PROCESO PENAL: LA FORMA DEL PROCESO PENAL

3.1. En general

A la hora de decidir cuál será la forma que han de revestir las actuaciones propias del proceso penal que está diseñando, el legislador tiene que pronunciarse respecto de dos cuestiones: oralidad o escritura; y publicidad o secreto.

Un proceso es oral cuando en él predominan las actuaciones formuladas por medio de la palabra hablada. Un proceso es escrito cuando en él predominan las actuaciones escritas. La *oralidad* exige el respeto a la *concentración* (que las actuaciones orales se desarrollen en un solo acto o en varios que estén cercanos en el tiempo) y a la *inmediación* (que el tribunal esté presente en las actuaciones orales y sea él quien dicte las resoluciones teniendo en cuenta las actuaciones orales que presenció); y la *escritura* trae como consecuencia el *orden*, la *preclusión* y la *eventualidad* (en los términos ya analizados al abordar el estudio de la parte general del Derecho procesal civil).

La utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Justicia –fuertemente impulsada tras la pandemia– está influyendo de forma clara en esta dicotomía entre oralidad y escritura. Así, la grabación de la imagen y el sonido de actuaciones orales puede convertir en innecesaria la articulación por escrito de cada vez más actuaciones. Pero, sobre todo, el cambio más relevante lo generan, por el momento, las «vistas telemáticas», esto es, la celebración por sistemas de videoconferencia de actuaciones orales que, de ordinario, requerirían la presencia en el mismo lugar del tribunal, de las partes, de sus abogados y de otros posibles protagonistas, como testigos y peritos. El artículo 258 bis LECrim, introducido por el Decreto-ley 6/2023, señala que las actuaciones procesales orales (actos de juicio, vistas, audiencias, comparecencias y declaraciones) se desarrollarán preferentemente mediante presencia telemática.

> La STS 216/2026, de 12 de marzo, validó un testimonio presentado en juicio a través de una videollamada de WhatsApp, a pesar de no tratarse de uno de los canales institucionales oficiales y sin que el testigo se hallara en un lugar en que un funcionario judicial pudiera verificar su identidad. A juicio del Tribunal se trató de una irregularidad que no generó indefensión y que no vició la validez del testimonio, pues la identidad del declarante quedó asegurada, la espontaneidad del testimonio no se vio alterada y fue posible ejercer contradicción por las partes. En definitiva, el TS se decantó por una interpretación no formalista de las reglas sobre videoconferencias.

Debe advertirse, sin embargo, que la inmediación «telemática» no es idéntica a la inmediación «a secas»: el encuentro interpersonal en un mismo espacio físico aporta un valor añadido, difícil de medir, pero que los operadores jurídicos reconocen de forma casi unánime. Por eso, una generalización de las vistas telemáticas, superada la situación de emergencia sanitaria, debe ir acompañada del establecimiento de una serie de estándares de calidad en las

videoconferencias. De hecho, el artículo 258 bis LECrim establece una serie de excepciones a la preferencia general por lo telemático, que en gran medida limitan el alcance de la regla:

a) En relación con el investigado o acusado:

— Es necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave y en los juicios ante el Tribunal del Jurado.

— En los juicios por delito menos grave, cuando la pena exceda de dos años de prisión o de seis años si es de distinta naturaleza, el acusado tendrá derecho a comparecer físicamente en la sede del órgano de enjuiciamiento si así lo solicita él mismo o su abogado, o si el tribunal lo estima necesario.

— Sea cual sea la gravedad del delito, la regla general será también la comparecencia física del acusado si este reside en la misma demarcación del órgano judicial ante el que deba producirse la actuación o desarrollarse el juicio, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor.

Siempre que el investigado o el acusado deban comparecer en persona será también necesaria la presencia física de su abogado. En caso de que el investigado o acusado declare de forma telemática su abogado comparecerá i) o bien junto con este (es decir, desde el llamado "punto de acceso seguro", es decir, un lugar considerado válido para conectarse a una audiencia telemática); ii) o bien en la sede del tribunal (es decir, no estará junto con su cliente, pero estará en contacto directo con el órgano judicial).

b) En relación con otros sujetos:

En el caso de las declaraciones e interrogatorios de las partes acusadoras, de los testigos y de los peritos, la regla general es su realización de forma telemática, salvo que el juez o tribunal, motivándolo en atención a las circunstancias del caso concreto, estime necesaria su presencia física. Cuando se trata de determinados sujetos, no obstante, la ley en cierto modo insiste en la preferencia de la declaración telemática y en la absoluta excepcionalidad de la declaración presencial:

i) víctimas de violencia de género, de violencia sexual, de trata de seres humanos, víctimas menores de edad y víctimas con discapacidad;

ii) testigos o peritos que comparezcan en su condición de autoridad o funcionario público (v.g., policías que detuvieron al acusado *in fraganti*, técnicos del Instituto de Toxicología que han analizado las sustancias estupefacientes).

En cuanto a la publicidad y el secreto, un proceso es público cuando sus actuaciones orales pueden ser presenciadas por terceros y cuando sus actuaciones escritas puedan ser conocidas por los interesados. Si no es así, el proceso será secreto o «reservado».

3.2. En la fase de instrucción

En lo atinente a la dualidad oralidad/escritura, las actividades en fase de instrucción revestirán la forma que les sea consustancial. Algunas serán escritas, como la presentación de una querella o la solicitud de datos remitida por el juez instructor a una empresa de telecomunicaciones. Otras serán orales y se desarrollarán en audiencias, como la toma de declaración al encausado o a testigos; estas actuaciones orales, en muchos casos, podrán celebrarse de forma telemática, en los términos descritos antes. Respecto de otras actuaciones no resulta sencillo decir si serán orales o escritas, pues consisten en la realización de un conjunto de actos materiales: es lo que sucede con una detención, un registro domiciliario o una intervención de comunicaciones electrónica. Ahora bien, todas las actuaciones no escritas habrán de documentarse: en algunos casos, la documentación se hará por escrito (v.g., levantando acta del resultado de un registro); en muchos otros, se grabarán las actuaciones sin más (v.g., un interrogatorio o la declaración de la persona investigada).

Y en cuanto a la opción entre publicidad y secreto, como regla, las actuaciones de la instrucción son reservadas y, por tanto, secretas para terceros, lo que se llama *«secreto externo de las investigaciones»* (art. 301 LECrim). Este secreto externo garantiza, de un lado, el propio éxito de la investigación y, de otro, el derecho al honor y a la intimidad de la persona encausada y de otros sujetos implicados en el proceso (especialmente, la víctima).

Por eso, como refuerzo del secreto externo, el art. 301 bis LECrim permite que el juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, adopte ciertas medidas cuando resulte necesario para proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia.

> En concreto, se podrá 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. También se podrá prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares.

Además, cuando se den ciertas circunstancias, el juez instructor puede decretar, de oficio o a instancia de parte, el llamado *«secreto interno de las investigaciones»* (art. 302 LECrim): se podrá acordar cuando resulte necesario para evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona o para prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. Es necesario, además, que el delito sea público –no es posible, en consecuencia, cuando se estén investigando delitos semipúblicos, cada vez más frecuentes en el Código Penal–. En tal caso, solo serán conocidas las actuaciones de la investigación por el propio juez instructor y el Fiscal, pero no por las demás partes. Este secreto interno no puede ser indefinido: no podrá durar más de un mes y habrá de alzarse al menos diez días antes de que se dé formalmente por concluida la instrucción.

El secreto de las investigaciones también está protegido penalmente, a través de las diversas modalidades de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. No es extraño, por otra parte, que los medios de comunicación divulguen información relativa a investigaciones penales que han sido declaradas secretas. Se aprecia en estos casos una tensión entre los valores constitucionales de seguridad pública y eficacia de la persecución penal, de un lado, y la libertad de prensa y el derecho a una información veraz en asuntos de interés general, de otro. Para fomentar un cierto equilibrio existen gabinetes de prensa en los Tribunales Superiores de Justicia que se encargan de proporcionar información en relación con las causas pendientes en los términos que menos comprometan el desarrollo de la investigación en sí y el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de datos de las concretas personas afectadas.

3.3. En la fase de juicio oral

La fase de juicio oral es predominantemente oral, aunque ciertas actuaciones de importancia se llevan a cabo por medio de escrito: así sucede, en concreto, con la formulación de la acusación y la defensa (es decir, la formulación inicial de las pretensiones de las partes). Según se ha visto antes, es posible la celebración del acto del juicio de forma íntegramente telemática y, en muchos casos, será habitual su celebración en formato «híbrido» –algunos sujetos presentes en la sede del tribunal y otros actuando de forma telemática–, con arreglo a lo previsto en el artículo 258 bis LECrim.

De todas las actuaciones llevadas a cabo de forma oral en el juicio ha de quedar constancia perdurable. Tradicionalmente, a tal fin el Letrado de la A. de J. debía elaborar el acta del juicio, en la que se reflejaba lo sucedido en él. En la actualidad, se ha extendido al ámbito del proceso penal el deber de que se graben los juicios en soporte videográfico, de modo que en ciertos casos sea innecesaria la confección de un acta e, incluso, la propia presencia del Letrado de la A. de J. en el propio juicio. Lo mismo sucederá cuando su celebración sea telemática o híbrida.

Por lo que se refiere al binomio publicidad/secreto, la regla es la de que las actuaciones del juicio oral serán públicas: la publicidad es una de las garantías básicas del juicio justo, establecida para evitar arbitrariedades. Cuando las actuaciones se desarrollan de forma ordinaria, la publicidad se identifica con la posible presencia de cualquier sujeto en la sala de vistas. Si las actuaciones son telemáticas la publicidad se garantizará a través de su retransmisión («en streaming»), con arreglo al artículo 66 del RD-ley 6/2023: a tal fin, la sede judicial electrónica de cada tribunal publicará el listado de los juicios, vistas y audiencias públicas y la forma de acceso (v.g., a través de un enlace que, en su caso, requiera de algún tipo de identificación). En el caso de que las actuaciones sean híbridas no será necesaria la retransmisión y la publicidad quedará garantizada mediante el acceso abierto a la sala de vistas.

A pesar de que la publicidad es la regla, el tribunal puede decretar que las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada –o sin acceso *online*, si fuera telemático– en los supuestos que contempla el art. 681.1 LECrim, 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.

Esta celebración a puerta cerrada, en todo caso, admite dos matices: a) no puede excluirse a las partes del proceso ni a las personas lesionadas por el delito; b) el juez o el presidente del tribunal podrán autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa.

Aunque no se haya decretado la celebración de las sesiones del juicio a puerta cerrada, se podrán acordar también las medidas adecuadas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares (antes apuntadas). Además, en términos generales, está prohibida en todo caso la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad, víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección y víctimas de delitos de violencia sexual, 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.

Un problema singular lo genera la posibilidad de que las actuaciones de un juicio oral sean objeto de grabación y de difusión en medios de comunicación social. El art. 682 LECrim establece que, previa audiencia de las partes, el juez o tribunal podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir 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, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso.

A estos efectos, podrá: a) 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; b) prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan; c) prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio.

> Estas limitaciones se podrán imponer también en caso de que las vistas sean telemáticas (art. 66.3 RD-ley 6/2023).

4. PANORAMA GENERAL DE LOS PROCESOS PENALES

En nuestro ordenamiento jurídico no existe un único cauce o procedimiento para la sustanciación de los procesos penales, sino que el legislador ha creado diversos procedimientos. Existen procedimientos ordinarios a los que debe acudirse en general para la sustanciación de todo proceso penal, cualquiera que sea su objeto; y existen, también, algunos procedimientos especiales a los que ha de acudirse cuando el proceso penal verse sobre ciertas materias concretas.

Los *procedimientos ordinarios* son tres y habrá que acudir a uno u otro en función de la gravedad de la pena asignada en abstracto para el hecho punible que deba investigarse y enjuiciarse. Se trata de los siguientes:

— Procedimiento ordinario por delitos graves, al que debe acudirse para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos que tengan asignada por la ley una pena de prisión superior a 9 años. Es muy poco frecuente en la práctica, pero su normativa es la base de la regulación de los demás procedimientos.

— Procedimiento abreviado, introducido en 1988, reformado en 2002 y 2025 y regulado en los arts. 757 a 794 LECrim. Debe acudirse a él para la instrucción y enjuiciamiento de aquellos delitos castigados por ley con una pena que no exceda de 9 años de prisión o bien con una pena distinta a la de prisión, cualquiera que sea su extensión o cuantía.

— Juicio por delitos leves, que debe seguirse para el enjuiciamiento de las conductas que merezcan esta calificación.

En caso de que dos o más delitos integren el objeto de un único proceso penal, habrá que atenderse a la pena prevista para el más grave, sin sumar a estos efectos las penas previstas para todos ellos.

> Así, por ejemplo, si se investigan en un único proceso dos delitos distintos, castigado uno de ellos con pena de 4 a 6 años de prisión y el otro con prisión de 3 a 5 años, habrá que seguir el cauce del procedimiento abreviado, porque la pena prevista en abstracto para cada uno de los delitos no supera el umbral de los 9 años de prisión (aunque, sumadas ambas en sus máximos, arrojen un total de 11 años).

En cuanto a los *procesos especiales*, los más importantes son los tres siguientes:

— El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (también conocido coloquialmente como «juicio rápido»), regulado en los arts. 795 a 803 LECrim.

— El procedimiento ante el Tribunal del Jurado, que debe seguirse para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos enumerados en el art. 1.2 LOTJ.

— El procedimiento especial para el enjuiciamiento de menores, que debe seguirse para la instrucción y enjuiciamiento de las conductas tipificadas como delito cometidas por personas mayores de 14 y menores de 18 años.

La reforma de 2015 ha introducido dos procesos especiales nuevos, el proceso por aceptación de decreto y el procedimiento de decomiso autónomo: los datos disponibles, sin embargo, ponen de manifiesto su escasa incidencia práctica.

Por su parte, la Ley Orgánica 9/2021 ha introducido también un nuevo proceso especial para la persecución de delitos encomendados a la Fiscalía Europea. Se trata de un proceso muy singular, que se construye sobre la base del procedimiento abreviado, pero con importantes divergencias en cuanto a la fase de investigación y a la fase intermedia, pues la dirección de la investigación se encomienda a la Fiscalía Europea y, más en concreto, a uno o varios Fiscales Europeos Delegados.

Durante la instrucción, los diversos procesos penales no son compartimentos estancos, sino que son fungibles. Si un juez de instrucción incoa un procedimiento ordinario por considerar que el hecho tiene asignada una pena superior a 9 años, es posible que durante la investigación llegue a la conclusión de que, realmente, el hecho debe tipificarse de una manera que conduzca a que la pena sea menor. En ese caso, lo actuado hasta ese momento es perfectamente válido: no habrá que repetir los actos de investigación realizados hasta entonces. Ahora bien, el juez instructor deberá convertir para lo sucesivo el procedimiento ordinario en un procedimiento abreviado o, eventualmente, en un juicio por delito leve, o en un procedimiento del Jurado, o en un procedimiento de menores; o viceversa (combinando las posibilidades anteriores).

LECCIÓN 3

EL OBJETO DEL PROCESO PENAL

1. El objeto del proceso penal: 1.1. Delimitación progresiva e inmutabilidad del objeto del proceso; 1.2. Relevancia del sujeto en la determinación del objeto. — 2. Procesos penales con pluralidad homogénea de objetos. — 3. La acción civil en el proceso penal: 3.1. Naturaleza de la acción civil en el proceso penal; 3.2. Régimen de la acción civil en el proceso penal. — 4. Prejudicialidad no penal y cuestiones prejudiciales.

1. EL OBJETO DEL PROCESO PENAL

En general, se entiende por objeto del proceso «aquello sobre lo que trata» el proceso, es decir, aquello que ha de ser objeto de la decisión judicial.

> Si se recuerda, el objeto del proceso civil de declaración lo integra la acción ejercitada, esto es, el derecho a la obtención de una tutela jurisdiccional concreta que el demandante afirma tener.

El objeto del proceso penal lo constituye el hecho punible, es decir, el hecho o conjunto de hechos con apariencia delictiva que supuestamente se han cometido. A través del proceso penal, ya lo sabemos, se busca la aplicación del Derecho penal; por eso, la labor que se ha de llevar a cabo en el proceso penal consiste en determinar si un hecho tuvo o no tuvo lugar, si ese hecho se encuadra o no dentro de algún tipo penal y si, en consecuencia, procede aplicar o no la sanción prevista por el Código Penal.

De una manera algo más gráfica, se puede decir que el objeto del proceso, en general, lo integra una pregunta, a la que el tribunal debe ofrecer una respuesta en su sentencia. En el caso del proceso penal, esa pregunta podría formularse, por ejemplo, del siguiente modo: «¿Cometió el acusado X los hechos tipificados en el art. Y del Código Penal y debe imponérsele, en consecuencia, la pena Z?»

La determinación de cuál sea el objeto de un proceso es fundamental, pues sirve para resolver numerosas cuestiones de gran trascendencia práctica; así:

— La extensión y límites de la jurisdicción penal española, cuando el hecho se ha cometido fuera de nuestras fronteras (pues solo ciertos hechos punibles encajan en las previsiones del art. 23 LOPJ).

— La competencia objetiva, que depende de la gravedad del hecho punible (criterio general), del concreto tipo de delito de que se trate (criterio especial por razón de la materia) o del sujeto al que se imputa el delito (criterio especial por razón de la persona).

— La clase de procedimiento que ha de seguirse, en función de la gravedad del hecho punible.

— Cuándo puede hablarse de litispendencia y de cosa juzgada: hay litispendencia cuando están pendientes dos procesos con el mismo objeto (con la consiguiente necesidad de poner término a uno de ellos, el que comenzó más tarde); y hay cosa juzgada cuando se da comienzo a un proceso con un objeto que ya fue decidido en un proceso anterior y que no podrá seguir adelante (*non bis in idem*).

1.1. Delimitación progresiva e inmutabilidad del objeto del proceso

Sucede, sin embargo, que el objeto del proceso penal –el hecho punible– no siempre se encuentra plenamente delimitado en el momento en que el proceso penal comienza. Al contrario, cuando el proceso se inicia, a menudo, lo único que existe son «indicios de delito», «apariencia delictiva». Precisamente para eso se prevé la fase de instrucción: para averiguar cuál es el hecho punible que aparentemente se ha cometido. Por eso, a medida que avanza el proceso –en concreto, a medida que avanza la investigación– la realidad objeto del proceso se va conociendo más y mejor y va poniéndose de relieve con mayor precisión.

Eso sí, ha de llegar un momento a partir del cual el objeto del proceso quede definitivamente fijado y ya no pueda alterarse; porque de lo contrario el derecho de defensa del investigado se vería perjudicado (en la medida en que pueda cambiar el título de imputación). Ese momento máximo se ha de fijar al decidir la apertura del juicio oral. Es decir, cuando se decide que se va a abrir el juicio oral ha de establecerse con precisión cuáles son los hechos que se van a enjuiciar y cuáles las personas a las que se imputa su comisión. Solo se podrán enjuiciar esos hechos (y no otros) y solo a esas personas (y no a otras). Además, esos hechos y esas personas que pueden llegar al juicio oral solo pueden ser aquellos que hayan sido objeto de previa investigación durante la fase de instrucción.

Por eso, la «delimitación progresiva» del objeto del proceso penal solo tiene sentido, como regla, durante la fase de instrucción. El proceso penal se inicia en relación con unos hechos concretos, aparentemente delictivos y aparentemente cometidos. Ahora bien, es posible que las diligencias de investigación que se practiquen aporten nuevos datos, en cuyo caso se pueden abrir varias posibilidades:

1ª. Los nuevos datos atañen a lo que ya es objeto del proceso: el objeto del proceso se conoce mejor, pero no cambia.

2ª. Los nuevos datos muestran un hecho punible distinto del que era objeto del proceso, pero conexo con él según el art. 17 LECrim: el proceso debe pasar a tener una pluralidad de objetos [Si esto mismo sucediera durante el juicio oral, esa acumulación ya no sería posible y habría que iniciar un nuevo proceso en relación con el nuevo hecho delictivo conexo].

3ª. Los nuevos datos revelan un hecho punible diferente del primitivo objeto y desprovisto de conexión con este: procede incoar un proceso nuevo para la persecución del nuevo hecho punible.

Aprovechando el símil anteriormente propuesto, puede decirse que la finalidad de la fase de instrucción consiste precisamente en sentar las bases para poder «formular la pregunta» que constituirá el objeto del proceso: las investigaciones llevadas a cabo durante esta fase tienen por objeto determinar cuál ha de ser en concreto la pregunta a la que habrá de dar respuesta el tribunal sentenciador tras el juicio oral. Es posible, incluso, que al término de la instrucción se llegue a la conclusión de que no hay pregunta alguna que hacer, esto es, que no hay hecho punible que deba enjuiciarse; o, también, que falta alguno de los términos para una correcta formulación de la cuestión (*v.g.*, porque no se ha podido concretar la imputación del hecho punible en ninguna persona): en estos casos no podrá abrirse juicio oral, pues el proceso carecería de objeto.

Concluida la instrucción y abierto el juicio oral, el objeto del proceso ya ha pasado a ser inmutable, no puede alterarse. Durante el juicio oral las partes se esforzarán por convencer al tribunal acerca de cuál debe ser la respuesta que ha de darse a la «pregunta» que se le formula: las partes acusadoras alegarán y probarán para convencerle de que responda afirmativamente, esto es, de que ha de dictar una sentencia en la que entienda cometido el hecho por el acusado y le imponga una pena; y la parte acusada tratará de convencer al tribunal de lo contrario.

1.2. Relevancia del sujeto en la delimitación del objeto

El hecho punible es siempre una conducta humana. Por ello, parece que su protagonista o protagonistas han de ser un elemento configurador del objeto del proceso penal. Esta afirmación, sin embargo, merece algunas precisiones.

Y es que, si se mira con detenimiento, una conducta delictiva puede delimitarse (o «imaginarse»), al menos inicialmente, sin referencia a un sujeto concreto: de hecho, la determinación de ese sujeto puede ser la incógnita principal del proceso, al menos durante su fase de instrucción.

Desde esta perspectiva, y a los efectos de la determinación del objeto del proceso, el sujeto activo de la conducta punible tiene relevancia en la medida en que es un elemento necesario para la identificación histórica del hecho: si A ha sido asesinado, no hace falta atribuírselo (provisionalmente) a B o a C para que ese asesinato –y no otro– constituya el objeto de un proceso penal; pero es evidente que no habrá juicio si no se le atribuye a una persona concreta.

Por eso, un cambio durante la fase instructora del presunto responsable de la conducta delictiva no supone un cambio de objeto, si la conducta sigue siendo aquella sobre la que se proyectó desde un principio la actividad procesal: se sigue tratando del asesinato de A, lo que sucede es que durante un tiempo parecía que el autor era B y más adelante se considera probable que haya sido C. Se trata, en

definitiva, de una manifestación más de lo que antes llamábamos «progresiva delimitación del objeto del proceso».

Las cosas cambian, sin embargo, cuando se ha de llegar a la fase de juicio oral. En este momento, ya se ha dicho, ha de fijarse con precisión cuáles son los hechos punibles que se van a enjuiciar y cuál o cuáles las personas a las que se va a imputar su comisión. Por eso, una vez delimitado tras la investigación, el objeto del proceso penal sí que comprende ya al sujeto o sujetos agentes del hecho punible.

Es posible, por eso, que el objeto del proceso nunca llegue a obtener el grado de delimitación que resulta preciso para pasar a la fase de juicio oral: eso es lo que sucede cuando, tras la investigación, se fracasa en la determinación del presunto responsable. Precisamente por eso, porque el objeto no está lo suficientemente delimitado (falta el sujeto activo), no puede desarrollarse el juicio oral: porque lo que ha de ser decidido por un tribunal penal –es decir, lo que es objeto del proceso penal– no es solo la existencia de un hecho punible (por ejemplo, que se ha asesinado a A), sino también, y sobre todo, que esa conducta le es atribuible y reprochable a una persona concreta (B o C, para seguir con el ejemplo).

Por eso mismo, si se absuelve a B del asesinato de A, no habría cosa juzgada en caso de que, después, se abriera un proceso frente a C por el asesinato de A. Al ser el sujeto agente del hecho punible diferente, los objetos de uno y otro proceso son diferentes.

2. PROCESOS PENALES CON PLURALIDAD HOMOGÉNEA DE OBJETOS

Como regla, y según se desprende del art. 17.1 LECrim, el objeto del proceso penal ha de ser único: cada hecho punible debe enjuiciarse en un único y diferenciado proceso penal.

Solo en los supuestos en que dos o varios hechos delictivos sean conexos puede haber razones suficientes para enjuiciarlos conjuntamente en un único proceso, consistentes en que la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resulten convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, y siempre que ello no comporte excesiva complejidad o dilación para el proceso.

La decisión, por tanto, acerca de si un proceso penal puede tener un solo objeto o varios objetos está sujeta a criterios relativamente discrecionales, tanto en lo positivo (la conveniencia para la eficacia de la persecución) como en lo negativo (la ausencia de complejidad o dilación). El problema radica en que elementos como la conveniencia y la complejidad solo se determinan cuando el proceso ya está avanzado, pues no siempre se puede sostener a priori si la pluralidad de objetos contribuirá o no a la economía procesal.

De modo más general, también puede ser difícil concretar el propio elemento de la conexión: es preciso determinar qué se entiende por delitos conexos, antes de valorar si es conveniente hacerlos objeto de un único proceso penal. A tal fin, el legislador ofrece el art. 17.2 LECrim, en el que establece qué delitos se consideran conexos «a los efectos de la atribución de jurisdicción y de la distribución de la competencia»:

> 1.º Los cometidos por dos o más personas reunidas.
>
> 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello.
>
> 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
>
> 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
>
> 5.º Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente.
>
> 6.º Los cometidos por diversas personas cuando se ocasionen lesiones o daños recíprocos.

A estas reglas se debe sumar la establecida en el art. 17.3 LECrim para delitos que no sean conexos pero que hayan sido cometidos por la misma persona y tengan analogía o relación entre sí (v.g., los diversos homicidios cometidos por un asesino en serie o los diversos robos cometidos por un atracador de bancos): si son de la competencia del mismo órgano judicial, podrán ser enjuiciados en un mismo proceso, a instancia del Ministerio Fiscal, si la investigación y la prueba en conjunto de los hechos resultan convenientes para su esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes, salvo que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso.

> Por *analogía*, según el Tribunal Supremo, hay que entender la semejanza o similitud de los delitos entre sí por su peculiar naturaleza, bien jurídico lesionado o modo de actuar del agente, entre otras circunstancias. Y hay *relación* delictual cuando los delitos están de algún modo encadenados objetivamente, teniendo un eje intencional común.

No hay que confundir la conexión de delitos con los supuestos en que una sola conducta delictiva se imputa a varias personas (en concepto de coautores o cómplices): en estos casos, el delito es único y el proceso tiene un objeto único. Puede suceder, sin embargo, que a pesar de ello el enjuiciamiento «se fragmente», cuando solo uno o algunos de los presuntos responsables se encuentran a disposición de las autoridades judiciales.

Con frecuencia, los procesos con pluralidad de objetos lo son desde su comienzo: desde el comienzo del proceso entran en él, como objetos diversos, varios hechos punibles si se dan las condiciones que se recogen en el art. 17 LECrim. En estos casos, habrá que aplicar las reglas especiales para determinar

el juez competente, pero los varios objetos se tramitarán desde el inicio en un único proceso.

También es posible que, incoado el proceso penal con un objeto único, de las investigaciones se deduzca la existencia de otros hechos punibles, conexos con aquel: en estos casos, si resulta posible el enjuiciamiento conjunto, se habrá ampliado el objeto del proceso durante la instrucción.

Finalmente, también ha de ser posible que, al menos durante la fase de instrucción, dos o más procesos, iniciados por separado y cada uno con un objeto único, pasen a reunirse y tramitarse conjuntamente, en caso de que sus objetos sean conexos y se den las condiciones legalmente establecidas para su enjuiciamiento conjunto.

3. LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

3.1. Naturaleza de la acción civil en el proceso penal

La comisión de un hecho delictivo puede ocasionar el nacimiento de acciones de naturaleza civil, pues desde una perspectiva jurídico-privada es un hecho daños del que deriva responsabilidad para su autor y, en algunos casos, para otras personas. Según ya se expuso en la primera lección, uno de los rasgos definitorios de nuestro sistema procesal penal es que, por motivos de economía procesal, estas acciones civiles pueden formar parte también del objeto del proceso penal, junto con el objeto penal: se habla entonces de que existe una pluralidad heterogénea de objetos en el proceso (uno o varios objetos penales, junto a uno o varios objetos civiles).

El art. 110 CP establece que la acción civil derivada del delito puede tener por objeto:

1º. La restitución de las cosas objeto del delito.

2º. La reparación del daño.

3º. La indemnización de los perjuicios materiales y morales.

La jurisprudencia, por otra parte, ha reconocido que, al menos en algunos casos, la acción civil *ex delicto* puede tener un contenido más amplio que aquello que se deduce de una lectura literal del Código Penal: así, por ejemplo, en los procesos por delito de alzamiento de bienes, ha permitido ejercitar en el proceso penal la acción de nulidad del negocio jurídico a través del cual se consumó el delito de alzamiento; algo similar se ha admitido también en los procesos por estafa respecto del contrato en que se materializó el engaño. Se suele hablar entonces de «negocios jurídicos criminales» para referirse a aquellos que sirven a la comisión de delitos patrimoniales. En estos casos –y en otros similares– los tribunales han considerado que estos pronunciamientos sobre relaciones negociales tienen cabida bajo la noción de «reparación del daño», en tanto que

mecanismos civiles adecuados para evitar que el ilícito penal siga produciendo consecuencias perniciosas en el ámbito patrimonial.

> Además, de lo anterior, el art. 193 CP establece que «en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos»: significa, por tanto, que se ejercitarán también las acciones civiles de determinación de la filiación y de condena al pago de alimentos.

Hay que insistir en que la acción civil no deriva del delito en sí, sino de unos actos u omisiones civilmente ilícitos –valorados, por tanto, desde una perspectiva jurídico-civil, con independencia de que, valorados desde una perspectiva jurídico-penal, pueda decirse que son constitutivos de delito– y que han provocado la indebida pérdida de la posesión de una cosa u ocasionado daños y perjuicios. La acción civil ejercida en el proceso penal es así una acción de responsabilidad civil extracontractual. Por ello, no es precisa una sentencia de condena penal para que exista esta responsabilidad civil. Ni la sentencia penal de condena determina necesariamente la existencia de responsabilidad civil, ni la absolución del acusado supone forzosamente la inexistencia de responsabilidad civil –aunque, de ordinario, habrá de promoverse en un proceso civil posterior.

> Por otro lado, no es extraño que ciertos delitos se consumen a través de la realización de determinados actos administrativos (otorgamiento de una licencia o de una subvención, suscripción de un contrato público). En algunos casos, los tribunales penales, al enjuiciar estos delitos, han llegado a anular en sus sentencias el acto administrativo en cuestión, en términos aparentemente análogos a los descritos respecto de los llamados «negocios jurídicos criminales». De hecho, el art. 319 CP, en relación con los delitos urbanísticos, faculta al tribunal penal a acordar en sentencia la demolición de la obra ilegal y la reposición a su estado de la realidad física alterada. Se trata, en todo caso, de una cuestión polémica, pues existen procedimientos administrativos adecuados para expulsar del ordenamiento un acto que se haya declarado ilícito en sentencia penal, sin que sea razonable atribuir a los jueces penales la facultad de sustituir con sus sentencias la actividad que debería llevar a cabo la administración competente (la STS 277/2018, de 8 de junio, hace un análisis muy pormenorizado del problema con ocasión del conocido como «caso Nóos»). La STC 81/2023, de 3 de julio, parece haber refrendado la posibilidad de anular actos administrativos en sentencia penal, aunque exige que, en todo caso, las personas no acusadas beneficiarias de los actos administrativos anulados sean citadas al proceso penal para defender en él su posición jurídica.

3.2. Régimen procesal de la acción civil en el proceso penal

El art. 112 LECrim dispone que «ejercitada la acción penal, se entenderá ejercitada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar». Y el art. 108 LECrim ordena que «la acción civil ha de entablarse

juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular».

Según se desprende de estos preceptos, nuestro Derecho quiere que, de ordinario, se resuelva en el proceso penal sobre la posible responsabilidad civil producida por la conducta humana que en dicho proceso se considera primordialmente desde el punto de vista del Derecho penal.

La regla es, por tanto, que la acción civil forma parte también del objeto del proceso penal. En consecuencia, es el titular de la acción civil (= el perjudicado) quien tiene la carga de evitar que esta forme parte del proceso penal, a través de la renuncia o de la reserva.

— La *renuncia* puede producirse tanto antes del proceso penal, como dentro de este, en cualquier momento: a través de la renuncia se extingue la acción civil, de forma que el perjudicado no podrá ya reclamar en virtud del derecho que a su favor nació como consecuencia del hecho delictivo. La renuncia ha de ser clara y terminante, sin que pueda deducirse del simple hecho de que el perjudicado no se haya mostrado parte en el proceso (art. 110 II LECrim).

Aunque, en principio, la renuncia es irrevocable, el art. 112 II LECrim admite dos excepciones:

(i) cuando las consecuencias del delito hayan acabado siendo más graves de lo previsto en el momento de la renuncia: v.g., se manifestaron secuelas físicas o daños patrimoniales en un momento posterior a la toma de declaración del perjudicado ante el juez de instrucción;

(ii) cuando la renuncia haya podido estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito: aquí, por tanto, se trata de manifestar que la renuncia no fue realmente voluntaria.

En estos casos, el tribunal podrá revocar la renuncia al ejercicio de la acción civil solo si lo solicita la persona dañada o perjudicada antes del trámite de calificación del delito –esto es, antes de que se determinen las pretensiones de las partes de cara al juicio oral–; el órgano judicial, en cualquier caso, solo podrá hacerlo previa audiencia de todas las partes, de modo que le sea posible al responsable civil cuestionar la procedencia de la revocación de la renuncia.

— Por su parte, la *reserva* significa la preferencia del perjudicado por ejercitar esta acción de forma separada en un proceso distinto, ante los órganos jurisdiccionales civiles, una vez haya concluido el proceso penal. En cuanto al momento en que puede producirse eficazmente la reserva, es preciso distinguir un poco más. Como regla, es posible antes del proceso, o cuando se manifiesta en un momento inicial del proceso (durante la fase de instrucción). Pero si se pretende la reserva cuando el proceso penal esté ya avanzado, solo debe ser admisible si las otras partes así lo consienten (de forma análoga a lo que sucede con el desistimiento del actor en el proceso civil): hay que tener en cuenta que el ejercicio de la acción civil ha ocasionado ya a las otras partes unos

comportamientos procesales que implican esfuerzo y coste económico, lo cual puede motivar su interés en que la cuestión de la responsabilidad civil quede definitivamente decidida en el proceso penal.

4. PREJUDICIALIDAD NO PENAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

Para impartir justicia en su propio ámbito, el órgano jurisdiccional penal necesita frecuentemente servirse de conceptos que no son de índole jurídico-penal, sino civil, administrativa o laboral. Así, por ejemplo, la situación matrimonial (en el delito de bigamia), el parentesco (como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal), la propiedad, la posesión, la condición de funcionario, la relación de dependencia laboral, el carácter de «caudales públicos» de unos bienes, etc., son aspectos que con frecuencia forman parte de los tipos penales y que condicionan la aplicación del Derecho penal en un caso concreto.

En algunos casos, el Derecho penal efectúa una definición propia y autónoma de ciertos conceptos (por ejemplo, qué se entiende por «funcionario», en el art. 24.2 CP). Sin embargo, en otros casos, el tribunal penal se enfrenta a la necesidad de resolver cuestiones cuya respuesta se halla fuera del ámbito de atribución de la jurisdicción penal. Estas cuestiones, como es sabido, reciben el nombre de cuestiones prejudiciales. En sí mismas no constituyen el objeto del proceso penal, pero han de ser resueltas por el juzgador penal como paso lógico previo a poder dictar una sentencia sobre el objeto del proceso penal (es decir, sobre el hecho punible imputado a un sujeto).

La resolución a una cuestión prejudicial supone que se hace preciso subsumir determinados hechos concretos en conceptos jurídicos que no son penales; si lo que es objeto de la cuestión prejudicial hubiera de ser decidido como tal en un proceso autónomo, ese proceso no se sustanciaría ante los tribunales del orden penal.

> Ejemplo. Si la existencia de matrimonio válido, necesaria para determinar que hay bigamia (art. 217 CP), hubiera de ser decidida en cuanto tal en un proceso judicial –esto es, por sí misma, no como paso previo para saber si hay delito de bigamia–, ese proceso sería un proceso civil, tramitado ante los tribunales del orden civil, no ante los penales.

Cuando surge en el proceso penal una de estas cuestiones, cabe pensar en abstracto en dos posibles opciones para solucionarla:

Primera. Que el tribunal penal remita la cuestión a un órgano del orden jurisdiccional correspondiente al concepto que ha de ser resuelto, quedando mientras tanto en suspenso el proceso penal, a la espera de la respuesta que se dé a la cuestión por los tribunales del otro orden: esto supondría un régimen de prejudicialidad *devolutiva*.

Segunda. Que sea el propio tribunal penal quien efectúe esa subsunción de supuestos de hecho en normas jurídicas no penales, es decir, que sea el mismo quien resuelva la cuestión no prejudicial: en tal caso, hay que hablar de prejudicialidad *no devolutiva*.

La regla general es la existencia de un régimen de prejudicialidad no devolutiva y se contiene tanto en el art. 3 LECrim como en el art. 10.1 LOPJ, que establece cómo «a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente». La expresión «a los solos efectos prejudiciales» significa que tal enjuiciamiento sobre temas no penales se formula solo como antecedente para la decisión penal que corresponda y a los efectos únicos de poder dictar sentencia penal; pero lo resuelto sobre esa materia no penal carecerá de eficacia fuera de ese proceso y no tendrá, por tanto, fuerza de cosa juzgada (lo que significa que la cuestión podrá volver a plantearse ante los tribunales del orden al que correspondería por razón de la materia, sin que lo impida un eventual *non bis in idem* derivado de la sentencia penal).

Ahora bien, junto a esta regla general, los arts. 4 a 6 LECrim prevén, como excepción, un régimen de prejudicialidad devolutiva para ciertas cuestiones:

> 1º. Si la cuestión prejudicial es determinante de la inocencia o culpabilidad del acusado, el tribunal penal ha de suspender el procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial por el tribunal del orden correspondiente. En caso de que, en el momento de plantearse la cuestión prejudicial, no estuviera aún abierto el necesario proceso civil, administrativo o laboral que tuviera por objeto dicha cuestión, el tribunal penal fijará a las partes un plazo para que lo incoen no superior a dos meses. Si en ese plazo no acreditan haber dado comienzo al proceso, el tribunal penal alzará la suspensión y continuará con el proceso (art. 4 LECrim).
>
> 2º. Las cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil se deferirán siempre al juez o tribunal –civil– que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del tribunal de lo criminal (art. 5 LECrim).
>
> 3º. Si la cuestión prejudicial civil se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el tribunal penal podrá pronunciarse sobre ella siempre que tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión; a falta de título o actos, habrá de deferir el asunto a los tribunales civiles (art. 6 LECrim).

La jurisprudencia discrepa a la hora de entender si estos preceptos han sido o no derogados tácitamente por el art. 10.1 LOPJ, que se limita a prever una regla general de prejudicialidad no devolutiva, sin excepciones.

Un sector de nuestros tribunales entiende que el art. 10.1 LOPJ ha derogado los arts. 4 a 6 LECrim y que, en consecuencia, los tribunales penales siempre han de resolver ellos mismos las cuestiones civiles, administrativas y laborales que aparezcan como antecedentes lógicos de la sentencia penal. Otros tribunales, en cambio, siguen considerando de aplicación dichos preceptos. En alguna ocasión, el Tribunal Constitucional ha insistido en la necesidad de que se suspendan los procesos penales cuando están pendientes procesos civiles, administrativos o laborales que versen sobre cuestiones prejudiciales al enjuiciamiento penal: de esta afirmación se puede inferir, aunque sea indirectamente, que se entiende que la regla del art. 10.1 LOPJ admite excepciones.

LECCIÓN 4

LOS TRIBUNALES PENALES

1. La organización de la jurisdicción penal española. — 2. Sujetos que colaboran con la jurisdicción penal. — 3. La competencia internacional de los tribunales penales españoles. — 4. La jurisdicción por razón del objeto. Límites subjetivos. — 5. La competencia objetiva: 5.1. Para el enjuiciamiento; 5.2. Para la instrucción. — 6. La competencia funcional. — 7. La competencia territorial. — 8. Alteración de las normas sobre jurisdicción y competencia en los casos de conexión delictiva. — 9. Tratamiento procesal. — 10. Determinación definitiva de los juzgadores: reparto, abstención y recusación.

1. LA ORGANIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL ESPAÑOLA

En España ejercen funciones jurisdiccionales en el ámbito penal una pluralidad de órganos jurisdiccionales: la suma de todos ellos integra el orden o rama penal de la jurisdicción ordinaria.

A) Algunos de ellos se integran dentro del Tribunal de Instancia. En concreto, se trata de los siguientes:

a) Las Secciones de Instrucción (o Secciones Únicas, Civiles y de Instrucción) del Tribunal de Instancia: su demarcación es el partido judicial y su sede se encuentra en el municipio que sea cabeza del partido. En los partidos judiciales con un volumen de trabajo reducido habrá una Sección Única, con una o unas pocas plazas judiciales, cuyos titulares actuarán como jueces civiles y jueces de instrucción. Allí donde el volumen de trabajo lo justifique se crearán Secciones de Instrucción, con varias plazas judiciales y, por tanto, con varios jueces de instrucción. La función de los jueces de instrucción es triple: enjuician ciertos delitos leves; instruyen la generalidad de los procesos por delito; y pueden dictar sentencias de conformidad en el marco de los llamados «juicios rápidos».

b) Las Secciones de Violencia sobre la Mujer del Tribunal de Instancia, allí donde se hayan constituido. Su demarcación, como regla, es el partido judicial y su sede se encuentra en el municipio que sea cabeza de partido. Los jueces de las Secciones Únicas o de Instrucción también pueden funcionar como jueces de Violencia sobre la Mujer, si no hay Sección en sentido propio. La función de los jueces de Violencia sobre la Mujer se ciñe al ámbito de los procesos penales por actos de violencia de género y contra la libertad sexual: es equivalente a la de los jueces de instrucción: en concreto, enjuician los delitos leves de violencia de género; instruyen los procesos penales por delitos de violencia de género y contra la libertad sexual; y pueden dictar sentencias de conformidad en el marco de los «juicios rápidos» por delitos de violencia de género y contra la libertad sexual.

Además, las Secciones de Violencia sobre la Mujer tienen competencias, como tribunales del orden civil, para conocer de los procesos civiles relacionados con el acto de violencia de género (*v.g.*, procesos matrimoniales, de filiación, relativos a guarda y custodia de menores).

c) Las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia del Tribunal de Instancia, allí donde se constituyan y con el alcance territorial con que se constituyan, se ocuparán de la instrucción de ciertas causas penales por delitos especialmente graves y/o violentos, cometidos contra niños y adolescentes y, en su caso, del enjuiciamiento de delitos leves cometidos contra ellos (siempre que no sean conexos con delitos cuyo enjuiciamiento corresponda a las Secciones de Violencia sobre la Mujer).

> En general, las diversas secciones de los tribunales de instancia son herederas de los juzgados unipersonales existentes antes de la puesta en funcionamiento de la LOEP: las Secciones de Instrucción suponen el agrupamiento de los Juzgados de Instrucción que existían en un partido judicial, igual que las Secciones de Violencia sobre la Mujer engloban a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, sin embargo, son una novedad introducida por la LOEP. Por el momento solo se ha dispuesto la constitución de tres Secciones, cada una de ellas con una sola plaza judicial, en los tribunales de instancia de Madrid, Barcelona y Málaga.

d) Las Secciones de lo Penal del Tribunal de Instancia: tienen como regla ámbito provincial y sede en la capital de la provincia, aunque en ocasiones puede ser inferior (en estos casos, se vinculan a ciertos partidos judiciales). Su función es estrictamente enjuiciadora: se encargan de la fase de juicio oral de ciertos procesos por delito.

e) Las Secciones de Menores del Tribunal de Instancia: tienen como ámbito la provincia y sede en la capital de la provincia y se encargan de enjuiciar las conductas tipificadas como delito que hayan sido cometidas por menores de edad.

f) Las Secciones de Vigilancia Penitenciaria del Tribunal de Instancia: su ámbito es también provincial y su función se centra en ciertos aspectos de la ejecución de las penas privativas de libertad (especialmente lo que se refiere al tratamiento penitenciario).

Dentro del esquema de cada Tribunal de Instancia y, en su caso, de sus Secciones (o de su Sección Única) el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde de forma unipersonal o individual al concreto juez o magistrado que ocupe cada una de las plazas judiciales que conformen la Sección. Por eso, aunque el Tribunal de Instancia agrupe a una pluralidad de jueces y/o de magistrados, funciona para cada caso concreto como la suma de una pluralidad de órganos unipersonales.

Sin embargo, debe recordarse lo dispuesto en términos generales por el art. 84.6 LOPJ, que permite que, en relación con asuntos concretos, se designen otros dos jueces o magistrados del mismo Tribunal de Instancia para que se ocupen de la instrucción o de la primera instancia de una causa determinada junto con aquel a quien se hubiere turnado el asunto inicialmente. El ejercicio de la función jurisdiccional, en estos casos, deja de ser unipersonal y pasa a ser colegiado.

> La finalidad de la norma parece que es «reforzar» al órgano judicial en asuntos complejos, pues el uso de esta facultad se reserva para los casos en que este proceder «favorezca el ejercicio de la función jurisdiccional» cuando así lo aconseje el volumen, la especial complejidad o el número de intervinientes en un proceso. Se trata, no obstante, de una norma potencialmente peligrosa para el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, pues el juego de las mayorías, propio de la conformación de la voluntad judicial en un órgano colegiado, puede servir para contrarrestar de entrada el papel o el criterio que se supone puede seguir un determinado juez en determinado tipo de asuntos –y es algo que se aprecia en ocasiones en la instrucción de asuntos penales–. Además, no es fácil determinar *a priori* qué hace que un asunto concreto sea merecedor de este tipo de refuerzo, ni tampoco el momento o fase del proceso en que puede acordarse.

B) Fuera ya de la estructura del Tribunal de Instancia, forman parte también de la jurisdicción penal los siguientes órganos jurisdiccionales.

g) Las Audiencias Provinciales: tienen como ámbito territorial la provincia y con frecuencia se dividen en Secciones. Su función es doble: de un lado, son tribunales enjuiciadores, que se encargan de la fase de juicio oral de ciertos procesos por delito; de otro, se ocupan de resolver recursos de apelación frente a autos y sentencias dictados por los jueces de las diversas Secciones de los Tribunales de Instancia de la provincia.

h) El Tribunal del Jurado: como regla su ámbito es provincial y se constituye en el ámbito de la Audiencia Provincial, aunque excepcionalmente se puede constituir en el ámbito de un Tribunal Superior de Justicia (recuérdese el «caso Camps» o «caso de los trajes») o del Tribunal Supremo. Su función es estrictamente enjuiciadora: se encarga del juicio oral de ciertos procesos por delito.

i) Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia: su demarcación es la Comunidad Autónoma y su función doble: se ocupan de enjuiciar ciertos delitos cometidos por ciertas personas (aforados) y de resolver los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y por el Tribunal del Jurado, así como contra ciertos autos de las Audiencias Provinciales).

j) La «Audiencia Nacional»: en cuanto tal, no es un auténtico órgano jurisdiccional, pero en su entorno, de ámbito nacional, se encuadran diversos órganos jurisdiccionales cuyas funciones se ciñen a los procesos penales por los

delitos de terrorismo (D.T. 2 de la LO 4/1988) y por los delitos a que se refiere el art. 65.1 LOPJ. Aquellos que están integrados por tribunales unipersonales conforman el Tribunal Central de Instancia, dividido en varias Secciones (algunas con competencias penales, otras sociales y contencioso-administrativas).

— La Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia se encarga de la instrucción de los procesos penales en relación con esos delitos.

— La Sección de lo Penal del Tribunal Central de Instancia se encarga del enjuiciamiento de algunos de esos delitos.

— La Sección de Menores del Tribunal Central de Instancia se encarga del enjuiciamiento de las conductas, cometidas por menores de edad, susceptibles de tipificarse como delitos de terrorismo o mencionados en el art. 65.1 LOPJ.

— La Sección de Vigilancia Penitenciaria del Tribunal Central de Instancia realiza funciones de supervisión y control en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas por los mencionados delitos.

— La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional tiene una doble función: se encarga del enjuiciamiento de algunos de estos delitos, pero también de resolver los recursos frente a las resoluciones dictadas por los jueces de las diversas Secciones del Tribunal Central de Instancia con competencias penales.

— La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional tiene la función de resolver los recursos de apelación frente a las sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

k) La Sala de lo Penal (Sala Segunda) del Tribunal Supremo: de ámbito nacional, tiene una doble función: enjuicia ciertos delitos cometidos por ciertas personas (aforados) y, sobre todo, resuelve recursos de casación frente a sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por los Tribunales Superiores de Justicia y por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

l) La LOPJ (art. 100.2) prevé que los Jueces de Paz puedan asumir competencias para el enjuiciamiento de ciertos delitos leves, en los casos legalmente establecidos. En la actualidad, sin embargo, esta previsión se encuentra vacía de contenido, pues ninguna norma atribuye ese tipo de competencia a los Jueces de Paz.

2. SUJETOS QUE COLABORAN CON LA JURISDICCIÓN PENAL

Para el normal desarrollo del proceso penal es necesaria la colaboración de otros sujetos, que no integran propiamente los órganos jurisdiccionales. Se trata, al menos, de los siguientes:

— El Ministerio Fiscal (del que nos ocuparemos en la lección siguiente)

— La Policía Judicial.

— Los Médicos Forenses.

— Los Institutos de Toxicología e instituciones análogas.

Se hará referencia a todos ellos con algo más de detenimiento en la lección 9, al abordar los sujetos intervinientes en la fase de instrucción.

— Los cuerpos de psicólogos, educadores y trabajadores sociales adscritos a las Secciones de Menores.

3. LA COMPETENCIA INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES PENALES ESPAÑOLES

Las normas de competencia internacional en materia penal establecen los criterios para determinar qué procesos penales pueden ser instruidos y enjuiciados por los tribunales penales españoles y cuáles, por el contrario, en su caso, habrán de serlo por los tribunales penales de otros Estados o por tribunales penales internacionales, como la Corte Penal Internacional. Estas normas están contenidas en el art. 23 LOPJ.

La *regla general* la constituye el «criterio de la territorialidad»: los tribunales penales españoles conocen de los procesos por delitos o faltas cometidos en territorio español o a bordo de buques o aeronaves españoles, con independencia de la nacionalidad del sujeto responsable (23.1 LOPJ).

Esta regla general presenta tres *ampliaciones o extensiones* (que no excepciones), que determinan los casos en que los tribunales españoles son competentes para el enjuiciamiento de delitos cometidos en el extranjero: el criterio de la nacionalidad o la personalidad; el criterio real o de protección; y el criterio de universalidad o justicia universal.

La amplitud con la que fue inicialmente establecida la competencia internacional de los tribunales penales españoles en el art. 23 LOPJ en su versión de 1985 (especialmente al amparo de la justicia universal) motivó la apertura de una serie de procesos penales con amplia proyección mediática y en los que se atribuía la condición de imputados a jefes de Estado o Gobierno extranjeros, o a personas que habían ostentado esa condición (el primero y más sonoro fue el *caso Pinochet* en la década de los 90). Tal vez por las repercusiones negativas de

esos procesos sobre la acción diplomática y de gobierno en el extranjero, el alcance del principio de jurisdicción universal fue objeto de una primera restricción a través de la L.O. 1/2009, de 3 de noviembre. La reforma, al parecer, no fue suficiente para aplacar las tensiones diplomáticas y desembocó en una nueva modificación, más restrictiva, a través de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ relativa a la justicia universal, que fue declarada constitucional por la STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018. Posteriormente, la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo reformó de nuevo el apartado 4.e), para los delitos de terrorismo.

Debe tenerse en cuenta que, con arreglo a lo establecido en el art. 65.1 LOPJ, los órganos de la Audiencia Nacional –incluido, pues, el Tribunal Central de Instancia– ostentan la competencia para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos cometidos en el extranjero. Esta es la razón de la gran proyección mediática que acaban teniendo los procesos penales abiertos al amparo de las ampliaciones o extensiones que se analizan seguidamente.

a) El «*criterio de la nacionalidad o personalidad*»: permite a los tribunales penales españoles conocer de los procesos por delitos cometidos en el extranjero por ciudadanos españoles o por personas que hayan adquirido la nacionalidad española después de cometer el delito, siempre que se den tres condiciones (23.2 LOPJ):

— Que el hecho punible esté tipificado como delito tanto en España como en el lugar en el que se cometió (exigencia de doble incriminación).

Esta exigencia, sin embargo, no operará si dispensa de ella un tratado o un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte.

— Que el agraviado por el delito o el Ministerio Fiscal interpongan querella ante los tribunales españoles (por tanto, nunca de oficio).

Si se trata de delitos cuya persecución está encomendada a la Fiscalía Europea, será suficiente con que esta ejercite efectivamente su competencia.

— Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado ya en el extranjero, o bien que no haya cumplido la condena, y si la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda en España.

b) El «*criterio real o de protección*»: permite a los tribunales penales españoles instruir y enjuiciar los procesos por delitos cometidos en el extranjero por personas españolas o extranjeras siempre que encajen en alguno de los enunciados del art. 23.3 LOPJ (delitos de traición y contra la paz o la independencia del Estado; contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; delitos de 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 y su expedición; cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; delitos perpetrados en el ejercicio de sus

funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; delitos relativos al control de cambios). Todos ellos representan delitos contra intereses básicos del Estado español en cuanto tal.

Para que los tribunales penales españoles puedan conocer en estos casos es precisa la previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal (art. 23.6 LOPJ).

c) El «*criterio de universalidad o de la justicia universal*»: permite a los tribunales penales españoles conocer de los procesos por delitos cometidos en el extranjero por personas españolas o extranjeras, siempre que se trate de hechos susceptibles de tipificarse, según la ley española, como algunos de los siguientes delitos y siempre que se cumplan ciertas condiciones adicionales, que varían en función del tipo delictivo (art. 23.4 LOPJ). A través de esas condiciones se pretende constatar la existencia de algún tipo de conexión o vinculación entre el delito cometido en el extranjero y el Estado español.

1. Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado: es necesario que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

2. Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

— el procedimiento se dirija contra un español; o

— la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

3. Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

— el procedimiento se dirija contra un español; o,

— la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

4. Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima *que se cometan en los espacios marinos*, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

5. Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

— el procedimiento se dirija contra un español;

— el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo;

— el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;

— la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;

— el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

— el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

— el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

— el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados. A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

6. Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:

— el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,

— el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

7. Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

8. Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

9. Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

— el procedimiento se dirija contra un español; o,

— cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

10. Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

11. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

— el procedimiento se dirija contra un español;

— el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

— el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

— el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

12. Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

— el procedimiento se dirija contra un español;

— el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,

— el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

13. Trata de seres humanos, siempre que:

— el procedimiento se dirija contra un español;

— el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

— el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

— el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

14. Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

— el procedimiento se dirija contra un español;

— el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

— el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,

— el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

15. Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

— el procedimiento se dirija contra un español;

— el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

— el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;

— la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,

— el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

El listado del art. 23.4 LOPJ se cierra con una cláusula genérica, que extiende la jurisdicción de los tribunales penales españoles a cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determinen en aquellos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la persecución en España de todos los delitos mencionados solo será posible previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal (art. 23.6 LOPJ).

Por otra parte, el art. 23.5 LOPJ establece que no será posible la persecución de los delitos mencionados en el catálogo anterior, aunque concurran las anteriores condiciones, si se da alguno de los siguientes supuestos**:**

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

Puede ser el Tribunal Penal Internacional, pero también –mientras estuvieron operativos– los Tribunales Penales Internacionales especiales para la ex-Yugoslavia, Ruanda o Camboya.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los

hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

> **1.º** la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,
>
> **2.º** si se encuentra en territorio español, se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este segundo apartado –es decir, la ausencia de persecución en España por procedimiento abierto en otro Estado– no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el juez o tribunal.

> A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:
>
> > **a)** Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.
> >
> > **b)** Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
> >
> > **c)** Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.
>
> A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.
>
> Ha de tenerse en cuenta que una hipotética aplicación por parte de los tribunales españoles de estas reglas podría generar dificultades diplomáticas similares a las que pretende evitar la norma.

4. LA JURISDICCIÓN POR RAZÓN DEL OBJETO. LÍMITES SUBJETIVOS

Las normas sobre jurisdicción por razón del objeto (o por razón de la materia) establecen cuál es el ámbito en el que han de desempeñar su actividad los órganos jurisdiccionales del orden penal, que quedará así deslindado de aquellas otras materias cuyo enjuiciamiento corresponderá a los tribunales del orden civil, contencioso-administrativo o social, o bien a la Jurisdicción militar.

La *regla general* en este punto es la de que a los Jueces y Tribunales del orden penal les corresponde conocer de los procesos por delitos tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales (art. 9.3 LOPJ).

Esta regla general presenta una excepción y dos extensiones o ampliaciones:

La *excepción* es que los jueces y tribunales del orden penal no enjuician las conductas tipificadas como delito en el Código Penal Militar. Esa tarea les corresponde a los órganos de la Jurisdicción militar –que es una Jurisdicción especial–.

En cuanto a las *extensiones*, la primera es la de que los órganos judiciales del orden penal pueden conocer de las cuestiones prejudiciales no penales que deban resolverse como antecedente lógico para poder pronunciarse sobre la existencia o no de delito o falta (art. 10 LOPJ).

> Ejemplos: Para poder resolver acerca de si el acusado ha cometido o no un delito de bigamia, pueden pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez o no del primer matrimonio (aunque se trata de una cuestión que, en cuanto tal, debería ser resuelta por los tribunales del orden civil). Y, para poder valorar si se ha cometido o no un delito contra la ordenación del territorio, pueden pronunciarse con carácter prejudicial acerca de la calificación como rústica, urbanizable o urbana de una parcela (cuestión esta que, de integrar por sí sola el objeto de un proceso, habría de ser llevada ante los tribunales del orden administrativo). Recuérdese, no obstante, que existe cierta discordancia entre lo establecido en el art. 10 LOPJ y lo dispuesto por los arts. 4 a 6 LECrim, y que la jurisprudencia no es pacífica (cfr. lección 3).

La segunda extensión ya es conocida: los tribunales penales también están facultados para conocer de la llamada «acción civil derivada del delito». En consecuencia, en un proceso penal puede haber dos objetos distintos: un objeto penal, consistente en el enjuiciamiento de unos hechos a los efectos de castigar o no a una persona; y un segundo objeto integrado por la pretensión de que se restituya la cosa objeto del delito o bien que se reparen los daños o se indemnicen los perjuicios ocasionados por el delito. Esta segunda pretensión tiene naturaleza civil, no penal, pero por razones de economía procesal se permite su ejercicio en el marco del proceso penal, lo que hará que deba ser resuelta por un tribunal penal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que tanto las normas de competencia internacional como las de jurisdicción por razón de la materia están sujetas a

unos *límites subjetivos*: existen ciertas personas que no están sujetas a la jurisdicción de los tribunales penales españoles, y ello por motivos o bien constitucionales, o bien de Derecho Internacional Público. Estas personas pueden ser sujetos nacionales (de forma absoluta, el Rey –art. 56.3 CE–; de forma relativa, Diputados, Senadores, Defensor del Pueblo y Magistrados del TC, solo respecto de las opiniones vertidas en el ejercicio de sus cargos); o también sujetos extranjeros, que tampoco están sujetos a nuestra jurisdicción penal conforme al Derecho Internacional Público (Soberanos, Jefes de Estado extranjeros, miembros de misiones diplomáticas o consulares, etc.).

5. LA COMPETENCIA OBJETIVA

Las normas de competencia objetiva sirven para determinar a qué tipo de órgano penal le corresponde la instrucción y, en su caso, a quién le corresponde el enjuiciamiento en primera instancia de un proceso penal. Las normas de competencia objetiva nos conducen, pues, a dos órganos distintos: uno que instruya y uno que enjuicie, que nunca pueden coincidir, dada la vigencia del principio del juez no prevenido.

5.1. Competencia objetiva para el enjuiciamiento

Las normas de competencia objetiva sirven, antes que nada, para determinar qué tipo de órgano judicial está facultado para enjuiciar un asunto, esto es, para conocer de la fase de juicio oral y, por tanto, para dictar sentencia en primera instancia.

La ley utiliza tres criterios diversos para atribuir la competencia objetiva para el enjuiciamiento: uno ordinario y dos especiales (la materia y la persona del sujeto pasivo).

a) El criterio ordinario, aplicable en defecto de los especiales, se funda en la *gravedad del hecho enjuiciado*, medida a su vez según la gravedad de la pena que dicho hecho tiene asignada, en abstracto, por el Código Penal (art. 14 LECrim). Conforme a este criterio la competencia objetiva se distribuye de la siguiente manera:

— Si se trata de delitos que tienen asignada en abstracto una pena de hasta cinco años de prisión o hasta diez años si no es privativa de libertad (v.g., una inhabilitación) o de multa cualquiera que sea su cuantía, la competencia objetiva corresponde a la *Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia*.

— Si se trata de delitos con pena de prisión superior a cinco años o bien con pena no privativa de libertad (v.g., una inhabilitación) superior a diez años, la competencia objetiva corresponde a la *Audiencia Provincial*.

> Esto significa que si un delito tiene asignada tanto una pena privativa de libertad que no exceda de cinco años como una pena no privativa de libertad superior a diez años, la competencia para el enjuiciamiento está atribuida a la

Audiencia Provincial. No obstante, si se trata de delitos contra la libertad sexual, solo se tendrá en cuenta la pena de prisión o la de multa, de modo que no corresponderá a las Audiencias Provinciales conocer de delitos castigados conjuntamente con pena de prisión inferior a cinco años y pena no privativa de libertad superior a diez.

— Si se trata de delitos leves, como regla, la competencia corresponde a la *Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia*. Como excepción, sin embargo, la competencia objetiva puede corresponder:

A la Sección de Violencia sobre la Mujer del Tribunal de Instancia, cuando se trate de los delitos leves legalmente establecidos, siempre que la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales el art. 14.5 a) LECrim (violencia de género).

A la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia del Tribunal de Instancia, respecto de aquellos delitos leves legalmente establecidos, cuando al menos una de las víctimas sea menor (niño, niña o adolescente), en los términos del art. 14.6 II b) LECrim.

— Si se están juzgando conjuntamente varios delitos, la competencia objetiva dependerá de aquel que tenga prevista en abstracto la pena más grave (no procede, por tanto, «sumar las penas» para determinar el tribunal, ni siquiera en los casos de concurso medial de delitos).

— En caso de que el proceso penal se dirija contra una persona jurídica, la competencia objetiva vendrá determinada por la gravedad de la pena asignada a la conducta de la persona física en que se funda la exigencia de responsabilidad a la persona jurídica, de modo que no es relevante la pena establecida para la persona jurídica (art. 14 bis LECrim).

b) El criterio especial de la *materia* determina la competencia objetiva de determinados tribunales fundándose en el concreto tipo de delito que constituya el objeto del proceso. Conforme a este criterio la competencia objetiva se distribuye de la siguiente manera:

— El *Tribunal del Jurado* es competente para conocer de los delitos enumerados en el art. 1.2 LOTJ (homicidio, amenazas, omisión del deber de socorro, allanamiento de morada, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a funcionarios e infidelidad en la custodia de presos).

— Cuando se trate de delitos enunciados en el art. 65.1 LOPJ[1] o de terrorismo, la competencia objetiva corresponde o bien a la *Sección de lo Penal*

[1] Se trata de los siguientes: a) delitos contra el titular de la Corona, su consorte, su sucesor o sucesora, altos organismos de la nación y forma de gobierno; b) falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales; c) defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en

del Tribunal Central de Instancia o bien a la *Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*, en función de la gravedad de la pena, conforme a las reglas generales.

— Cuando se trata de delitos leves constitutivos de violencia de género, la competencia corresponderá, según se ha apuntado antes, a las *Secciones de Violencia sobre la Mujer*.

— Cuando se trata de determinados delitos leves cometidos contra menores, la competencia corresponderá, según se ha apuntado antes, a las *Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia*.

— Las *Secciones de Menores de los Tribunales de Instancia* (o la *Sección de Menores del Tribunal Central de Instancia*) son competentes para enjuiciar los hechos tipificados como delito cometidos por las personas menores de edad.

c) El segundo criterio especial se funda en el cargo o condición de la *persona* a la que se impute el delito. Se llama «aforamiento» a la alteración en las reglas de competencia objetiva motivada por el cargo o función pública desempeñados por la persona a la que se enjuicia; y esas personas reciben el nombre de «aforados». Conforme a este criterio:

— Las Audiencias Provinciales enjuician siempre los delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado (desplazando, cuando procediera, a los jueces de lo Penal).

— Las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ conocen de los procesos contra las personas designadas en el art. 73.3 a) y b) LOPJ (Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo, así como miembros del Gobierno y de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma).

— La Sala Segunda del Tribunal Supremo conoce de los procesos contra las personas designadas en el art. 57.1.2.º y 3.º LOPJ (Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del TS y del CGPJ, Presidente del TC, miembros del gobierno, diputados y senadores, entre otros).

> A los anteriores aforamientos deben sumarse los que fueron introducidos por la *Ley Orgánica 4/2014, de 11 de julio*, que incorporó un nuevo art. 55 bis LOPJ: «Además de las competencias atribuidas a las Salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo en los artículos 56 y 57, dichas Salas conocerán de la tramitación y enjuiciamiento de las acciones civiles y penales,

---

la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una provincia; d) 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 provincias; e) delitos cometidos fuera del territorio nacional; f) delitos atribuidos a la Fiscalía Europea en los artículos 22 y 25 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, cuando aquella hubiera decidido ejercer su competencia; g) delitos de contrabando de material de defensa, de otros materiales y de productos y tecnología de doble uso.

> respectivamente, dirigidas contra la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, así como contra el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte.»

Los aforamientos se han convertido en materia de atención mediática en los últimos tiempos. Presentan la aparente ventaja para el aforado de que será juzgado por un tribunal, en principio, de más rango y siempre colegiado; pero presentan el grave inconveniente de que pueden privar al acusado del derecho a recurrir la sentencia ante un tribunal de la jurisdicción ordinaria (en efecto, las sentencias que dicta la Sala Segunda del Tribunal Supremo no son recurribles en sentido propio, aunque cabe interponer demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional si se dan las condiciones para ello).

> En los medios de comunicación social el debate está centrado en si los aforamientos constituyen o no un privilegio para las personas afectadas, especialmente cuando se trata de personas con responsabilidades políticas y de cargos públicos. Se asocia al debate el hecho de que los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo son designados por el Consejo General del Poder Judicial –un órgano que, a su vez, lleva la etiqueta de estar politizado por el sistema de designación de sus vocales–, mientras que uno de los magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ también es designado por la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma. Se construye así la imagen de tribunales «modelados» por la clase política para asegurarse un trato de favor en caso de persecución penal. Los datos demuestran que semejantes afirmaciones carecen de proyección empírica, pues son muy numerosos los políticos y cargos públicos que acaban siendo condenados por los TSJ o por el TS. Lo que sí sucede –y puede merecer críticas– es que el estándar inicial para la admisión a trámite de una querella frente a un aforado en la práctica es más exigente, si se compara con lo que sucede de ordinario. Se trata de algo que puede tener su lógica respecto de ciertos sujetos en relación con ciertos delitos –v.g., miembros del Gobierno o magistrados–, pero que no la tiene en otros casos.
>
> Por otro lado, y teniendo en cuenta que los aforamientos se asocian al desempeño de un cargo, cabe plantearse qué sucede en caso de que la condición que determina el aforamiento se pierda durante el desarrollo del proceso penal (en especial, no han sido infrecuentes renuncias «estratégicas» al cargo para forzar cambios de tribunal que a su vez dilataban las causas). El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014 sienta el criterio de que es la resolución que acuerda la apertura del juicio oral la que fija el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del tribunal enjuiciador, aunque con posterioridad se pierda la condición de aforado.

El criterio ordinario de competencia cede ante cualquiera de los criterios especiales. Y el criterio especial del aforamiento prevalece sobre el criterio especial por razón de la materia.

Cuando se trate de delitos propios del ámbito del Tribunal del Jurado imputados a aforados, las reglas de competencia se combinan, de modo que el

Tribunal del Jurado se constituye en el ámbito del tribunal al que conduce el aforamiento (Sala de lo Civil y Penal del TSJ o Sala Penal del TS).

5.2. Competencia objetiva para instruir

Las normas de competencia objetiva también sirven para determinar el tipo de órgano judicial al que le corresponde ocuparse de la fase de instrucción de un proceso penal.

En los procesos por delito la regla general es la de que instruye en todo caso un *juez de instrucción*, siempre que después sea competente para el enjuiciamiento un juez de lo Penal, una Audiencia Provincial o el Tribunal del Jurado.

Existen, sin embargo, unas reglas especiales:

— Cuando se trata de procesos por delitos de violencia de género o contra la libertad sexual en los términos del art. 14.5 a), b), g) y h) LECrim, la instrucción se encomendará a la *Sección de Violencia sobre la Mujer* o al juez de la Sección de Instrucción que funcione como juez de Violencia sobre la Mujer.

— Cuando se trata de procesos por ciertos delitos graves cometidos contra menores en los términos del art. 14.5 I a), b), c) y d) LECrim, la instrucción se encomendará a la Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia.

> Cuando estos delitos también encajen en el ámbito competencial de las Secciones de Violencia sobre la Mujer, les corresponderá la competencia a estas (es lo que sucede cuando se hayan cometido en el contexto de situaciones de violencia de género: v.g., violencia vicaria sobre los hijos).

— Cuando se trata de delitos de terrorismo o del art. 65.1 LOPJ, la competencia para la instrucción corresponde a la *Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia*.

— En los procesos penales contra aforados, la instrucción se encomienda a un Magistrado de la Sala competente para el enjuiciamiento (es decir, un Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ o un Magistrado de la Sala Segunda del TS), que después no se integrará en ella ni para conocer del juicio oral ni para dictar sentencia.

— Cuando la competencia para enjuiciar es de las Secciones de Menores de los Tribunales de Instancia o de la Sección de Menores del Tribunal Central de Instancia, la instrucción está atribuida al *Ministerio Fiscal*. Y si se trata de delitos atribuidos al ámbito de la Fiscalía Europea, será también esta quien tenga competencia para dirigir la investigación. Son las excepciones a la regla de que en nuestro ordenamiento la instrucción está en manos de los jueces.

Debe resaltarse, por último, que en los procesos por delitos leves no existe como tal una fase de instrucción, razón por la cual no existe órgano judicial que deba ocuparse de ella.

6. LA COMPETENCIA FUNCIONAL

Las normas de competencia funcional establecen a qué órgano jurisdiccional le corresponde realizar ciertas actuaciones conexas, ya sea con la instrucción o con el enjuiciamiento de una causa.

a) Para conocer de las incidencias que se planteen durante la sustanciación del proceso penal, sea en fase de instrucción o en fase de enjuiciamiento, será competente el órgano que esté conociendo de ella, salvo que la ley disponga algo distinto en casos especiales.

b) Para la ejecución de las sentencias que se dicten, la competencia corresponde al órgano judicial que haya dictado la sentencia en primera instancia, aunque ciertas funciones les corresponden a las Secciones de Vigilancia Penitenciaria (en concreto, en relación con la ejecución de penas privativas de libertad).

c) Para conocer de los recursos devolutivos que se interpongan contra las resoluciones se acude a las siguientes reglas:

— Recursos frente a las resoluciones dictadas por los jueces de las diversas Secciones de los Tribunales de Instancia (de Instrucción o Únicas, de Violencia sobre la Mujer, de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, de lo Penal, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria): son competentes para resolverlos las Audiencias Provinciales.

— Recursos frente a las resoluciones dictadas por los jueces de las Secciones del Tribunal Central de Instancia (de Instrucción, de lo Penal, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria): la competencia para resolverlos le corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

— Recursos frente a las resoluciones del Tribunal del Jurado: es competente para su resolución la Sala de lo Civil y Penal del TSJ.

— Recursos frente a las resoluciones de las Audiencias Provinciales: la competencia le puede corresponder a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ (si se dictaron en primera instancia) o a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (si se dictaron en apelación).

— Recursos frente a las resoluciones de la Sala de lo Penal de la AN: la competencia le puede corresponder a la Sala de Apelación de la AN (si se dictaron en primera instancia) o a la Sala Segunda del Tribunal Supremo (si se dictaron en apelación).

— Recursos frente a las resoluciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia y de la Sala de Apelación de la AN: la competencia le corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

— Frente a las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no cabe interponer recurso devolutivo alguno.

7. LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Determinado el tipo de tribunal con competencia objetiva, las normas de competencia territorial establecen a qué demarcación han de pertenecer los órganos judiciales encargados de la instrucción –primero– y del enjuiciamiento –después– de un proceso penal.

La *regla general* al respecto viene establecida en el art. 14 LECrim y puede sintetizarse a través de la expresión *forum delicti commissi*: la competencia territorial para instruir corresponde a la Sección de Instrucción del Tribunal de Instancia del lugar donde se haya cometido el delito; y la competencia territorial para enjuiciar y dictar sentencia corresponde también al tribunal competente de dicho lugar.

La determinación del lugar de comisión del delito puede resultar complicada cuando los diversos actos necesarios para su perpetración se han cometido en lugares distintos. Es habitual, en estos casos, acudir a la teoría de la ubicuidad, de modo que cualquiera de esos lugares se considera como lugar de comisión del delito, a los efectos de fundar la competencia de los jueces de esa circunscripción.

> Piénsese, v.g., en una estafa informática, donde se pueden ubicar en lugares distintos las acciones engañosas del autor, el desplazamiento patrimonial de la víctima y/o la producción del perjuicio patrimonial.

En los casos en que no conste desde el principio el lugar de comisión del delito, el art. 15 LECrim establece una serie de criterios provisionales de competencia territorial, que se aplican en el siguiente orden (cabe suponer que únicamente durante la fase de instrucción):

1º. Se ocupará del asunto el juez de instrucción del lugar donde se descubrieron las pruebas materiales del delito.

2º. Si no se puede aplicar el criterio anterior, conocerá el juez de instrucción del lugar donde se haya aprehendido al presunto reo.

3º. Si tampoco puede aplicarse el criterio anterior, se hará cargo de la instrucción el juez del lugar de residencia del presunto reo.

4º. En defecto de los criterios anteriores, la competencia se entenderá atribuida a cualquier juez de instrucción que tuviera conocimiento del delito.

Ahora bien, estos fueros tienen carácter provisional: en cuanto se conozca el lugar de comisión del delito, y si dicho lugar es distinto al de la demarcación del juez que se hubiera ocupado del caso hasta entonces, habrá que remitir al juez

de dicho lugar todas las diligencias practicadas así como a los detenidos y los efectos o pruebas que se hayan ocupado.

Por su parte, el art. 15 bis LECrim contempla una *regla especial* de competencia territorial: en los procesos penales por delitos de violencia de género la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima; con esta norma se pretende «acercar» el proceso a la víctima, con independencia del lugar donde se hayan producido los hechos. En consecuencia:

— De los juicios por delitos leves se ocupará el juez de Violencia sobre la Mujer del lugar de domicilio de la víctima.

— En cuanto a los procesos por delitos de violencia de género: a) corresponderá la instrucción al juez de Violencia sobre la Mujer del lugar de domicilio de la víctima, sin perjuicio de que el juez del lugar de comisión del hecho (si fuere distinto al del domicilio de la víctima) pueda adoptar medidas urgentes y también la orden de protección a la víctima de la violencia de género; b) corresponderá el enjuiciamiento a la Sección de lo Penal o a la Audiencia Provincial (en función de la gravedad de la pena, conforme al criterio general) correspondientes a la circunscripción del juez de Violencia sobre la Mujer que se haya ocupado de la instrucción.

8. Alteración de las normas sobre jurisdicción y competencia en los casos de conexión delictiva

Como regla general, cada proceso penal tendrá por objeto la investigación y enjuiciamiento de un único hecho punible. Sin embargo, en ocasiones existen varios hechos punibles que son conexos: en estos casos, la LECrim permite su investigación y enjuiciamiento conjuntos, en el marco de un único proceso penal.

> Cuándo se entiende que los delitos son conexos es algo que establece el art. 17 LECrim, en los términos analizados en la lección anterior.

Puede suceder que, por el lugar de su comisión, o por la materia sobre la que versan, o por cualquier otra razón de relevancia, los dos o más delitos conexos, en caso de investigarse o enjuiciarse por separado, estuvieran atribuidos al ámbito de la jurisdicción o de la competencia objetiva o territorial de tribunales distintos. En estos casos, el ordenamiento establece una serie de reglas para determinar a cuál de ellos le corresponde tramitar el proceso que tenga por objeto los varios delitos conexos. Estas reglas son diversas en función de cuál sea el presupuesto procesal afectado:

a) *Jurisdicción*

Según se vio, los tribunales del orden jurisdiccional penal son competentes en exclusiva para investigar y enjuiciar delitos, con la excepción de aquellos que estén sujetos a la Jurisdicción Militar. En caso de que sean conexos un delito propio de la jurisdicción penal ordinaria y otro propio del ámbito de la

jurisdicción militar, conocerán del proceso los tribunales a quienes, en abstracto, les esté atribuido el conocimiento del asunto que tenga señalada legalmente pena más grave (art. 14 LO 14/1987 de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar). La STC 128/2024, de 22 de octubre, sin embargo, ha limitado el alcance de esta disposición, impidiendo que sirva para permitir que personas civiles («no militares»), que hayan cometido delitos civiles, sean enjuiciados por motivos de conexión por tribunales militares, por entender que debe interpretarse de forma muy restrictiva la previsión constitucional de que la jurisdicción militar ejerza sus funciones en el ámbito estrictamente castrense.

b) *Competencia objetiva*

Con bastante más frecuencia sucede que los delitos conexos, en abstracto, deben ser investigados y enjuiciados en primera instancia por distintos tipos de tribunal. Son varias las posibilidades y también varias las reglas:

— Son conexos un delito «ordinario» y un delito cometido por un aforado: en tal caso, del proceso conocerán los tribunales competentes en virtud del aforamiento (art. 272 III LECrim).

— Son conexos un delito «ordinario» y un delito de los asignados en abstracto a los tribunales de la Audiencia Nacional (terrorismo y art. 65.1 LOPJ): conocerán del proceso los tribunales competentes de la Audiencia Nacional (art. 65.1 *i.f.* LOPJ).

— Son conexos un delito «ordinario» y un delito de los que debe conocer el Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ): el asunto será enjuiciado por el Tribunal del Jurado (arts. 5.2 y 5.3 LOTJ).

— Son conexos un delito de los que debe conocer el Tribunal del Jurado y un delito de los que debe conocer la Audiencia Nacional: el asunto será investigado y enjuiciado por los tribunales correspondientes de la Audiencia Nacional (art. 1.3 LOTJ).

— Son conexos un delito de los que debe conocer el Tribunal del Jurado y un delito cometido por un aforado: prevalece, en este caso, el aforamiento (art. 272 III LECrim).

— Son conexos un delito de los que debe conocer la Audiencia Nacional y un delito cometido por un aforado: prevalece, nuevamente, el aforamiento (art. 272 III LECrim).

— Son conexos un delito «ordinario» y un delito de violencia de género: la competencia para su instrucción corresponde a la Sección de Violencia sobre la Mujer, siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los núms. 3º y 4º del art. 17 LECrim (art. 17 bis LECrim).

c) *Competencia territorial*

Finalmente, puede suceder que los diversos delitos pertenezcan todos al ámbito del mismo tipo de órganos judiciales, pero que se hayan cometido en

lugares diversos. En estos casos, el art. 18.1 LECrim establece las siguientes reglas:

1º. Conocerá del proceso el tribunal del lugar en que se haya cometido el delito que tenga señalada pena mayor.

2º. Si los delitos tienen señalada la misma pena, entonces conocerá del proceso el que primero comenzare la causa.

3º. Si las causas hubieran comenzado al mismo tiempo, o si no consta cuál empezó primero, entonces se promoverá un conflicto de competencia y será el tribunal superior común a los jueces enfrentados el que determine quién conocerá de la causa.

El art. 18.2 LECrim contempla una regla especial para los casos de conexión, cuando se trata de conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ellos: será competente para conocer de ellos el juez o tribunal del partido judicial que sea sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hayan cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial.

9. TRATAMIENTO PROCESAL

El tratamiento procesal de la jurisdicción y de la competencia en el orden penal es una cuestión que tiene en la LECrim una regulación arcaica, incompleta e innecesariamente complicada. De forma muy resumida cabe destacar lo siguiente:

— Todos los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia tienen carácter improrrogable e imperativo en el proceso penal: no cabe nunca la sumisión expresa ni la tácita, ni siquiera respecto de la competencia territorial. Ahora bien, la falta de competencia, durante la fase de instrucción, no determina la nulidad de las actuaciones, que habrán de remitirse por el órgano que resulte carente de competencia a quien la posea, pero conservando su validez.

> Así, por ejemplo, los registros domiciliarios ordenados por un juez de instrucción son válidos –y las pruebas halladas en ellos podrán utilizarse después–, aunque la causa deba remitirse a un juez de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia por tratarse de un delito de tráfico de drogas a gran escala.

— Por eso, cabe siempre un control de oficio de la jurisdicción y de la competencia penal: el órgano judicial que esté conociendo del proceso, sea durante la instrucción o durante el juicio oral, puede apreciar en cualquier momento su falta de competencia y remitir las actuaciones al tribunal que a su juicio deba conocer de él.

— En cuanto al tratamiento procesal a instancia de parte: durante la instrucción, podrán tanto el Ministerio Fiscal como las demás partes personadas (acusadoras e investigado) denunciar la falta de competencia del tribunal, cualquiera que sea el momento en que lo aprecien. En cambio, durante el juicio oral, la LECrim prefiere que esa denuncia se formule al inicio del juicio en sí (como artículo de previo pronunciamiento, en el procedimiento ordinario por delitos graves; en la audiencia preliminar, en el procedimiento abreviado, en los términos que se verán más adelante).

10. DETERMINACIÓN DEFINITIVA DE LOS JUZGADORES

La aplicación de las reglas anteriores debe ser suficiente para situarnos ante los concretos órganos jurisdiccionales que se encargarán de sustanciar cada concreto proceso que pueda abrirse. Puede ser preciso, sin embargo, tener en cuenta dos factores adicionales:

a) En primer término, puede suceder que en la concreta demarcación a la que nos conduzcan las normas de competencia territorial exista más de un órgano jurisdiccional con competencia objetiva (*v.g.*, existen varias plazas judiciales en la Sección Única o de Instrucción en el partido judicial; o varias plazas judiciales en la Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia de la capital de provincia; o varias Secciones dentro de una Audiencia Provincial).

En estos casos, será preciso atenerse a las normas de reparto, de carácter gubernativo –no legal– y de cuya aplicación se encargan el Presidente del Tribunal de Instancia o el Presidente de la Audiencia.

b) Asimismo, puede suceder que en el juez concreto al que corresponda conocer del asunto, o en alguno o varios de los magistrados de un órgano colegiado, concurra alguna circunstancia que permita poner en tela de juicio su imparcialidad a la hora de ocuparse del proceso. En tal caso, esa persona deberá abstenerse y, en todo caso, podrá ser recusada, lo que acabará conduciendo a que sea sustituida por el juez o magistrado a quien legalmente le corresponda hacerlo.

Las causas de abstención y recusación son las establecidas en el art. 219 LOPJ, mientras que el procedimiento para hacer efectiva la abstención y para la recusación viene establecido en los arts. 217, 218 y 221-228 LOPJ y en los arts. 52 a 71 LECrim.

LECCIÓN 5

LA ACCIÓN PENAL Y SUS TITULARES: LAS PARTES ACUSADORAS

1. La acción penal: 1.1. Contenido de la acción penal; 1.2. Ejercicio de la acción penal; 1.3. Los presupuestos de la acción penal y su control judicial. — 2. Titulares de la acción penal y partes acusadoras: las partes acusadoras como partes en sentido formal. — 3. El Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea. — 4. El acusador particular y el acusador popular: 4.1. Acusador particular y acusador popular: delimitación; 4.2. Diferencias de tratamiento; 4.3. Adquisición del estatus de parte acusadora. — 5. El estatuto de la víctima en el proceso penal. — 6. El acusador privado. — 7. El actor civil.

1. LA ACCIÓN PENAL

En el ámbito del Derecho procesal se suele emplear el término «acción» para explicar la posición de los justiciables ante la Administración de Justicia, es decir, para hacer referencia a los derechos que el Estado reconoce a los ciudadanos como consecuencia del monopolio estatal de la función jurisdiccional y de la correlativa prohibición de la autotutela.

Así, en el ámbito del *proceso civil de declaración*, la acción es el derecho público subjetivo a obtener de los tribunales una tutela jurisdiccional concreta; en otros términos, dado que los particulares no podemos realizar nuestros derechos por la fuerza y estamos obligados a acudir a los tribunales para dirimir nuestros conflictos jurídicos, el Estado se compromete ante el demandante a la apertura de un proceso, a que este se sustancie por todos sus trámites, a que concluya por sentencia de fondo y a que esta sentencia tenga contenido estimatorio.

Como es bien sabido, no se trata de un derecho absoluto e incondicionado: el justiciable solo tendrá derecho al proceso y a la sentencia de fondo si concurren los llamados presupuestos procesales; y solo tendrá derecho a la sentencia favorable si existe un derecho subjetivo privado, legitimación, interés y accionabilidad.

Algo semejante sucede en el marco del *proceso civil de ejecución*: el justiciable no puede hacer efectivo su derecho por la fuerza, pero sí que tiene acción ejecutiva, esto es, el derecho a que el tribunal ejecutor despache la ejecución y lleve a cabo las actividades de transformación de la realidad necesarias para que esta se ajuste al contenido del título ejecutivo.

La acción ejecutiva –como se recordará– también está condicionada, en este caso, por la existencia de título ejecutivo y por la subsistencia de la responsabilidad del ejecutado.

Pues bien, a través del concepto de «acción penal» se pretende explicar la posición ante la jurisdicción penal de los sujetos interesados en la persecución penal. Ya sabemos que, por definición, el Ministerio Fiscal está «interesado en la persecución penal»; y, junto a él, también lo pueden estar cualesquiera otros ciudadanos, hayan sido o no perjudicados por el hecho punible. Estos sujetos, que ostentan un interés legítimo en que se aplique el Derecho penal y se castigue al responsable del delito, no pueden hacerlo por sí mismos, pues –ha de insistirse en ello– está proscrita la autotutela. Como contrapartida, el Estado les reconoce la denominada acción penal, cuyo contenido es el «poder de acusar».

En el ámbito del Derecho penal, ya sabemos que la comisión de un delito o falta no otorga a ningún sujeto jurídico particular un derecho subjetivo al castigo del delincuente. Lo mismo sucede respecto del Estado: aunque se diga que el Estado es titular del denominado *ius puniendi*, lo cierto es que no se trata de un derecho subjetivo en sentido propio, sino más bien del deber del Estado de dar la respuesta legalmente prevista a las conductas delictivas.

> Por eso, según se verá seguidamente, se dice que, en el proceso penal, las partes acusadoras son partes en sentido formal: porque no actúan en el proceso en defensa de un derecho subjetivo propio, sino que su presencia obedece a las exigencias del principio de contradicción (un proceso con dualidad de partes enfrentadas –una de ellas acusando y la otra defendiéndose–, gracias a lo que se preserva la imparcialidad del juzgador).

La acción penal concentra, en definitiva, los derechos que el Estado reconoce a los sujetos que pretendan hacer valer ante los tribunales penales el denominado «interés público en la persecución penal». A través del concepto de acción penal se pretende explicar la actuación en el proceso penal de las partes acusadoras: las partes acusadoras ejercitan en el proceso penal la acción penal.

1.1. Contenido de la acción penal

En cuanto a su contenido, *la acción penal confiere a su titular el poder de acusar*: el ejercicio de la acción penal supone siempre la formulación de una acusación criminal; acción penal es igual, por lo tanto, a acusación. Y acusar consiste, a su vez, en los tres extremos siguientes: 1) describir unos hechos con apariencia delictiva; 2) atribuírselos o imputárselos a una o varias personas determinadas; y 3) solicitar del tribunal la imposición de la pena correspondiente. La acusación es así una clase o modalidad de pretensión, propia del proceso penal (se habla a menudo de «pretensión punitiva»).

Por tanto, el ejercicio de la acción penal implica la constitución del accionante en parte acusadora: solo puede ejercitar la acción penal quien previamente ha adquirido el *status* de parte acusadora. Y, además, debe recordarse que el momento propio para el ejercicio de la acusación es el del juicio oral, con independencia de que con anterioridad los sujetos interesados en la persecución penal ya se hayan personado como parte en el proceso y hayan

manifestado expresamente su voluntad de ejercer en él la acusación, cuando llegue el momento oportuno.

— Esto está bastante claro cuando son particulares quienes formulan la acusación, sean o no perjudicados (esto es, sean acusadores particulares o sean acusadores populares): ejercitan la acción penal en sentido amplio desde el mismo momento en que se incorporan al proceso. Ya sabemos, sin embargo, que en sentido propio la función de acusar se desempeña durante el juicio oral. Es cierto, por tanto, que durante la fase previa de instrucción aún no se acusa en sentido propio: pero eso no impide que pueda hablarse de ejercicio de la acción penal durante esta fase. Y es que quien se ha constituido en parte acusadora durante la instrucción y participa en ella lo hace con la finalidad de asegurarse la posibilidad de acusar en sentido propio una vez se abra el juicio oral: promueve el desarrollo de las actuaciones precisas para la obtención de pruebas incriminatorias a través de las que convencer al instructor de que existe apariencia delictiva suficiente como para pasar a la fase siguiente.

— En cambio, cuando se trata del Ministerio Fiscal, la situación es diferente. El Ministerio Fiscal interviene en el proceso penal desde su inicio. Sin embargo, durante la instrucción su labor no consiste propiamente en el ejercicio de la acción penal, sino en la defensa de la legalidad, con sujeción al principio de imparcialidad (por eso tiene el deber de promover la investigación de todos los datos que aparezcan, tanto los que perjudican como los que benefician al encausado). Ahora bien, una vez terminada la instrucción, el Ministerio Fiscal tiene el deber de valorar los resultados de la investigación; y si considera que de ellos se deduce una apariencia de delito contra el investigado, los principios de legalidad y de oficialidad le obligan a ejercitar la acción penal, es decir, a asumir formalmente en el proceso la condición de parte acusadora. Pero esto no lo hará en tanto no llegue el momento en que formalmente corresponde ejercer la acusación (en el llamado *escrito de acusación* –si se trata del procedimiento abreviado– o en el llamado *escrito de calificación provisional* –si se trata del procedimiento ordinario por delitos graves–; en ambos casos, antes de la celebración de las sesiones del juicio oral).

1.2. Ejercicio de la acción penal

El ejercicio de la acción penal, en nuestra LECrim, está configurado como la manifestación de un derecho o como el cumplimiento de un deber, en función de quién sea el sujeto accionante.

Se configura como el *ejercicio de un derecho* cuando corresponde a sujetos particulares, en alguna de estas tres modalidades:

> 1º. Como el ejercicio de un derecho atribuible a todos los ciudadanos y ejercitable por todos ellos, aunque no hayan sido perjudicados, nacido de cualquier delito perseguible de oficio: es decir, como el ejercicio de la acusación popular.

2º. Como el ejercicio de un derecho atribuible a los sujetos jurídicos perjudicados por el delito, nacido de los delitos perseguibles de oficio o previa denuncia del ofendido: es decir, como el ejercicio de la acusación particular.

3º. Como un derecho atribuible con carácter exclusivo a los perjudicados en los casos de delitos perseguibles solo a instancia de parte: como ejercicio, por tanto, de la acusación privada.

Y se configura como el *cumplimiento de un deber* cuando quien la ejercita es el Ministerio Fiscal, ante la presencia de hechos que revisten la apariencia de ser delitos públicos y semipúblicos.

En ambos casos, el ejercicio de la acción penal constituye siempre la manifestación de un poder jurídico, pues la idea de «poder jurídico» es un elemento común al ejercicio de un derecho y al cumplimiento de un deber. Quien ejercita la acción penal lo hace porque «puede», es decir, porque el ordenamiento le reconoce el poder para hacerlo. Cosa distinta –como veremos en breve– es que el ejercicio de ese poder no dependa de la simple voluntad del titular de la acción penal.

El vehículo o instrumento típico por el que se ejercita inicialmente la acción penal es la *querella*: a través de ella se manifiesta al órgano judicial la voluntad de ser parte acusadora en el proceso penal. Existen, no obstante, otros cauces: así, el perjudicado puede convertirse en parte acusadora si acepta el denominado «ofrecimiento de acciones» que ha de hacerle el instructor al tomarle declaración. En cualquier caso, a lo largo del proceso penal son precisos otros actos de «reafirmación» de la acción penal, a través de los cuales se ejercita en sentido propio la acusación penal: se trata de los escritos de acusación (para el procedimiento abreviado) y de calificación provisional (para el procedimiento ordinario), en los cuales las partes acusadoras fijan con claridad sus peticiones al tribunal antes de que comiencen las sesiones del juicio oral. Si la querella sirve para adquirir formalmente el *status* de parte acusadora (durante la fase de instrucción), los escritos de calificación provisional y de acusación son el instrumento para el ejercicio de la acusación (en el juicio oral).

1.3. Los presupuestos de la acción penal y su control judicial

La acción penal, a diferencia de la acción civil, no otorga a sus titulares el derecho a obtener una sentencia favorable; ni siquiera les concede, según veremos en breve, el derecho a que por su sola voluntad se pueda abrir el proceso penal y a que este deba desarrollarse por todos sus trámites, hasta concluir por medio de sentencia: les concede el poder de acusar, es decir, el poder de intervenir en el proceso penal formulando una acusación. Además, la acción penal no es absoluta e incondicionada: no basta con la simple voluntad de acusar de un sujeto interesado en la persecución penal para que a ese sujeto le resulte posible formular una acusación penal.

1º. Según se acaba de decir, la acción penal, como poder de acusar, no depende para su realización de la simple voluntad de la parte acusadora. El simple hecho de que un sujeto pretenda ejercitar el contenido de la acción penal no significa que pueda hacerlo. Al contrario, es *presupuesto general* del ejercicio de la acción penal la existencia de un hecho que revista apariencia delictiva y que así lo aprecie el juez o tribunal competente.

Y es que el ejercicio de la acción penal solo tiene sentido en el marco de un proceso penal ya iniciado. Y el comienzo de un proceso penal depende de que el juez instructor tenga noticia de la comisión de un hecho que reviste apariencia delictiva. Por tanto, el comienzo del proceso penal no obedece necesariamente al ejercicio de la acción penal. Es cierto que, a menudo, al juez le llega la *notitia criminis* precisamente porque el interesado en ser acusador la pone en su conocimiento (a través de una querella). Pero que el proceso comience depende, también en estos casos, de que el juez considere que los hechos descritos en la querella son verosímiles y revisten apariencia delictiva.

Además, para que la acción penal tenga sentido es preciso que el proceso penal iniciado avance y que se llegue en él a la fase de juicio oral (que será donde se formulará en toda su plenitud la acusación criminal). Y para ello es también necesario que la apariencia delictiva detectada al comienzo del proceso se confirme tras las investigaciones y se concrete en una o varias personas. Esto último, como se intuye, tampoco depende de la voluntad de las partes acusadoras, sino de la realidad de las cosas y de los frutos de la investigación (sin olvidar, claro está, el papel activo de colaboración de las partes acusadoras durante la instrucción): por mucho que los acusadores insistan en ello, no se abrirá el juicio oral si el juez no considera que hay razones suficientes para ello.

2º. Además del presupuesto general de la existencia y subsistencia de una apariencia delictiva, también son *presupuestos especiales* de la acción penal los establecidos en los arts. 102, 103 y 104 de la LECrim sobre el poder de acusar de determinados sujetos respecto de determinados delitos (limitaciones a la acción popular o al ejercicio de la acción penal entre cónyuges o familiares). Estos presupuestos especiales serán objeto de análisis en los epígrafes siguientes.

3º. La concurrencia de estos presupuestos de la acción está sujeta desde el primer momento al control del órgano jurisdiccional. En consecuencia:

— Cuando se interpone la querella (forma típica de ejercicio de la acción penal) con la finalidad de dar comienzo a un proceso penal en relación con unos hechos, el juez instructor ha de analizar si los hechos que se relatan en la querella no son manifiestamente falsos, infundados, inverosímiles y si encajan en algún tipo penal. Solo si los hechos parecen delictivos y punibles tiene sentido el proceso y la existencia en él de una parte acusadora. En caso contrario, la querella será desestimada.

— Cuando el proceso penal ya se ha iniciado como consecuencia de una denuncia, un atestado policial o el conocimiento privado del juez, esta decisión

de incoar el proceso presupone que el órgano jurisdiccional ha apreciado ya la existencia de un hecho con apariencia delictiva. Si se presenta la querella entonces, el juez no tendrá que volver a analizar si el hecho reviste o no apariencia delictiva (ya lo ha hecho antes): el juez tendrá por parte al querellante cuando el hecho al que se refiere la querella sea ese que ha motivado la apertura del proceso y siempre que no concurra alguna circunstancia que le impida atribuirle al querellante la condición de acusador.

— El presupuesto de la acción penal consistente en la apariencia delictiva sigue sometido al control del juez a lo largo de toda la fase de instrucción. Es posible que después de practicadas las diligencias de investigación el juez llegue a la conclusión de que no concurren los presupuestos de la acción penal: se ha desvanecido la apariencia delictiva del hecho que se presentaba como fundamento de la acción penal; o bien se revela que quien ejerció la acción penal estaba incurso en alguna causa de denegación de legitimación para ejercitarla.

– En el primer supuesto (el hecho deja de aparecer como delictivo), procederá el sobreseimiento y archivo de la causa.

– En el segundo (imposibilidad de ejercicio de la acción penal por parte del acusador), la consecuencia será que ese sujeto ya no podrá seguir ejercitándola.

2. TITULARES DE LA ACCIÓN PENAL Y PARTES ACUSADORAS: LAS PARTES ACUSADORAS COMO PARTES EN SENTIDO FORMAL

En términos generales, puede decirse que son parte en un proceso –del tipo que sea– los sujetos que solicitan la tutela judicial del tribunal y los sujetos frente a los que se solicita la tutela del tribunal. En el proceso penal se ejercitan pretensiones acusatorias y pretensiones defensivas: hay sujetos que solicitan del tribunal la imposición de una pena y sujetos frente a los que se solicita la imposición de dicho castigo. Por eso, es frecuente hablar de la existencia de partes acusadoras y de partes acusadas.

En los procesos *civiles* preexiste y subyace al litigio un conflicto intersubjetivo que se traslada sin dificultades al ámbito del proceso: son partes procesales los sujetos que previamente se hallaban enfrentados fuera del proceso (por ejemplo, el acreedor frente al deudor, el propietario frente al poseedor, el perjudicado frente al causante de un daño). Se suele decir, por ello, que las partes del proceso civil son partes *en sentido material*: porque son las protagonistas de la relación jurídico-material que subyace al proceso, que defienden en el proceso derechos e intereses propios.

En el caso del proceso penal, sin embargo, las cosas no suceden del mismo modo: como ya es sabido, la comisión de un delito genera un conflicto que enfrenta al Estado con el delincuente. Ahora bien, el Estado como tal no es parte

en el proceso penal, sino que, según se vio, la necesidad de garantizar la imparcialidad judicial conduce a atribuir el poder de acusar –esto es, la facultad de ser parte acusadora en el proceso penal– a ciertos sujetos: de un lado, el Ministerio Fiscal y, de otro, los particulares. En otros términos, los sujetos que actúan en el proceso penal como partes acusadoras no son protagonistas del conflicto que subyace al proceso penal: su presencia se explica por la necesidad de construir el proceso penal de forma contradictoria, como un debate que enfrente a sujetos en posiciones opuestas. El Ministerio Fiscal y los particulares que actúan como acusadores en el proceso penal no acuden a él para lograr la defensa de derechos o intereses propios, sino para promover la protección de un interés público (el «interés público en la persecución penal»). Por todas las razones anteriores se dice que las partes acusadoras en el proceso penal son partes *en sentido formal* (no material).

El acusado, sin embargo, sí que es parte en sentido material: porque es uno de los protagonistas del conflicto que late tras el proceso penal; y, también, porque actúa en el proceso penal en defensa de derechos e intereses propios (aquellos de los que podría verse privado en caso de que se le impusiera una pena: su libertad –si la pena es de prisión–; su patrimonio –si es de multa–; su derecho a conducir –si es la privación del mismo la que integra el contenido de la pena–; y así sucesivamente).

Al margen de las consideraciones anteriores, tampoco puede olvidarse un dato importante, el de que el proceso penal, con gran frecuencia, tiene dos objetos: de un lado, tiene necesariamente un objeto de naturaleza penal, que presupone la investigación y enjuiciamiento de un hecho aparentemente delictivo; pero también puede –y suele– tener un objeto civil, que supone el ejercicio de las acciones de restitución de la cosa objeto del delito, de reparación del daño e indemnización de los perjuicios (art. 110 CP). Pues bien, los sujetos que ejercen esta acción civil derivada del delito y los sujetos frente a los que se ejerce dicha acción también son parte del proceso penal. Es posible, y frecuente, que los sujetos que «acusan» –respecto del objeto penal– simultáneamente sean «actores» –respecto del objeto civil–, pero no es imprescindible: puede haber en el proceso penal sujetos que se limiten únicamente a ejercitar por sus cauces la acción de responsabilidad civil derivada del delito (los llamados «actores civiles»).

Y, a la inversa, como regla el sujeto «acusado» –respecto del objeto penal del proceso– suele ser el sujeto que tiene la condición de «demandado» –respecto de la acción civil–; sin embargo, también hay que contar con la posible existencia en el proceso penal de sujetos que sean únicamente «responsables civiles», sin ostentar la condición de parte acusada (como sucede, frecuentemente, con las Administraciones Públicas –responsables civiles subsidiarias de los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos– y con las compañías aseguradoras).

Finalmente, y de modo también general, es necesario tener presente a la hora de estudiar el tema de las partes en el proceso penal la clasificación de los delitos que se hace a efectos de su persecución penal y que permite distinguir entre delitos públicos, semipúblicos y privados.

— Son *delitos públicos* los perseguibles de oficio, esto es, aquellos respecto de los cuales los órganos judiciales penales están facultados para decretar de oficio la apertura del proceso penal en cuanto tengan noticia de su aparente comisión. La regla general en nuestro ordenamiento es la de que los delitos son públicos, salvo que la Ley (normalmente el Código Penal) establezca algo distinto.

— Son *delitos semipúblicos* o *semiprivados* (es lo mismo) aquellos cuya persecución requiere según el Código Penal la previa denuncia del ofendido, como requisito de procedibilidad: sin esa denuncia, el juez, aunque tenga noticia de su comisión, no puede abrir el proceso penal. Excepcionalmente, cuando el ofendido sea menor, incapaz o desvalido, estará el Ministerio Fiscal facultado para interponer la denuncia. Ahora bien, una vez formulada la denuncia, su régimen es igual al de los delitos públicos: el ofendido no podrá ya impedir el desarrollo del proceso penal.

> A modo de ejemplo, son delitos semipúblicos (bajo la actual regulación del CP) los delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 287.1 CP) y los delitos societarios (art. 296.1 CP). En otros casos, la regulación legal es más compleja, pues distingue en función de quién es la persona agraviada o legitima a otros sujetos. Así, según el art. 191.1 CP, la persecución de los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales requiere de la previa interposición de denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal, «que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia» –esta última facultad los aproxima mucho a los delitos públicos–. Y, por poner otro ejemplo, el art. 201.2 CP, respecto de los delitos de revelación de secretos, establece la regla general de la exigencia de denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, pero la excluye cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales, a una pluralidad de personas o si la víctima es una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección –lo cual, si bien se mira, no es del todo compatible con la denuncia del representante legal.

— Son *delitos privados*, finalmente, aquellos que solo son perseguibles a instancia de parte, previa interposición de querella por parte del ofendido.

> Se trata únicamente (bajo la actual regulación del CP) de los delitos de calumnia e injuria vertidas contra particulares (art. 215 CP).

3. EL MINISTERIO FISCAL Y LA FISCALÍA EUROPEA

El Ministerio Fiscal es un órgano público al que la Constitución encomienda la defensa de la legalidad y del interés general. El Ministerio Fiscal colabora con el órgano jurisdiccional, pero no forma parte de él: ni juzga, ni hace ejecutar lo juzgado.

Además de cuanto establecen la Constitución y la LOPJ, la organización y el funcionamiento del Ministerio Fiscal vienen establecidos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre).

El Ministerio Fiscal se organiza jerárquicamente, siendo único para todo el Estado. A su frente está el Fiscal General del Estado (art. 124.4 CE) y adscrita al Tribunal Supremo, a la Audiencia Nacional, a cada Tribunal Superior de Justicia y a cada Audiencia Provincial existe una Fiscalía, con un Fiscal Jefe, un Teniente Fiscal y un número variable de Fiscales. El Ministerio Fiscal, por tanto, no tiene un despliegue o distribución territorial equivalente al del Poder Judicial: no hay Fiscalías en cada Tribunal de Instancia o especialmente asociadas a cada concreto juez de Instrucción o de lo Penal, ni Fiscales adscritos como tales a dichos órganos: por eso, en determinados lugares, los Fiscales han de desplazarse a dichos órganos unipersonales para actuar en los procesos que ante ellos se sustancien (y esta necesidad de desplazamiento, en la práctica, puede ser fuente de importantes dificultades).

> Esta es la razón de que el art. 306 IV LECrim permita, cuando existan los medios técnicos precisos, que el Fiscal intervenga en las actuaciones de cualquier proceso penal por medio de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido.
>
> Y esta es también la mayor dificultad de índole práctica para cambiar de modelo de proceso penal en España y atribuir al Ministerio Fiscal la dirección de la fase de investigación: la ausencia de medios humanos y la escasa implantación territorial de las Fiscalías, a diferencia de los actuales Juzgados de Instrucción.

Además de las Fiscalías vinculadas a los Tribunales y Audiencias existen ciertas Fiscalías Especiales, que ejercen sus funciones respecto de ciertos sectores de la delincuencia. En concreto, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal prevé dos Fiscalías Especiales: la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (art. 19 EOMF). Además, en la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y un Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales.

El Ministerio Fiscal en España está construido sobre dos criterios básicos: el de unidad de actuación y el de dependencia jerárquica.

— La *dependencia jerárquica* deriva de la organización interna del Ministerio Fiscal: cada concreto Fiscal está sujeto a las instrucciones y directrices

de su superior jerárquico; no puede predicarse, en consecuencia, la independencia de la actuación de los miembros del Ministerio Fiscal.

— La *unidad de actuación* del Ministerio Fiscal se deduce, por su parte, del hecho de que sea único para todo el Estado y de que esté jerárquicamente organizado: con independencia de quién sea el concreto Fiscal que intervenga en un caso concreto, su actuación es atribuible al Ministerio Fiscal como institución en su conjunto.

El Ministerio Fiscal tiene encomendadas funciones muy diversas, en su mayor parte procesales, aunque no necesariamente (también actúa en el ámbito puramente administrativo, *v.g.*, de cara a la protección de los menores en situación de desamparo). Centrándonos en el plano del proceso penal, el Ministerio Fiscal tiene atribuida como función principal el ejercicio de la acción penal cuando legalmente proceda: así, cuando considere que existen hechos aparentemente delictivos, tiene el deber de promover su persecución y su castigo; ahora bien, también debe oponerse a la acción penal ejercitada por otros, cuando entienda que procede la absolución del acusado.

Además del ejercicio de la acción penal, el Ministerio Fiscal también tiene encomendada como función la de intervenir en el proceso penal, solicitando del órgano jurisdiccional la práctica de las diligencias que entienda necesarias para el esclarecimiento de los hechos o la adopción de las medidas cautelares que considere oportunas.

> Nótese, al respecto, que algunas medidas y diligencias en cuestión, como la prisión provisional, solo pueden adoptarse si las solicita alguna parte acusadora –normalmente el Ministerio Fiscal– (art. 505 LECrim).

Y también hay que tener en cuenta que el Ministerio Fiscal está facultado para adoptar por sí mismo ciertas actuaciones, pues está previsto que pueda abrir y dirigir –hasta cierto punto– una investigación previa a la incoación formal del proceso penal por el juez de instrucción.

> En este sentido, el fiscal puede tomar declaración a los supuestos responsables de un delito, o a testigos; puede ordenar la detención del sospechoso; y puede autorizar por sí mismo algunas diligencias de investigación. Estas actuaciones se dan con cierta frecuencia en el ámbito de las Fiscalías Especiales antes mencionadas («antidroga» y «anticorrupción»).

La presencia del Ministerio Fiscal en el proceso penal depende del tipo de delito de cuya persecución se trate:

— Tratándose de *delitos públicos*, la intervención del Ministerio Fiscal será en todo caso necesaria, estando legitimado para ejercer la acción penal siempre que legalmente proceda.

— Si son *delitos semipúblicos* o *semiprivados*, su intervención es igualmente necesaria, una vez abierto el proceso penal (previa denuncia del ofendido). Si el ofendido es menor, carece de capacidad o se encuentra desvalido,

el propio Ministerio Fiscal está facultado para interponer la denuncia que permita la apertura del proceso penal.

— En cambio, tratándose de *delitos privados*, el Ministerio Fiscal no está legitimado para intervenir en el proceso: solo podrá ejercer la acusación el ofendido por el delito (denominado «acusador privado»).

La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal está sujeta a dos principios básicos, el de legalidad y el de imparcialidad.

— La sujeción del Ministerio Fiscal al *principio de legalidad* significa que este, al decidir el sentido y el contenido de sus actuaciones en el proceso, se halla vinculado por la Constitución y las leyes: no tiene reconocidos, por tanto, márgenes para obrar con sujeción al principio de oportunidad. Por eso, desde que tenga conocimiento de la comisión de un hecho que revista apariencia delictiva, el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción penal con independencia de toda consideración de política criminal o de las circunstancias del inculpado.

— La sujeción del Ministerio Fiscal al *principio de imparcialidad* le obliga a actuar con plena objetividad en defensa de los intereses que le están encomendados: por eso, ya se ha dicho antes que debe ejercer la acción penal cuando proceda, pero también tiene el deber de oponerse a la acusación formulada por otro cuando considere que el acusado no es culpable (se dice, en este sentido, que el Ministerio Fiscal debe constatar tanto las circunstancias favorables como las desfavorables al presunto reo).

Desde el 1 de junio de 2021 está operativa la ***Fiscalía Europea***. La Fiscalía Europea es una institución de la Unión Europea (Reglamento 2017/1939, de 12 de octubre). Tiene encomendada la función de investigar y de perseguir penalmente determinadas infracciones delictivas que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión (como fraude de subvenciones, blanqueo de capitales, fraude transfronterizo de IVA: se suele hablar, usando un acrónimo, de «delitos PIF») y de aquellos otros que estén indisociablemente vinculados con ellos al presupuesto de la Unión Europea.

La Fiscalía Europea es una institución independiente y compleja, que tiene un núcleo central pero que actúa en cada caso concreto de forma descentralizada. A nivel central, la encabeza un Fiscal General Europeo, varios fiscales adjuntos al Fiscal General Europeo y varios Fiscales Europeos (uno por Estado miembro). En cada Estado miembro, la Fiscalía Europea actuará a través de Fiscales Europeos Delegados, que tendrán en sus respectivos Estados las mismas potestades que los fiscales nacionales en materia de investigación, ejercicio de la acción penal y apertura de juicios. Son los Fiscales Europeos Delegados los encargados de abrir investigaciones, de impulsarlas y, en su caso, de sostener la acusación en juicio, bajo la supervisión del Fiscal Europeo y, en general, de la estructura central de la Fiscalía Europea.

El Reglamento de la Fiscalía Europea parte de la premisa de que el Fiscal Europeo Delegado dirige la investigación penal. En nuestro país esta previsión choca con la estructura actual de nuestro proceso penal. Por este motivo, se aprobó la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, cuya finalidad es regular la fase de investigación y la fase intermedia de los procesos penales que sean de la competencia de la Fiscalía Europea.

Ha de quedar claro, en todo caso, que la Fiscalía Europea no es un órgano del Estado, sino europeo. En su ámbito de competencia, desplaza al Ministerio Fiscal nacional: esto supone que, respecto de ciertos delitos, el Estado renuncia a asumir la investigación y la acusación, que son cedidas a la Unión Europea a través de la Fiscalía Europea. En lo sucesivo, las referencias al Ministerio Fiscal deben entenderse hechas a la Fiscalía Europea cuando se trate de procesos para la persecución de «delitos PIF».

4. EL ACUSADOR PARTICULAR Y EL ACUSADOR POPULAR

Según se ha visto, en el sistema procesal penal español el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal, sino que la «función de acusar» está atribuida, igualmente, a los particulares. En efecto, según el art. 101 LECrim (en sintonía con el art. 125 CE), «la acción penal es pública», de modo que «todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley».

4.1. Acusador particular y acusador popular: delimitación

El acusador particular y el acusador popular son aquellas personas, distintas del Ministerio Fiscal, que ejercitan la acción penal ante unos hechos que revisten los caracteres de un delito público o semipúblico.

> Tratándose de delitos privados, según se verá, no cabe la acusación popular ni tampoco la particular, sino la acusación privada.

Se llama *acusador popular* al sujeto que ejercita la acción penal sin haber sido directamente ofendido por el delito. Y tiene la condición de *acusador particular* quien ejercita la acción penal habiendo sido directamente perjudicado por el delito.

La distinción entre acusación popular y acusación particular no siempre es sencilla, pues la legislación procesal penal vigente identifica al acusador particular con la «víctima» del delito (en terminología introducida en 2015), con el «ofendido» o con el «agraviado» (en la terminología original de la LECrim).

> La jurisprudencia ha mostrado cierta flexibilidad a la hora de interpretar la noción de víctima del delito, en función de las circunstancias del caso concreto. Así, la STS 365/2023, de 18 de mayo, otorga la condición de acusadora particular a la nieta de la víctima, tratándose de un delito contra el patrimonio de su abuelo cometido por la madre de la acusadora e hija de la

> propia víctima: se considera a la nieta víctima «indirecta» y se tiene en cuenta que había promovido con anterioridad un procedimiento de incapacitación por demencia senil en defensa de sus derechos e intereses.

De forma especial, el art. 109 bis.1 LECrim establece a quién corresponde la legitimación para el ejercicio de la acusación particular cuando la víctima haya muerto o desaparecido a consecuencia del delito.

> En tal caso, la acción penal podrá ser ejercida por el cónyuge no separado legalmente o de hecho y por los hijos de ésta o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; por la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y por los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; por sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. En caso de no existir los anteriores, la acusación particular podrá ser ejercida por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.

El art. 109 bis.3 LECrim, por su parte, señala que «la acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito». Como veremos seguidamente, las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas legitimadas para defender los derechos de las víctimas siempre pueden personarse como acusadores populares, sin necesidad de autorización por la víctima del delito. Cabe entender, en consecuencia, que cuando la víctima autoriza a una asociación u otra entidad para que ejerza la acción penal en la causa asociada al delito que ha padecido, dicha asociación o entidad estará activando por representación la acusación particular que la víctima prefiere no ejercer por sí sola. Se trata, en definitiva, de un supuesto peculiar de acusación particular por representación o autorización, que parte de la premisa implícita de que la víctima no se persona por sí misma.

Acusador particular y acusador popular tienen en común el hecho de que no son partes «oficiales» del proceso penal: su presencia e intervención en él es voluntaria, no responde al cumplimiento de un deber. Sin embargo, el título que los legitima para ser parte en el proceso penal es diverso y es la causa de que reciban un tratamiento parcialmente diferenciado.

Según el Tribunal Constitucional, la presencia como parte en el proceso del acusador particular deriva del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE: aunque el ofendido o perjudicado no es titular de un derecho subjetivo a la condena del delincuente, sí que tiene un interés legítimo en la persecución del delito y en poder solicitar del tribunal el castigo del

delincuente. Por eso, la exclusión de la acusación particular sería vulneradora de un derecho fundamental.

En cambio, y siempre según el Tribunal Constitucional, la existencia de la acusación popular encuentra su fundamento primordial en la previsión constitucional que sobre ella efectúa el art. 125 CE y no tanto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 50/1998 de 2 de marzo, 64/1999 de 26 de abril, 81/1999 de 10 de mayo, 280/2000 de 27 de noviembre y ATC 186/2009 de 16 de junio). El acusador popular actúa en el proceso penal movido por el solo fin de promover la aplicación del Derecho penal; y precisamente para evitar que los particulares puedan utilizar este «poder de acusar» de forma abusiva o fraudulenta el legislador ha previsto ciertas medidas o garantías, que se analizarán más adelante.

Con independencia del fundamento constitucional, lo cierto es que los particulares están legitimados para ejercitar la acción penal; y lo harán como acusadores particulares o como acusadores populares según hayan sido o no ofendidos o perjudicados por la conducta delictiva, en los términos antes descritos.

Esta regla general, sin embargo, presenta algunas excepciones, deducibles de los arts. 101, 102 y 103 LECrim. Para su estudio, resulta conveniente efectuar una distinción entre las siguientes categorías de potenciales acusadores:

a) Los *ciudadanos españoles*, hayan sido o no perjudicados por el delito, podrán ser parte acusadora en cualquier proceso penal.

Ahora bien, el art. 102 LECrim niega legitimación para ejercitar la acción penal:

1º. A quienes no gocen de la plenitud de sus derechos civiles.

2º. A quienes hubieren sido condenados dos veces por sentencia firme como reos del delito de denuncia o querella calumniosa.

3º. A los Jueces y Magistrados.

Estos sujetos, sin embargo, pueden ejercer la acción penal cuando se trate de delitos cometidos contra sus personas y bienes, o las de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y afines. Puede decirse, en consecuencia, que están legitimados únicamente para ser acusadores particulares, pero nunca para ser acusadores populares.

Además, y en virtud de lo previsto en el art. 103 LECrim:

1º. No pueden ejercitar la acción penal entre sí los cónyuges, a no ser por delitos cometidos el uno contra la persona del otro o de los hijos, o por el delito de bigamia.

Esta limitación, sin embargo, no es aplicable si la relación conyugal –o asimilable a ella– se ha extinguido al tiempo de ejercitar la acción penal (v.g., se

ha producido ya el divorcio o está en trámites judiciales, o se ha producido la ruptura de la pareja de hecho) (STS 195/2024, de 29 de febrero).

> Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que respecto de ciertos delitos la ley penal contempla como excusa absolutoria la relación de parentesco, la conyugal y asimilada incluidas (así lo hace el art. 268 CP para todos los delitos contra el patrimonio). Dado el carácter sustantivo de estas normas, el momento relevante para su aplicación es el de la comisión del delito. Se puede dar así la paradoja de reconocer legitimación para el ejercicio de la acción penal a un excónyuge –según la jurisprudencia del TS sobre el alcance del art. 103 LECrim–, pero respecto de un delito cubierto por la excusa absolutoria –al menos en la parte en que el delito se ha cometido contra quien, en el momento de su comisión, era cónyuge o pareja de hecho del investigado.

2º. Tampoco pueden ejercitar la acción penal entre sí los ascendientes, descendientes o hermanos, y afines, salvo que se trate de delitos cometidos por los unos contra las personas de los otros.

Estas personas, por tanto, no podrán ejercer nunca la acusación popular entre sí; y tendrán limitado el ejercicio de la acusación particular, que solo cabrá cuando se trate de delitos «contra las personas».

b) Los *ciudadanos extranjeros* solo podrán ejercitar la acción penal cuando hayan sido directamente perjudicados por el delito en sus personas, bienes, o en las personas o bienes de determinados familiares: solo pueden ser acusadores particulares, pero no acusadores populares (art. 270 LECrim).

c) En cuanto a las *personas jurídicas* (incluidas las Administraciones Públicas y otras personas jurídico-públicas) pueden ejercitar la acción penal sin obstáculos cuando hayan sido perjudicadas por el delito: serán entonces acusadores particulares (SSTC 34/1994 de 31 de enero, 175/2001 de 26 de julio o 63/2002 de 11 de marzo). Además, la jurisprudencia también les ha reconocido legitimación a las personas jurídico-privadas para ejercer la acusación popular siempre que se trate de la persecución de delitos que afecten a intereses vinculados con el objeto de la persona jurídica en cuestión (SSTC 241/1992 de 21 de diciembre y 311/2006 de 23 de octubre).

> Así, y a modo de ejemplo, las asociaciones de víctimas del terrorismo en los procesos por delitos de esta índole; las asociaciones de consumidores en relación con los delitos previstos en los arts. 281 y ss. CP; las asociaciones ecologistas en relación con los delitos contra el medio ambiente de los arts. 325 y ss. y 332 y ss. CP; o los sindicatos en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores de los arts. 311 y ss. CP.

La jurisprudencia, en cambio, se muestra muy restrictiva a la hora de reconocer el *status* de acusador popular a una Administración pública –es decir, a una persona jurídica pública–: el criterio mayoritario de nuestros tribunales es que la defensa pública del interés en la persecución penal ya es tarea del Ministerio Fiscal.

Hay alguna excepción legal a esta limitación. Así, la establecida en el art. 109 bis 3 II LECrim: cuando se trate de delitos que tengan por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales (concejales de ayuntamientos, básicamente) el ejercicio de sus funciones públicas, podrá también personarse en la causa –como parte acusadora, obviamente– la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible.

También la prevista en el art. 105.3 LECrim, que permite a las entidades locales ejercer la acción penal por los delitos de hurto: esta regla se ha introducido en 2026, en el marco de las reformas para combatir la multirreincidencia, al parecer a petición de muchos ayuntamientos que quieren implicarse de forma más activa en la persecución de este tipo de conductas.

Algunas leyes autonómicas en materia de violencia de género prevén la personación en las causas penales de la propia Comunidad Autónoma o de algún organismo autonómico especializado (cfr., entre otros, art. 38 de la ley andaluza, art. 31 de la ley aragonesa, art. 45 de la ley catalana).

También resulta singular la situación del Mar Menor que, tras la aprobación de la Ley 19/2022, dispone de personalidad jurídica propia y capacidad para actuar ante los tribunales.

En mayo de 2026 esta facultad se ha activado por primera vez y el Mar Menor se ha personado como acusación particular (es decir, como víctima) en un proceso penal por delito contra el medio ambiente.

d) La situación es diferente cuando se trata de procesos por delitos cuya investigación está encomendada a la *Fiscalía Europea*: en tal caso, la regla general es la exclusión de la acusación popular; no obstante, sí que se permite el ejercicio de la acción penal a las asociaciones y entidades a las que la ley reconoce legitimación para la defensa de los intereses que se han visto afectados por la comisión del delito investigado (art. 36.5 de la LO 9/2021).

4.2. Diferencias de tratamiento

Como ya se dijo antes, el acusador particular y el acusador popular no reciben el mismo trato en el proceso. Así:

a) El acusador popular debe constituir fianza de la clase y cuantía que el juez determine para poder ejercitar la acción penal (art. 280 LECrim). La exigencia de esta fianza tiene la finalidad de garantizar la seriedad en el ejercicio de la acusación popular, refrenando un empleo abusivo o fraudulento.

El TC ha señalado que esta fianza no puede ser desorbitada (STC 79/1999 de 26 de abril) y, en el mismo sentido, también el art. 20.3 LOPJ establece que las fianzas se establezcan de modo que no impidan el ejercicio de la acción popular.

En cambio, el acusador particular no tiene que prestar fianza para poder ser parte del proceso penal (art. 281 LECrim).

b) El ofendido o perjudicado por el delito (acusador particular) tiene derecho al nombramiento de abogado y procurador de oficio para comparecer y actuar como parte en el proceso penal, en caso de que carezca de recursos económicos suficientes. En cambio, no tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita quien pretenda ejercer la acusación popular.

c) Tampoco está claro en la jurisprudencia si la acusación particular y la acusación popular tienen las mismas facultades procesales. La LECrim les reconoce el mismo *status* procesal y la jurisprudencia, tradicionalmente, lo había entendido también así. El problema se plantea actualmente en un punto concreto: si resulta posible que el tribunal decrete la apertura del juicio oral cuando la única parte que lo solicita es la acusación popular.

> La Sala Segunda del Tribunal Supremo entendió que no era posible abrir juicio oral a petición única de la acusación popular en STS de 17 de diciembre de 2007 («caso Botín»). Sin embargo, la propia Sala Segunda del TS modificó su criterio en la STS de 8 de abril de 2008 («caso Atutxa») y en la STS de 20 de enero de 2010 («caso Ibarretxe»): en ellas admitió que sí es posible la apertura del juicio oral a instancia única de la acusación popular, cuando no cabe que actúe la acusación particular porque el delito carece de perjudicado concreto. En la STS de 4 de noviembre de 2021 extendió esta facultad a los procesos por delitos relativos a la prostitución de menores, por el interés colectivo en aras a proteger a la infancia.

4.3. Adquisición del estatus de parte acusadora

Ya se ha visto cómo los sujetos diversos al Ministerio Fiscal están legitimados para ser parte en el proceso penal. Ahora bien, por el mero hecho de estar legitimados para ser acusadores no ostentan sin más la condición de parte (piénsese que, de ser así, todos los ciudadanos españoles seríamos –sin saberlo– parte en todos los procesos penales actualmente en curso en nuestros tribunales). La presencia de los acusadores particulares y populares en el proceso penal es siempre voluntaria, nunca necesaria (como lo es para el Ministerio Fiscal): por eso, es preciso que quien lo desee se constituya formalmente en parte acusadora, esto es, que por medio de un acto expreso se incorpore como parte al proceso.

a) Esta incorporación, además, está limitada temporalmente, ya que solo será posible durante la fase inicial del proceso, antes del comienzo del juicio oral (arts. 109 bis y 110 LECrim): se entiende que al juicio oral ha de llegarse estando determinado quién será el acusado y también quién ejercitará la acusación. La regla general es la de que podrán ejercer la acción penal de forma autónoma en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito –en el procedimiento abreviado, por tanto, antes del escrito de acusación–, aunque un ejercicio del derecho «en el último momento» no les dará derecho a que se retrotraigan las actuaciones o a solicitar que se vuelvan a llevar a cabo actuaciones ya practicadas antes de su incorporación al proceso. Si la víctima se persona en la causa cuando ya se ha agotado el plazo para presentar su escrito de acusación, todavía podrá ejercer la acción penal –y adquirir con ello el estatus

formal de parte acusadora– si se adhiere al escrito de acusación formulado por el Fiscal o por alguna otra acusación personada hasta el inicio del juicio oral: en este caso, la acusación no es autónoma, sino por adhesión a la efectuada por otro sujeto.

Cuando sean varias las víctimas, todas ellas podrán personarse de forma independiente de las demás, es decir, con su propia representación. No obstante, si son muy numerosas y se pueda ver afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el juez o tribunal, previa audiencia de las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.

b) La regla general es la de que para constituirse en parte acusadora es necesaria la interposición y admisión de una *querella*, bien como acto para promover la iniciación del proceso, bien en el curso de un proceso ya iniciado.

El acusador particular, sin embargo, dispone de una vía diferente para constituirse en parte acusadora: la aceptación del *ofrecimiento de acciones* (arts. 109, 761.2 y 776 LECrim) En efecto, una vez abierto el proceso penal, y en cuanto conste la identidad del ofendido o perjudicado por el delito, el juez de instrucción deberá citarle para tomarle declaración; en ese acto de toma de declaración, además, se le habrá de instruir por el Letrado de la A. de J. de su derecho a mostrarse parte en el proceso (tanto para acusar –objeto penal–, como para reclamar la responsabilidad civil *ex delicto* –objeto civil–). Si el ofendido o perjudicado acepta dicho ofrecimiento, se le tendrá por parte acusadora a partir de ese momento, sin necesidad, por tanto, de haber interpuesto querella.

Ha de quedar claro, además, que la simple presentación de una *denuncia* no constituye al denunciante en parte del proceso (salvo en los juicios por delito leve).

c) Por otra parte, y dado el carácter voluntario del ejercicio de la acusación en estos casos, hay que insistir en que para el acusador particular y el acusador popular el ejercicio de la acción penal es un derecho, no un deber. Estos sujetos, por tanto, no están obligados a mantener el ejercicio de la acción penal durante todo el proceso: en cualquier momento pueden renunciar a dicho ejercicio, lo que no impide la continuación del proceso (art. 106 LECrim).

d) Debe señalarse, finalmente, que si la víctima es una persona con discapacidad, habrán de realizarse las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para lograr que sea efectiva la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno (art. 109 III LECrim).

> En consecuencia, las comunicaciones se realización en lenguaje claro, sencillo y accesible, incluida la lectura fácil; se acudirá, si es necesario, a intérpretes de lenguas de signos; se permitirá la participación de un *facilitador*, esto es, de una persona experta que realice las tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida;

la persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección (*referente emocional*) cuando deba entrar en contacto con autoridades y funcionarios.

5. EL ESTATUTO DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL

Desde hace ya varias décadas se vive un fuerte movimiento de reivindicación del papel de las víctimas en el proceso penal, que tiene un significado muy especial en aquellos ordenamientos –no tanto el nuestro– en los que el ejercicio de acciones en el proceso penal está monopolizado por el Estado. En este contexto se encuadra, según se vio en la lección 2, el movimiento a favor de la progresiva instauración de modelos de justicia restaurativa.

Hasta fechas recientes nuestro ordenamiento procesal no había regulado de forma sistemática cuál es la posición que puede o debe ocupar la víctima del delito en el proceso penal. Tradicionalmente se entendió que la víctima podía ostentar o bien la posición de acusador particular o, si no optaba por ello, asumiría sin más la condición de testigo del delito (si lo había sido) o de mero beneficiario de la acción civil (si había lugar a ello). Existían algunas normas específicas para las víctimas de ciertos tipos de delito (v.g., para asegurar las indemnizaciones a las víctimas de terrorismo y delitos violentos); y algunas disposiciones dispersas que reconocían, desde 2003, el derecho de la víctima a recibir información sobre el desarrollo del proceso penal y sobre ciertos actos concretos (v.g., la salida de prisión del delincuente).

La Unión Europea, por su parte, ha tomado un importante protagonismo en esta materia y aprobó en 2001 la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que obligaba a los Estados miembros a adaptar sus legislaciones y reconocer ciertos derechos y facultades –dentro y fuera del proceso– a las víctimas. El grado de implementación de esta Decisión Marco no fue satisfactorio y, de hecho, se constató también la necesidad de incrementar los derechos de las víctimas, razón por la cual la Decisión Marco de 2001 fue sustituida en 2012 por la Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

Con la finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Directiva de 2012, se aprobó Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. El contenido de la Ley es muy extenso y comporta importantes modificaciones en la LECrim (a las que ya se ha hecho referencia o que se abordarán en lecciones sucesivas): así, por ejemplo, se les reconoce a las víctimas el derecho a traducción e interpretación, en caso de que no se puedan manejar en el idioma en que se están desarrollando las actuaciones; se les permite el ejercicio de la acción penal –dentro de los límites legales– y se les reconoce en todo caso el derecho a recurrir el sobreseimiento de la causa, aunque no hayan sido parte, así como la facultad de intervenir en algunos aspectos de la ejecución

de la sentencia. Pero la Ley no se ciñe solo al ámbito estricto del proceso penal, sino que su ámbito es más amplio: se garantiza a las víctimas la obtención de información acerca de sus derechos y posibilidades de actuación; se les asegura el acceso a servicios públicos de asistencia y apoyo; se les facilita el acceso a servicios de justicia restaurativa; se permite una rápida devolución de los muebles objeto del delito; o se les ofrecen medidas de protección adecuadas a los riesgos a los que se enfrenten.

6. EL ACUSADOR PRIVADO

El acusador privado es la persona ofendida por los delitos privados (recuérdese, injurias y calumnias vertidas contra particulares, en virtud del art. 215.1 CP). Tratándose de estos delitos, el único sujeto legitimado para ejercer la acción penal es el ofendido o, si hubiese fallecido, sus herederos. Para ello será precisa la interposición de querella.

Los procesos por delitos privados son procesos especiales por la mínima atención que el legislador dedica a la satisfacción del interés público:

1º. Como se ha dicho, solo puede ejercer la acusación el ofendido por el delito –o sus herederos–, estando excluida la intervención del Ministerio Fiscal.

2º. Se rigen, en buena medida, por el principio dispositivo: el querellante deberá mantener la acusación a lo largo del proceso, dado que si la retira quedará extinguida la acción penal. El acusador privado debe, por tanto, desarrollar una conducta activa en el proceso para evitar que se entienda abandonada la querella.

3º. Es condición de procedibilidad el que se haya intentado un acto de conciliación con el querellado antes de la presentación de la querella.

4º. Si se trata de injurias y calumnias vertidas en el curso de un proceso judicial, es también requisito de procedibilidad la autorización previa –o licencia– del juez o tribunal que haya intervenido en el juicio.

> Con ello se pretende garantizar un ejercicio pleno del derecho de defensa. En efecto, cuando en el curso de un proceso judicial una de las partes, por escrito o de palabra en una vista, haya atribuido a otra la comisión de hechos ilícitos o de algún modo haya atentado contra su honor, es posible que haya debido hacerlo como forma razonable de sustentar sus propias pretensiones: en tal caso, el juez o tribunal que conoció del proceso no debería conceder autorización para proceder frente a ella por un delito de injuria o calumnia. Si, por el contrario, esas manifestaciones fueron gratuitas o injustificadas, habría de concederse dicha autorización.

La condición de acusador privado se puede perder por varias causas:

— Por renuncia, en cuyo caso concluye el proceso, salvo que haya otros acusadores privados que no renuncien.

— Por perdón del ofendido al ofensor.

— Por el ejercicio exclusivo de la acción civil.

— Si el acusador privado se aparta expresamente de la querella, o tácitamente por su falta de actividad.

7. EL ACTOR CIVIL

Como regla general, el proceso penal tiene un objeto doble: además del enjuiciamiento de los hechos delictivos, suele ser el cauce para ejercitar una pretensión civil reparadora o indemnizatoria –la llamada acción civil *ex delicto*–.

Esta acción, en tanto que acción civil, se rige por las reglas propias del Derecho procesal civil: en consecuencia, está legitimado para ejercitarla, sin lugar a dudas, el sujeto que haya sido ofendido o perjudicado por el delito (que, respecto del objeto penal del proceso, ostenta legitimación para ser acusador particular). En caso de que este sujeto hubiese fallecido, podrán ejercitarla sus herederos (dado que las acciones civiles son, como regla, transmisibles *mortis causa*).

Ahora bien, por razones de conveniencia y eficacia, nuestro ordenamiento procesal establece que, como regla, también el Ministerio Fiscal estará obligado a ejercitar la acción civil junto a la acción penal: se trata de un supuesto de legitimación extraordinaria, dado que el Ministerio Fiscal que ejercita la acción civil lo hace en beneficio del perjudicado por el delito. Es más, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercitar la acción civil incluso aunque el acusador particular se haya personado en la causa y la esté ejercitando también.

Ocurre, sin embargo, que la acción civil es disponible por su titular «originario», es decir, por el perjudicado por el delito. En concreto, la Ley prevé expresamente dos formas distintas de que el perjudicado pueda disponer de ella:

— A través de una renuncia a la acción civil, que provoca su extinción y que impide su ejercicio y que, por ello mismo, ha de ser explícita, clara y terminante.

— A través de una «reserva» de la acción civil: el perjudicado manifiesta entonces su voluntad de que la acción civil *ex delicto* no se enjuicie en el proceso penal en curso, sino en un proceso civil posterior, ante los tribunales del orden jurisdiccional civil.

En ambos casos, la renuncia y la reserva de la acción civil impiden que el Ministerio Fiscal pueda ejercitarla en el proceso penal (art. 108 LECrim).

Finalmente, ha de entenderse que el acusador popular carece de legitimación para ejercitar la acción civil *ex delicto*, dado que no se ha visto perjudicado por el hecho dañoso.

En sentido amplio se entiende por «actor civil» a toda persona que ejercita la acción civil dentro de un proceso penal. Es frecuente que un mismo sujeto ejercite conjuntamente la acción penal (acusación) y la acción civil:

— Lo puede hacer el perjudicado por el delito (acusador particular o acusador privado).

— Lo debe hacer el Ministerio Fiscal, salvo renuncia o reserva expresa del perjudicado. Es más, la Ley presume que, ejercitada la acción penal, se está ejercitando también la acción civil, salvo renuncia o reserva expresas (art. 112 I LECrim).

En un sentido estricto, se entiende por «actor civil» a aquella persona física o jurídica que ejercita exclusivamente la acción civil dentro del proceso penal: el sujeto que interviene en el proceso reclamando exclusivamente la restitución de la cosa objeto del delito, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios.

Esto puede suceder, en primer término, cuando el perjudicado por el delito –o su heredero– no se constituya en parte acusadora (contando con que siempre tendrá el deber de acusar el Ministerio Fiscal).

> En los procesos por delitos privados no es admisible que el perjudicado ejercite exclusivamente la acción civil, pues se entiende entonces extinguida la acción penal y no podrá haber, en consecuencia, proceso penal (art. 112 LECrim).

Y también puede plantearse, en algunos supuestos, respecto de las compañías aseguradoras. En caso de que el perjudicado por el delito –*v.g.*, en un supuesto de accidente de tráfico provocado por conducción imprudente de otro– estuviese cubierto por una póliza de seguro, podrá dirigirse privadamente a su compañía de seguros solicitando el pago de la indemnización pactada. En cuanto la aseguradora le abone la suma debida, se subrogará en las acciones –civiles– que correspondieran al perjudicado –que es su asegurado– frente al encausado que causó el perjuicio y, en su caso, frente a la compañía con la que dicho sujeto tuviera suscrito un contrato de seguro.

Pues bien, cabe preguntarse si, estando en marcha un proceso penal como consecuencia de dicho hecho dañoso, la compañía aseguradora del perjudicado, que ya le hubiera abonado su indemnización, puede constituirse en «actor civil» dentro del proceso abierto frente al responsable del daño, ejercitando la acción civil *ex delicto* de la que, por subrogación, es ahora titular. La Ley no dice nada de forma expresa y la jurisprudencia se encuentra dividida al respecto:

— Para un sector, no es posible que las compañías aseguradoras ostenten la condición de actores civiles en un proceso penal, dado que su derecho a la indemnización tiene un origen contractual y no deriva directamente del hecho dañoso.

— Para otro sector, en cambio, lo relevante es que, como consecuencia del contrato de seguro y del pago ya efectuado al perjudicado, la compañía

aseguradora se ha subrogado en la titularidad de la acción civil *ex delicto* y está legitimada, en consecuencia, para personarse como actor civil en el proceso penal.

> El Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptó el 30 de enero de 2007 el siguiente acuerdo en relación con la legitimación en el proceso penal de la actividad de la entidad aseguradora: *«Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado»*. Este acuerdo, por tanto, aclara que la aseguradora, por subrogación, podrá actuar como actor civil en el proceso penal frente al responsable penal. Sin embargo, no aclara, si podrá dirigirse también frente a la aseguradora del responsable penal: ahora bien, si se admite su legitimación por haberse subrogado en la posición del perjudicado, lo lógico es pensar que también podrán dirigirse contra la aseguradora del responsable penal.

Cuando un sujeto ejercite conjuntamente la acción penal y la acción civil, adquirirá la condición de actor civil (en sentido amplio) del mismo modo que adquiere la de acusador (esto es, según lo visto en el apartado anterior).

En caso de que un sujeto pretenda personarse en la causa únicamente como actor civil, le bastará para adquirir dicha condición con efectuar una declaración de voluntad expresa en dicho sentido, sin que sea necesaria la presentación de una querella. Habrá de hacerlo, en cualquier caso, antes de que se dé paso a la fase de juicio oral.

Además, y tratándose del perjudicado por el delito, recuérdese que al tomarle declaración durante la instrucción el juez debe realizar el ofrecimiento de acciones, tanto penales como civiles: en caso de que se acepte el ofrecimiento únicamente respecto de la acción civil, se habrá adquirido también la condición de actor civil.

Durante el proceso penal, el sujeto que ostente únicamente la condición de actor civil verá limitada su intervención a todo aquello que guarde relación con el objeto civil del proceso:

— Pedirá que se investiguen los hechos dañosos, sus resultados y frente a quiénes se puede exigir responsabilidad.

— Solicitará que se adopten medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de la responsabilidad civil.

— Su pretensión, en el juicio, será precisamente la de que se le restituya la cosa objeto del delito, se le reparen los daños y se le indemnicen los perjuicios que haya sufrido.

— Y podrá recurrir la sentencia, pero solo en lo que afecte a la responsabilidad civil (art. 854.2 LECrim).

LECCIÓN 6

LOS SUJETOS PASIVOS DEL PROCESO PENAL

1. El sujeto pasivo del proceso penal: cuestiones generales. — 2. Derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso penal. — 3. La persona jurídica como sujeto pasivo en el proceso penal — 4. La adquisición de la condición de sujeto pasivo del proceso penal: la imputación formal: 4.1. Imputación formal y acusación; 4.2. Imputación formal e imputación material. — 5. Ausencia del sujeto pasivo en el proceso penal: consecuencias de la rebeldía. — 6. El responsable civil: 6.1. El responsable civil directo; 6.2. El responsable civil subsidiario; 6.3. Tratamiento de los responsables civiles en el proceso. — 7. Pluralidad de partes en el proceso penal. — 8. Representación y defensa de las partes. — 9. Singularidades del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el proceso penal.

1. EL SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL: CUESTIONES GENERALES

En todo proceso penal la actividad jurisdiccional se dirige frente a una persona, a la que la LECrim se refiere como «investigado» o «persona investigada» durante la fase de instrucción; en términos más generales, se puede también utilizar el término de «encausado» (hasta 2015 se empleaba el término «imputado», pero las supuestas connotaciones negativas que había generado su utilización en los medios de comunicación social determinaron la sustitución terminológica). El sujeto pasivo es una parte necesaria de todo proceso penal, ya que sin encausado no puede haber proceso penal. Es cierto que el juez instructor tiene el deber de incoar el proceso penal en cuanto tenga el conocimiento de un hecho con apariencia delictiva, aunque desconozca a su autor; pero, si tras la instrucción no ha resultado posible atribuir el hecho delictivo a una persona concreta, habrá de decretarse el sobreseimiento provisional del proceso (art. 641.2º LECrim).

Solamente pueden ser parte pasiva en un proceso penal todas las personas físicas vivas en el momento en que se ejercita la acción, así como ciertas personas jurídicas.

En consecuencia, no pueden tener la condición de encausado:

— Las cosas y los animales (a diferencia de lo que sucedía en la Antigüedad y en la Edad Media).

— Las personas fallecidas, porque la responsabilidad penal se extingue con la muerte: no obstante, la responsabilidad civil *ex delicto* sí que es transmisible *mortis causa*, de modo que podrá sustanciarse un proceso civil para reclamarla.

De ordinario, el sujeto pasivo del proceso penal será una o varias personas físicas. Ha de recordarse que el proceso penal regulado en la LECrim está previsto para el enjuiciamiento de conductas cometidas por adultos, es decir, por personas físicas que ya tenían 18 años en el momento de comisión del delito. Si la conducta punible se atribuye a personas de entre 14 y 18 años de edad en el momento de comisión del delito, corresponde tramitar un proceso penal de menores, conforme a las reglas especiales de la Ley 5/2000. Si se trata de menores de 14 años no habrá responsabilidad penal de ningún tipo y, por tanto, no procederá tampoco la tramitación de un proceso penal.

Junto a la mayoría de edad, la capacidad procesal del encausado en el proceso penal está supeditada a que esta persona esté en pleno uso de sus facultades mentales en el momento de celebración del juicio oral: dadas las graves consecuencias que de dicho acto se pueden derivar para él, no se puede consentir su intervención en el juicio si no está en condiciones de asumir las consecuencias de sus actos –en caso contrario, podría cuestionarse la sentencia que se dictara–.

Por eso, al término de la instrucción, es preciso no solo haber determinado a la concreta persona frente a la que se dirige el proceso penal, sino también cerciorarse de que esa persona no se encuentra enajenada.

> En caso de hallarse en pleno uso de sus facultades mentales, será juzgada, aunque alegue haber cometido el delito en estado de enajenación.

Si el encausado se encuentra en situación de enajenación –*lato sensu*– en el momento en que corresponde decidir acerca de la apertura del juicio oral, es preciso distinguir dos situaciones diversas:

a) El encausado ha cometido el delito en estado de enajenación mental, que continúa durante el proceso.

En principio, la enajenación mental en el momento de comisión del delito habría de ser causa para sobreseer el proceso penal y no abrir el juicio oral, puesto que no se puede exigir responsabilidad penal a un inimputable (así se deduce del art. 637.3º LECrim).

Sin embargo, la legislación penal establece que, en estos supuestos, se podrán decretar medidas de seguridad respecto del autor de la conducta (art. 20 CP). Y, dado que las medidas de seguridad solo podrán imponerse por medio de sentencia (arts. 101 y ss. CP), se ordena en estos casos la apertura del juicio oral y su celebración –a pesar de que esté acreditada desde un principio la enfermedad mental del encausado–, a los efectos de decretar dichas medidas y de resolver, asimismo, sobre la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 782.1 LECrim).

> Puede suceder, también, que resulte dudoso si realmente el encausado se halla en situación de enajenación mental (tanto cuando cometió el delito como en el momento de decidir si se abre o no el juicio oral): en tal caso, resulta evidente que habrá de celebrarse el juicio oral, en el que se alegará y se probará sobre tal extremo –entre otros–, siendo en la sentencia donde el tribunal valorará la

concurrencia de esta circunstancia y deducirá de ello las consecuencias que procedan.

Por otra parte, mientras se tramita el proceso, puede resultar preciso adoptar medidas cautelares personales respecto del sujeto inimputable. La LECrim no regula de forma expresa la situación, por lo que no resulta posible, v.g., adoptar la prisión provisional respecto de alguien indudablemente inimputable, o prorrogarla mientras se tramita el recurso frente a la sentencia que ha absuelto a un sujeto por ser inimputable y le ha impuesto una medida de seguridad (cfr. SSTC 217/2015 y 84/2018). Por ello, no habrá más alternativa que acudir al régimen de internamientos cautelares regulados en la LEC.

Por último, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Disposición adicional primera CP, que contempla el caso de que una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1.º y 3.º del artículo 20 (enajenación mental y trastorno mental transitorio). En tal caso, el Ministerio Fiscal evaluará, atendiendo a las circunstancias del caso, la procedencia de promover un proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a la persona con discapacidad o, en el supuesto de que tales medidas hubieran sido ya anteriormente acordadas, para su revisión. Es decir, que al margen de la eventual imposición de una medida de seguridad, se abre la posibilidad de que se incoe con posterioridad un proceso civil para la adopción de medidas de apoyo.

b) La enajenación ha sobrevenido después de cometido el delito.

En este caso, el encausado no se hallaba incurso en causa de exención de la responsabilidad penal cuando cometió el delito, lo que le hace ser potencial merecedor de una pena (si se prueba en el juicio su responsabilidad). Ahora bien, dado que su estado mental no le permite afrontar el juicio oral, una vez concluida la instrucción se ordenará el archivo de las actuaciones hasta que recobre la salud (art. 383 LECrim).

Mientras tanto, también en estos casos, se podrá decretar el internamiento del encausado en un establecimiento psiquiátrico, pero por los tribunales civiles y conforme a los presupuestos establecidos por las normas civiles (*vid.* art. 763 LEC).

2. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL

El proceso penal, como herramienta para la persecución penal y la aplicación del Derecho penal, solo resulta legítimo si garantiza un trato digno a las personas frente a las que se dirige. La progresiva humanización del proceso penal comporta, por ello, asumir que el sujeto pasivo del proceso es una persona titular de derechos que deben ser en todo caso respetados, por muy reprochables que resulten las conductas que se le atribuyen.

Los derechos básicos del investigado revisten la forma de derechos fundamentales: son, por tanto, límites a la actuación de los poderes públicos, representan las barreras que las autoridades públicas de persecución penal (jueces, fiscales, policía) no pueden cruzar a la hora de investigar y de enjuiciar conductas delictivas.

La definición del estatuto jurídico del encausado en el proceso penal se formula en determinados tratados supranacionales (de modo singular en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea) y, por supuesto, en la Constitución.

Existen, de un lado, ***derechos fundamentales o garantías de tipo material o sustantivo***, que deben respetarse durante el curso de una investigación y de un posterior proceso penal. Entre ellos, deben destacarse ahora dos grandes categorías:

a) De un lado, se encuentran los derechos fundamentales directamente vinculados con la libertad personal de los encausados (art. 17 CE), que impiden detenciones o privaciones de libertad más prolongadas (como la prisión preventiva) fuera de los casos en que el legislador lo haya considerado admisible; y que determinan también el status mínimo que debe tener reconocido todo aquel que se encuentra privado de libertad (art. 520 LECrim).

b) De otro lado, están los derechos fundamentales asociados de forma genérica a la privacidad de las personas (art. 18 CE: intimidad, propia imagen, inviolabilidad domiciliaria, secreto de las comunicaciones, autodeterminación informativa, protección de datos), que limitan de forma singular el modo en que las autoridades pueden acceder a fuentes de prueba que incriminen a una persona como responsable de un delito (v.g., el modo en que han de practicarse los registros domiciliarios, las escuchas telefónicas o las tomas de muestras de ADN).

Junto a ellos, se encuentran los ***derechos fundamentales o garantías de tipo procesal***, a través de los cuales se determina el tratamiento que merece el encausado como parte del proceso y sus posibilidades de actuación dentro de él. En nuestro ordenamiento interno estos derechos están consagrados en el art. 24 CE, que descansa sobre tres pilares diversos: 1) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; 2) el derecho fundamental a no padecer indefensión; 3) los concretos y singulares derechos o garantías proclamados en el art. 24.2 CE. Todos ellos resultan de aplicación al proceso penal.

a) El *derecho a la tutela judicial efectiva*. Según se recordará, bajo la expresión «derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» lo que late no es un derecho único, sino todo un entramado o conjunto de derechos, reconocidos a los ciudadanos en el ámbito de lo procesal o jurisdiccional; todos ellos, sumados, contribuyen al mantenimiento de la dignidad inherente a la persona en sus relaciones con la Jurisdicción, incluido el ámbito penal.

Entre esta constelación de derechos se pueden identificar, al menos, los siguientes:

— El derecho al proceso, es decir, el derecho a que, si se dan las condiciones establecidas, se abra y se desarrolle el proceso penal. [Nótese que, en esta vertiente, el derecho a la tutela judicial efectiva protege a quienes ostentan la condición de acusadores, no tanto a los encausados].

— El derecho a que las sentencias y las demás resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales, sean congruentes y exhaustivas, y a que estén motivadas (esta exigencia de motivación también se establece en el art. 120.3 CE).

— El derecho a que la actividad procesal respete en todo caso una serie de principios básicos, denominados jurídico-naturales (audiencia, igualdad y contradicción).

— Se integra también dentro del art. 24.1 CE el derecho a los recursos, entendido como derecho del justiciable a emplear los recursos queridos y previstos por el legislador ordinario frente a las resoluciones judiciales que se consideren desfavorables. En materia penal, como se verá, existe el derecho fundamental a poder recurrir la sentencia condenatoria.

— El art. 24.1 CE también exige el respeto a la cosa juzgada, englobado en la noción de «intangibilidad del fallo», al que también se asocia la prohibición de *bis in ídem*.

— También, y de forma indudable, el derecho a un proceso de ejecución: es decir, a que la tutela judicial no se agote con una proclamación de lo que es ajustado a Derecho en un caso concreto, sino que además se haga realmente efectiva adaptando la realidad al mandato judicial previo.

— Asimismo, ha entendido en varias ocasiones el Tribunal Constitucional que la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva pasa también por el reconocimiento del derecho de los justiciables al empleo del sistema de medidas cautelares legalmente previsto [en beneficio, sobre todo, de la víctima y del actor civil].

— Finalmente, forma parte también del mandato constitucional el derecho de los justiciables a la regularidad formal de los actos procesales y, especialmente, de los actos de comunicación, de los que depende, en definitiva, el efectivo ejercicio de los derechos en el proceso. Asimismo, también tiene rango constitucional el derecho de los justiciables a que los tribunales les permitan subsanar los vicios y defectos procesales en que hayan incurrido, siempre que tengan carácter subsanable.

b) *La prohibición de indefensión*. La prohibición de indefensión se debe considerar como el derecho a no verse privado ilegítima o injustamente de cualquier oportunidad de hacer valer sus derechos en el proceso. En términos más precisos, puede decirse que la indefensión es el resultado que se deriva de

una privación o limitación injusta o ilegítima de medios de defensa –esto es, de alegación y/o de prueba– producida en el seno de un proceso, por motivos no imputables a quien la padece, y que se traduce en un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos. En consecuencia, y desmenuzando la definición anterior, se puede señalar lo siguiente:

1º. La indefensión es un resultado, no una actuación: y ese resultado consiste en un perjuicio de carácter definitivo –esto es, no reparable ya en el propio proceso– padecido por el justiciable en sus derechos e intereses sustantivos –esto, en aquellos que están en tela de juicio en el proceso–.

2º. Este resultado tiene una causa: la privación o la limitación que sufre una parte, en un proceso, respecto de sus facultades de formular alegaciones y de practicar prueba en defensa de su posición jurídica.

3º. Es imprescindible para que pueda hablarse de indefensión que quien la padece no la haya provocado, ni siquiera por su negligencia: esto es, que la privación o limitación de las facultades procesales de alegación y prueba no le sea imputable a quien la padece (*v.g.*, porque dejó pasar un plazo).

c) *Los derechos fundamentales especiales del artículo 24.2 CE*. El cuadro de la posición del justiciable ante la Administración de Justicia se completa con los derechos proclamados de forma expresa en el art. 24.2 CE, que son, a menudo, plasmaciones concretas de postulados que ya se deducen del art. 24.1, y a los que no siempre conviene con precisión la denominación de «derecho». De entre ellos, algunos tienen validez general, es decir, son predicables de todos los justiciables cualquiera que sea el ámbito jurisdiccional en el que se encuentren involucrados. Se trata de los siguientes:

— El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que comporta varias exigencias:

1ª. Que el órgano jurisdiccional que haya de resolver una controversia haya sido creado con carácter previo a la incoación del proceso.

2ª. Que su jurisdicción y competencia para conocer del asunto hayan sido establecidas por la ley procesal con carácter también previo a la incoación del proceso.

3ª. Finalmente, que el órgano jurisdiccional llamado a resolver la controversia no pueda tener la consideración de tribunal excepcional o *ad hoc*.

— El derecho a la defensa y a la asistencia de abogado, es decir, el derecho a recibir consejo de un profesional del Derecho habilitado para ello, y a que el abogado pueda desarrollar de forma plena su labor de defensa de la posición jurídica de su cliente. Este derecho tiene un valor esencial y su adecuado ejercicio está revestido de garantías especiales y reforzadas, entre las que destaca

la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente. La relevancia de este derecho explica también por qué, de ordinario, se impone la asistencia letrada para la defensa.

> La defensa, además, ha de ser efectiva, esto es, ha de cubrir unos estándares de calidad mínimos. En alguna ocasión, nuestros tribunales han anulado sentencias condenatorias por considerar que el acusado no había contado con una defensa efectiva (v.g., STS 649/2023, de 5 de septiembre).

— El derecho a un proceso público, es decir, a que las actuaciones del proceso, sean orales o escritas, puedan ser conocidas por terceros. Este derecho puede ceder en determinados supuestos, por razones de eficacia (*v.g.*, la fase de instrucción de los procesos penales) o por razones de tutela de la intimidad de las partes (*v.g.*, en el juicio oral por delitos contra la libertad sexual).

— El derecho a un proceso con todas las garantías, que se ha acabado convirtiendo, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en una especie de «cajón de sastre» en el que se incluyen derechos y garantías que no están expresados en ningún otro apartado del art. 24 CE: así, a modo de ejemplo, se reconducen a esta noción el derecho fundamental a un tribunal imparcial, a la contradicción y a la ineficacia probatoria de las pruebas obtenidas de forma ilícita.

— El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: se trata del derecho a que los procesos tengan una duración razonablemente conforme con las previsiones legales y a que su duración no se prolongue de forma excesiva en el tiempo por motivos que no sean imputables a los justiciables.

> La constatación de que en la práctica determinados procesos penales se prolongan más allá de lo razonable determinó que en 2010 se introdujera una nueva circunstancia atenuante en el art. 21.6ª CP, consistente en «La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa».

— El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Existen, en cambio, otros derechos enunciados en el art. 24.2 CE que solo pueden desplegar su eficacia en el ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y la Jurisdicción penal. Esto es lo que sucede con los siguientes:

— El derecho a ser informado de la acusación.

— El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable (puede verse una síntesis completa de la jurisprudencia del TC y del TEDH sobre esta garantía en la STC 21/2021, de 15 de febrero).

— El derecho a la presunción de inocencia: más que un verdadero derecho subjetivo, la presunción de inocencia define el estatus del sujeto pasivo del proceso penal en todas sus dimensiones. Ha de ser tratado jurídicamente como inocente mientras no haya una declaración judicial firme de culpabilidad, lo que

convierte en excepcional la limitación de sus derechos durante la tramitación del proceso e impide al Estado presentarlo ante la sociedad como culpable en tanto no haya sentencia firme. Asimismo, la presunción de inocencia encierra una regla de juicio, que supone la plasmación de los requisitos que han de concurrir para que un órgano jurisdiccional penal pueda llegar a la convicción de que el acusado es responsable de la conducta delictiva enjuiciada y de que debe dictarse, en consecuencia, una sentencia condenatoria.

En la definición del contenido y de los límites de todos estos derechos juega un papel fundamental la jurisprudencia. En el plano interno, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, muy especialmente, la del Tribunal Constitucional, que en muchos casos funciona como «legislador paralelo» en la definición del régimen jurídico de algunas instituciones del proceso penal. En el plano supranacional, es básica la jurisprudencia del TEDH, interpretando las garantías establecidas en el CEDH y, cada vez más, la jurisprudencia del TJUE que aplica la CDFUE.

De hecho, el legislador europeo ha asumido competencias en materia procesal penal y las está ejerciendo para definir el estatuto jurídico del encausado (igual que, según se vio en la lección anterior, también lo ha hecho respecto de la víctima). El objetivo primordial del legislador europeo es facilitar la cooperación penal internacional dentro de la UE, como forma de combatir eficazmente la delincuencia transfronteriza (a menudo, organizada). Para ello, es preciso sentar unas bases de confianza mutua entre todos los sistemas judiciales penales de la UE, que se consiguen si se asegura que en todos ellos se respetan unos estándares mínimos comunes de tratamiento a los encausados. A tal fin, la Unión Europea ha aprobado ya seis Directivas que, en muchos casos, han servido para reforzar la posición jurídica del encausado y para obligar a los Estados a reconocerles derechos que, hasta ese momento, no tenían rango fundamental.

Se trata, en concreto, de las siguientes:

— La Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

— La Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

— La Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

— La Directiva 2016/343/UE, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

— La Directiva 2016/800/UE, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

— La Directiva 2016/1919/UE, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

— A las directivas debe sumarse, en fechas más recientes, la Recomendación 2023/681 de la Comisión Europea de 8 de diciembre de 2022 sobre los derechos procesales de las personas sospechosas o acusadas sometidas a prisión provisional y sobre las condiciones materiales de reclusión.

La incorporación de las dos primeras directivas a nuestro ordenamiento se efectuó a través de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. La incorporación de la tercera se efectuó aprovechando una reforma más general de la LECrim, a través de 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. Las Directivas aprobadas en 2016 no han sido, por el momento, objeto de trasposición a nuestro ordenamiento positivo. En cuanto a la recomendación de 2022, no tiene carácter vinculante, pero puede convertirse en la base para la aprobación en el futuro de una directiva.

3. LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL

Desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 23 de junio, de reforma del Código Penal, en nuestro ordenamiento resulta posible exigir responsabilidad a las personas jurídicas, en los términos establecidos por el art. 31 bis CP. Los elementos básicos del nuevo sistema son los siguientes:

a) No se puede exigir responsabilidad penal a cualquier persona jurídica.

En concreto, no puede exigirse responsabilidad penal al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los organismos reguladores, a las agencias y entidades públicas empresariales, a las organizaciones internacionales de Derecho público ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. No obstante, sí que se podrá efectuar declaración de responsabilidad penal respecto de ellos si se aprecia que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

En consecuencia, en la práctica, cabe suponer que el ejercicio de acciones penales se acabará proyectando de forma preferente sobre sociedades mercantiles y asociaciones.

b) No se ha introducido un régimen de responsabilidad penal general, sino que está limitado a ciertos tipos delictivos para los que el CP lo ha previsto expresamente.

c) Contando con estas dos delimitaciones previas, el art. 31 bis CP ha optado por un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas si se da alguna de estas dos situaciones:

— Los representantes legales de la persona jurídica o quienes, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, han cometido alguno de los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de la persona jurídica, en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su beneficio directo o indirecto.

— En el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la entidad, otras personas, sometidas a la autoridad de las personas mencionadas en el párrafo anterior, han cometido alguno de los delitos enunciados y han podido hacerlo porque se han incumplido los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Si el CP permite exigir responsabilidad penal a ciertas personas jurídicas, es evidente que también las personas jurídicas tendrán la consideración de sujetos pasivos del proceso penal: habrá, pues, personas jurídicas investigadas, encausadas, acusadas y condenadas. El legislador se ha ocupado de regular algunas de las repercusiones procesales de este fenómeno a través de la modificación de algunos preceptos de la LECrim, operada por la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal.

— La persona jurídica ha de tener en el proceso penal, como investigada, los mismos derechos fundamentales que tienen las personas físicas investigadas: entre ellos, el derecho a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí misma, a no confesarse culpable, a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones.

— La persona jurídica ha de actuar en el proceso penal a través de un representante, que será la persona física a la que se designe a tal fin por la persona jurídica investigada. Ahora bien, si la persona jurídica no designa a nadie, ello no impedirá el desarrollo del proceso penal contra ella: las autoridades de persecución penal se entenderán con su abogado y su procurador (que, dado el caso, le serán designados de oficio) (arts. 119 y 120 LECrim).

— El representante de la persona jurídica en el proceso penal es la herramienta a través de la cual la persona jurídica hará valer su derecho de defensa en el proceso penal: es el sujeto que declara en nombre de la persona jurídica durante la instrucción (art. 409 bis LECrim) o quien está presente durante la práctica de las diligencias de investigación (art. 120 LECrim). Por eso mismo, no se le puede tratar como a un encausado, ni se pueden adoptar respecto de este sujeto medidas coercitivas más allá de las admisibles para los testigos. Ahora bien, si el representante acude a las sesiones del juicio oral, habrá de ocupar la posición propia de los acusados (es decir, habrá de sentarse en el «banquillo»: art. 786 bis.1 LECrim).

4. LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE SUJETO PASIVO DEL PROCESO PENAL: LA IMPUTACIÓN FORMAL

A lo largo del proceso penal el sujeto pasivo del proceso penal puede pasar por situaciones diversas: es posible que, en los momentos iniciales, sea únicamente «sospechoso» de haber cometido la conducta punible; durante la fase de instrucción, de forma genérica, se alude a él como «investigado»; en el caso del proceso ordinario por delitos graves, adquiere la condición de «procesado» cuando se dicta frente a él el llamado «auto de procesamiento», cuando existan indicios racionales de criminalidad frente a él; solo se puede hablar en sentido propio de «acusado» una vez que se ha abierto la fase de juicio oral, pues solo entonces se estará ejercitando frente a él una acusación en sentido propio; y, finalmente, será «condenado» una vez se haya dictado sentencia de condena, tanto mientras esta se recurre como durante su ejecución.

Sin lugar a dudas, la cuestión que mayores dificultades suscita es la determinación del momento en que un sujeto adquiere la condición de investigado, es decir, el momento a partir del cual se entiende que una persona –física o jurídica– ostenta la condición formal de sujeto pasivo del proceso penal. Ese *status* procesal se deriva de la llamada «imputación formal».

La imputación formal constituye uno de los objetivos hacia los que tiende la fase de instrucción del proceso penal. Consiste, básicamente, en la proclamación formal u oficial por parte del juez instructor de que una persona es, en apariencia, responsable del hecho objeto del proceso, es decir, de que el proceso penal se está dirigiendo frente a una persona determinada y en relación con unos hechos determinados.

A través de la imputación formal se produce un cierre o delimitación, aunque sea provisional, del objeto del proceso penal, dado que a través de este acto judicial se alude a sus elementos constitutivos:

— La persona contra la que se dirige el proceso penal.

— Los hechos que integran el proceso penal y, en su caso, la calificación jurídico-penal que les corresponde.

Para que se pueda proceder a la imputación formal de un sujeto es imprescindible que existan frente a él elementos incriminadores suficientes, a los que la LECrim suele denominar también «indicios racionales de criminalidad». Y los hay cuando los datos obtenidos por medio de la investigación permiten concretar la apariencia de delito respecto de una persona concreta con un grado suficiente de solidez.

No obstante, la imputación formal no es irrevocable. El juez instructor, en cuanto considere que hay indicios suficientes, debería proceder a la imputación formal de la persona en cuestión. Sin embargo, nada impide que, si las investigaciones avanzan y cambian de signo, dicha persona pueda perder en un momento posterior su condición de sujeto pasivo del proceso penal.

> Es más, cuanto mayor sea la precipitación del instructor en imputar un delito a una persona, mayor será la posibilidad de que se equivoque; y, a la inversa, cuanto más retrase el momento de la imputación formal, más difícil será que después la revoque.

Sin la imputación formal no es posible decretar la apertura del juicio oral. Solo se puede abrir el juicio oral si formalmente se le ha imputado a alguna persona un hecho punible y, además, solo podrá abrirse contra esa persona y por el hecho punible que haya sido objeto de la imputación formal.

Esta exigencia tiene su fundamento en el derecho del sujeto pasivo a su seguridad jurídica y a la defensa. El sujeto pasivo tiene derecho a ser informado durante la fase de instrucción de que el proceso penal se dirige contra él y a saber cuáles son los hechos cuya comisión se le atribuye. Solo así podrá orientar sus labores de defensa dentro de la instrucción, primero, y una vez se abra el juicio oral, después.

Si no se exigiera la imputación formal podría darse la circunstancia de que la primera noticia oficial que recibiera una persona acerca de la existencia de un proceso penal frente a ella podría ser su citación al juicio oral, lo que supondría una acusación sorpresiva que le habría privado de los mecanismos de defensa que tiene todo investigado durante la fase de instrucción.

4.1. Imputación formal y acusación

Por otra parte, es preciso distinguir entre la imputación y la acusación en sentido propio. La imputación supone únicamente la formulación de un juicio lógico-jurídico, una simple descripción, esto es, la afirmación de que una persona ha cometido unos hechos que encajan en el supuesto de hecho de una norma penal sustantiva. El que imputa (el juez de instrucción) se limita a enunciar o a describir.

En cambio, la acusación va más allá. Toda acusación parte de una imputación y, sobre la base de esa imputación, la acusación supone la formulación de una petición concreta al tribunal sentenciador. El que acusa le

pide al tribunal que opere la consecuencia jurídica que la norma penal sustantiva anuda al supuesto de hecho descrito.

La imputación puede ser llevada a cabo válidamente por un órgano judicial, pues no compromete su imparcialidad. En cambio, la acusación, en nuestro modelo procesal penal, solamente puede llevarla a cabo quien sea parte.

4.2. Imputación formal e imputación material

Con carácter previo a la imputación formal o imputación *expresa* de un delito, se puede hablar de una imputación material o imputación de hecho o *de facto*: es la que se produce siempre que, respecto de un sujeto, se realicen en el marco del proceso penal actuaciones de las que se deriva la conclusión de que ese sujeto ostenta, cuando menos, la condición de sospechoso o encausado, es decir, cuando de las actuaciones llevadas a cabo se puede deducir con claridad que el proceso se está dirigiendo, de hecho, contra una persona. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando se produce la detención de una persona, cuando una persona es llamada a declarar ante el juez instructor, o cuando se produce la admisión a trámite de una denuncia o de una querella contra una persona.

Se trata, pues, de una especie de imputación implícita, en la medida en que no ha sido aún oficialmente proclamada; pero la persona afectada, de hecho, está asumiendo la condición de sujeto pasivo del proceso. Por eso mismo, esta imputación material tiene una gran importancia, pues marca el momento temporal de nacimiento del derecho de defensa: para que un sujeto tenga el derecho a defenderse no es precisa la imputación formal, basta con que de las actuaciones del proceso se derive esa imputación material. En este sentido, el art. 118 LECrim establece que el derecho de defensa surge en cuanto se produzca un acto del que se derive esta imputación material: el sujeto materialmente imputado tiene derecho de defensa, es decir, a constituirse en el proceso y a actuar en él solicitando la práctica de las diligencias que le puedan ser beneficiosas, por supuesto asistido de abogado.

Ahora bien, el derecho a la seguridad jurídica exige que, en algún momento de la instrucción, la imputación deje de ser de mero hecho y pase a ser formal o de derecho: y para ello es precisa una actuación *ad hoc* del juez instructor.

Lamentablemente, esta proclamación formal de que un sujeto tiene la condición de investigado se efectúa de modo distinto según el tipo de procedimiento de que se trate:

— En el procedimiento ordinario por delitos graves, la imputación formal se lleva a cabo a través del llamado «auto de procesamiento», regulado en el art. 384 LECrim. Se trata de una resolución de especial relevancia, que se suele reservar para los momentos finales de la instrucción y que está revestida de un gran formalismo.

Debe notarse, así, que el término «procesado», en sentido técnico, es sinónimo de «formalmente imputado», en el marco de un procedimiento penal ordinario.

— En el procedimiento abreviado, en cambio, la condición formal de sujeto pasivo del proceso penal se adquiere en dos tiempos:

Existe una primera imputación formal, de carácter más bien provisional, que se produce a través de la llamada «primera comparecencia» que regula el art. 775 LECrim. El juez instructor que pretenda imputar formalmente el hecho punible a una persona debe citarla para que comparezca ante él en calidad de investigada y ha de tomarle declaración también en calidad de investigada, informándole en esa toma de declaración de sus derechos y, sobre todo, de cuáles son los hechos que se le atribuyen.

En la práctica, esta primera imputación formal en el procedimiento abreviado puede ser demasiado precipitada. Los jueces de instrucción citan a declarar a los sujetos en calidad de investigados, aunque los indicios contra ellos no sean del todo sólidos, como forma de salvaguardar el derecho de defensa.

Una vez concluida la investigación, se producirá una imputación formal de carácter definitivo, a través del llamado «auto de transformación», que es la resolución que debe dictar el instructor cuando considera que existen indicios racionales de criminalidad frente a una persona y que procede, en consecuencia, dar paso a la preparación del juicio oral frente a ella.

La imputación formal de personas jurídicas también se hará por medio de la comparecencia del art. 775 LECrim, con las particularidades establecidas en el art. 119:

— La citación para comparecer se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como abogado y procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. También se le advertirá de que la falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador designados.

— La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica investigada acompañada del abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el abogado de la entidad.

— El juez informará al representante de la persona jurídica investigada o, en su caso, al abogado, de los hechos que se imputan a esta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querella presentada.

5. AUSENCIA DEL SUJETO PASIVO EN EL PROCESO PENAL: CONSECUENCIAS DE LA REBELDÍA

La existencia de un encausado es necesaria para que el proceso penal pueda desarrollarse. Además de su existencia, es igual de necesaria su presencia en el proceso penal, esto es, que el encausado se encuentre en todo momento a disposición de la autoridad judicial –cuando se trata de una persona física–: de no ser así, la regla general es la de que no podrá celebrarse el juicio oral ni, en consecuencia, dictarse sentencia; el acusado debe estar físicamente presente durante las sesiones del juicio oral –o, cuando menos, a disposición del tribunal–.

> Esta necesaria presencia del investigado a disposición de la autoridad judicial explica la posible adopción de medidas cautelares limitativas de la libertad personal del investigado, especialmente de la prisión provisional. Si el investigado se sustrae a la acción de la justicia impedirá, como regla, que se sustancie el proceso y evitará su propia condena.

Es evidente, y ya se ha dicho antes, que el proceso penal puede comenzar sin que esté determinada aún la persona del encausado. Ahora bien, una vez concretado quién es, debe mantenerse en todo momento a disposición del tribunal.

Puede suceder, sin embargo, que se constate en algún momento que el encausado se ha sustraído a la acción de la justicia, esto es, que se ha colocado fuera de la disposición de la autoridad judicial. Esto es imaginable, al menos, en los tres supuestos siguientes:

1º. El encausado se encuentra en situación de libertad durante el proceso penal y, al ir a notificársele cualquier resolución judicial, no es hallado en su domicilio por haberse ausentado sin dejar paradero en el que localizarle.

2º. El encausado se encuentra en situación de libertad provisional –que supone para él, entre otros extremos, la obligación de comparecer periódicamente y siempre que sea llamado por la autoridad judicial– y deja de comparecer el día señalado, o cuando sea llamado.

3º. El encausado se encuentra detenido o en situación de prisión provisional y se fuga del establecimiento en el que se hallara.

Constatada la ausencia del investigado en alguno de estos supuestos, el juez o tribunal que esté conociendo en ese momento del proceso penal (es decir, el juez instructor –si la ausencia se produce en fase de instrucción– o el tribunal sentenciador –si tiene lugar en fase de juicio oral–) habrá de llamarlo mediante *requisitorias*. La requisitoria habrá de contener los siguientes extremos:

– Nombre y apellidos del encausado.

– Cargo, profesión u oficio.

– Delito que se le imputa.

– Territorio donde se presuma que puede encontrarse.

– Si se hubiera decretado prisión, el centro donde deba ingresar.

– Causa que haya determinado su llamamiento mediante requisitoria.

– Término dentro del que deba presentarse a presencia judicial, bajo apercibimiento de declaración en rebeldía.

Las requisitorias se remitirán al SIRAJ (Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia), a través del cual llegan a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a los Cuerpos de Policía Autonómica. Se publicarán en el Tablón Judicial Edictal Único (art. 512 LECrim). Cuando se considere oportuno, se publicarán en los medios de comunicación escrita (art. 762.4ª LECrim).

Una vez transcurrido el plazo fijado en la requisitoria sin que el encausado haya comparecido ni se haya puesto a disposición de la autoridad judicial, será *declarado en rebeldía* (arts. 834-846 LECrim).

Los efectos de la declaración en rebeldía son diferentes según la fase del proceso penal en que se produzcan:

— Si el encausado es declarado en rebeldía durante la fase de instrucción, deberá no obstante el instructor seguir con sus investigaciones hasta concluirlas y, entonces, se sobreseerá el proceso hasta que el encausado se presente o sea puesto a disposición judicial.

— Si el encausado es declarado en rebeldía durante el juicio oral, habrá que sobreseer también el proceso de forma provisional, hasta que se presente o sea puesto a disposición judicial.

— En cambio, si la declaración en rebeldía se produce una vez que ya se ha dictado sentencia, y mientras se esté tramitando recurso frente a ella, podrán seguirse las actuaciones y se dictará la sentencia correspondiente en el recurso. A tal fin, es preciso que el rebelde disponga de abogado y procurador y, si careciere de ellos, se le designarán de oficio. Cuando el encausado sea puesto a disposición judicial se mandará, sin más, que se ejecute la sentencia firme –si es condenatoria, claro está–.

Si son varios los encausados y solo alguno de ellos fue declarado en rebeldía se suspende la causa solo respecto de los rebeldes, pero continúa respecto de los demás (art. 786.1 LECrim).

Además, en aseguramiento de la acción civil, no se levantarán las fianzas o los embargos que ya se hubieran adoptado frente a él; y el perjudicado por el delito podrá acudir a un proceso civil para ejercitar la acción civil *ex delicto* (dado que, en el proceso civil, la ausencia del demandado no impide la sustanciación del proceso).

> Por otra parte, en los casos en que el encausado que se ha sustraído de la acción de la justicia se encuentra fuera de España, habrá que activar los mecanismos de cooperación judicial internacional: de ordinario, será preciso

> poner en marcha los mecanismos de extradición activa; no obstante, si elencausado se encuentra en un Estado miembro de la Unión Europea, lo procedente será acudir al sistema de la orden europea de detención y entrega –conocida como «euroorden»–, mucho más rápido y automático.

Lo expuesto en los párrafos anteriores acerca de la imposibilidad de que se celebre el juicio oral en ausencia del acusado presenta, sin embargo, dos excepciones:

a) Puede celebrarse el *juicio por delitos leves* a pesar de la ausencia injustificada del acusado, siempre que se le haya citado en tiempo y forma –por tanto, siempre que se pueda presumir que su ausencia es voluntaria y consciente–; no obstante, el juicio se suspenderá si el juez, de oficio o a instancia de parte, considera necesaria la declaración del acusado (art. 971 LECrim).

b) También puede celebrarse el juicio oral en ausencia del acusado en el *procedimiento abreviado*, si se cumplen las condiciones establecidas en el art. 787.1 II LECrim:

— El acusado, previamente a su desaparición, ha designado un domicilio en España donde se le hagan las notificaciones, o ha designado a una persona que las reciba en su nombre, y ha sido citado en dicho lugar o persona en tiempo y forma.

— El juez o tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes acusadoras, y oída la defensa, estima que hay elementos suficientes para el enjuiciamiento.

— La pena solicitada –si fueran varias, la más grave– no excede de dos años de privación de libertad, o de seis años, si es de naturaleza diferente o se trata de una pena de multa, cualquiera que sea su cuantía o duración. Si son varios los delitos enjuiciados y se han solicitado respecto de varios de ellos penas privativas de libertad, la suma total de las penas solicitadas no puede exceder de cinco años.

Si se cumplen estos requisitos, una vez apreciada la inasistencia injustificada del acusado al acto del juicio oral, el juez o tribunal no lo suspenderá, ni llamará al acusado por requisitorias –ni se le declarará, por tanto, en rebeldía–; el juicio se celebrará en su ausencia y, una vez concluido, se dictará la sentencia que corresponda. Si hubiera varios acusados y solo alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, el tribunal podrá acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la rebeldía de las personas jurídicas encausadas está sujeta a reglas diferentes, establecidas en el art. 839 bis LECrim:

> — La persona jurídica encausada únicamente será llamada mediante requisitoria 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 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 investigado.

— Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión. En consecuencia, la declaración en rebeldía de una persona jurídica, a diferencia de lo que sucede con las personas físicas, no impide el desarrollo del proceso penal frente a ella.

6. EL RESPONSABLE CIVIL

El responsable civil es la parte frente a la que se ejercita la acción civil *ex delicto*, es decir, el demandado respecto del objeto civil del proceso penal: es el sujeto que habrá de afrontar la restitución de la cosa objeto del delito, la reparación del daño o la indemnización de un perjuicio (art. 110 CP).

Es el Código Penal el cuerpo normativo en el que se establece cuál es el contenido de la acción civil derivada del delito y –por lo que ahora nos interesa– quiénes son las personas civilmente responsables por el delito (arts. 116-122 CP).

Del régimen establecido en dichos preceptos se deduce la existencia de dos categorías diversas de sujetos: aquellos que son responsables civiles directos y los que son responsables civiles subsidiarios.

En caso de que un sujeto ostente una responsabilidad civil directa podrá dirigirse frente a él sin más la acción civil.

En cambio, si la responsabilidad civil es subsidiaria, la acción civil solo podrá hacerse efectiva sobre él –y sobre su patrimonio– en caso de que resulte insolvente el responsable civil directo: la responsabilidad civil subsidiaria presupone siempre la existencia de un responsable civil directo y un nexo o conexión entre ambos sujetos que permita dirigirse frente al responsable subsidiario en caso de insolvencia del responsable directo.

6.1. El responsable civil directo

Como regla general es responsable civil directo quien sea penalmente responsable del hecho –siempre, claro está, que del hecho se derivaren daños o perjuicios– (art. 116.1 CP).

Si son dos o más los sujetos que resulten ser responsables de un delito y son enjuiciados en un mismo proceso, el tribunal en su sentencia habrá de señalar la cuota de la que deba responder cada uno, conforme a las siguientes reglas (art. 116.2 CP):

— Los diversos autores responderán solidariamente entre sí por sus cuotas.

En consecuencia, el perjudicado puede ejecutar únicamente frente a uno solo de los condenados como autores el importe total de la responsabilidad civil que se les haya asignado a todos ellos.

— Los diversos cómplices, a su vez, también responderán solidariamente entre sí por sus cuotas.

En consecuencia, el perjudicado puede ejecutar únicamente frente a uno solo de los condenados como cómplices el importe total de la responsabilidad civil que se les haya asignado a todos ellos.

— En caso de que hubiera autores y cómplices, serán los unos subsidiariamente responsables de las cuotas de los otros.

Es decir, si el patrimonio del autor o de todos los eventuales autores no fuere suficiente para hacer efectiva la cuota o cuotas asignadas en la sentencia, podrá procederse frente al patrimonio de los condenados como cómplices. Y a la inversa, si el patrimonio del cómplice o de todos los eventuales cómplices no fuera suficiente para hacer efectiva la cuota o cuotas establecidas por el tribunal, podrá el perjudicado dirigirse frente al patrimonio del autor o de los autores.

En todos estos casos, si se hace efectiva la responsabilidad solidaria o subsidiaria, quedará a salvo el derecho a repetir de quien hubiera pagado contra los demás, por las cuotas correspondientes a cada uno.

Finalmente, el art. 116.3 CP añade que la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil, de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.

Ahora bien, la regla que asocia responsabilidad penal a responsabilidad civil presenta varias e importantes «extensiones»: hay sujetos, por tanto, que son responsables civiles directos a pesar de no ser penalmente responsables del hecho punible dañoso. Esto sucede en los siguientes casos:

a) El sujeto que hubiera participado a título lucrativo de los efectos de un delito o falta, hasta la cuantía de su participación (art. 122 CP).

Es lo que puede suceder, por ejemplo, con los beneficiarios de una receptación y de conductas afines (arts. 298-304 CP), con los encubridores (arts. 451-454 CP) o con quienes se hayan podido beneficiar del delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP)

b) Son responsables civiles directos las *aseguradoras* que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando como consecuencia de la comisión de un hecho tipificado como delito se produzca el evento que determine el riesgo asegurado (art. 117 CP).

En efecto, según el art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro, cuando el causante de un daño se halle cubierto por un seguro, el perjudicado tendrá acción directa frente a la compañía aseguradora del causante del daño: podrá dirigir su acción directamente frente a la aseguradora –sin necesidad de demandar al sujeto

causante del daño–, a pesar de que, en principio, no le liga con ella relación contractual de ninguna clase.

Esta acción directa podrá ejercitarse en el proceso penal, aunque con una restricción: la responsabilidad de la aseguradora solo alcanza –y puede exigirse– hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada.

> Por ejemplo, el peatón que resulta arrollado por un vehículo cuyo conductor cometió una imprudencia podrá dirigir su acción civil, en el proceso penal, frente a la aseguradora del conductor-encausado que le causó el daño.
>
> Esta responsabilidad ha sido matizada por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en acuerdo adoptado el 24 de abril de 2007, con la finalidad de determinar si debe condenarse a la aseguradora, con la que el responsable civil tiene concertado el seguro obligatorio, cuando el origen de esa responsabilidad civil derive de una responsabilidad penal dolosa por el hecho que origina el daño a indemnizar. El acuerdo es el siguiente: «No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor».

c) A pesar de que el acusado haya quedado en la sentencia exento de responsabilidad penal, ello no significa necesariamente que no exista persona que sea civilmente responsable del hecho dañoso. El Código Penal distingue los siguientes supuestos:

— En caso de inexistencia de responsabilidad penal por *enajenación mental*, *trastorno mental transitorio* o *alteración en la percepción de la realidad* (art. 20.1º y 3º CP), el autor del hecho ostenta la responsabilidad civil directa, a pesar de su ausencia de responsabilidad penal. Pero esta responsabilidad civil directa recae también sobre las personas que ejerzan su apoyo legal o de hecho, si medió culpa o negligencia (art. 118.1.1ª CP).

— En caso de inexistencia de responsabilidad penal por *embriaguez* o *intoxicación* (art. 20.2º CP), el ebrio o intoxicado será responsable civil directo del hecho, a pesar de su ausencia de responsabilidad penal (art. 118.1.2ª CP).

— En caso de inexistencia de responsabilidad penal por *estado de necesidad* (art. 20.5º CP), serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el juez o tribunal establezca según su prudente arbitrio (art. 118.1.3ª CP).

— En caso de inexistencia de responsabilidad penal por *miedo insuperable* (art. 20.6º CP), será responsable civil directo el que causó el miedo y, en su defecto, el que haya ejecutado el hecho (art. 118.1.4ª CP).

— En caso de inexistencia de responsabilidad penal por *error* (art. 14 CP) serán responsables civiles directos los autores del hecho, a pesar de su ausencia de responsabilidad penal (art. 118.2 CP).

> Los descritos anteriormente son los únicos supuestos contemplados por el art. 118 CP. Sin embargo, no son los únicos supuestos en los que, según el art. 20 CP, ha de entenderse al encausado exento de responsabilidad penal: también lo estará en los casos de *legítima defensa* (art. 20.4º CP) y en aquellos otros en que hubiera obrado en *cumplimiento de un deber* o en el *ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo* (art. 20.7º CP). Dado que, para estos casos, la Ley no establece regla especial, hay que entender que no surge en ellos responsabilidad civil en sujeto alguno.

6.2. El responsable civil subsidiario

Los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, según el Código Penal, son los siguientes:

a) Los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia (art. 120.1º CP).

b) Las personas físicas o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares (art. 120.2º CP).

> Excepcionalmente, si se trata de los delitos de calumnia o injuria hechas con publicidad –es decir, propagadas por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante–, el propietario del medio informativo a través del que se propagaron la injuria o la calumnia será responsable civil solidario con el autor y, por tanto, responsable civil directo (art. 212 CP).

c) Las personas físicas o jurídicas titulares del establecimiento en que se haya cometido un delito, cuando por parte de los que dirijan o administren el establecimiento, o de sus dependientes o empleados se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción (art. 120.3º CP).

d) Las personas físicas o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios (art. 120.4º CP).

e) Las personas físicas o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas (art. 120.5º CP).

f) El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según el caso, responden subsidiariamente de los daños

causados por quienes sean penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran confiados (art. 121 CP)

En caso de que, en el proceso penal, la acción civil se dirija contra la autoridad, agente, contratado o funcionario público causante del daño, habrá de dirigirse también contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario: no es posible, por tanto, dirigir la acción civil solo frente al acusado.

> Lo anterior es sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, que es exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, sin que en ningún caso pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

6.3. Tratamiento de los responsables civiles en el proceso

En principio, según lo dispuesto en los arts. 615 a 621 y 764 LECrim, debe abrirse una pieza separada durante la instrucción para ocuparse de todas las cuestiones que suscita la responsabilidad civil de terceros. El núcleo de esta pieza separada consiste en la exigencia a esos terceros de que constituyan fianzas para asegurar el pago, en caso de que finalmente resulten condenadas; y, subsidiariamente, en la adopción de medidas cautelares (embargos preventivos) sobre sus activos. El tercero responsable civil, durante la fase de instrucción, solo puede defenderse aduciendo los motivos por los que no debe responder civilmente, pero no se le permite combatir la imputación de las personas investigadas (algo que también serviría a la defensa de su posición jurídica).

> En la práctica es frecuente que los jueces de instrucción retrasen la apertura de esta pieza de responsabilidad civil de terceros hasta los momentos finales de la investigación, como forma de reducir el margen de impugnación y de interferencia de las defensas de estos terceros sobre el desarrollo de la instrucción.

7. PLURALIDAD DE PARTES EN EL PROCESO PENAL

Tanto la posición activa como la posición pasiva del proceso penal, y tanto respecto del objeto penal como del objeto civil, pueden estar ocupadas por una pluralidad de sujetos.

a) Comenzando por la *posición activa*, y según se vio en la lección anterior, es posible que haya varios sujetos ejercitando la acusación: el Ministerio Fiscal, el acusador particular (o varios) y/o el acusador popular (o varios). Y también es posible que sean varios los sujetos que ejerciten la acción civil *ex*

delicto (sola o junto con la penal): el perjudicado por el delito y el Ministerio Fiscal (salvo renuncia o reserva de aquel).

Pues bien, ha de quedar claro que no existe la obligación de que todos estos sujetos ejerciten la acción penal conjuntamente frente al encausado: el deber de acusar solo lo tiene, cuando legalmente proceda, el Ministerio Fiscal, pero no los demás sujetos legitimados para acusar. Ahora bien, ejercitada la acción penal por uno o varios de ellos, la sentencia firme que se dicte al término del proceso afectará a todos los demás potenciales acusadores que no hayan intervenido en el proceso (y que no podrán promover la apertura de un nuevo proceso por los mismos hechos frente al mismo encausado).

Otro tanto sucede con la acción civil: si el perjudicado por el delito no se persona en el proceso penal (ni como acusador particular ni como actor civil) y tampoco renuncia a la acción civil, ni se la reserva expresamente para un proceso posterior, el Ministerio Fiscal tendrá el deber de ejercitarla. En consecuencia, el pronunciamiento de la sentencia penal acerca de la responsabilidad civil «agota» o «consume» la acción civil, que no podrá volver a ejercerse más tarde por el perjudicado en un proceso civil posterior.

b) Algo análogo sucede en la *posición pasiva* del proceso: las normas sobre conexión (art. 17 LECrim) permiten, en determinadas circunstancias, dirigir un único proceso penal frente a todas las personas que hayan intervenido en un mismo hecho punible o en hechos punibles conexos, que ostentarán en él la condición de acusados. E, igualmente, pueden ser varios los sujetos frente a los que se exija la responsabilidad civil *ex delicto*, ya sea de forma directa, ya sea a título subsidiario.

Esta pluralidad de sujetos pasivos del proceso no tiene, sin embargo, ninguna suerte de efectos «vinculantes»: el tribunal en la sentencia habrá de pronunciarse de forma individualizada y separada sobre la responsabilidad penal y civil de cada uno de ellos; y el contenido de la sentencia podrá ser diferente de unos a otros.

8. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE LAS PARTES

En el proceso penal, al igual que en el civil, la actuación de las partes se lleva a cabo a través de abogado y de procurador. El procurador asume la representación de la parte en el proceso –*v.g.*, a efectos de presentación de escritos o de recepción de notificaciones–, mientras que al abogado le corresponde la defensa técnica, esto es, el asesoramiento a las partes del proceso. El único sujeto que escapa a estas exigencias es el Ministerio Fiscal, dada su condición de técnico del Derecho.

En el ámbito del proceso penal la intervención de abogado cobra un significado básico respecto del encausado, pues el derecho fundamental a la asistencia letrada se halla en estrecha relación con el derecho de defensa: de ello

se deriva el carácter preceptivo de la asistencia letrada al encausado desde el mismo instante en que se dirijan frente a él las actuaciones de un proceso penal. Este valor esencial de la defensa penal se ha querido reforzar a través de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa, que otorga rango de ley a un buen número de proclamaciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con esta materia. Entre las garantías más relevantes se halla la garantía de la confidencialidad de las conversaciones entre un abogado y su cliente, así como el secreto profesional del abogado (cfr. art. 16 LODD). La LODD también enfatiza la necesidad de que la labor defensiva desarrollada por el abogado supere unos estándares mínimos de calidad: no basta con que el sujeto pasivo del proceso penal tenga formalmente asignado un abogado defensor, sino que cabe esperar de este que desarrolle una labor efectiva de defensa de la posición jurídica de su cliente.

> Nuestro Tribunal Supremo está asumiendo de forma progresiva la relevancia de esta exigencia y en alguna ocasión ha llegado a anular una sentencia de condena por entender que el acusado no había tenido una defensa efectiva. Así ocurrió en el asunto resuelto por la STS 649/2023, de 5 de septiembre, en el que el abogado, nombrado de oficio, no había tomado conocimiento de las actuaciones antes del juicio, tampoco tuvo ningún contacto con el acusado antes de ese momento y renunció a cualquier interrogatorio contradictorio, a hacer una valoración propia de la prueba practicada en juicio y a hacer cualquier tipo de argumentación jurídica.
>
> Resulta especialmente útil, en relación con esta cuestión, la STS 3574/2026, de 29 de julio, pues se hace en ella un completo repaso de la cuestión en la jurisprudencia del propio TS, del TC y del TEDH y se avanza en la construcción de los elementos a los que debe sujetarse el control –durante el proceso y a posteriori en fase de recurso– acerca de la calidad de la defensa. En especial, el TS recuerda en ella que los tribunales tienen un deber más acusado de supervisión cuando se trata de la actuación de abogados de oficio, pues en ese caso la defensa del acusado está en manos del Estado; no obstante, el control del tribunal acerca de la efectividad de la defensa ha de ceñirse a los casos en que la actuación es manifiestamente inadecuada o negligente. Subraya además el Tribunal, que los afectados son los primeros llamados a un rol proactivo en su defensa, sin que pueda aceptarse una actitud de pura espera pasiva.

El alcance de las exigencias de representación y defensa es distinto según el tipo de procedimiento que se halle en curso y, también, según se trate del investigado o de los demás sujetos que pueden constituirse en parte en el proceso.

a) En los procesos por delito

— El investigado

En los procesos por delitos los arts. 118 y 767 LECrim imponen la asistencia letrada desde la detención o desde que de las actuaciones resultara la atribución de la comisión de un delito a una persona determinada. El detenido o investigado tendrá derecho a elegir libremente a su abogado –salvo cuando se

halle incomunicado: art. 527 LECrim–, pero si no lo hiciera, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio. Se impone, por tanto, la asistencia letrada.

Además, tratándose del procedimiento abreviado, el investigado no estará obligado a valerse de procurador hasta que no se haya abierto el juicio oral frente a él: si en ese momento no lo elige libremente, se le designará asimismo uno de oficio (art. 784.1 LECrim). Hasta ese momento, el abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, esto es, durante la instrucción llevará a cabo las tareas propias de un procurador (art. 768 LECrim).

Tratándose, sin embargo, de un procedimiento ordinario por delitos graves, el art. 118.3 LECrim parece exigir la intervención del procurador desde que el sujeto se constituya en parte –incluida, por tanto, la fase de instrucción y la fase intermedia–.

— Las demás partes

Los demás sujetos que pueden intervenir en el proceso penal habrán de hacerlo desde un inicio asistidos de abogado y representados por procurador, conforme a las reglas generales (art. 277 I LECrim).

En el caso del procedimiento abreviado, no obstante, se plantea si resulta posible extender al ofendido o perjudicado por el delito la posibilidad, prevista en el art. 768 LECrim, de valerse únicamente de abogado durante la instrucción. En principio, el tenor literal del precepto no lo permite; sin embargo, el art. 771.1ª LECrim da a entender que al ofendido o perjudicado puede bastarle con la asistencia de abogado hasta el momento de formular su escrito de acusación, en caso de que se haya personado en la causa sin haber formulado querella.

b) En el juicio por delitos leves

En el juicio por delitos leves, como regla, no es preceptiva la intervención de abogado ni la de procurador (arts. 967.1 y 969.1 LECrim). Ahora bien, aunque no sea necesaria, aquella de las partes que lo desee podrá valerse de sus servicios. De forma excepcional, sin embargo, sí que será preciso valerse de abogado y procurador en los procesos por delito leve que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses (v.g., el delito leve de usurpación del art. 245.2 CP o el de acusación falsa del art. 456.1.3º CP).

> Ha de recordarse que son delitos leves las infracciones castigadas con pena leve (art. 13.3 CP) y que es leve la pena de multa de uno a tres meses [art. 33.4 g) CP]. Esto, en principio, debería descartar la necesidad de abogado y procurador en los juicios por delito leve. Sin embargo, con arreglo al art. 13.4 CP, cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará como leve (art. 13.4 CP). Esto es lo que sucede con aquellos delitos penados con multa de entre tres y seis meses (el

límite inferior es pena leve, pero el máximo los supera; si ese máximo alcanza el umbral de los seis meses, opera la excepción del art. 967.1 LECrim).

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que, aunque la intervención de abogado no sea obligatoria en el juicio por delitos leves, puede ser exigible en determinadas situaciones de desequilibrio, que generen un riesgo claro de indefensión: es lo que sucede, v.g., cuando las partes acusadoras sí que acuden al juicio asistidas de letrado, cuando el asunto sea técnicamente complejo o cuando el acusado no tenga especiales aptitudes para defenderse adecuadamente. En estos casos, el juez de instrucción debería suspender la celebración del juicio e imponer la designación de abogado de oficio al acusado (entre las más recientes, cfr. STC 29/2023, de 17 de abril).

9. SINGULARIDADES DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN EL PROCESO PENAL

El derecho a disfrutar de asistencia jurídica gratuita en el proceso penal se rige por las reglas generales establecidas en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita. Se deben tener en cuenta, sin embargo, las siguientes especialidades:

a) Además del encausado, se podrán beneficiar de este derecho determinadas categorías de víctimas: en concreto, con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los arts. 149 y 150 CP, en el delito de maltrato habitual previsto del art. 173.2 CP, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos. [art. 2 g) LAJG].Con independencia de la existencia de recursos para litigar, también se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas del terrorismo, señaladas en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo.

b) Tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español [art. 2 a) LAJG].

c) En el orden penal, el abogado designado de oficio podrá excusarse de la defensa si concurre un motivo personal y justo, que habrá de ser apreciado por el Decano del Colegio. Esta excusa habrá de formularse en el plazo de tres días

desde que se le notifique su designación y resolverse en el plazo de cinco días desde su presentación. Si se estima, se designará otro abogado de oficio (art. 31 II y III LAJG).

d) En términos generales, los arts. 32 a 35 LAJG regulan el modo de proceder en caso de que el abogado designado para un proceso considere insostenible la pretensión que pretende hacerse valer. Cuando así lo estime, lo comunicará a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, quien recabará del Colegio de Abogados un dictamen sobre su viabilidad y, en su caso, un dictamen del Ministerio Fiscal si el dictamen del Colegio de Abogados coincidiera con el del abogado designado –en la insostenibilidad de la pretensión–. Si el Colegio de Abogados o el Ministerio Fiscal estiman defendible la pretensión, se nombrará un segundo abogado, para quien será obligatoria la defensa. Por el contrario, cuando tanto el Colegio de Abogados como el Ministerio Fiscal estimen indefendible la pretensión, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita rechazará la solicitud de asistencia jurídica gratuita. La insostenibilidad de la pretensión también se puede plantear cuando ya se haya dictado sentencia en primera instancia y el beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita pretendiera recurrirla, en caso de que el abogado considere insostenible el recurso. Pues bien, en materia procesal penal, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

— La defensa del acusado o investigado será obligatoria: en consecuencia, el abogado designado de oficio no podrá considerar insostenible la pretensión, aunque sí podrá excusarse, según lo visto antes (art. 32 II LAJG).

— Si se dictó sentencia condenatoria, no se podrá formular la insostenibilidad de la pretensión a los efectos de recurrir: el abogado de oficio, si lo solicita su defendido, estará obligado a interponer el recurso correspondiente frente a la sentencia de condena (art. 35 III LAJG).

> Por lo tanto, la insostenibilidad de la pretensión se podrá plantear cuando un sujeto pretenda ejercitar una acción penal frente a otro, o cuando, dictada sentencia absolutoria frente al acusado, pretenda recurrirse.

e) Finalmente, ya se ha visto cómo, en ciertos supuestos, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial pueden recabar la designación para el investigado de un abogado de oficio o de un procurador de oficio. Esta forma de designación obedece al carácter imperativo de su participación y a la urgencia con que puede ser precisa su intervención, pero no significa que el investigado, por ese solo hecho, tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Si dicho derecho no se le reconoce, estará obligado a abonar a estos profesionales los honorarios y derechos derivados de su actuación (art. 6.2 LAJG, art. 545.3 LOPJ).

LECCIÓN 7

ACTOS PROCESALES Y RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PROCESO PENAL

1. Lugar de las actuaciones procesales. — 2. Tiempo de las actuaciones procesales. — 3. Actuaciones procesales, actividad jurisdiccional e inteligencia artificial. — 4. Validez y nulidad de las actuaciones procesales. — 5. Las resoluciones judiciales y del Letrado de la Administración de Justicia. — 6. Recursos frente a resoluciones interlocutorias en el proceso penal: 6.1. Recurso de reforma; 6.2. Recurso de súplica; 6.3. Recurso de apelación; 6.4. Recurso de queja; 6.5. Recursos frente a resoluciones del Letrado de la A. de J. — 7. Los actos de comunicación en el proceso penal.

El régimen jurídico de los actos procesales y de las resoluciones judiciales en el proceso penal ha de explicarse partiendo del conocimiento que, respecto de estas cuestiones, ya se tiene en relación con el proceso civil. Con estas premisas, las páginas que siguen se van a centrar exclusivamente en determinadas cuestiones concretas.

1. LUGAR DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

La regla general en relación con el lugar de las actuaciones procesales es la de que estas habrán de practicarse en la sede del tribunal (art. 268.1 LOPJ). En el marco del proceso penal, esta norma recibirá aplicación ordinaria durante la fase de juicio oral y, en general, para aquellas actuaciones propias de la fase de instrucción que, por su naturaleza, son susceptibles de llevarse a cabo en la sede del órgano judicial. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la celebración por medios telemáticos de las actuaciones orales (art. 258 bis LECrim, cfr. lección 2) relativiza mucho el concepto de lugar: cuando la actuación sea telemática será suficiente con que el juez o tribunal esté presente en la sede del órgano judicial; el resto de sujetos intervendrán desde un punto de acceso seguro o, cuando proceda, también en persona en la sede del órgano.

Sin embargo, existen actuaciones de la fase de instrucción que, por su propio carácter o por razones de utilidad o conveniencia, han de realizarse en un lugar distinto de la sede del tribunal. En relación con esto, caben varias posibilidades:

a) Resulta preciso realizar una actuación fuera de la sede del tribunal, pero dentro de su demarcación –el partido judicial, si es un juez de una Sección de Instrucción, de Violencia sobre la Mujer o de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia; todo el territorio nacional, si es un juez de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia–: en este caso, el juez de instrucción podrá desplazarse al lugar que sea necesario (*v.g.*, para proceder al levantamiento de un cadáver o para practicar un reconocimiento, una inspección ocular o una diligencia de reconstrucción de hechos).

b) Resulta preciso realizar una actuación fuera de la demarcación del tribunal. En tal caso, caben tres opciones:

— La primera opción es que el propio juez de instrucción o de Violencia sobre la Mujer se desplace fuera de su partido judicial: los arts. 275 LOPJ y 323 LECrim dan cabida a esta posibilidad, siempre que el lugar se halle próximo al partido judicial, el desplazamiento personal resulte conveniente (básicamente por razones de peligro en caso de demora) y se dé inmediata noticia al juez del lugar.

— La segunda opción será que el juez de instrucción o de Violencia sobre la Mujer acuda a los cauces de auxilio judicial, de modo que sea el juez de instrucción del lugar el que realice la actuación en cuestión y remita después la documentación y efectos correspondientes al juez competente. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los arts. 183-196 LECrim, aunque el sistema es bastante arcaico y, en la práctica, no cabe descartar una aplicación supletoria de los preceptos de la LEC al respecto.

— En muchas de las situaciones descritas se plantea como alternativa general la realización del acto en cuestión por medios telemáticos, al menos cuando se trate de una toma de declaración. Esta opción es preferente y, en todo caso, es preferible al auxilio judicial, pues aunque la inmediación telemática no sea óptima, supera de todo punto a la ausencia de inmediación propia del auxilio judicial (sin olvidar, asimismo, la evitación de las dilaciones que siempre provoca la necesidad de acudir al auxilio de otro tribunal).

2. TIEMPO DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

Para ser válidos, los actos procesales han de practicarse en días y horas «hábiles».

Son *días hábiles* (arts. 182.1 y 183 LOPJ) todos los del año, excepto los siguientes:

— los sábados y domingos;

— los días desde el 24 de diciembre hasta el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, salvo para las actuaciones judiciales que se declaren urgentes por las leyes procesales;

— los días de fiesta nacional y los días festivos a efectos laborales en la correspondiente Comunidad Autónoma o localidad;

— los días del mes de agosto son en general inhábiles, excepto para aquellas actuaciones judiciales que se declaren urgentes por las leyes procesales.

> Ejemplo. El Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, declaró hábiles los días 11 a 31 del mes de agosto de 2020, para contribuir a la descongestión de asuntos que habían quedado suspendidos durante la situación de estado de alarma precedente. Se trata de una norma realmente excepcional –como lo era la situación en su conjunto–, porque la habilitación no se limitó a actuaciones urgentes.

Son *horas hábiles* (arts. 182.2 LOPJ) las que median desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde.

En situaciones especiales, puede resultar necesario que se practiquen actuaciones procesales en día u hora inhábil: en el marco del proceso penal, esto es lo que puede suceder, sobre todo, en relación con actuaciones propias de la fase de instrucción: por eso, el art. 184.1 LOPJ y el art. 201 LECrim establecen que todos los días y todas las horas del año serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial.

> Cuando no se trate de actuaciones de la instrucción, pero resulte en todo caso necesario practicarlas en día u hora inhábil, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, «habilitar» días y horas inhábiles para la práctica de actuaciones urgentes. Se entienden por urgentes las actuaciones del tribunal cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial: *v.g.*, tomar declaración a un testigo en peligro de muerte un domingo. Los días del mes de agosto se considerarán hábiles, sin necesidad de habilitación expresa, para practicar tales actuaciones urgentes. Además, tampoco será necesaria la habilitación para proseguir en horas inhábiles, durante el tiempo indispensable, las actuaciones urgentes que se hubieren iniciado en horas hábiles (*v.g.*, comenzado el acto de una vista para resolver sobre la situación personal del investigado a las cinco de la tarde, llegan las ocho y son muy pocas las actuaciones que quedan por practicarse: en vez de decretar su suspensión hasta el día siguiente, el tribunal puede ordenar que se siga celebrando hasta su conclusión, aunque ello suponga actuar en horas en principio inhábiles).

3. ACTUACIONES PROCESALES, ACTIVIDAD JURISDICCIONAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

3.1. Actuaciones procesales e IA, en general

El Decreto-ley 6/2023 ofrece una regulación de la relación entre la Inteligencia Artificial y determinadas actuaciones procesales. En concreto, los artículos 56 a 58 del Decreto-ley se ocupan de los límites dentro de los cuales

resulta posible la utilización de herramientas de IA por parte de los tribunales. En concreto, se distinguen tres tipos de actuaciones: automatizadas, proactivas y asistidas.

(i) Las actuaciones automatizadas se definen como aquellas producidas por un sistema informático sin necesidad de intervención humana en cada caso singular. Su ámbito principal se corresponde con las actuaciones de trámite o resolutorias simples, que no requieren interpretación jurídica. La ley menciona expresamente algunos ejemplos, como el numerado o paginado de los expedientes judiciales; la remisión de asuntos al archivo; la generación de copias y certificados o de libros; la comprobación de representaciones; y la declaración de firmeza (cuando con arreglo a la ley no cabe recurso o no se ha formulado recurso en plazo).

(ii) Las actuaciones procesales automatizadas se califican, además, como proactivas cuando se auto-inician por el sistema informático sin intervención humana, aprovechando la información incorporada en un expediente judicial o en un procedimiento administrativo con un fin determinado, como puede ser generar avisos.

Las actuaciones automatizadas y proactivas sirven para optimizar la gestión interna de las tareas más burocráticas del tribunal; ahora bien, no puede ignorarse que hasta la actuación más aparentemente inocente de un proceso puede acabar teniendo repercusiones sobre las partes. Por eso, la ley impone tres exigencias:

a) Que todas las actuaciones automatizadas y proactivas se puedan identificar como tales, trazar y justificar.

b) Que sea posible efectuar las mismas actuaciones en forma no automatizada.

c) Que sea posible deshabilitar, revertir o dejar sin efecto las actuaciones automatizadas ya producidas.

Estas normas suponen una aplicación del principio general de supervisión humana (*human in command*) que ha de regir en toda actuación publicada desarrollada por herramientas de IA.

(iii) La tercera categoría es la de las actuaciones procesales asistidas, que representan un paso adicional: el sistema informático genera un borrador total o parcial de documento complejo basado en datos, que puede ser producido por algoritmos, y puede constituir fundamento o apoyo de una resolución judicial o procesal. Se trata de una definición amplia, en la que tienen cabida, entre otros ejemplos, la elaboración del borrador de un requerimiento de pago en un proceso monitorio o de una sentencia estimatoria de una demanda de desahucio en un asunto sencillo. Muchas resoluciones podrían, al menos en teoría, pasar por este primer nivel de borrador generado por IA, si el sistema dispone de los datos que el algoritmo necesita para su elaboración. De hecho, el Decreto-ley 6/2023 aspira

también a establecer un sistema de justicia orientada al dato, en el que todos los documentos de un expediente judicial estén configurados de modo que puedan extraerse de ellos los datos que, debidamente reutilizados, permitan su utilización a otros fines (incluido este de la generación de borradores de resoluciones).

Está claro que el impacto sobre el sistema de las actuaciones asistidas es mucho mayor, pues no se trata solo de la tramitación en sí de los procesos, sino de la elaboración por herramientas de IA del germen de resoluciones que se impondrán a las partes. Por eso, las garantías que se imponen son mayores, pues a las exigencias generales de las actuaciones automatizadas se añaden las siguientes:

— Los borradores no se generarán de forma proactiva o automática, sino solo a voluntad del usuario (el juez, el letrado de la A. de J., el fiscal).

— Los borradores han de ser enteramente editables, es decir, que el usuario ha de poder modificarlos con libertad en cualquiera de sus elementos.

— Los borradores generados mediante IA nunca constituirán por sí mismos una resolución judicial o procesal: han de ser validados y firmados por la autoridad competente (juez, letrado de la A. de J., fiscal), bajo su responsabilidad.

También aquí se impone la exigencia de supervisión humana como criterio básico que ha de guiar la utilización de la IA en el ámbito de la justicia. Las exigencias impuestas por la ley no eliminan por complete el riesgo –si se quiere, la tentación– de que la autoridad competente tienda a validar sin un control y un análisis real los borradores generados por una IA aparentemente robusta y fiable –desde luego, la sobrecarga de trabajo de nuestros tribunales no les deja mucho tiempo disponible–; pero, al menos, sirven para vincular las decisiones a personas concretas, no a sistemas informáticos de cuyo mal funcionamiento al final nadie se haría responsable. Forma parte de las responsabilidades legales y deontológicas de los usuarios de sistemas de IA la de revisar con rigor los borradores antes de validarlos y firmarlos. Los usos indebidos, lamentablemente, podrán producirse; pero son ya varios los ejemplos en que, detectados, han dado lugar a consecuencias: la revocación de la resolución a través de un recurso; y la sanción disciplinaria al juez.

> Sin embargo, las actuaciones asistidas no están sujetas a la exigencia general de transparencia aplicable a las actuaciones automatizadas. En consecuencia, los jueces, letrados de la A. de J. y fiscales no están obligados a hacer visible en su resolución que se ha utilizado la IA para la generación del primer borrador. Se trata, a mi juicio, de una opción discutible, pues es un dato relevante para los justiciables que se consideren perjudicados por una resolución elaborada de esta manera.

3.2. En especial, el uso de la IA por los jueces

En desarrollo de las reglas generales establecidas en el Decreto-ley 6/2023 –aplicables a la actividad de todos los sujetos que intervienen en la actuación de un tribunal–, el Consejo General del Poder Judicial aprobó en enero de 2026 la Instrucción 2/2026 sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Son dos los ejes vertebradores de esta Instrucción: de un lado, el principio de control humano efectivo; de otro, la limitación de los sistemas de IA susceptibles de utilización por los jueces, pues para aquellas tareas más estrechamente vinculadas con la labor jurisdiccional solo podrán utilizar aquellos que les hayan sido facilitados por el propio CGPJ o por las administraciones con competencia en materia de administración de justicia (el Ministerio de Justicia o aquellas comunidades autónomas que la hayan asumido).

> En concreto, los sistemas de IA, incluidas las herramientas de IA generativa, no facilitados por el CGPJ o las administraciones competentes podrán utilizarse para finalidades de preparación o estudio, tales como la elaboración de resúmenes o traducciones o el análisis de fuentes jurídicas, doctrinales o técnicas, y siempre que la información utilizada a tal fin proceda única y exclusivamente de fuentes abiertas. Los jueces no podrán en ningún caso incorporar datos judiciales a estos sistemas de IA.

Sobre esta base, el CGPJ distingue entre principios, usos permitidos y usos no permitidos de la IA en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

El CGPJ enumera hasta diez ***principios*** a los que han de atenerse los jueces cuando utilicen sistemas de IA:

> a) Principio de control humano efectivo, que ha de ser real y consciente y que impide que los sistemas de IA puedan operar de forma autónoma para la toma de decisiones judiciales, la valoración de los hechos o de las pruebas, o la interpretación y aplicación del Derecho.
>
> b) Principio de no sustitución de los jueces para la toma de decisiones judiciales, la valoración de los hechos o de las pruebas o la interpretación y aplicación del Derecho.
>
> c) Principio de responsabilidad judicial: la responsabilidad plena y exclusiva de las resoluciones, decisiones y actuaciones jurisdiccionales corresponde en todo caso a los jueces, con independencia de la utilización de sistemas de IA como instrumento de apoyo o asistencia.
>
> d) Principio de independencia judicial, de modo que los resultados generados por los sistemas de IA no condicionen, directa o indirectamente, la libertad de criterio del órgano jurisdiccional.
>
> e) Principio de respeto a los derechos fundamentales.
>
> f) Principios de confidencialidad y seguridad en el tratamiento de datos judiciales mediante sistemas de IA: deberá garantizarse la confidencialidad,

integridad y seguridad de la información, evitando accesos no autorizados, usos indebidos o transferencias no permitidas.

g) Principio de prevención de sesgos algorítmicos: se han de adoptar las cautelas necesarias para identificar y evitar sesgos algorítmicos derivados de la utilización de sistemas de IA.

h) Principios de proporcionalidad y uso limitado. La utilización de sistemas de IA deberá ser proporcionada a la finalidad perseguida y limitada a aquellos supuestos en los que puedan resultar útiles y eficaces como instrumento de apoyo o asistencia a la actividad jurisdiccional.

i) Principio de formación y capacitación.

El CGPJ, sin embargo, no ha dado el paso de establecer un principio de transparencia, que obligara a los jueces a hacer explícito en sus resoluciones el uso hecho de sistemas de IA…

De modo general, la Instrucción considera ***permitido*** el uso de sistemas de IA como «instrumentos de apoyo o asistencia». Esa referencia tan genérica trata de concretarse con algunos ejemplos:

a) Búsqueda y localización de información jurídica, incluida la identificación de normativa, jurisprudencia y doctrina relevante, así como la recuperación de antecedentes procesales o documentales.

b) Análisis, clasificación y estructuración de información, documentos o datos contenidos en actuaciones judiciales, con fines de organización, comprensión o apoyo al estudio del asunto.

c) Elaboración de esquemas, resúmenes o borradores de trabajo interno, siempre que no tengan carácter decisorio ni sustituyan la redacción personal de resoluciones judiciales.

d) Apoyo a tareas organizativas o auxiliares, relacionadas con la gestión del conocimiento jurídico o con la preparación del trabajo jurisdiccional.

e) La elaboración de borradores de resoluciones judiciales, con los límites que establece el Decreto-ley 6/2023 ya vistos (con especial hincapié en la revisión y validación *personal, completa y crítica* por parte del juez).

A modo de cierre del sistema, también se enumeran los ***usos no permitidos*** de los sistemas de IA, que son en realidad la plasmación en negativo de los principios y de los usos permitidos:

a) La sustitución, automatización o delegación de la toma de decisiones judiciales, de la valoración de los hechos o de las pruebas, o de la interpretación y aplicación del Derecho.

b) La utilización de resultados generados por los sistemas de IA que condicionen de manera directa o indirecta la independencia judicial o la libertad de criterio de los jueces.

c) La incorporación a resoluciones judiciales de contenidos generados por sistemas de IA sin una validación crítica, completa y personal por parte de los jueces.

d) La utilización de sistemas de IA para el tratamiento de datos personales especialmente protegidos o de información sujeta a deberes reforzados de confidencialidad, fuera de los supuestos expresamente autorizados por la normativa vigente.

e) La utilización de sistemas de IA con fines de perfilado de personas, predicción de comportamientos, evaluación de riesgos o clasificación de sujetos, fuera de los supuestos expresamente autorizados por la normativa vigente.

4. VALIDEZ Y NULIDAD DE LAS ACTUACIONES PROCESALES

El régimen de nulidad de las actuaciones procesales, en el marco del proceso penal, se rige por las normas generales de la LOPJ, pues la LECrim carece de disposiciones propias sobre esta materia.

Las causas de nulidad de los actos procesales son las recogidas en el art. 238 LOPJ:

1ª. Son nulos los actos del tribunal que se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (recuérdese lo que se dijo sobre esto al estudiar los respectivos presupuestos procesales). Sin embargo, cuando se trata de actuaciones propias de la instrucción, la jurisprudencia considera que los defectos de competencia no generan necesariamente su nulidad.

2ª. Son nulos los actos, tanto de las partes como del tribunal, cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

Ejemplo: Es nula la sentencia en la que un tribunal, debido a las amenazas, condena a quien considera inocente. Y es nulo el acto de conformidad del acusado, cuando se ve forzado a ello por intimidación.

3ª. Son nulos los actos procesales del tribunal cuando se haya prescindido de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4ª. Son nulos los actos procesales cuando se realicen sin la intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.

5ª. Son nulas las vistas que se celebren sin la preceptiva intervención del Letrado de la A. de J.

6ª. Son nulos las diligencias de ordenación y los decretos de los Letrados de la A. de J. que resuelvan cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia.

Es decir, que la «invasión» por parte de los Letrados de la A. de J. de las competencias de los jueces determina la nulidad radical de sus decisiones.

7ª. Son nulos los actos procesales en los demás casos en que las leyes procesales así lo establezcan. En el ámbito del proceso penal, debe tenerse especialmente en cuenta en este punto la norma del art. 11.1 LOPJ, en virtud de la cual «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el incumplimiento por los tribunales de los requisitos de tiempo no comporta la nulidad de las actuaciones, a no ser que así lo exija la naturaleza del término o del plazo incumplido (art. 242 LOPJ).

Ejemplo. Aunque la ley señale que la sentencia ha de dictarse en un plazo de diez días, no es nula la sentencia dictada fuera de dicho plazo, aunque sea ocho meses después.

Si un acto procesal es nulo, la consecuencia es que dicho acto será ineficaz. Por eso, de un acto nulo no deberían seguirse consecuencias de ninguna clase. En el momento en que se constate la nulidad, habrá que proceder a «borrar» los posibles efectos que haya podido tener el acto nulo.

Ejemplo. Si el tribunal no tiene jurisdicción o competencia objetiva para conocer de un proceso, las resoluciones que dicte no serán eficaces. Por eso, cuando se constate la falta de jurisdicción o de competencia objetiva, habrá que poner fin inmediatamente al proceso, como si este no hubiera existido nunca.

Ejemplo. Si el tribunal dictó su sentencia por intimidación, la sentencia será nula y habrá que proceder a su «anulación» formal, esto es, a poner de relieve de forma expresa que la sentencia no es válida, para después dictar otra en sustitución de la nula.

En definitiva, como regla, la constatación de la nulidad de un acto procesal afecta a una pluralidad de actos del proceso: el acto nulo y los actos posteriores que traen causa de él. A la inversa, la nulidad de un acto no implicará la de aquellos actos posteriores que fueran independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiera permanecido invariados aunque no se hubiera cometido la nulidad (art. 243.1 LOPJ).

Ejemplo. El Letrado de la A. de J. fue intimidado para que «manipulara» el calendario del juez y atrasara o adelantara la celebración de la vista de un juicio. Descubierta la circunstancia con posterioridad, es claro que la citación en sí fue nula, pero no por ello han de serlo ni la vista ni la sentencia que se dictaran después (a no ser, claro está, que se hiciera con el propósito de impedir, por la fecha, la declaración de un testigo clave o algo similar).

En la práctica, sin embargo, existe una apariencia de validez de los actos procesales: como regla, cabe presumir que los actos procesales cumplen con todos sus requisitos y producen todos sus efectos. Por eso, salvo supuestos –muy excepcionales– en que la nulidad sea manifiesta, es preciso ponerla expresamente

de relieve para que se puedan operar sus consecuencias: es precisa una resolución expresa del tribunal en la que se constate la nulidad de una actuación para poder tenerla por nula y «borrar» sus efectos en el proceso –normalmente, mediante su retroacción al momento en que se produjo el vicio generador de la nulidad–.

A tal fin, deben tenerse en cuenta los artículos 240 y 241 LOPJ.

Es posible, en primer término, que sea el propio tribunal quien aprecie la nulidad de un acto procesal. En tal caso, sea cual sea el momento del proceso en que esto suceda, abrirá un incidente planteando la nulidad y dando audiencia a las partes. Al término de ese incidente, declarará la nulidad de las actuaciones nulas –tanto de las nulas por sí mismas, como de las que lo sean por ser consecuencia de aquellas– (art. 240.2 LOPJ, en general; art. 239.1 LOPJ para los supuestos de actuación bajo violencia o intimidación).

Cualquiera de las partes –normalmente, aquella a quien perjudique el acto nulo u otro acto que se derive del acto nulo– puede también poner de relieve el vicio al tribunal y solicitarle que declare la nulidad de las actuaciones. Los mecanismos de que dispone a tal fin son variados (cfr. art. 240.1 LOPJ):

— Puede aprovechar los cauces especialmente previstos para denunciar ciertos vicios procesales (*v.g.*, los llamados «artículos de previo pronunciamiento» en el procedimiento ordinario o la audiencia preliminar en el procedimiento abreviado).

— Puede interponer recurso frente a la resolución que contenga el acto nulo, cuando dicha resolución sea recurrible.

— Cuando no sea posible ni lo uno ni lo otro, puede promover un incidente para lograr la nulidad de actuaciones. Este incidente, llamado «incidente de nulidad de actuaciones», es imaginable cuando el proceso aún está pendiente, así como cuando ya ha terminado por resolución firme.

5. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En el marco del proceso penal, al igual que en los demás órdenes jurisdiccionales, los órganos jurisdiccionales desarrollan su actuación por medio de resoluciones judiciales, que pueden revestir la forma de providencias, autos y sentencias. Así mismo, debe contarse con la posibilidad de que el Letrado de la A.de J. dicte, de forma autónoma, diligencias de ordenación y decretos.

Acerca de la distinción entre providencias, autos y sentencias, debe tenerse en cuenta tanto lo dispuesto en el art. 245.1 LOPJ como, más específicamente, lo establecido en el art. 141 LECrim:

— En términos muy generales, solo se dicta sentencia para poner fin al proceso tras el juicio oral (entrando en el fondo del asunto) o en fase de recurso.

— Se dicta auto para resolver cuestiones incidentales, para la toma de decisiones de relevancia durante la tramitación del proceso (*v.g.*, la prisión provisional se acuerda en auto, al igual que el registro domiciliario y la intervención telefónica o la apertura del juicio oral), así como para poner fin de manera anticipada al proceso (a través del sobreseimiento): debe tenerse en cuenta que el auto, por definición, ha de estar motivado.

— Se dicta providencia para la ordenación material del proceso.

En cuanto al ámbito de las resoluciones del Letrado de la A. de J., es más reducido en el proceso penal que en el proceso civil. En términos generales, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 456 LOPJ y en el art. 144 bis LECrim

> Así, salvo que la ley disponga otra cosa, se dictará diligencia de ordenación cuando la resolución tenga por objeto dar a los autos el curso que la ley establezca. Y se llamará decreto a la resolución que dicte el Letrado de la A. de J. cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el art. 161 LECrim regula de forma completa y detallada la aclaración y corrección de resoluciones judiciales en el proceso penal, en línea con lo establecido en la LEC y en la LOPJ.

> En concreto, se establece que los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. Estas aclaraciones podrán hacerse de oficio, dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.
>
> Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones de los tribunales y Letrados de la A. de J. podrán ser rectificados en cualquier momento.
>
> Las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones, podrán ser subsanados, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento.
>
> Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal los completará a instancia de parte, si se le pide en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución. También podrá hacerlo de oficio el tribunal, si advierte la omisión en el plazo de cinco días desde la fecha en que dictó la resolución afectada.
>
> No cabrá recurso alguno contra las resoluciones en que se resuelva acerca de la aclaración, rectificación, subsanación o complemento, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la resolución a que se refiriera la solicitud o la actuación de oficio del tribunal o Letrado de la A. de J.
>
> Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación,

subsanación o complemento y, en todo caso, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación de la resolución que reconociera o negase la omisión de pronunciamiento y acordase o denegara remediarla.

6. RECURSOS FRENTE A RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS EN EL PROCESO PENAL

Recordando conceptos ya estudiados en el ámbito del Derecho procesal civil, se conocen como resoluciones interlocutorias aquellas que se van dictando por el órgano judicial a lo largo del proceso, pero que no le ponen fin: esto es, son interlocutorias las resoluciones que no constituyen ni la sentencia ni resolución que, por sus efectos, pueda asimilarse a ella (como sucede con el auto de sobreseimiento libre, que es equivalente a una sentencia absolutoria). Así, a modo de ejemplo, son resoluciones interlocutorias el auto que incoa el sumario o las diligencias previas, el auto que decreta la prisión provisional del investigado, el que acuerda la adopción de una intervención telefónica, el llamado «auto de transformación» (que pone fin a las diligencias previas en el procedimiento abreviado y ordena el paso a la fase intermedia: art. 779.1.4ª LECrim), el auto por el que se admite o se deniega la práctica de una prueba para el juicio oral o el auto que desestima alguna cuestión previa suscitada en la audiencia preliminar, entre otros muchos.

Frente a estas resoluciones interlocutorias –y salvo que la ley disponga expresamente que son irrecurribles– se pueden interponer recursos no devolutivos y devolutivos, según que de ellos conozca el mismo órgano judicial que dictó la resolución o su superior jerárquico, respectivamente. En el proceso penal existen dos recursos no devolutivos: el de reforma y el de súplica. Y son recursos devolutivos el de apelación y el de queja. Además, frente a las resoluciones del Letrado de la A. de J. pueden caber el recurso de reposición (no devolutivo) y el recurso de revisión (devolutivo).

6.1. Recurso de reforma

El recurso de reforma es un recurso no devolutivo ordinario que procede frente a todos los autos y providencias dictados por órganos judiciales unipersonales: jueces de Instrucción de los Tribunales de Instancia y del Tribunal Central de Instancia, jueces de Violencia sobre la Mujer, jueces de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, y jueces de lo Penal de los Tribunales de Instancia y del Tribunal Central de Instancia.

El recurso de reforma cumple en el proceso penal un papel similar al que tiene el recurso de reposición en el proceso civil. El recurso de reforma debe interponerse en el plazo de tres días, contados desde la notificación de la resolución. La interposición ha de hacerse por medio de un escrito, en el que se incluirá la fundamentación del recurso. Del escrito se dará traslado a las demás partes para que, a su vez, formulen sus alegaciones. El juez debe resolverlo por

medio de auto en el plazo de dos días. Si el recurso de reforma fuera desestimado, frente al auto desestimatorio podrá interponerse recurso de apelación. También se pueden interponer ambos en el mismo escrito, de forma que, denegada la reforma, se tenga por admitida la apelación.

En el ámbito del procedimiento abreviado, no será preceptiva la previa interposición del recurso de reforma para que proceda el recurso de apelación: en este ámbito, el recurso de reforma tiene un carácter potestativo.

La interposición y tramitación del recurso de reforma no tienen efectos suspensivos: mientras se resuelve la resolución impugnada despliega sus efectos.

6.2. Recurso de súplica

El recurso de súplica tiene el mismo régimen jurídico que el de reforma, con la diferencia de que se concede frente a los autos y providencias dictados por órganos colegiados: la Audiencia Provincial –regla general–, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional –delitos del art. 65.1 LOPJ–, la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, la Sala Segunda del Tribunal Supremo o la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia –delitos cometidos por aforados.

Si bien se mira, estos órganos judiciales actúan únicamente en fase de juicio oral o, a lo sumo, durante la fase intermedia –en el procedimiento ordinario– o en fase de recurso, pero nunca durante la instrucción (porque de la instrucción no conocen órganos colegiados, salvo en ocasiones muy excepcionales).

6.3. Recurso de apelación

El recurso de apelación es el recurso devolutivo ordinario que procede frente a los autos dictados por los órganos jurisdiccionales unipersonales. Dado su carácter devolutivo, conoce de este recurso el superior jerárquico del órgano judicial del que emanó la resolución, también llamado órgano judicial *ad quem*: si la resolución procede un juez de Instrucción, de un juez de Violencia sobre la Mujer, de un juez de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia o de un juez de lo Penal, la competencia para resolverlo estará así atribuida a la Audiencia Provincial; si procede de un juez de Instrucción o de un juez de lo Penal del Tribunal Central de Instancia, entonces la competencia estará atribuida a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Su régimen es distinto en el marco del procedimiento ordinario y en el del procedimiento abreviado.

1º. En el marco del *procedimiento ordinario*, el recurso de apelación solamente puede interponerse en los casos determinados por la ley, aunque, como regla general, se suele admitir contra los autos que resuelven un recurso de reforma.

Cuando proceda, el recurso se interpondrá en el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución, sin necesidad de fundamentarlo, ante el órgano

judicial que dictó la resolución (órgano judicial *a quo*). Una vez interpuesto el recurso, el juez lo admitirá en uno o en ambos efectos: cuando el recurso se admite en un solo efecto, su tramitación no afecta a la eficacia de la resolución recurrida; en cambio, si el recurso de apelación se admite en ambos efectos se suspenderá la efectividad de la resolución recurrida mientras se resuelve el recurso. La regla general es la admisión en un solo efecto, acordándose en ambos efectos solo cuando la ley expresamente así lo disponga.

Hecho esto, se emplazará a las partes para que se personen ante el órgano superior en el plazo de diez o quince días (vid. art. 224 LECrim). Si en este término no se persona el recurrente, el recurso se declarará desierto, quedando firme la resolución recurrida. Si el apelante se persona en plazo, se le dará vista de los autos, así como a las otras partes personadas, y por último al Fiscal, por plazo de tres días. Instruidas las partes, se señalará día para la celebración de una vista, en la que cada parte podrá informar lo que estime oportuno para su derecho. El recurso se decidirá por medio de auto, que será comunicado al juez que dictó la resolución para su cumplimiento.

2º. En el marco del *procedimiento abreviado*, y salvo que la ley expresamente disponga otra cosa, el recurso de apelación será siempre procedente frente a los autos que dicten los jueces de Instrucción, de Violencia sobre la Mujer, de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia y de lo Penal. Además, podrá interponerse directamente, sin necesidad de recurrir previamente dichas resoluciones en reforma (art. 766 LECrim) –aunque también podrá interponerse subsidiariamente con el recurso de reforma–. Salvo que la ley disponga otra cosa, el recurso no suspenderá el curso del procedimiento.

El recurso de apelación, en este ámbito, se presentará ante el juez que dictó el auto impugnado dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto recurrido –o del auto que resuelva el previo recurso de reforma, si se interpuso–, mediante un escrito en el que se expondrán los motivos del recurso, se señalarán los particulares que hayan de testimoniarse y al que se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las peticiones formuladas.

El juez admitirá el recurso si se ha presentado en tiempo y forma y se dará traslado a las demás partes personadas por un plazo común de cinco días para que aleguen por escrito lo que estimen conveniente, señalen otros particulares que hayan de testimoniarse y presenten los documentos justificativos de sus pretensiones.

Hecho esto, se remitirán a la Audiencia los escritos presentados por las partes y el testimonio de los particulares señalados. Como regla, recibidas las actuaciones, la Audiencia se limitará a resolver el recurso, dentro de los cinco días siguientes (sin haber visto ni oído personalmente a las partes). Excepcionalmente, será preceptiva la celebración de vista ante la Audiencia cuando se trate del recurso contra el auto que haya acordado la prisión

provisional de alguno de los encausados; y será potestativa la vista cuando el auto impugnado contenga otros pronunciamientos sobre medidas cautelares.

6.4. Recurso de queja

Con el nombre de recurso de queja, regula la LECrim dos recursos ordinarios y devolutivos distintos.

1º. Es recurso de queja aquel por el que se solicita que el órgano judicial *ad quem* resuelva sobre la procedencia de la admisibilidad de un recurso devolutivo inadmitido por el órgano judicial *a quo*. En otros términos, es el recurso que procede ante la indebida inadmisión de un recurso de apelación o de casación.

Este recurso se interpone, se sustancia y se decide ante el superior jerárquico de aquel que inadmitió la apelación o la casación.

2º. También es recurso de queja el recurso devolutivo que se interpone frente a resoluciones interlocutorias, pero solo en el ámbito del procedimiento ordinario. Ya se dijo antes que, en el ámbito del procedimiento ordinario, frente a los autos del juez de Instrucción (o de Violencia sobre la Mujer o de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia) solo cabe recurrir en apelación cuando la ley lo prevea expresamente: pues bien, los autos respecto de los que no se prevea expresamente el recurso de apelación serán recurribles en queja. La diferencia estriba en que el recurso de queja se interpone directamente ante el órgano judicial que debe resolverlo (el órgano judicial *ad quem*), por lo que su tramitación es más sencilla, al no intervenir en ella el juez *a quo*.

Este recurso se da contra todos los autos no apelables del juez de Instrucción, del juez de Violencia sobre la Mujer o del juez de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia y se puede interponer, salvo que la ley señale término expreso, en cualquier momento mientras esté pendiente la causa. Solo funciona en estos términos en el marco del procedimiento ordinario –nunca en el abreviado–.

6.5. Recursos frente a resoluciones del Letrado de la A. de J.

Las competencias de los Letrados de la A. de J. en el ámbito del proceso penal se concentran, sobre todo, en dos aspectos: de un lado, la ordenación formal del procedimiento, encomendando al Letrado la realización de ciertas actuaciones, como el señalamiento de las vistas; de otro, asumen en la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia penal el mismo papel que tienen en general en el proceso civil de ejecución. Para el desempeño de sus funciones los Letrados de la A. de J. dictarán diligencias de ordenación (no motivadas) y decretos (motivados). Pues bien, tanto unas como otros serán recurribles, conforme a lo establecido en los arts. 238 bis y 238 ter LECrim.

Las ideas fundamentales en este punto son las siguientes:

— Contra todas las diligencias de ordenación dictadas por los Letrados de la A. de J. podrá ejercitarse ante ellos mismos recurso de reposición (recurso no devolutivo), que en ningún caso tendrá efectos suspensivos.

> El recurso de reposición se interpondrá por escrito en el que se expresará la infracción en que la resolución hubiere incurrido a juicio del recurrente. Admitido a trámite el recurso de reposición, se concederá al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas un plazo común de dos días para presentar por escrito sus alegaciones, transcurrido el cual resolverá sin más trámite. Contra el decreto del Letrado de la A. de J. que resuelva el recurso de reposición cabe recurso de revisión ante el juez que esté conociendo del proceso (SSTC 58/2016, 72/2018, 15/2020 y, sobre todo, 151/2020).

— Contra los decretos de los Letrados de la A. de J. podrá interponerse recurso de reposición, cuya resolución será a su vez recurrible en revisión. Es posible, igualmente, que frente a un decreto del Letrado de la A. de J. proceda la interposición directa de recurso de revisión –sin previa reposición–, por así preverlo expresamente la ley. El recurso de revisión será resuelto por el juez o tribunal que esté conociendo del proceso.

> El recurso de revisión se interpondrá ante el juez o tribunal con competencia funcional en la fase del proceso en la que haya recaído el decreto del Letrado de la A. de J. que se impugna, mediante escrito en el que deberá citarse la infracción en que esta hubiere incurrido. Admitido a trámite el recurso de revisión, se concederá al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas un plazo común de dos días para que presenten sus alegaciones por escrito, transcurrido el cual el juez o tribunal resolverá sin más trámite. Contra el auto resolutorio del recurso de revisión no cabrá interponer recurso alguno, salvo que la ley disponga otra cosa.

— El régimen de recursos frente a las resoluciones de los Letrados de la A. de J. dictadas para la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia y para la realización de la medida cautelar real de embargo será el previsto en la LEC.

7. LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Los actos de comunicación del tribunal con las partes y con terceros se encuentran regulados en los arts. 166 a 182 LECrim.

Como regla general, todas las notificaciones, citaciones y emplazamientos se practicarán del mismo modo que se dispone para el proceso civil (esto es, por vías preferentemente telemáticas). Por eso, la regla general es que podrán hacerse a los procuradores de las partes, con dos excepciones:

— Las citaciones que por disposición expresa de la ley deban hacerse a los interesados en persona.

— Las citaciones que tengan por objeto la comparecencia obligatoria de las partes.

Hay que tener en cuenta, como ya se vio, que en el proceso abreviado, durante la fase de instrucción, el investigado puede valerse solamente de abogado, quien hará las veces del procurador: en consecuencia, podrán hacerse válidamente las notificaciones al abogado durante esta fase, con las excepciones señaladas.

En los casos en que el destinatario de la notificación no esté aún representado por procurador (ni por abogado, en el caso del investigado durante la instrucción), la LECrim contempla varias posibilidades:

a) Podrá hacerse la notificación por correo certificado con acuse de recibo, aunque para la eficacia de la comunicación será necesaria la recepción en el tribunal del acuse de recibo.

b) Podrá hacerse una notificación personal al destinatario en su domicilio, que cumplimentará el agente judicial o el procurador de alguna de las partes personadas que así lo solicite, a su costa.

c) En caso de que el destinatario no pueda ser localizado por ninguna vía, procederá la notificación por edictos en el Tablón Edictal Judicial Único.

Finalmente, la LECrim contempla un mecanismo especial de comunicación, la denominada «notificación en estrados», que consiste en la lectura de la resolución objeto de comunicación en la sede del tribunal, realizada por el Letrado de la A. de J. y de la que se deja constancia en las actuaciones. La notificación en estrados presupone la presencia en la sede del tribunal del destinatario de la comunicación.

LECCIÓN 8

EL INICIO DEL PROCESO PENAL

1. El comienzo del proceso penal: cuestiones generales. Los medios de conocimiento de la *notitia criminis*. — 2. La denuncia. — 3. El atestado policial. — 4. La querella. — 5. Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. — 6. Canales de información e incoación del proceso penal. — 7. Programas de cumplimiento e investigaciones internas en el ámbito empresarial. — 8. La incoación de oficio del proceso penal.

1. EL COMIENZO DEL PROCESO PENAL: CUESTIONES GENERALES. LOS MEDIOS DE CONOCIMIENTO DE LA *NOTITIA CRIMINIS*

Como es bien sabido, el proceso civil comienza en todo caso por medio de un acto de parte, la interposición de la demanda: así lo exige la vigencia del principio dispositivo. En cambio, ya se ha visto en momentos anteriores que, en materia penal, es la realidad la que determina el curso de las actuaciones judiciales: por eso, el proceso penal no comienza por la sola voluntad de alguna de las partes, sino únicamente en el momento en que el órgano judicial competente para conocer de la instrucción dicta una resolución, el auto que abre la instrucción. Y esta resolución solo puede y debe dictarla el juez cuando tenga conocimiento de la comisión de un hecho aparentemente delictivo, esto es, cuando haya recibido la denominada *notitia criminis*.

Si se trata de un procedimiento abreviado, el auto que abre la instrucción se denomina «auto de incoación de las diligencias previas»; y si lo que ha de abrirse es un procedimiento ordinario por delitos graves, entonces se llama «auto de incoación del sumario».

> Esto es así porque la fase de instrucción, en el procedimiento abreviado, recibe el nombre de «diligencias previas» y se denomina «sumario» a la instrucción del procedimiento ordinario. En la práctica, sin embargo, lo usual es que por defecto se incoen siempre «diligencias previas» y que, en su caso, estas se transformen después en «sumario» una vez se comprueba la gravedad de los hechos investigados.

No hay que confundir el momento en que se produce el comienzo formal del proceso penal con la presentación o la realización de actos de parte como pueden ser la denuncia, la querella o el atestado policial. Estos actos son instrumentos o vehículos para poner en conocimiento del juez la comisión de un hecho aparentemente delictivo, pero el proceso no comenzará hasta que el juez, tras haber recibido la *notitia criminis*, dicte auto decretando su incoación o comienzo formal.

A través de la denuncia, la querella o el atestado quienes los presentan se limitan, por tanto, a promover el comienzo del proceso penal, pero este resultado solo se alcanzará si el juez considera que está en presencia de hechos aparentemente delictivos.

2. LA DENUNCIA

La denuncia aparece regulada en los arts. 259 a 269 LECrim, de los que se pueden deducir los siguientes elementos identificadores.

[*Concepto*] La denuncia es un acto de parte a través del cual se pone en conocimiento de la autoridad la comisión de un hecho aparentemente delictivo. La denuncia encierra, por tanto, una declaración de conocimiento: no es una manifestación de voluntad.

[*Denunciante*] En principio, todos los ciudadanos tenemos el deber cívico de denunciar todos los hechos delictivos que conozcamos. El incumplimiento de ese deber está sancionado con la imposición de multas (a pesar de que, hoy en día, su cuantía es ridícula por la falta de actualización de la LECrim en este punto).

No obstante, están exentos de este deber general de denunciar las siguientes personas:

— Los menores e incapaces (art. 260 LECrim).

— El cónyuge y otros familiares del denunciado, en los términos del art. 261 LECrim.

> En concreto, están exentos del deber de denunciar el cónyuge del delincuente no separado legalmente o de hecho o la persona que conviva con él en análoga relación de afectividad, así como los ascendientes y descendientes del delincuente y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive. Esta dispensa, sin embargo, no será de aplicación si se dan las siguientes condiciones:
>
> - Se trata de un delito de homicidio, de lesiones (arts. 149 y 150 CP), de maltrato habitual (art. 173.2 CP), contra la libertad, contra la libertad e indemnidad sexual o de trata de seres humanos; y
>
> - La víctima del delito es una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

— Los abogados y procuradores, así como los eclesiásticos y ministros religiosos por los hechos de que tengan noticia en el ejercicio de sus funciones (art. 263 LECrim).

La denuncia anónima no es admisible como tal denuncia: en efecto, la ley exige que las denuncias se firmen o que en ellas quede constancia de la identidad del denunciante. Ahora bien, el anonimato del denunciante solo hace que su acto no merezca la calificación de denuncia, pero no le priva de valor como

instrumento de transmisión de la *notitia criminis* que, en su caso, podrá permitir una incoación de oficio del proceso penal.

> Ahora bien, la jurisprudencia también ha considerado que las denuncias o confidencias anónimas no resultan por sí mismas suficientes para justificar la adopción por un instructor de medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales (STS de 13 mayo de 2020).

[*Denunciado*] El denunciado es la persona a la que se atribuye la comisión del hecho punible. La LECrim no exige que el denunciado esté determinado en todo caso: con mucha frecuencia, en el momento de formular la denuncia solo se puede informar de la aparente comisión del delito, pero no se conoce la identidad del denunciado; su concreción será uno de los objetivos de la instrucción, en caso de que se abra el proceso penal.

[*Destinatario de la denuncia*] El destinatario *final* de toda denuncia penal es siempre la autoridad judicial, pues es un juez el que tiene que decidir si abre o no el proceso penal. Ahora bien, la denuncia también puede presentarse ante la Policía Judicial o ante el Ministerio Fiscal. En estos dos casos, tanto la Policía como la Fiscalía no actúan como meros transmisores de la denuncia, sino que pueden efectuar una previa investigación –para comprobar la verosimilitud de lo denunciado– antes de remitírsela al juez.

[*Forma de la denuncia*] Las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, tanto personalmente como a través de mandatario con poder especial. También podrán presentarse telemáticamente, salvo que se trate de hechos que se hayan producido con violencia o intimidación, o sean de naturaleza violenta o sexual. Tampoco es posible la denuncia telemática si los hechos tienen autor conocido, si existen testigos, si el denunciante es menor de edad o si se ha cometido un delito flagrante.

> En estos casos parece que el legislador considera esencial una toma de contacto personal entre quien denuncia y la Policía, sea en beneficio del denunciante −v.g., en los delitos sexuales puede ser esencial practicar ciertas pruebas médicas con rapidez u ofrecer atención psicológica inmediata a la víctima−, sea en beneficio del potencial denunciado −cuando el delito es muy grave.

Cuando la denuncia se haga por escrito y en persona, deberá estar firmada por el denunciante con firma autógrafa o manuscrita; cuando se haga de forma telemática, deberá estar firmada electrónicamente, igual que si la denunciante es una persona jurídica (art. 266 LECrim).

[*Contenido de la denuncia*] La denuncia contendrá la identificación del denunciante (si es una persona jurídica, habrá que identificar a la persona física que la formula en su nombre y su relación con ella), así como la narración circunstanciada del hecho denunciado. Si fueran conocidas, se identificará en la denuncia a las personas que hayan cometido el hecho y a aquellas otras que lo hayan presenciado o tengan información sobre él. También indicará la existencia

de cualquier otra fuente de conocimiento conocida por el denunciante y que pueda servir para esclarecer el hecho denunciado (art. 265.1 LECrim).

[*Efectos de la denuncia*] Una vez que ha recibido la denuncia, el juez tiene que comprobar si el hecho denunciado es delictivo y la denuncia no es manifiestamente falsa.

— En caso de que el hecho denunciado no sea delito o la denuncia sea manifiestamente falsa, el juez no le dará curso o, lo que es lo mismo, la archivará. No llegará a abrirse, pues, proceso penal alguno.

— En caso contrario, el juez deberá efectuar por sí mismo o a través de la policía judicial las diligencias oportunas para comprobar –al menos de forma somera– si realmente subyace a la denuncia un hecho aparentemente delictivo realmente cometido. Practicadas estas diligencias, si su resultado es negativo dictará un auto de inadmisión de la denuncia y, en caso positivo, dictará un auto de incoación del sumario o de las diligencias previas.

Es importante señalar que la admisión de la denuncia no convierte al denunciante en parte del proceso, ni le obliga tampoco a probar los hechos que ha denunciado. Ahora bien, el denunciante puede incurrir en responsabilidad penal en caso de denuncia falsa o calumniosa (cfr. arts. 205, 456 y 457 CP).

3. EL ATESTADO POLICIAL

La propia Policía Judicial puede tener noticia de la comisión de hechos aparentemente delictivos. Esta noticia le puede llegar a través de denuncias de particulares, o también de oficio, en el desempeño ordinario de sus actividades. En este caso, en cuanto la policía conozca un hecho punible está obligada a efectuar unas primeras tareas o diligencias para comprobarlo y tratar de delimitar al máximo su alcance.

Hecho esto, la policía judicial debe confeccionar un documento oficial que se llama «atestado policial» (art. 292 LECrim). En este documento, y presupuesta la apariencia de delito, la Policía Judicial expondrá o relatará el hecho punible, consignará las diligencias que ya ha practicado (*v.g.*, identificación del delincuente, identificación de los testigos), consignará las declaraciones o informes que haya recibido y todas las circunstancias adicionales que haya observado.

El atestado policial ha de presentarse ante el juez de instrucción competente en un plazo máximo de 24 horas tras su confección y tendrá el mismo valor que una denuncia (art. 297 LECrim).

En la práctica, el atestado policial es uno de los instrumentos más habituales para promover el comienzo del proceso penal. También se utiliza el atestado policial para dejar constancia de las actuaciones llevadas a cabo por la Policía Judicial a petición del juez de instrucción o del Ministerio Fiscal.

La obligación general de la Policía Judicial de remitir sus atestados a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal se ve limitada cuando no exista autor conocido del delito: en virtud del art. 284.2 LECrim, en estos casos la Policía Judicial conservará el atestado policial a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, pero sin enviárselo, a no ser que se dé alguna de las siguientes circunstancias: a) que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción; b) que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y estas hayan tenido algún resultado; o c) que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión. Al denunciante, en todo caso, la Policía Judicial le tiene que comunicar que, si el autor no resulta identificado en el plazo de 72 horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial; el denunciante, por supuesto, podrá reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juez de instrucción.

> Esta regla se introdujo en 2015 primordialmente por razones de economía procesal: se reduce con ello muy considerablemente el número de causas penales, pues un número importante de procesos penales se incoan para sobreseerse de forma casi inmediata por falta de autor conocido. En 2014 y 2015 (antes de la aplicación de la reforma) ingresaron en la jurisdicción penal española 6.173.017 y 5.805.619 casos, respectivamente; en 2016, tras la reforma, la cifra fue de 3.365.927; el dato se ha mantenido desde entonces en el entorno de los 3.200.000 nuevos asuntos por año (con un descenso visible en 2020, posiblemente debido a la pandemia).

4. LA QUERELLA

La LECrim regula la querella en sus arts. 270 a 281. Su régimen jurídico se caracteriza a través de los siguientes elementos:

[*Concepto*] La querella es un acto de parte de naturaleza compleja:

— De un lado, a través de la querella se pone en conocimiento de la autoridad judicial la comisión de un hecho aparentemente delictivo. En esta vertiente, la querella funciona como *declaración de conocimiento*.

— De otro lado, a través de la querella el querellante manifiesta al juez instructor su voluntad de constituirse en parte acusadora del proceso que se abra para perseguir dicho hecho punible. En esta segunda vertiente, la querella es una *declaración de voluntad*.

De estas dos vertientes, la más relevante es la segunda, esto es, la voluntad de asumir la condición de parte acusadora. Es más, es posible presentar la querella cuando el proceso penal ya está abierto, porque el hecho punible ha llegado a conocimiento del tribunal por otra vía: en este caso, la querella está dirigida exclusivamente a adquirir la condición de parte acusadora.

[*Querellante*] Puede ser querellante todo aquel que, en cada caso, esté legitimado para ejercitar la acción penal, es decir, todo aquel que pueda ser parte acusadora en un proceso que verse sobre los hechos objeto del proceso: en principio, pues, puede querellarse cualquiera, haya sido o no perjudicado por el delito –y se constituirá en acusador particular o popular–, salvo que se encuentre incurso en alguna de las causas de exclusión de los arts. 102 y 103 LECrim (vid. lección 5).

[*Querellado*] Es querellado la persona a la que se imputa la comisión del hecho.

En principio, la LECrim exige su identificación, directamente o través de apodos o *alias*. La jurisprudencia, no obstante, ha admitido la querella contra persona indeterminada como forma de evitar que, debido al desconocimiento de la identidad del supuesto autor, queden fuera del proceso los sujetos que tienen un interés legítimo en incorporarse a él como acusadores.

La identificación de una persona como querellada no condiciona los resultados de la instrucción ni, por tanto, delimita de forma irrevocable el ámbito subjetivo del proceso. Es posible que el querellado quede posteriormente apartado de la causa y/o que la causa se desarrolle frente a personas distintas de las designadas en la querella.

[*Destinatario de la querella*] El destinatario final de la querella, al igual que sucede con la denuncia, es siempre la autoridad judicial competente; además –y a diferencia de lo que ocurre con la denuncia–, la querella ha de presentarse necesariamente ante dicha autoridad judicial competente, esto es, ante el juez de instrucción del lugar de comisión del hecho punible.

Recuérdese que existen algunas excepciones: así, para los delitos de violencia de género, la querella ha de presentarse ante el Juez de Violencia sobre la Mujer del lugar donde tenga su domicilio la víctima; y si el querellado –o alguno de ellos– ostenta la condición de aforado, entonces la querella habrá de presentarse ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento (Sala Segunda del Tribunal Supremo o Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente), que, si la admite a trámite, se encargará después de designar a un Magistrado que asumirá la instrucción.

[*Contenido y forma de la querella*] El contenido de la querella viene preestablecido por el art. 277 LECrim, que se refiere a los siguientes extremos:

— Identificación del querellante y, en su caso, del querellado.

— Descripción de los hechos punibles que se consideren cometidos.

— Designación de las primeras diligencias de investigación que se solicitan al juez instructor.

— Exposición de las medidas cautelares cuya adopción se pretende del juez instructor.

En cuanto a la forma, se exige en todo caso la presentación de la querella por escrito, con intervención de abogado y procurador.

[*Efectos de la querella*] Presentada y recibida una querella, el juez de instrucción debe analizar dos extremos:

— De un lado, la concurrencia de los requisitos de índole procesal: *v.g.*, que el propio juez tiene competencia, que el querellante está legitimado para presentar esa querella, que se ha prestado la fianza –si el querellante es acusador popular, a no ser que, excepcionalmente, se halle exento (cfr. art. 281.3º LECrim, respecto de las asociaciones y entidades en defensa de los derechos de las víctimas, cuando el ejercicio de la acción haya sido autorizado por la víctima)–.

— De otro, tiene que comprobar dos aspectos en relación con el fondo del asunto: que el hecho descrito en la querella es penalmente típico y que no es inverosímil.

Los resultados de este análisis pueden conducir a los siguientes desenlaces:

1º. El juez instructor considera que falta algún requisito procesal: en tal caso, y si el defecto es subsanable, ofrecerá al querellante un plazo para subsanarlo (*v.g.*, para prestar caución); pero si el defecto no es subsanable o no se subsana en plazo, entonces el juez habrá de inadmitir la querella. Ahora bien, lo anterior no significa necesariamente que la querella no pueda valer como denuncia si el hecho descrito en ella es típico y verosímil: en esos casos el juez podrá abrir el proceso penal, aunque en él no tendrá como parte acusadora al querellante.

2º. El juez considera que la querella no es admisible por motivos de fondo, por no ser el hecho típico o por ser claramente inverosímil: en este caso dictará un auto inadmitiendo a trámite la querella.

3º. El juez considera que concurren tanto los requisitos procesales como los de fondo: en este caso admitirá a trámite la querella, dictará un auto incoando el proceso penal y admitirá como parte acusadora al querellante.

También puede suceder, según se expuso antes, que la querella se presente en un momento en que el proceso penal ya estuviera incoado. En tal caso, lo que pretende el querellante es exclusivamente asumir la condición de parte acusadora y no tanto poner en conocimiento del juez la comisión del hecho punible. En estos supuestos, lógicamente, el juez que reciba la querella debe limitarse a comprobar que concurren en el querellante los requisitos para constituirse en parte acusadora y, si es así, debe admitirlo como parte acusadora.

5. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Es posible que el Ministerio Fiscal tenga noticia de la comisión de un hecho aparentemente delictivo. Ello puede suceder por varias vías: directamente, es decir, de oficio; o bien por recibir una denuncia o un atestado policial. En estos casos, el art. 773.2 LECrim y el art. 5 EOMF facultan a la Fiscalía para practicar por sí o a través de la Policía Judicial las diligencias necesarias para comprobar el hecho punible y la responsabilidad que de él se derive.

> Lo más frecuente en la práctica es que este tipo de investigaciones preliminares las lleven a cabo las Fiscalías especiales (en materia de corrupción y de delincuencia organizada), pues son las que disponen de una organización suficiente para ello.

En cuanto a su contenido y su régimen jurídico, de lo establecido en la LECrim se desprende lo siguiente:

— Se trata de una investigación desarrollada de forma autónoma por la Fiscalía, porque no se halla bajo la dirección o el control de ninguna autoridad judicial.

— Esta investigación puede ser muy exhaustiva y profunda, pero tiene naturaleza administrativa, no jurisdiccional: no sustituye a la instrucción judicial, que deberá llevarse a cabo en todo caso si hay indicios de delito. Por eso, todo el material realizado u obtenido durante la investigación del fiscal debe aportarse a la investigación oficial judicial.

> Además, es importante destacar que las diligencias de investigación llevadas a cabo por las Fiscalías no «preconstituyen» prueba, es decir, no sirven para acreditar de forma fehaciente unos hechos relevantes para el proceso, en los casos en que existe el temor de que desaparezcan las pruebas más adelante, cuando llegue el momento de practicarlas en el juicio.

— Se atribuye al fiscal un deber especial de protección de las víctimas: habrá de informarlas de sus derechos, al tiempo que efectuará una evaluación y resolución provisional de sus necesidades.

— El fiscal puede citar para que comparezcan y declaren ante él a todas aquellas personas que considere oportuno. Al prestar declaración ante el fiscal estas personas tendrán las mismas garantías que al hacerlo ante el juez (básicamente, el derecho a la asistencia letrada).

— Como límite a estas investigaciones del fiscal se establece que la Fiscalía no puede llevar a cabo por sí misma, ni ordenar tampoco a la policía judicial, el desarrollo de medidas de investigación o la práctica de medidas cautelares que sean restrictivas de derechos (con la sola excepción de la detención, que sí puede ser ordenada por el fiscal). Así, por ejemplo, el fiscal puede tomar declaración a los supuestos responsables de un delito, o a testigos, o puede reclamar informes periciales; pero no puede ordenar un registro domiciliario o una intervención telefónica. De hecho, es frecuente que las

investigaciones llevadas a cabo por los fiscales se judicialicen cuando el avance de la investigación necesite la adopción de medidas que solo los jueces de instrucción pueden decretar (como un registro domiciliario o una intervención de las comunicaciones).

— La investigación autónoma del fiscal también está limitada en cuanto a su duración, en garantía de los derechos de las personas que están sujetas a la investigación, como forma de evitar situaciones de pendencia indefinida de una investigación, que podrían degenerar en una suerte de «causa general» o *inquisitio generalis*, prohibida por nuestro ordenamiento. En concreto, la duración máxima ordinaria será de seis meses, prorrogables por decreto del Fiscal General del Estado; aunque, en el caso de delitos atribuidos a la Fiscalía Anticorrupción el plazo ordinario –también prorrogable– será inicialmente de doce meses.

— Para evitar duplicidades se ordena que el fiscal cese en estas diligencias de investigación en cuanto tenga conocimiento de que ya hay un procedimiento judicial abierto respecto de los mismos hechos. A estos efectos, ha de entenderse que la concurrencia entre proceso judicial e investigación fiscal comienza desde el momento en que la denuncia o el atestado sean enviados a un juez concreto. En otros términos, los fiscales no están autorizados para desarrollar investigaciones paralelas a las judiciales: no pueden incoarlas respecto de asuntos que ya están judicializados; y tampoco pueden proseguirlas cuando el asunto ya está judicializado.

Al término de estas diligencias de investigación el fiscal puede llegar a diversas conclusiones:

— Si considera que no se ha cometido delito alguno, archivará las actuaciones, pero lo comunicará al sujeto que afirme ser perjudicado por los hechos, para que este sujeto, si lo desea, reitere su denuncia ante el juez.

— Si el fiscal considera que hay «materia delictiva» instará del juez la incoación del proceso penal, normalmente mediante querella, y le remitirá todas las actuaciones practicadas, incluido el detenido si lo hubiere. Se dice, entonces, que la investigación se “judicializa”.

> En desarrollo de ambos preceptos –es decir, el art. 773.2 LECrim y el art. 5 EOMF– se ha aprobado la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal. Se trata de un texto muy extenso y detallado, que aborda cuestiones que van mucho más allá de la determinación del modo en que deben practicarse las diligencias de investigación por parte de la Fiscalía. En relación con esto, la Circular analiza el tratamiento de las denuncias anónimas o de las autoinculpaciones masivas, así como el modo de practicar aquellas diligencias de investigación que el Fiscal puede acordar y practicar por sí mismo, entre las que se enuncian las siguientes: declaración de la persona sospechosa; reconocimientos fotográficos; reconocimientos en rueda; inspecciones oculares; vigilancias y seguimientos policiales; requerimiento de

documentación e información; acceso a los portales de transparencia; acceso a fuentes digitales abiertas; acceso o recepción de fuentes de prueba obtenidas por particulares; acceso a informaciones periodísticas; declaraciones testificales; diligencias periciales; infiltración de agentes encubiertos; operaciones de entrega vigilada; o exhumación de cadáveres. Se analizan además, entre otros aspectos, la dirección por el Fiscal de la Policía Judicial mientras se desarrolla la investigación extraprocesal y la práctica bajo su orden de ciertas medidas preventivas o cautelares, incluido el aseguramiento de datos o informaciones incluidas en sistemas informáticos de almacenamiento.

6. CANALES DE INFORMACIÓN E INCOACIÓN DEL PROCESO PENAL

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción ha introducido, entre otros extremos, la obligación de que las empresas y los entes públicos se doten de sistemas que permitan a cualquier empleado, funcionario, accionista o directivo informar, sin miedo a represalias, de determinadas infracciones que, en algunos casos, pueden ser delictivas (en especial, las que atentan contra los intereses financieros de la Unión Europea y las que impliquen quebranto para la Hacienda Pública o la Seguridad Social).

En concreto, todas las empresas que tengan contratados 50 o más trabajadores y todas las entidades que integran el sector público habrán de contar con un «sistema interno de información» a través del cual se pueda comunicar con garantías información sobre las infracciones mencionadas. Nada impide, además, que la gestión de dicho sistema interno se encomiende a un tercero externo.

Asimismo, la Ley crea una entidad pública especial, la Autoridad Independiente de Protección del Informante, que asume la función de canal externo de información, de modo que podrá acudir a ella cualquier persona física que desee informar de cualquiera de las conductas incluidas en su ámbito de aplicación, de modo directo o, en su caso, previo recurso al canal/sistema interno de información de la empresa o entidad concernida.

Tanto si la información se comunica a través de un sistema interno, como si se hace a través de la Autoridad Independiente de Protección del Informante, se desencadenará un procedimiento destinado a investigar los hechos comunicados. Tratándose de la Autoridad Independiente, la Ley 2/2023 regula de forma detallada los elementos de dicho procedimiento y las garantías que debe revestir. Si los hechos resultan *a priori* constitutivos de delito, la Autoridad Independiente −o, cuando se haya acudido a esta vía, el responsable del sistema interno de información de la empresa o ente público−, deberá remitir la información de inmediato al Ministerio Fiscal o, en su caso, a la Fiscalía Europea. Es igualmente posible que el desenlace de la investigación sea la constatación de la comisión de uno o de varios hechos susceptibles de ser

calificados como delito, en cuyo caso surgirá idéntico deber de remitir el expediente al Ministerio Fiscal o a la Fiscalía Europea.

En cualquiera de estos escenarios cabe suponer que el Ministerio Fiscal o la Fiscalía Europea pondrán en marcha los mecanismos correspondientes para la incoación del correspondiente proceso penal, sea mediante querella de la Fiscalía o a través del inicio directo de un proceso penal por parte de la Fiscalía Europea.

7. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO E INVESTIGACIONES INTERNAS EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

Desde 2010 nuestro ordenamiento ha dado carta de naturaleza a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El fundamento de esta responsabilidad penal se encuentra en el defecto de organización interna de la entidad, que permite la comisión de conductas delictivas por sus directivos o sus empleados en provecho de aquella. Por ello, una pieza clave del sistema son los llamados «programas de cumplimiento», que el art. 31 bis CP denomina también «modelos de organización y gestión adecuados para prevenir delitos». Si la persona jurídica ha adoptado y ejecutado eficazmente un programa de cumplimiento antes de la comisión del delito, quedará exenta de responsabilidad penal –al fin y al cabo, no se le puede imputar el defecto de organización sobre el que descansaría su atribución de responsabilidad penal.

Entre los requisitos que la ley exige a los programas de cumplimiento se encuentra que la supervisión de su funcionamiento y de su cumplimiento haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica (el «oficial de cumplimiento»). Esta persona o entidad debe, por ello, disponer de poderes suficientes para llevar a cabo investigaciones internas en el seno de la persona jurídica, de las que se puede deducir la existencia de indicios de la comisión de uno o de varios delitos. La ley no exige de forma específica en estos casos que la persona jurídica los denuncie ante la autoridad judicial; no obstante, es lógico que así lo haga si quiere asegurar la aplicación de la exención de responsabilidad.

> Al hacerlo, de hecho, podría aportar las conclusiones de la investigación interna y aquellos elementos que se hubieran obtenido en ella –y que pueden, a su vez, servir de base para la investigación judicial y, en su caso, convertirse en fuentes de prueba relevantes para la causa.

8. LA INCOACIÓN DE OFICIO DEL PROCESO PENAL

Los anteriores son los vehículos o instrumentos a través de los cuales personas distintas del propio juez ponen en su conocimiento la comisión de un hecho punible y promueven con ello la incoación de un proceso penal. Ahora bien, dado que el proceso penal español se rige por el principio de oficialidad,

está también permitido que el propio juez de oficio decrete la apertura de un proceso penal en cuanto tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo. En consecuencia, no es preciso que ningún sujeto ajeno al propio juez le inste la apertura del proceso penal para que pueda hacerlo: bastará con que el propio juez, por sí mismo, haya tenido conocimiento de la aparente comisión de un hecho delictivo. Es posible –aunque muy improbable– que el juez incoe un proceso penal por haber presenciado el delito por sí mismo o por haber tenido conocimiento de su existencia a través de algún medio de comunicación. Lo más frecuente es que el juez haya sabido de él en el curso de una investigación por otro delito: en efecto, no es extraño que la investigación de un asunto (v.g., en casos de delincuencia económica o de corrupción) revele la comisión de otros delitos que no habían sido objeto de denuncia y a los que no se refería el auto de incoación de las diligencias previas; en estos casos, es habitual en la práctica que se abran «piezas separadas» –que no dejan de ser nuevos procesos penales conexos con el inicial cuya incoación se produce de oficio–.

LECCIÓN 9

LA FASE DE INSTRUCCIÓN Y LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN ORDINARIAS

1. Finalidades de la instrucción. — 2. Caracteres de la fase de instrucción. — 3. Sujetos que intervienen en la fase de instrucción. — 4. Las diligencias de investigación ordinarias: 4.1. Diligencias sobre el cuerpo del delito; 4.2. Inspección ocular; 4.3. Declaración del investigado; 4.4. Declaración de testigos; 4.5. Careo; 4.6. Informe pericial; 4.7. Diligencias para la identificación del delincuente y de sus circunstancias; 4.8. Circulación o entrega vigilada de drogas.

1. FINALIDADES DE LA INSTRUCCIÓN

La instrucción es una fase previa o preliminar de los procesos penales por delito; en cambio, no está prevista actualmente para los procesos por delitos leves. Su finalidad, a grandes rasgos, es la de *preparar* o hacer posible el juicio oral, lo que también incluye decidir que no procede que se celebre el juicio oral.

De forma más concreta, se puede decir que la instrucción sirve a tres finalidades más específicas.

En primer término, la fase de instrucción tiene una finalidad investigadora, que se materializa a través de una serie de actuaciones o «diligencias» dirigidas a averiguar el hecho punible y quién es su autor. Desde esta perspectiva, la fase de instrucción supone una regulación jurídica de la obtención de las fuentes de prueba, que no existe en las demás clases de proceso (civil, laboral, administrativo).

> De esta faceta de la instrucción nos ocuparemos en la segunda parte de esta lección y en la siguiente, en las que estudiaremos la regulación legal de las diversas medidas o diligencias de investigación.

En segundo lugar, la fase de instrucción sirve para asegurar el éxito del proceso penal (o su eficacia, si se prefiere), a través de la adopción de medidas cautelares, tanto sobre la persona del encausado como sobre el patrimonio de los responsables civiles (cfr. lección 11).

> Debe advertirse, no obstante, que la adopción de medidas cautelares no solo es posible durante la instrucción, sino que está prevista en general cuando resulten necesarias. Lo habitual, sin embargo, es que sea en esta primera etapa del proceso cuando se constate su procedencia y se acuerden.

Finalmente, también es cometido de la fase de instrucción proceder a la llamada «imputación formal», es decir, a la atribución de uno o de varios hechos punibles al presunto responsable: este acto supone la delimitación del objeto del

proceso penal y es una condición imprescindible para que pueda procederse a la apertura del juicio oral (cfr. lección 6). Desde esta perspectiva, puede decirse de forma más general que la fase de instrucción pretende la determinación del objeto del proceso penal.

2. CARACTERES DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Tal y como aparece configurada actualmente en nuestro sistema procesal penal, la fase de instrucción presenta los siguientes caracteres:

a) *La obligatoriedad*: es obligatorio que todo proceso penal tenga una fase de instrucción. La única excepción viene constituida por el juicio por delitos leves, cuya sencillez, a juicio del legislador, hace innecesaria una fase preparatoria.

> No obstante, no cabe descartar que algunos juicios por delitos leves, *de facto*, vayan precedidos por una instrucción. Esto sucede cuando, recibida la *notitia criminis*, el instructor incoa diligencias previas por delito y constata que la conducta investigada merece la calificación de delito leve: ordenará entonces la conversión del procedimiento abreviado en juicio por delito leve, pero habrá habido una instrucción previa.

b) *La jurisdiccionalidad*: por el momento, en nuestro ordenamiento la fase de instrucción tiene carácter jurisdiccional, en la medida en que se encuentra dirigida por un órgano judicial y conlleva una constante formulación de juicios, esto es, una constante aplicación del Derecho a casos concretos.

Por el momento, según se ha visto ya, la dirección de la investigación penal no está en manos de la Fiscalía, a pesar de que esta es la situación mayoritaria en los países de nuestro entorno. De forma excepcional, en el proceso penal de menores la instrucción sí que es una actividad administrativa llevada a cabo por el Ministerio Fiscal. Lo mismo sucede, desde fechas muy recientes, con los procesos por delitos que entran en el ámbito de competencias de la Fiscalía Europea: en estos casos, es la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, la que regula la fase de investigación y la fase intermedia (aunque con remisión a la LECrim para todo aquello que no esté previsto en ella, como el contenido de las medidas de investigación).

> No obstante, se va abriendo camino la práctica de las llamadas «diligencias de investigación auxiliar» por parte de la Fiscalía, normalmente con el apoyo de la Policía Judicial. Según reconoce la Circular 2/2022 de la Fiscalía General del Estado, los fiscales podrán acordar que, bajo esta etiqueta, se lleven a cabo diligencias concretas referidas a aspectos puntuales para completar la investigación judicial en curso. Esta facultad, que parece contar con cierto refrendo jurisprudencial (como la STS 211/2019, de 23 de abril), supone en rigor la existencia de investigaciones paralelas al margen del modelo legalmente vigente. Se corre el riesgo, con ello, de generar desequilibrio entre las partes, en perjuicio del investigado.

c) *La sumariedad* (entendida como *brevedad*): según la LECrim, el periodo de instrucción durará como máximo doce meses desde la incoación de la causa (art. 324.1 LECrim).

En la práctica, sin embargo, ha de reconocerse que no todos los asuntos revisten la misma dificultad y algunos pueden requerir más tiempo. Por eso, antes de que haya terminado el plazo de los doce meses, el juez instructor, de oficio o a instancia parte y previa audiencia de las partes, podrá acordar prórrogas sucesivas por periodos de hasta seis meses. En el auto acordando la prórroga habrá de exponer razonadamente las causas que han impedido finalizar la investigación en plazo, así como las diligencias que es necesario practicar y su relevancia para la investigación: se trata con ello de impedir que los jueces de instrucción acuerden prórrogas genéricas, encubriendo una llevanza poco diligente de la investigación.

Si se acordó una diligencia de investigación antes de que transcurriera el plazo inicial de un año o de sus prórrogas, esta será válida aunque se reciba después de que el plazo hubiera expirado. En cambio, las diligencias acordadas una vez finalizado el plazo inicial o alguna de sus prórrogas –y sin que este se haya prorrogado– no serán válidas. Esto significa que el juez instructor no podrá servirse de ellas como base para seguir investigando y, sobre todo, para tomar su decisión acerca de si procede sobreseer la causa o poner los medios para que se abra juicio oral.

> Resulta de especial interés, en esta línea, la STS 176/2023, de 13 de marzo, en un asunto en que se acordó y se practicó la toma de declaración al investigado fuera del plazo máximo de instrucción. En aplicación de la doctrina jurisprudencial mencionada, se produjo un doble efecto: i) la nulidad de la declaración en sí; ii) pero también el sobreseimiento forzoso de la causa, porque no es posible abrir juicio oral frente a una persona que no ha declarado como investigada en la fase de instrucción. La STS 974/2024, de 6 de noviembre, añade además que la vulneración de las reglas sobre plazos y prórrogas de la instrucción comporta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, que tiene trascendencia constitucional; no obstante, la posterior STS 1046/2024, de 20 de noviembre, se desdice y lo niega…

El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda conforme al art. 779 LECrim (auto de sobreseimiento o auto de transformación, según se verá más adelante).

d) *El secreto*: según ya se ha visto, con carácter general la instrucción es reservada para los terceros y de forma excepcional puede ser decretado el llamado «secreto del sumario», que significa que será secreta también para las partes –salvo para el Ministerio Fiscal–.

e) Las actuaciones realizadas durante la instrucción, como regla, *carecen de valor probatorio* a la hora de dictar sentencia (esta idea es una de las bases sobre las que se asienta la presunción de inocencia). En consecuencia, el tribunal

enjuiciador, como regla, no puede utilizar los materiales de la instrucción como fuente de su convicción, sino que solo puede dictar sentencia sobre la base de las pruebas que se hayan practicado en el juicio oral, por exigencia del principio de inmediación.

> Como se verá más adelante (lección 14) esta regla presenta importantes excepciones, de modo que en algunos casos resulta legítimo que el tribunal sentenciador funde su convicción acerca de la culpabilidad del acusado directamente en elementos obtenidos durante la instrucción. De forma singular, es importante subrayar que determinadas diligencias de investigación pueden practicarse como prueba anticipada durante la fase de instrucción: en algunos casos, ha de hacerse así porque se prevé que la actividad no podrá reproducirse durante el juicio oral (v.g., la declaración de un testigo que padezca una grave enfermedad en fase terminal, art. 449 LECrim); en otros, la ley lo prevé para evitar la victimización secundaria de los testigos menores de edad o con discapacidad (art. 449 ter LECrim)

f) La fase de instrucción, finalmente, puede llevar aparejados *costes económicos* relevantes. Algunos van asociados a la actuación de las partes en el proceso y habrán de ser abonados por ellas, sin perjuicio de que, en su caso, puedan formar parte de las costas (es lo que sucede, por ejemplo, con los gastos del abogado que asiste en la instrucción, o con el coste de los dictámenes periciales encargados por la persona investigada en apoyo de su defensa). Pero también se generan gastos como consecuencia de las actuaciones ordenadas por el Juez de Instrucción (v.g., cuando acuerde la elaboración de dictámenes periciales costosos, o cuando deban realizarse labores de búsqueda de la víctima del delito en diversos lugares). Según el Tribunal Supremo (Sala 3ª, STS de 14 de febrero de 2022), los trabajos realizados como consecuencia de diligencias ordenadas por la autoridad judicial instructora de un proceso penal han de considerarse gastos de funcionamiento de la Administración de Justicia y deben ser satisfechos en todo caso por la administración competente en materia de justicia (el Ministerio de Justicia o la Comunidad Autónoma correspondiente), aunque dicha administración podrá solicitar al tribunal sentenciador su inclusión en las costas –extremo este que habrá de ser resuelto por el tribunal sentenciador en atención a las circunstancias del caso.

> La STS de 14 de febrero de 2022 tiene origen en la negativa de la Comunidad de Madrid a pagar la factura de más de 1,4 millones de euros que le había presentado la empresa adjudicataria de la explotación de un vertedero por los trabajos llevados a cabo en su instalación para buscar el cuerpo de la víctima y los efectos del delito. Aunque finalmente hubo condena penal y condena en costas, el Tribunal sostuvo que era la Comunidad de Madrid la obligada a pagar esos gastos en primer término, sin perjuicio de que después pudiera esta solicitar al tribunal sentenciador que los incluyera en las costas, si considerase que efectivamente encajan en esa noción.

3. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

a) *El Juez de Instrucción*: por el momento, y mientras no se cambie nuestro modelo procesal penal, le corresponde la dirección formal de la instrucción. Él es quien dirige las investigaciones y, sobre todo, quien dicta las resoluciones en virtud de las cuales se ordena realizar diligencias de investigación, se acuerdan medidas cautelares y se imputa formalmente el hecho punible a una persona.

> Con la expresión «Juez de Instrucción» o «juez instructor» se hace referencia al concreto juez o magistrado a quien le corresponda la competencia para la dirección de una instrucción. Puede tratarse de un juez de una Sección de Instrucción o Única de un Tribunal de Instancia, pero también un juez de una Sección de Violencia sobre la Mujer o de una Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia.

Como regla, la dirección de la instrucción está encomendada a un único juez o magistrado, esto es, se trata de una función que se desempeña de manera unipersonal por un juez de una Sección de Instrucción (o de una Sección Única), de una Sección de Violencia sobre la Mujer o de una Sección de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia del Tribunal de Instancia. Lo mismo sucede cuando la dirección de la instrucción frente a un aforado corresponde a un magistrado de la Sala Civil y Penal de un TSJ o de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

> Debe recordarse, no obstante, que el art. 84.6 LOPJ permite que, para un caso concreto, se nombre a dos de los magistrados del Tribunal de Instancia, conforme a un turno anual preestablecido y público, para que, junto con aquel o aquella a quien le hubiere sido turnado el asunto inicialmente, se encarguen de la instrucción de un determinado proceso penal cuando se considere necesario en atención al volumen, la especial complejidad o el número de intervinientes. En estos casos, para la adopción de cuantas resoluciones se dictaren en el curso del proceso, actuará como ponente aquel a quien le hubiere sido turnado el asunto inicialmente.

b) *El Ministerio Fiscal*: interviene en el proceso penal desde el principio. Siempre que se incoa un sumario o unas diligencias previas, el Letrado de la A. de J. debe comunicárselo de inmediato al fiscal en caso de que no hubiera sido el propio Ministerio Fiscal quien le hubiera solicitado la apertura del proceso.

Durante la instrucción, el fiscal tiene una posición ambigua: aunque no deja de ser parte, también tiene encomendadas funciones propias de un órgano imparcial y, en especial, debe velar por el respeto a la legalidad. Solo una vez concluida la investigación se definirá en concreto la posición procesal que asume el fiscal, en función de que decida acusar o, por el contrario, pedir el sobreseimiento del proceso.

> Según se ha apuntado, la Circular 2/2022 de la Fiscalía General del Estado promueve las investigaciones auxiliares paralelas de los fiscales y, en general, el papel activo de estos durante la fase de instrucción. Subyace un intento de fomentar, aunque sea por vías indirectas, un cambio de modelo en

nuestro proceso penal, en el que la dirección de la investigación corresponda al Ministerio Fiscal.

c) *Las partes, tanto acusadoras como acusadas*: desde que se personen en el proceso podrán aportar la información y las pruebas de que dispongan –v.g., los resultados de una investigación interna, cuando se trata de delitos cometidos en el ámbito empresarial o de estructuras complejas–; también podrán pedirle al juez que adopte medidas de investigación, que acuerde medidas cautelares y que proceda a la imputación formal o que no lo haga, según la posición que adopten en el proceso.

d) *Los «auxiliares del órgano judicial»*: se trata de ciertos sujetos o entidades que no forman parte del tribunal, pero que colaboran con él en el desempeño de sus funciones instructoras. Entre ellos hay que tener en cuenta los siguientes:

— *La Policía Judicial*: no existe en España un Cuerpo único de policía judicial adscrito como tal al servicio del Poder Judicial, sino que existen Unidades Orgánicas de Policía Judicial en los diversos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de las Comunidades Autónomas. Algunas de estas unidades orgánicas están adscritas de forma permanente a ciertos Tribunales y Fiscalías (*v.g.*, en la Audiencia Nacional).

La Policía Judicial tiene, por tanto, una doble dependencia: *orgánica*, respecto de sus superiores jerárquicos, hasta llegar al Ministerio del Interior o a la Consejería de Interior de la Comunidad Autónoma respectiva; y *funcional*, respecto del juez de instrucción (o de la Fiscalía) en cada concreta investigación que lleve a cabo. En caso de conflicto prevalece la competencia funcional sobre la orgánica.

El marco jurídico general de la Policía Judicial lo ofrecen los arts. 547 a 550 LOPJ.

— La función de la Policía Judicial comprende el auxilio a los jueces y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes. De forma más específica, son funciones de las unidades de Policía Judicial:

- La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes.
- El auxilio a la autoridad judicial y fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial.
- La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal.
- La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal.

– Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal.

— Esta función competerá, cuando fueren requeridos para prestarla, a todos los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tanto si dependen del Gobierno central como de las comunidades autónomas o de los entes locales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias. En concreto, se establecerán unidades de Policía Judicial que dependerán funcionalmente de las autoridades judiciales y del Ministerio Fiscal en el desempeño de todas las actuaciones que aquellas les encomienden.

— En las funciones de investigación penal, la Policía Judicial actuará bajo la dirección de los jueces y tribunales y del Ministerio Fiscal. Los funcionarios de Policía Judicial a quienes se hubiera encomendado una actuación o investigación concreta no podrán ser removidos o apartados hasta que finalice la misma o, en todo caso, la fase del procedimiento judicial que la originó, si no es por decisión o con la autorización del juez o fiscal competente.

— *El Médico Forense*: debe haber uno a disposición de cada juez de instrucción. Al médico forense le corresponden dos funciones básicas: la asistencia sanitaria o médica en el ámbito del tribunal y la labor como perito médico en el marco de la instrucción (*v.g.*, practicar autopsias o determinar el grado de importancia de una lesión).

— *Los Institutos de Medicina Legal y el Instituto de Toxicología:* su distribución geográfica puede variar, pero sus funciones básicas son de tipo pericial (de forma muy especial, el análisis de sustancias estupefacientes).

e) El art. 48.1 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, aclara cuál puede ser el rol de los *servicios de investigación privada* en el ámbito del proceso penal y que se reduce en exclusiva a los delitos privados.

«Los servicios de investigación privada, a cargo de detectives privados, consistirán en la realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con los siguientes aspectos:

a) Los relativos al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados.

b) La obtención de información tendente a garantizar el normal desarrollo de las actividades que tengan lugar en ferias, hoteles, exposiciones, espectáculos, certámenes, convenciones, grandes superficies comerciales, locales públicos de gran concurrencia o ámbitos análogos.

c) La realización de averiguaciones y la obtención de información y pruebas relativas a delitos solo perseguibles a instancia de parte por encargo de los sujetos legitimados en el proceso penal.»

4. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN ORDINARIAS

Como ya se ha dicho antes, la primera función de la fase de instrucción consiste en la determinación del hecho punible y del presunto responsable, así como en la búsqueda y obtención de las fuentes de prueba que permitan acreditar dichos extremos. A las actuaciones encaminadas a este fin se las llama «diligencias de investigación» o «diligencias sumariales» y están expresamente reguladas por el ordenamiento.

Esta regulación, sin embargo, parte de la distinción básica entre las diligencias de investigación que podemos considerar «ordinarias» (aquellas cuya práctica no supone la restricción de ningún derecho fundamental) y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. La diferencia radica en que las diligencias ordinarias son *numerus apertus*, es decir, le es lícito al juez practicarlas aunque no estén expresamente contempladas en la ley (siempre y cuando, por supuesto, la actividad investigadora en sí misma no esté prohibida); en cambio, si son restrictivas de derechos fundamentales, solo podrán practicarse si las prevé la ley y en los términos y condiciones en que las prevé.

> La línea divisoria entre diligencias ordinarias y diligencias restrictivas de derechos fundamentales no siempre está clara, pues de algún modo siempre está en juego algún derecho fundamental de alguna persona (v.g., la libertad ambulatoria del testigo llamado a declarar). Lo relevante, a grandes rasgos, es que la actividad investigadora en sí misma comporte, por su contenido, una incidencia directa en el núcleo de un derecho fundamental: no se puede registrar una vivienda sin comprometer la inviolabilidad del domicilio, ni acceder a una conversación telefónica sin hacer lo mismo con el secreto de las comunicaciones. La aparición de sistemas de IA con potencial para su utilización en la investigación penal se ha convertido en la nueva frontera, debido al tratamiento masivo de datos personales que con frecuencia requieren.

En los párrafos que siguen se hará mención de algunas de estas diligencias de investigación ordinarias.

4.1. Diligencias sobre el cuerpo del delito

Para la LECrim el «cuerpo del delito» lo pueden integrar: 1) la persona o cosa sobre la que se cometió el delito; 2) los instrumentos empleados para la comisión del delito; y 3) otros elementos relacionados con el delito, como las huellas o los rastros que haya dejado.

Sobre el cuerpo del delito la LECrim (arts. 334 a 367) ordena la práctica de las siguientes diligencias:

— Su búsqueda, reconocimiento y descripción.

— Su conservación, para poderlo utilizar como prueba en el juicio oral. Excepcionalmente, se ordenará la destrucción del cuerpo del delito si se trata de sustancias estupefacientes o de explosivos, previa conservación de las muestras que se consideren suficientes.

— Practicar informes periciales respecto del cuerpo del delito.

— Recibir declaración a testigos acerca del cuerpo del delito.

— Si se trata de una muerte violenta, puede ser preciso llevar a cabo dos diligencias sobre el cadáver: la autopsia y la identificación del cadáver. La autopsia no es imprescindible en los casos en que cumplidamente consten la causa y las circunstancias relevantes de la muerte, aunque en la práctica se lleva a cabo siempre. En cuanto a la identificación del cadáver, las normas que la regulan son obsoletas (cfr. art. 342 LECrim), pero en la práctica se utilizan técnicas modernas.

4.2. La inspección ocular

A través de la inspección ocular (arts. 326 a 333 LECrim) se pretende que el juez de instrucción tome contacto directo con todo aquello que guarde relación con la existencia y la naturaleza del delito. Esta inspección ocular la hará el juez acompañado del Letrado de la A. de J., que levantará acta de todo lo que se reconozca, se recoja, se conserve y se describa. El juez también puede hacerse acompañar de testigos y de peritos al practicar la inspección ocular y, si estuviera determinado, el investigado tendrá derecho a estar presente y a formular las observaciones que considere oportunas.

Dentro de esta inspección ocular se suelen encuadrar en la práctica las llamadas «diligencias de reconstrucción de los hechos».

4.3. Declaración del investigado

Esta diligencia (arts. 385 a 409 LECrim) consiste en que al investigado se le formulen preguntas acerca del hecho punible y de su participación en él. Al investigado lo puede llamar a declarar el juez de instrucción cuantas veces quiera; y, a la inversa, el investigado puede solicitar declarar ante el juez de instrucción siempre que lo considere necesario (por ejemplo, para ampliar su declaración o para rectificarla).

La declaración del investigado ha de estar revestida de todas las garantías (por ejemplo, se prohíben las torturas, así como las preguntas sugestivas o capciosas). Al investigado se le reconoce el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

En cuanto a la forma de su práctica, esta diligencia se estructura como un interrogatorio oral, aunque se dejará constancia por escrito de lo declarado y esa declaración deberá ser firmada por todos los que han intervenido.

Según el art. 406 LECrim, la confesión del investigado no dispensa al juez instructor del deber de seguir investigando, porque en materia penal esa confesión ni es vinculante ni tiene por qué ser fiable.

4.4. Declaración de testigos

La declaración de testigos viene regulada con cierto detenimiento en los arts. 410 a 450 LECrim. Testigo es aquella persona que, sin ser parte, tiene conocimiento de un hecho delictivo o, de forma más amplia, dispone de información relevante acerca del objeto del proceso.

En ocasiones, no obstante, el testigo sí que es parte en el proceso: esto es lo que sucede cuando la víctima u ofendido por el delito decide personarse en las actuaciones como acusador particular. En ese caso, puede tener el doble *status* de parte y de testigo (en la medida en que tenga conocimiento de hechos relevantes para el proceso).

Los testigos pueden serlo directos o de referencia.

— Testigo directo es el que ha percibido por alguno de sus sentidos algún hecho relevante para el proceso (normalmente a través de la vista o del oído, aunque también puede cobrar relevancia lo percibido por otros sentidos).

— Testigo de referencia es aquel que no ha percibido directamente el hecho relevante pero ha sido informado por un tercero que, a su vez, ha sido testigo directo o de referencia. En nuestro proceso penal se admite la validez de las declaraciones del testigo de referencia. Ahora bien, su grado de fiabilidad es menor, y por eso la ley obliga al testigo a «dar razón de su ciencia», es decir, a explicar cómo ha conocido el hecho, para discernir si es un testigo directo o de referencia y poder valorar mejor el contenido de su declaración. Si el testigo es de referencia se le obligará a identificar a la persona que ha sido su fuente de información.

Todo testigo tiene, en principio, dos deberes: comparecer al llamamiento del juez de instrucción y declarar ante él todo lo que sepa. Se trata de una manifestación del deber cívico de colaborar con la Administración de Justicia, a cambio de la cual el testigo tiene derecho a percibir una indemnización (*v.g.*, costes de desplazamiento, pérdida de ganancias por acudir a declarar).

Los deberes de comparecer y declarar que pesan sobre los testigos presentan, no obstante, algunas excepciones:

a) En primer término, existen una serie de personas que están exentas tanto del deber de concurrir como del de declarar (art. 411 I LECrim: el Rey, la Reina, sus Consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino). Esta exención es renunciable, de modo que si lo desean podrán acudir al llamamiento de un juez y/o prestar declaración.

b) Hay personas que están exentas del deber de concurrir, pero no del deber de declarar: estas personas, si así lo piden, declararán en su domicilio o en sus despachos oficiales, normalmente contestando por escrito a las preguntas formuladas de esa misma manera (art. 412 LECrim: los demás miembros de la Familia Real; el Presidente y los miembros del Gobierno; el Presidente y los Magistrados del Tribunal Constitucional; los Diputados y Senadores; o el

Presidente del CGPJ, entre otros). La finalidad de la norma es no perturbar el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas con la comparecencia en sede judicial; en los tiempos actuales, las tecnologías de la información y de la comunicación pueden ser una alternativa mejor a la declaración por escrito en su domicilio o despacho oficial.

c) Finalmente, hay personas que están exentas del deber de declarar, pero no del de concurrir:

— Los agentes diplomáticos y el personal de misiones diplomáticas, de acuerdo con lo que dispongan los tratados internacionales (art. 411 II LECrim).

— Determinados familiares del investigado (art. 416.1 LECrim): sus ascendientes y descendientes, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos y sus colaterales consanguíneos hasta el segundo grado.

> Según el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 se puede acoger a esta dispensa no solo quien esté unido, sino también quien haya estado unido al investigado por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto, con la excepción de que se trate de declarar por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.

Cuando se tome declaración a alguna de estas personas el juez instructor le advertirá de que no tiene obligación de declarar, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas. De hecho, la jurisprudencia reconoce que la falta de advertencia al pariente del investigado −o del acusado− de su derecho a no declarar determina la nulidad de las declaraciones incriminatorias vertidas y puede acabar conduciendo a la nulidad de la condena que se haya sostenido en ellas.

> Eso sí, este deber de advertencia o información no rige en el momento de formular una denuncia contra un pariente, sino únicamente cuando se vaya a declarar ante el juez instructor o el tribunal sentenciador (STS 434/2022, de 3 de mayo).

Esta dispensa ha sido muy problemática en la práctica, especialmente cuando se trata de la persecución de delitos de violencia de género o intrafamiliar y, más singularmente, cuando el pariente del investigado se ha constituido en acusación particular. La reforma operada en la LECrim por la Ley Orgánica 8/2021, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia le ha dado una nueva redacción al precepto y establece una serie de límites, es decir una serie de situaciones en que el familiar no estará exento del deber de declarar:

1.º Cuando el testigo tenga atribuida la representación legal o guarda de hecho de la víctima menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección.

2.º Cuando se trate de un delito grave, el testigo sea mayor de edad y la víctima sea una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

3.º Cuando por razón de su edad o discapacidad el testigo no pueda comprender el sentido de la dispensa. A tal efecto, el juez oirá previamente a la persona afectada, pudiendo recabar el auxilio de peritos para resolver.

4.º Cuando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular.

> En este punto, la ley recoge los Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 y de 23 de enero de 2018 y el cambio jurisprudencial operado por la STS 2493/2020, de 10 de julio. En consecuencia, la constitución en acusación particular supone una renuncia irrevocable de la dispensa, de modo que no se podrá beneficiar de ella el testigo/víctima que posteriormente haya abandonado la acusación.

5.º Cuando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

> Esta renuncia a la dispensa la extingue también de forma irrevocable: en consecuencia, si el testigo declaró durante la instrucción, no podrá ya negarse a declarar durante el juicio oral.

Si alguno de los testigos se encontrase en alguna de las relaciones de parentesco mencionadas solo con uno o varios de los investigados, pero no con todos, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente.

— El abogado del investigado, respecto a los hechos que le haya confiado en su calidad de defensor (art. 416.2 LECrim). Si el testigo es abogado defensor de uno o varios de los investigados, pero no de todos, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su defendido.

— Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el investigado y su abogado, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación (art. 417.3 LECrim)

— Los ministros religiosos, sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio (art. 417.1º LECrim).

— Los funcionarios públicos vinculados por secreto oficial (art. 417.2º LECrim).

— Las personas discapacitadas, cuando la causa de la discapacidad impida testificar (art. 417.3º LECrim).

El incumplimiento de los deberes de comparecer y de declarar acarrea la imposición de una multa de 200 a 5000 euros y, eventualmente, la persecución

por los delitos de obstrucción a la justicia y/o desobediencia grave (art. 420 LECrim).

Como regla, la declaración del testigo se efectúa de viva voz a través de preguntas y respuestas, previa exigencia al testigo de la promesa o juramento de decir verdad y, sobre todo, previa información de las penas previstas para el falso testimonio. Existen dos formas de documentar la declaración. En principio, de todo lo declarado se dejará constancia escrita y la declaración será firmada por todos los intervinientes. No obstante, en la actualidad la mayoría de las declaraciones son objeto de grabación, de modo que no resulta ya preciso levantar acta.

Cuando el testigo tenga la condición de víctima del delito, podrá hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de la declaración. El juez, además, ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales (art. 433 LECrim).

> La grabación tiene como finalidad permitir, dado el caso, una sustitución del interrogatorio en el juicio oral por la reproducción de la diligencia de investigación.

Cuando deba tomarse declaración a un testigo menor de catorce años, el tribunal podrá acordar que la audiencia del menor se practique a través de equipos psicosociales (art. 449 ter II LECrim). Estos equipos psicosociales están integrados por profesionales que auxilian al tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento y el rendimiento de la prueba. El objetivo es evitar la llamada «victimización secundaria», es decir, el trauma adicional que genera sobre las víctimas menores el trance del proceso judicial y una manera excesivamente formal y ritualizada de pedirles que recuerden y reproduzcan las circunstancias del delito cometido sobre ellos o presenciado por ellos. Cuando se acuerde la práctica del testimonio a través de equipos psicosociales, los testigos no se van a enfrentar al tribunal, al fiscal o a los abogados, sino que la declaración se hará de forma exclusiva por los expertos del equipo psicosocial. Las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas –cabe suponer que el juez o tribunal podrá también facilitar a los expertos sus propias preguntas–. Una vez realizada la audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo. La declaración siempre será grabada y el juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor.

> Para la práctica de estas audiencias a testigos-víctimas menores de edad es cada vez más frecuente que se haga uso de la llamada «cámara Gesell», una habitación con dos espacios que permite que aquellos se expresen sin la presión ambiental de la sala de vistas y sin la presencia de otras personas. Si no puede ser así y la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor, se

evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico.

Al margen de lo anterior, y también con el propósito de evitar la victimización secundaria, se establece que la declaración como testigo de un menor de catorce años o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, cuando se refiera a ciertos delitos graves, habrá de practicarse en la fase de instrucción como prueba preconstituida (art. 449 ter I, en relación con el art. 449 bis LECrim). En consecuencia, el testigo menor o discapacitado no habrá de volver a declarar en el proceso y, singularmente, no habrá de hacerlo en el juicio oral, donde se reproducirá en su caso la grabación de la audiencia desarrollada con el menor -y esa audiencia, si así se ha acordado, podrá haberse desarrollado a través de un equipo psicosocial.

*** *Las medidas de protección a testigos*:** la experiencia demuestra que, al menos en ciertos ámbitos delictivos, los testigos pueden padecer consecuencias desfavorables como consecuencia de su colaboración con la Justicia. Para evitar que el miedo a estas consecuencias los retraiga a la hora de declarar los hechos punibles que conocen se promulgó la LO 19/1994 sobre protección a testigos y peritos en causas criminales.

El presupuesto para que se adopten las medidas de protección a testigos es que exista un peligro grave para la persona, la libertad o los bienes del testigo o también para sus familiares. En tal caso se pueden adoptar medidas de dos tipos: de protección de identidad y de protección policial.

a) Las *medidas de protección de identidad* pueden consistir en las siguientes:

— La identidad del testigo no constará en las actuaciones, ni cualquier dato que permita acceder a esa identidad. En las actuaciones se hará referencia a él con un número y su identidad solo será conocida por el juez y el fiscal.

— El testigo puede comparecer a declarar ante el juez evitando su identificación visual (*v.g.*, con biombos y aparatos distorsionadores de voz).

— A efectos de notificación se entenderá que el domicilio del testigo es la sede del tribunal.

Ahora bien, estas medidas de protección de la identidad pueden desvanecerse en caso de que se decrete la apertura del juicio oral y se proponga como prueba en juicio la declaración del testigo protegido. En este caso, la defensa tiene derecho a conocer de forma reservada la identidad del testigo, porque forma parte del derecho de defensa del acusado el de conocer la identidad de los testigos de cargo para desvirtuar la fiabilidad o la credibilidad de sus declaraciones. Lo deseable es, por tanto, que el testigo pueda suministrar durante la instrucción información y pruebas suficientes como para que no haga falta que declare en el juicio oral.

El Tribunal Supremo, no obstante, ha considerado que el derecho de la defensa a conocer la identidad del testigo protegido que haya de declarar en el juicio no es absoluto, sino que puede limitarse motivadamente ante la constatación de un peligro real (cfr. la STS 316/2023, de 4 de mayo).

b) Las medidas *de protección policial* son compatibles con las anteriores, dado que, al margen de ocultar la identidad del testigo protegido, también puede ser preciso velar por su seguridad. A tal fin, la ley permite que se le dispense al testigo protegido la protección oficial que necesite. Esta protección podrá obtenerse tanto durante la sustanciación del proceso penal como una vez haya finalizado este, si subsiste el peligro para el testigo o para su familiar. En supuestos extremos (*v.g.*, cuando ha declarado en el juicio oral y su identidad se ha desvelado a la parte acusada), la ley permite que se conceda al testigo una nueva identidad y medios económicos para cambiar de residencia y/o empleo.

4.5. El careo

El careo (arts. 451 a 455 LECrim) consiste en la confrontación verbal de los investigados entre sí, de los testigos entre sí o de investigados y testigos entre sí, cuando se aprecien discordancias en sus declaraciones previas. A través del careo se aspira a obtener un mejor esclarecimiento de los hechos.

La ley atribuye al careo un carácter subsidiario, dado que puede conllevar un cierto grado de violencia. Por eso, no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad, salvo que el juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés del menor, previo informe pericial. La misma precaución ha de adoptarse cuando el careo deba practicarse en el juicio oral.

4.6. El informe pericial

La LECrim se ocupa de los informes periciales en los arts. 456 a 485. Un perito es aquella persona que informa al juez sobre conocimientos científicos, técnicos o artísticos de los cuales el juez no dispone y que aplica esos conocimientos sobre los hechos que sean relevantes para el proceso a los efectos de conocerlos mejor y poder preparar adecuadamente el juicio oral.

Cuando se trata del procedimiento ordinario por delitos graves la ley exige que intervengan dos peritos a la hora de elaborar el informe que habrá de entregarse al juez instructor. En cambio, para el procedimiento abreviado se dispone que el juez podrá encomendar el encargo a un solo perito si lo considera suficiente.

El perito actúa siempre por encargo del juez de instrucción y tiene una doble obligación:

— Acudir al llamamiento del juez: de no hacerlo se le impondrá una multa de 200 a 5000 euros y, eventualmente, podrá ser perseguido penalmente por delito de obstrucción a la justicia.

— Emitir un informe que responda al encargo judicial y que sea veraz.

El perito ha de ser imparcial y puede ser recusado por las partes si concurre en él alguna causa que permita dudar de su imparcialidad y, en cualquier caso, tiene la obligación de poner en conocimiento del juez las circunstancias que pongan en entredicho su imparcialidad. De no hacerlo así será sancionado con una multa de 200 a 5000 euros y podrá ser perseguido penalmente.

A cambio de sus servicios el perito tiene derecho a una remuneración (honorarios). Si es el juez de instrucción quien ordena la pericia, será la propia Administración de Justicia quien deba sufragar sus costes. Por eso, en ocasiones, el encargo está supeditado a la existencia de dotación presupuestaria suficiente. Y, por eso también, la Administración de Justicia cuenta con el apoyo de instituciones y sujetos públicos (como los médicos forenses o los institutos de toxicología).

4.7. Diligencias para la identificación del delincuente y de sus circunstancias

Se practican estas diligencias (arts. 368 a 384 bis LECrim) cuando existan dudas acerca de la identidad del investigado o sobre circunstancias personales del investigado con relevancia para el proceso. Por ejemplo: la rueda de reconocimiento o reconocimiento en rueda, posible solo cuando el investigado está a disposición judicial; o el reconocimiento fotográfico, cuando el investigado no está a disposición judicial. La jurisprudencia admite igualmente el reconocimiento de voz, aunque siempre que existan corroboraciones adicionales. También se puede solicitar un informe pericial acerca de la salud mental del investigado o acerca de su edad cuando esta sea dudosa (examen dental, radiografía de los huesos de la muñeca y de la clavícula). Y también se solicita siempre una certificación al Registro Central de Penados y Rebeldes para conocer si el investigado tiene antecedentes o causas pendientes.

Las herramientas de Inteligencia Artificial permiten, por otra parte, efectuar con rapidez y fiabilidad labores de reconocimiento biométrico que pueden servir para identificar al autor de los hechos. En algunos casos esta identificación no plantea especiales obstáculos desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales: es lo que sucede cuando se dispone de una imagen obtenida legítimamente del sospechoso (v.g., por una cámara de videovigilancia o a partir de la grabación efectuada por la víctima o por un tercero), que el sistema de IA acaba asociando con la imagen que permite identificarlo (v.g., la fotografía del DNI, del NIF, del pasaporte, la tomada en un control aeroportuario).

Es mucho más cuestionable, en cambio, el uso de sistemas de IA que permiten la identificación «en tiempo real» de una persona determinada (v.g., «rastreando» las imágenes o grabaciones que van tomando las cámaras de videovigilancia en calles y espacios públicos). En estos casos está en juego el derecho a la intimidad y a la protección de datos de una multitud de personas, por

lo que será preciso aplicar las normas sobre captación de imágenes en espacios públicos (vid. lección 10).

4.8. Circulación o entrega vigilada de drogas

El art. 263 bis LECrim contempla una medida de investigación muy singular, cuya finalidad es descubrir al destinatario real de ciertos paquetes o envíos que contienen drogas u otros productos prohibidos (armas, explosivos, especies de flora y fauna protegidas). En vez de interceptar el paquete y sacarlo de la circulación en cuanto se constate su contenido, se permite que siga su curso, pero ya bajo la vigilancia de la policía, para poder identificar y detener a quienes participen en el envío y a quienes lo recojan. Además, cuando ello resulte posible, se permitirá a la policía abrir el paquete y sustituir las sustancias prohibidas por otras inocuas, recomponerlo y devolverlo a la circulación.

Con esta diligencia se busca un combate más eficaz de la delincuencia organizada: se renuncia a una detención inmediata de un sujeto que ocupa una posición poco relevante y fungible dentro de la organización, en la esperanza de poder identificar a otro sujeto u otros sujetos de mayor relevancia dentro de ella.

LECCIÓN 10

MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La restricción de derechos fundamentales en el proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. — 2. La intervención de la correspondencia escrita y telegráfica. — 3. La entrada y registro en domicilio. — 4. El registro de libros y papeles. — 5. Las medidas de investigación tecnológica: 5.1. Aspectos comunes: exigencias del principio de proporcionalidad; 5.2. La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas; 5.3. La captación y grabación de comunicaciones orales; 5.4. La utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen en espacios públicos; 5.5. La utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización; 5.6. El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y el registro remoto sobre equipos informáticos. — 6. Las intervenciones corporales y la obtención del perfil de ADN. — 7. Infiltración policial y agente encubierto. — 8. Acceso a datos PNR (Registro de Nombres de Pasajeros).

1. LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL Y LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En todo proceso penal puede ser necesario restringir o limitar los derechos fundamentales del encausado y, a veces, de terceras personas. Esta necesidad se aprecia sobre todo en dos terrenos distintos:

— En primer término, de cara a la investigación: puede ser necesario restringir derechos fundamentales para una correcta investigación del hecho, de la participación en él de sus responsables y para la obtención de pruebas. En estos casos, se habla de diligencias o medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales.

En la lección anterior ya se advirtió que existen medidas de investigación *ordinarias*, cuya práctica no requiere la restricción de derechos fundamentales, junto a otras que, en cambio, presuponen esa restricción, que habitualmente se proyecta sobre los derechos reconocidos en el art. 18 CE (intimidad, *lato sensu*: inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones, protección de datos). Ha de tenerse en cuenta que, además, no son solo los derechos fundamentales del encausado los que pueden verse restringidos, sino también los de terceros: es lo que sucede, v.g., cuando se interviene una comunicación telefónica o se registra un domicilio compartido por varios. Obviamente, sería preferible una investigación poco invasiva sobre la esfera de los derechos de los ciudadanos,

pero es evidente que solo es posible investigar y acceder a pruebas de ciertos delitos a través de medidas invasivas.

— En segundo término, también puede ser necesaria la restricción de derechos fundamentales y, en especial, de la libertad, para asegurar un correcto desarrollo del proceso penal. En este caso, la restricción se manifiesta a través de la adopción de medidas cautelares personales que privan o restringen la libertad personal del encausado o que afectan a otros derechos fundamentales y que pueden tener consecuencias drásticas sobre su vida cotidiana.

Aunque el Estado en el marco del proceso penal esté autorizado para proceder a una restricción o limitación de derechos fundamentales, no puede hacerlo de cualquier modo. La restricción de derechos fundamentales por parte del Estado está siempre supeditada a la concurrencia simultánea o conjunta de seis requisitos o garantías, que integran lo que se suele denominar «principio de proporcionalidad».

La construcción del principio de proporcionalidad es de carácter dogmático y jurisprudencial, con orígenes singularmente en las resoluciones del Tribunal Constitucional federal alemán. En términos sintéticos, el principio de proporcionalidad se traduce en una serie de postulados cuya concurrencia es necesaria para que resulte legítima cualquier restricción de derecho fundamental –no solo en un proceso penal– y a cualquier fin –no solo a los efectos de investigación, sino también, v.g., para la adopción de medidas cautelares personales–. Estos postulados son los siguientes:

1. *Justificación teleológica*: la restricción de derechos fundamentales solo es admisible cuando exista un fin constitucionalmente legítimo que ostente, al menos, el mismo rango que el derecho fundamental vulnerado.

En el caso del proceso penal, por tanto, solo serán admisibles aquellas medidas restrictivas de derechos fundamentales que tengan como fin asegurar la eficacia del propio proceso penal, es decir, tutelar el interés público en la persecución penal con todas las consecuencias que de ello se derivan. La realización efectiva del Derecho Penal es un principio constitucional de igual rango que la tutela de los derechos fundamentales. Por eso, si se pretende ese fin, es legítima la restricción de derechos fundamentales.

> Y lo es, como se ha apuntado ya, no solo cuando se trata de la investigación de delitos, sino también cuando se trata de asegurar que el encausado está disposición de las autoridades de persecución penal.

2. *Habilitación legal expresa*: es preciso que exista una ley que de forma expresa autorice la restricción de un derecho fundamental (en nuestro ordenamiento, en virtud del art. 81 CE, esa ley ha de tener rango orgánico). Se atiende así a los principios de legalidad en la actuación del poder público y de seguridad jurídica, y se deja claro también que es el Poder Legislativo el que tiene la competencia para determinar qué derechos fundamentales son susceptibles de restricción, en qué condiciones y con qué efectos.

Además, la jurisprudencia del TEDH y la del TC establecen que no basta con cualquier previsión legal, sino que es necesaria una regulación detallada y precisa de la actividad restrictiva de derechos fundamentales.

Los avances tecnológicos suponen un especial desafío para esta exigencia de previsión legal expresa, pues los desarrollos de nuevas herramientas pueden utilizarse con eficacia para la investigación penal, pero no siempre es sencillo darles encaje en las previsiones legales existentes y las reformas, con frecuencia, se hacen esperar más de lo debido.

A modo de «reto para el estudiante», se formulan estas dos cuestiones:

a) ¿Cabe incorporar al proceso imágenes y grabaciones obtenidas por un dron que ha seguido de forma no visible la actividad de un grupo de personas, tanto en espacios públicos como, sobre todo, en fincas privadas?

b) ¿Puede acordarse o confirmarse la prisión provisional del encausado debido al alto riesgo de fuga que arroja un sistema de inteligencia artificial especialmente diseñado para realizar este tipo de cálculos?

3. *Autorización judicial*: la decisión de restringir un derecho fundamental en un caso concreto para atender a los fines del proceso penal ha de provenir siempre de un órgano judicial. Si se trata de una diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales ha de emitirla en todo caso el juez de instrucción que esté conociendo del asunto.

Esta exigencia de autorización judicial deriva de que, en general, es tarea del Poder Judicial velar por el respeto y el cumplimiento de los derechos fundamentales, dada la independencia judicial. Además, hay que tener en cuenta que, con frecuencia, las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales se adoptan sin que el afectado por ellas tenga conocimiento de su adopción.

Como regla, esta autorización judicial ha de ser previa a la práctica de la medida en sí. Excepcionalmente, cuando la legislación lo prevé de forma expresa, se admite que haya una restricción sin autorización judicial (practicada, pues, a iniciativa de la Policía o de la Fiscalía), siempre que vaya seguida de un inmediato control judicial que permita la revocación.

4. *Motivación de la decisión judicial*: la resolución judicial que autorice una medida restrictiva de derechos fundamentales ha de estar siempre motivada, de ahí que, en nuestro ordenamiento, se exija que adopte la forma de un auto. A través de esta exigencia de motivación se obtienen dos resultados:

— Se excluye la posibilidad de autorizaciones arbitrarias o infundadas.

— Se permite un control posterior (a través de los recursos pertinentes) acerca de la corrección de la decisión judicial de restringir el derecho fundamental.

La exigencia de motivación no comporta, sin embargo, que esté prohibido utilizar plantillas o modelos preestablecidos de resolución

judicial, siempre que de ellos se deduzca que el órgano judicial ha tenido en cuenta las circunstancias del caso concreto (así lo ha proclamado la STJUE de 16 de febrero de 2023).

5. *Apariencia delictiva*: las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales solo pueden adoptarse cuando el juez se encuentre con indicios serios o intensos de que la persona cuyos derechos se han de restringir ha cometido un hecho delictivo concreto. En otros términos, no resulta admisible acordar alguna de estas medidas si no es para investigar o asegurar la eficacia de la persecución de un delito concreto cuya preexistencia ya se sospecha fundadamente por existir indicios sólidos; se excluye así la posibilidad de utilizar estas medidas a modo de lo que en los países de cultura jurídica angloamericana se denominan *fishing expeditions* (esto es, para averiguar si la persona investigada ha podido cometer algún delito).

6. *Juicio de proporcionalidad (en sentido amplio)*: la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal solo es admisible si resulta proporcionada. Para medir en un caso concreto la proporcionalidad en sentido amplio de una medida restrictiva es preciso que se den a su vez tres condiciones:

a) La *adecuación* o *idoneidad*, es decir, la relación de medio a fin entre la medida y el resultado que se espera a través de ella. En otros términos, que la medida restrictiva del derecho fundamental sea útil para obtener un resultado de relevancia para el proceso.

b) La *necesidad* o *subsidiariedad*: que no exista al alcance de la autoridad, del Estado, otro instrumento menos lesivo para alcanzar el mismo fin con un grado análogo de eficacia.

c) La *proporcionalidad en sentido estricto* o *prohibición de exceso*: que la lesión al derecho fundamental no resulte excesiva en relación con el valor del resultado que pretende obtenerse. Es preciso, por tanto, que no exista un sacrificio desproporcionado para el derecho fundamental en presencia. Para valorar esta proporción se pueden tener en cuenta ciertos parámetros como, por ejemplo, la gravedad del delito investigado o la relación del hecho que se quiere investigar con el objeto del proceso.

Estos postulados generales, enunciados en un plano abstracto, han sido objeto de asunción y desarrollo por parte de nuestro legislador en un ámbito muy concreto, el de las llamadas «medidas de investigación tecnológica», introducidas en la LECrim por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. En concreto, los arts. 588 bis a) a 588 bis k) LECrim establecen una regulación del modo en que el principio de proporcionalidad se concreta cuando se trata de la adopción de estas medidas, a la que se hará referencia más adelante.

Se trata de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la

utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

2. LA INTERVENCIÓN DE LA CORRESPONDENCIA ESCRITA Y TELEGRÁFICA

Esta medida de investigación consiste en interceptar la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba antes de que lleguen a su destinatario –o en paralelo–, para acceder a su contenido, cuando existan indicios de que ello servirá para la averiguación del delito y del delincuente. En vez de la intervención, también resulta posible la mera observación de las comunicaciones postales y telegráficas (sin acceso al contenido). Su práctica supone en cualquier caso una restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Es el art. 579 LECrim el que establece el régimen de esta medida, en los términos siguientes:

a) No es posible su utilización para la investigación de cualquier delito, sino solo de aquellos que tengan *cierta gravedad*, algo que para la ley concurre en alguna de estas tres situaciones:

— Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

— Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

— Delitos de terrorismo.

b) Su adopción está supeditada a la *previa autorización judicial*, en resolución motivada, aunque con excepciones:

En algunos casos, la excepción lo es a la exigencia de que la autorización judicial sea previa.

> Esto es lo establecido para los casos 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, 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.

Pero también existen algunos supuestos en los que el legislador ha renunciado a exigir autorización judicial, en general, por entender que la

observación, detención y apertura de ciertos envíos no afecta a derecho fundamental alguno:

— Envíos postales que, por sus propias características externas, no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías o en cuyo exterior se haga constar su contenido.

> No puede decirse que los envíos de mercancías contengan «correspondencia», de modo que no procede hablar tampoco de secreto de comunicaciones. Y cuando en el exterior de un envío se hace constar su contenido, puede presumirse o la ausencia de correspondencia o, en todo caso, la renuncia a su carácter secreto.

— 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.

— 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.

c) En cuanto a su *duración*, el plazo ordinario será de tres meses, prorrogable por iguales o inferiores períodos hasta un máximo de dieciocho meses.

d) La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se tramitarán en una *pieza separada y secreta*, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

e) En concreto, para su *práctica* el juez de instrucción reclama la colaboración de los jefes de las oficinas de correos o personas equivalentes en caso de que se esté usando un servicio postal diferente. Estos sujetos detienen la correspondencia intervenida y se la remiten al juez.

Para abrir la correspondencia y registrar su contenido habrá que citar al interesado, que podrá presenciarla o bien enviar a un representante que lo haga. El juez abrirá la correspondencia y la leerá para sí mismo, seleccionará la que considere relevante y lo demás se devolverá al interesado. Los documentos incriminatorios que se encuentren por esta vía podrán ser utilizados como prueba de cargo en el juicio oral.

f) El problema especial de las *operaciones de entrega vigilada de drogas y la apertura de paquetes postales*.

> Las operaciones de entrega vigilada, según se vio en la lección anterior, no son necesariamente restrictivas de derechos fundamentales. No obstante, se plantea una singular dificultad en los casos en que la operación requiere que se abran los paquetes postales en los que se sospecha que se envía la droga.

De un lado, resulta evidente que la propia naturaleza de las operaciones de entrega vigilada de drogas exige que las personas objeto de investigación no tengan conocimiento de su desarrollo.

De otro, cuando las sustancias estupefacientes están circulando por el territorio nacional a través del sistema de Correos (o a través de entidades privadas que se dedican a actividades análogas), hay que tener presentes las previsiones de la LECrim en cuanto a la detención y apertura de la correspondencia, en la medida en que estas operaciones puedan afectar al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

La contradicción entre ambos bloques normativos se planteaba en relación con la necesidad de que se cite y esté presente el interesado durante la apertura (normalmente, el «interesado» es el destinatario del envío, sea o no el investigado): y es que exigir su presencia conduce a la inoperancia de la figura de la circulación y entrega vigilada de drogas cuando tenga soporte postal (lo que sucederá en buen número de ocasiones); su ausencia, en cambio, si se aplican de modo estricto las exigencias del art. 584 LECrim, podía ocasionar la nulidad de la actuación y la ilicitud de las pruebas obtenidas, con el consiguiente fracaso de la investigación y, en definitiva, de todo el proceso penal.

Para resolver el problema se reformó la LECrim en 1999 y se dio nueva redacción al art. 263-bis LECrim incluyendo un apartado 4, inexistente en la redacción anterior, a tenor del cual: «La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, *con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley*» (y el art. 584 es, precisamente, el que exige la concurrencia del interesado a la apertura de la correspondencia).

g) Utilización de la información en *otros procesos penales* y *hallazgos casuales*. Es posible que, con ocasión de una intervención de la comunicación postal, se acceda a información respecto de otro u otros delitos, que ya estén siendo objeto de investigación en un proceso distinto; y también puede suceder que se descubra algún delito desconocido hasta ese momento (se habla entonces de *hallazgo casual*). Y ello a pesar de que, en principio, rige un criterio general de especialidad, que determina que esta medida no pueda utilizarse para la investigación de cualquier delito (y no se puede descartar que los delitos conocidos a través de esta medida sean de aquellos para los que, en principio, la medida no habría sido procedente).

El art. 579 bis LECrim, incorporado tras la reforma de 2015, trata de ofrecer una regulación general de este problema, sobre la base de la jurisprudencia que se había venido asentando en las últimas décadas:

— La regla general es clara: el resultado de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica podrá ser utilizado como medio de investigación o prueba en otro proceso penal. Se trata de algo lógico, dada la

vigencia del principio de oficialidad, que impide a las autoridades de persecución penal «cerrar los ojos» o «hacer la vista gorda» ante hechos delictivos.

— La información a la que se haya accedido, por tanto, habrá de trasladarse a otro proceso penal que ya esté en curso, o servirá de base para incoar un nuevo proceso penal, o dará lugar a que se extienda el ámbito objetivo del proceso penal en curso. Al hacerlo, se informará en todo caso si las diligencias continúan declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce.

— Para que resulte posible esa utilización, es necesario que la intervención inicial fuera en sí misma legítima. Por eso, al trasladar la información a otro proceso, al abrir un nuevo proceso sobre la base de la información, o a la hora de justificar la extensión del objeto del proceso en curso, habrá que dejar constancia de todos los elementos que acrediten que la intervención inicial fue legítima. Entre esos elementos que deben «acompañar» a la información han de hallarse, en todo caso, la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que la acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

— Si se quiere seguir investigando el nuevo delito descubierto usando esta medida de detención y apertura de la correspondencia, es necesario «extender» el ámbito de la autorización judicial inicial, dado que no abarcaba este delito. A tal fin, será necesaria una autorización expresa del juez competente, para la cual este comprobará la diligencia de la actuación, evaluando el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento.

3. LA ENTRADA Y REGISTRO EN DOMICILIO

La LECrim regula en los arts. 545 a 572 la diligencia de entrada y registro en un domicilio, que puede resultar precisa a los fines de una correcta investigación del hecho punible. Esta diligencia restringe el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, que es una concreción del derecho fundamental más amplio a la intimidad.

Esta diligencia puede tener un contenido doble. En primer término, la *entrada*, que puede utilizarse de forma autónoma, *v.g.* cuando se pretende proceder a la detención del sospechoso o investigado. Y, en segundo término, el *registro*, que requiere la previa entrada y cuya finalidad es acceder a las fuentes de prueba cuando se sospecha que en el domicilio hay objetos útiles para descubrir y comprobar el delito.

Domicilio, en sentido del art. 18 CE, es todo espacio cerrado dedicado, en principio, a vivienda y donde se desarrolla la intimidad de la persona. La jurisprudencia, sin embargo, ha extendido un poco más este concepto y considera

que es domicilio cualquier espacio físico en el que se despliegue el ámbito de privacidad de las personas, con ánimo de exclusión de terceros, y haya o no habitualidad en la utilización de ese lugar para esos fines. En consecuencia, y a modo de ejemplo, se ha considerado que es domicilio a estos efectos una caravana, la rebotica de una farmacia, las habitaciones de hotel (el TC declaró inconstitucional el art. 557 LECrim), un despacho profesional o una consulta médica.

> De forma singular, y respecto de las personas jurídicas encausadas, el art. 544.4 LECrim señala que tendrá la condición de domicilio 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.

En el marco del proceso penal la autoridad pública solo podrá entrar y registrar un domicilio si se da alguno de los tres siguientes requisitos:

1º. El consentimiento del titular, que ha de ser pedido de forma expresa y directa y concedido por el titular del domicilio, siempre que este sea capaz, y ya sea de forma expresa o tácita.

2º. La existencia de un auto judicial motivado que se funde en las circunstancias concurrentes en el caso concreto y que hagan que sea justificada y proporcionada la medida. En dicho auto el juez habrá de determinar el tipo de delito que se trata de investigar por medio de ese registro.

3º. En los casos de flagrancia (sin consentimiento del titular ni auto judicial): cuando el delincuente es sorprendido en delito flagrante se puede entrar en el domicilio, tanto para detenerle como para efectuar un registro. Quien entra, en estos casos, es la policía.

> Para que haya flagrancia la jurisprudencia entiende que han de concurrir tres condiciones.
>
> — Que exista una actualidad en la comisión del delito.
>
> — Que sea evidente la participación del sujeto en los hechos delictivos.
>
> — Que se dé una necesidad urgente de que intervenga la policía.

En cuanto a la práctica de esta diligencia, la ley dice que se hará preferentemente de día e importunando lo mínimo al titular del domicilio.

Las personas que intervienen en la diligencia son distintas si hubo auto judicial previo o no. Si hubo auto judicial previo autorizando la entrada y registro van a intervenir los siguientes sujetos:

1.º El juez, que puede (y suele) delegar en la policía.

2.º El letrado de la Administración de Justica.

En caso de necesidad, el Letrado de la A. de J. del proceso en que se que ordenó el registro podrá ser sustituido por otro Letrado de la A. de J. De forma singular, el art. 451.3 LOPJ permite en casos excepcionales, para registros acordados por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea, que los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del Letrado de la Administración de Justicia, intervengan en calidad de fedatarios y levanten la correspondiente acta.

3.º Los agentes de Policía Judicial que sean precisos.

4.º El interesado o su representante o un familiar mayor de edad o, en su defecto, dos testigos cualesquiera.

La presencia de estas personas trata de garantizar la corrección del registro. De todo lo actuado se levantará acta por el letrado de la A. de J., que firmarán todos los intervinientes.

En caso de que el registro se practicara sin autorización judicial previa (casos de flagrancia o consentimiento del titular), lo llevará a cabo la policía por sí misma y dará cuenta inmediata al juez de instrucción.

Todas las pruebas obtenidas en un registro practicado conforme a la ley podrán utilizarse como pruebas de cargo contra el acusado en el juicio oral.

Hallazgos casuales. Aunque el registro se autorice respecto de uno o de varios delitos concretos, puede suceder que al practicarse la medida se encuentren efectos u objetos que evidencien la comisión de un delito distinto de aquel. Es lo que sucede, v.g., si en un registro para investigar tráfico de drogas se encuentran armas sin licencia o un cadáver. Nos hallamos, pues, ante una nueva manifestación de lo que se denominan «hallazgos casuales». A juicio de la jurisprudencia, los objetos u efectos hallados casualmente podrán recogerse y utilizarse válidamente como prueba de cargo, pues la autoridad pública no puede actuar como si no estuvieran en el lugar registrado. Dado el carácter puntual del hallazgo, carece de sentido exigir una extensión de la autorización judicial. Pero, por supuesto, el hallazgo puede determinar la necesidad de expandir el ámbito de la investigación en curso, de incoar una nueva investigación o, en su caso, de remitir lo hallado al órgano judicial que está ocupándose de otra investigación con la que lo hallado guarda relación directa. En estos casos habrán de aplicarse de forma supletoria las reglas del art. 579 LECrim.

4. EL REGISTRO DE LIBROS Y PAPELES

Los arts. 573 a 578 LECrim regulan el registro de los libros o papeles de contabilidad del investigado o de otra persona. Se trata de una medida que, en la práctica, se asocia al registro domiciliario: se registra un lugar cerrado, entre otros motivos, para acceder a este tipo de documentos.

Existe, por supuesto, una alternativa al registro: el requerimiento directo al investigado o a un tercero para que aporte determinados libros, papeles o documentos. De hecho, el art. 575 LECrim proclama la existencia de un deber general de cooperación, cuyo incumplimiento se puede sancionar con multas (de cuantía ridícula, por falta de actualización) o con una persecución penal por delito de desobediencia. Ahora bien, dada la vigencia del derecho fundamental a no autoincriminarse, cabe contar con la negativa del sujeto requerido, al menos cuando este tenga la condición de investigado actual o potencial. De ahí que la ley se plantee también la opción de efectuar un registro.

> Lo que la LECrim regula de forma específica es el modo en que se deben tratar los documentos registrados y recogidos: se folian (se numeran), se sellan y se rubrican en todas sus hojas por el letrado de la A. de J., para evitar alteraciones o manipulaciones.

5. LAS MEDIDAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA

La LECrim es un texto legal cuya primera versión, como es bien sabido, data de 1882. Las medidas de investigación imaginables y reguladas a fines del siglo XIX estaban bien lejos de ser las que el desarrollo científico y tecnológico actual permiten. Los medios tecnológicos permiten investigar el delito con arreglo a mecanismos que, con frecuencia, comportan importantes restricciones de las garantías constitucionales de privacidad e intimidad contenidas en el art. 18 CE. El problema es que nuestro legislador siempre ha ido a remolque de la realidad y ha tardado en dar carta de naturaleza legal a técnicas de investigación cuya posibilidad y utilidad eran claras y que, de hecho, de forma más o menos abierta, se venían utilizando en la práctica. Resulta llamativo cómo la primera regulación legal de las intervenciones telefónicas se produjo en 1988, a pesar de que el uso del teléfono se había generalizado en nuestro país varias décadas antes. De hecho, la regulación escuálida de la intervención de las comunicaciones telefónicas se había venido utilizando, sobre la base de la analogía, para dar cobertura a otro tipo de investigaciones que se proyectaban sobre las comunicaciones (en especial, de las electrónicas). Recuérdese, en este sentido, que las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales solo son legítimas si cuentan con habilitación legal. Por ese mismo motivo, cuando no había más regulación que la de las escuchas telefónicas, los tribunales tuvieron que rechazar la validez de pruebas obtenidas a través de intervenciones de las comunicaciones personales directas (pues no se podían considerar cubiertas por la regulación de las comunicaciones telefónicas). Ante lo desastroso del panorama legislativo en esta materia, el legislador aprovechó la reforma procesal penal de 2015 para hacer una regulación más sistemática y detallada de las medidas de investigación que deban realizarse con apoyo en sistemas tecnológicos y, más en concreto, de las siguientes:

— La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas.

— La captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

— La utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen.

— El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información.

— Los registros remotos sobre equipos informáticos.

5.1. Aspectos comunes: las exigencias de proporcionalidad

La regulación de todas estas medidas viene precedida de una especie de «parte general», común a todas ellas, que es en realidad una plasmación legal de los postulados del principio de proporcionalidad [arts. 588 bis a) a 588 bis k) LECrim].

1º. *Reglas generales*

De forma más pedagógica que normativa, el art. 588 bis a) LECrim supedita la adopción de estas medidas a la existencia de autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

> Para el legislador, el principio de especialidad exige que una medida esté relacionada con la investigación de un delito concreto, lo que impide autorizar medidas de investigación tecnológica que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas sin base objetiva.
>
> El principio de idoneidad servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad.
>
> En aplicación de los principios de excepcionalidad y necesidad solo podrá acordarse la medida: a) cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado o encausado e igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o b) 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 vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida.
>
> Con arreglo a la prohibición de exceso, las medidas de investigación tecnológica solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

2º. *Iniciativa y resolución judicial*

La adopción de estas medidas podrá ser acordada de oficio por el juez, pero también se las podrán solicitar el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial. En tal caso, la petición ha de contener una serie de datos, que han de servir al juez para valorar la proporcionalidad en sentido amplio de la medida: 1.º La descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos; 2.º La exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud; 3.º 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; 4.º La extensión de la medida con especificación de su contenido; 5.º La unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; 6.º La forma de ejecución de la medida; 7.º La duración de la medida que se solicita; 8.º El sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse.

El juez de instrucción autorizará o denegará la medida solicitada mediante auto motivado, oído el Ministerio Fiscal. El plazo para hacerlo es breve, dado el carácter habitualmente urgente de estas medidas: no más de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud. Ahora bien, si el juez considera dudosa la concurrencia de alguno de los requisitos, o considera que la petición es incompleta, podrá requerir una ampliación o aclaración de los términos de la solicitud, con interrupción del plazo de veinticuatro horas.

En su resolución, el juez ha de concretar una serie de extremos, que son los que definen el ámbito y alcance de la medida:

> 1º. El hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que funde la medida.
>
> 2º. La identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido.
>
> 3º. La extensión de la medida, especificando su alcance así como la motivación de que es proporcionada.
>
> 4º. La unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención.
>
> 5º. La duración de la medida.
>
> 6º. La forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida.
>
> 7º. La finalidad perseguida con la medida.
>
> 8º. 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.

En todo caso, la solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa.

3º. *Duración y cese*

Será el juez el que especifique la duración de la medida que acuerde, con el límite genérico de que no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos ni, tampoco, el tiempo máximo de duración de la instrucción (art. 324 LECrim). Una vez acordada por un plazo determinado, la medida podrá ser prorrogada, mediante auto motivado, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaron. Una vez haya transcurrido el plazo por el que resultó concedida la medida, sin haberse acordado su prórroga, o, en su caso, finalizada esta, cesará a todos los efectos.

El juez acordará en todo caso el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos. También lo hará cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada.

4º. *Control de la medida y hallazgos casuales*

La Policía Judicial informará al juez de instrucción del desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine y, en todo caso, cuando por cualquier causa se ponga fin a la misma.

Es posible, asimismo, que la puesta en práctica de la medida conduzca a algún hallazgo casual o bien al acceso a información que pueda ser relevante para otro proceso que ya esté en curso. En tal caso, se aplicarán las reglas del art. 579 bis LECrim, analizadas antes en relación con la intervención de las comunicaciones postales.

5º. *Destrucción de registros*

La ejecución de las medidas de investigación tecnológica puede generar la elaboración de registros que contengan la información (v.g., grabaciones de voz, de imagen, de datos de localización). El original de estos registros, que puedan constar en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida, se borrará y se eliminará una vez se ponga término al procedimiento mediante resolución firme, pero se conservará una copia bajo custodia del letrado de la A. de J.

Y se acordará la destrucción de las copias conservadas cuando hayan transcurrido cinco años desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no fuera precisa su conservación a juicio del tribunal.

> En ambos casos, los tribunales dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial para que lleve a efecto la destrucción.

5.2. La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas comporta acceder no solo a los datos relativos a su existencia (v.g., que desde el número XXX se realizó una llamada al número YY el día ZZ que duró N minutos, o que desde la cuenta nnnn@gmail.com se envió un mensaje electrónico a la cuenta qqqq@hotmail.com), sino también a su contenido, incluidos los datos electrónicos de tráfico o asociados al proceso de comunicación. Comporta, pues, una restricción clara del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, tanto del investigado como de terceros, en tanto que el Estado, que no es protagonista de esas comunicaciones, accede a su contenido sin consentimiento de quienes las mantienen.

> Ha de insistirse en que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones protege frente a una presencia oculta del Estado en conversaciones sostenidas por particulares sin esa conciencia. Pero sí que es constitucionalmente legítimo que uno de los protagonistas de la conversación la grabe y después ponga la grabación a disposición de las autoridades de persecución penal; en tal caso, no se ha producido la lesión a ningún derecho fundamental, sino una simple burla a la confianza (cfr. STC 114/1984; más recientemente, STS 753/2024, de 22 de julio). Del mismo modo, uno de los protagonistas de una comunicación electrónica puede también ponerla a disposición de las autoridades, sin quiebra del derecho al secreto de las comunicaciones. Por su parte la STS 4699/2025, de 16 de octubre, valida como prueba la grabación oculta realizada por un particular (otra profesora) en un aula escolar para esclarecer supuestos abusos a menores: a juicio del Tribunal no cabe albergar una expectativa razonable de privacidad relevante en un aula abierta y de uso del colegio.

La intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas está limitada a la investigación de ciertos tipos de delito:

— Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

— Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

— Delitos de terrorismo.

— Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación

En principio, la intervención ha de recaer sobre los terminales o los medios de comunicación que utilice habitual u ocasionalmente el investigado, aunque también podrán intervenirse los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad. Asimismo, podrá acordarse la intervención judicial de las comunicaciones emitidas desde terminales o medios de comunicación telemática pertenecientes a una tercera persona siempre que: 1.º exista constancia de que el sujeto

investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o 2.º el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad. También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular.

> A modo de ejemplo, la STS 316/2024, de 16 de abril, admite la validez de la intervención del teléfono móvil de la pareja del investigado, tras verificar que este era usuario frecuente.

Como regla, esta medida solo podrá acordarse previa autorización judicial, a petición de la Fiscalía o de la Policía Judicial. La solicitud de autorización judicial deberá contener, además de los requisitos comunes a las medidas de investigación tecnológica, los siguientes:

> a) la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica,
>
> b) la identificación de la conexión objeto de la intervención o
>
> c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

Además, como medio para poder determinar la extensión de la medida, la solicitud de autorización judicial podrá tener por objeto alguno de los siguientes extremos:

> a) El registro y la grabación del contenido de la comunicación, con indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta.
>
> b) El conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza.
>
> c) La localización geográfica del origen o destino de la comunicación.
>
> d) El conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados pero de valor añadido a la comunicación. En este caso, la solicitud especificará los datos concretos que han de ser obtenidos.

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 esta medida, 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 desarrollo en sí de la medida requiere de la colaboración de sujetos distintos a las autoridades de persecución penal: han de hacerla efectiva los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información (es decir, las compañías telefónicas y de acceso a internet), 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. Son estas empresas las que materializan la intervención por orden del juez y las que ponen los resultados a disposición de quienes están al cargo de la investigación. Estos sujetos tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades.

> En concreto, la forma de llevar a cabo la intervención se desarrolla en los arts. 56 y sigs. de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones

La duración máxima inicial de la intervención, que se computará desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses, prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses.

El juez dispondrá la periodicidad con que la Policía Judicial ha de poner a su disposición la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas –indicando el origen y destino de cada una de ellas y asegurando, mediante un sistema de sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración suficientemente fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas–.

Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, 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, solo 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.

En todo caso, 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 en 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.

La LECrim regula también de forma singular el ***acceso a la identidad de quien figura asociado a una dirección IP***. Es habitual que, en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tengan acceso a una dirección IP que esté siendo utilizada para la comisión algún delito, sin que conste la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario. En tal caso, podrán solicitar del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración (prestadores de servicios de acceso a internet), la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso. Esta identificación puede servir de base, en función de las circunstancias, para intervenir las comunicaciones telemáticas, hacer un registro remoto o directamente proceder a un registro domiciliario.

Del mismo modo, también se establece el modo en que ha de procederse a la ***identificación de los terminales telefónicos***, necesaria cuando se observa que el investigado utiliza un teléfono o sistema similar, pero se desconoce el número, sin el que no resulta posible la intervención. En tal caso, la ley permite a los agentes de Policía Judicial valerse de artificios técnicos que permitan acceder al conocimiento de los códigos de identificación o etiquetas técnicas del aparato de telecomunicación o de alguno de sus componentes, tales como la numeración IMSI o IMEI y, en general, de cualquier medio técnico que, de acuerdo con el estado de la tecnología, sea apto para identificar el equipo de comunicación utilizado o la tarjeta utilizada para acceder a la red de telecomunicaciones. Para llevar a cabo estas operaciones no será precisa la autorización judicial, aunque a la hora de solicitar con posterioridad la intervención de las comunicaciones será preciso poner en conocimiento del juez que se utilizaron para identificar el número en cuestión.

En términos similares, cuando el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial necesiten conocer la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación, o, en sentido inverso, precisen el número de teléfono o los datos identificativos de cualquier medio de comunicación, podrán dirigirse directamente a los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, quienes estarán obligados a cumplir el requerimiento, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia. Nuevamente, pues, se prescinde de la autorización judicial para acceder a esta información.

Finalmente, también tiene influencia en el proceso penal lo dispuesto en la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de ***conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones***. Se

pretende con ella que queden conservados ciertos datos relativos a comunicaciones electrónicas y telefónicas, de modo que puedan usarse para la investigación de delitos graves.

En concreto, están obligados a conservar datos los siguientes sujetos:

— Los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público (es decir, los proveedores de internet y correo electrónico).

— Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones (es decir, las compañías telefónicas y similares).

Los datos que deben conservarse son de seis tipos diferentes y sirven todos ellos para identificar las comunicaciones realizadas:

a) Datos necesarios para rastrear e identificar el origen de una comunicación:

> 1.° *Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil*: i) Número de teléfono de llamada. ii) Nombre y dirección del abonado o usuario registrado.
> 2.° *Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet:* i) La identificación de usuario asignada. ii) La identificación de usuario y el número de teléfono asignados a toda comunicación que acceda a la red pública de telefonía. iii) El nombre y dirección del abonado o del usuario registrado al que se le ha asignado en el momento de la comunicación una dirección de Protocolo de Internet (IP), una identificación de usuario o un número de teléfono.

b) Datos necesarios para identificar el destino de una comunicación:

> 1.º *Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil*: i) El número o números marcados (el número o números de teléfono de destino) y, en aquellos casos en que intervengan otros servicios, como el desvío o la transferencia de llamadas, el número o números hacia los que se transfieren las llamadas. ii) Los nombres y las direcciones de los abonados o usuarios registrados.
> 2.º *Con respecto al correo electrónico por Internet y la telefonía por Internet*: i) La identificación de usuario o el número de teléfono del destinatario o de los destinatarios de una llamada telefónica por Internet. ii) Los nombres y direcciones de los abonados o usuarios registrados y la identificación de usuario del destinatario de la comunicación.

c) Datos necesarios para determinar la fecha, hora y duración de una comunicación:

> 1.° *Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil*: la fecha y hora del comienzo y fin de la llamada o, en su caso, del servicio de mensajería o del servicio multimedia.
> 2.° *Con respecto al acceso a Internet, al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet*: i) La fecha y hora de la conexión y desconexión del servicio de acceso a Internet registradas, basadas en un determinado huso horario, así como la dirección del Protocolo Internet, ya sea dinámica o estática, asignada por el proveedor de acceso a Internet a una comunicación, y la identificación de usuario o del abonado o del usuario registrado. ii) La fecha y

hora de la conexión y desconexión del servicio de correo electrónico por Internet o del servicio de telefonía por Internet, basadas en un determinado huso horario.

d) Datos necesarios para identificar el tipo de comunicación:

1.° *Con respecto a la telefonía de red fija y a la telefonía móvil*: el servicio telefónico utilizado: tipo de llamada (transmisión de voz, buzón vocal, conferencia, datos), servicios suplementarios (incluido el reenvío o transferencia de llamadas) o servicios de mensajería o multimedia empleados (incluidos los servicios de mensajes cortos, servicios multimedia avanzados y servicios multimedia).
2.° *Con respecto al correo electrónico por Internet y a la telefonía por Internet*: el servicio de Internet utilizado.

e) Datos necesarios para identificar el equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considera ser el equipo de comunicación:

1.º *Con respecto a la telefonía de red fija*: los números de teléfono de origen y de destino.
2.° *Con respecto a la telefonía móvil*: i) Los números de teléfono de origen y destino. ii) La identidad internacional del abonado móvil (IMSI) de la parte que efectúa la llamada. iii) La identidad internacional del equipo móvil (IMEI) de la parte que efectúa la llamada. iv) La IMSI de la parte que recibe la llamada. v) La IMEI de la parte que recibe la llamada. vi) En el caso de los servicios anónimos de pago por adelantado, tales como los servicios con tarjetas prepago, fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización (el identificador de celda) desde la que se haya activado el servicio.
3.° *Con respecto al acceso a Internet, correo electrónico por Internet y telefonía por Internet*: i) El número de teléfono de origen en caso de acceso mediante marcado de números. ii) La línea digital de abonado (DSL) u otro punto terminal identificador del autor de la comunicación.

f) Datos necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil:

1.° La etiqueta de localización (identificador de celda) al inicio de la comunicación.
2.° Los datos que permiten fijar la localización geográfica de la celda, mediante referencia a la etiqueta de localización, durante el período en el que se conservan los datos de las comunicaciones.

Habrán de conservarse también los datos relativos a las llamadas infructuosas (cuando se ha realizado con éxito una llamada telefónica pero sin contestación, o en la que ha habido una intervención por parte del operador involucrado); pero no habrán de conservarse los datos relativos a las llamadas no conectadas (se ha realizado sin éxito una llamada telefónica, sin intervención del operador involucrado).

Lo que la ley no permite es archivar datos relativos al contenido en sí de las comunicaciones electrónicas (lo que incluye la información consultada utilizando redes de comunicaciones electrónicas).

Las entidades obligadas por la ley deberán conservar los datos durante doce meses, computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación.

La información conservada solo podrá cederse a los «agentes facultados» y siempre previa autorización judicial, tal y como recuerda el art. 588 ter j) LECrim.

— Tendrán la consideración de «agentes facultados»: a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando desempeñen funciones de policía judicial; b) Los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial; c) El personal del Centro Nacional de Inteligencia en el curso de las investigaciones de seguridad sobre personas o entidades.

— En cuanto a la resolución judicial, determinará, de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, los datos conservados que han de ser cedidos a los agentes facultados.

El plazo de ejecución de la orden de cesión será el fijado por la resolución judicial, atendiendo a la urgencia de la cesión y a los efectos de la investigación de que se trate, así como a la naturaleza y complejidad técnica de la operación. Si no se establece otro plazo distinto, la cesión deberá efectuarse dentro de las setenta y dos horas contadas a partir de las 8:00 horas del día laborable siguiente a aquel en que el sujeto obligado reciba la orden.

> La Ley 25/2007 se aprobó para dar cumplimiento a la Directiva 2006/24 de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas. Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 8 de abril de 2014 (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12) estableció la nulidad de la Directiva por considerar que comporta una injerencia desproporcionada en la privacidad. A juicio del TJUE el conjunto de los datos que se obliga a conservar por los operadores permitiría obtener datos relativos a circunstancias de la vida privada de las personas (hábitos, lugares de residencia, relaciones sociales), sin que la Directiva incluya medidas ni garantías suficientes que permitan controlar que la intrusión se limita a lo estrictamente necesario (principio de proporcionalidad). El TJUE señala igualmente que en la Directiva no figuran criterios objetivos que permitan garantizar que las autoridades nacionales solo accederán a los datos que sean necesarios para cumplir con los fines de investigar los delitos graves que justifican dicha intrusión, en infracción de las reglas sobre protección de datos. Resulta así paradójico que mantenga su vigencia una norma nacional que tiene su origen en una Directiva que, en cierto modo, ha sido declarada «inconstitucional» a nivel europeo (pues lo que imputa el TJUE a la Directiva es la infracción de derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Nuestro Tribunal Supremo, sin embargo, ha considerado que la anulación de la Directiva no priva de validez ni legitimidad a nuestra normativa interna, que supera los estándares señalados por el TJUE y que, en todo caso, entra dentro del

ámbito de competencia legislativa del Estado español (STS 727/2020, 23 de Marzo de 2021).

5.3. La captación y grabación de comunicaciones orales directas

Una de las principales novedades de la reforma procesal penal de 2015 fue la incorporación a nuestro ordenamiento de una medida de investigación que, hasta ese momento, la jurisprudencia había considerado prohibida por falta de habilitación legal expresa: la captación y grabación de comunicaciones orales directas. En concreto, el art. 588 quater a) LECrim permite al juez de instrucción autorizar la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que se mantengan por el investigado, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá complementar con la obtención de imágenes (si así lo autoriza expresamente la resolución judicial). Se restringe con ello, de forma muy invasiva, el derecho fundamental a la intimidad del investigado. Por eso, los requisitos para su adopción son estrictos:

a) Los hechos que estén siendo investigados han de ser constitutivos de alguno de los siguientes delitos:

— Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

— Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

— Delitos de terrorismo.

b) Ha de poder preverse racionalmente que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor.

c) En todo caso, la medida ha de estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación. En otros términos, no es posible colocar de forma duradera dispositivos de escucha y grabación en determinados lugares.

d) Los dispositivos de escucha y grabación podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado. Si resulta necesaria la entrada en el domicilio o en alguno de los espacios destinados al ejercicio de la privacidad, la resolución habilitante habrá de extender su motivación a la procedencia del acceso a dichos lugares.

e) La Policía Judicial pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, que deberá ir acompañado de una transcripción de las conversaciones que considere de interés. El informe identificará a todos los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.

Lo que regulan los arts. 588 quater a) y ss. LECrim es la grabación de conversaciones por parte de las autoridades de persecución, esto es, sin el conocimiento o, en todo caso, sin el consentimiento de uno o de todos sus protagonistas. Cosa distinta, no regulada por la ley, es que ***uno de los protagonistas de la conversación la grabe*** y ponga con posterioridad la grabación a disposición de las autoridades de persecución penal. Según se ha apuntado antes, en estos casos no está en juego el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (STC 114/1984), de modo que puede acabar fundándose una sentencia de condena sobre la base de lo grabado, si tiene contenido y fuerza incriminatoria suficiente.

> La STS 753/2024, de 22 de julio, sintetiza la doctrina del TEDH, del TC y del TS en relación con esta materia en los términos siguientes:
>
> 1. La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. Tampoco vulnera el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, si la grabación se ha realizado en el ámbito particular. Y tampoco lesiona el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.
>
> 2) En cambio, sí que hay lesión del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable –con la consiguiente ilicitud y nulidad probatoria– cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño –salvo autorización judicial. Y puede haber también vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra: en tal caso, habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.

5.4. La utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen en espacios públicos (y privados)

El art. 588 quinquies a) LECrim permite a la Policía Judicial, sin necesidad de autorización judicial previa, 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 se considere necesario o cuando existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación.

El hecho que el investigado y los terceros afectados por la grabación se

encuentren en un espacio público legitima la actuación directa de la Policía Judicial: en los espacios públicos no existe una expectativa legítima de privacidad, sin la cual no puede entenderse que exista derecho fundamental a la intimidad que pueda considerarse restringido.

La validez de la medida, en todo caso, depende de que el lugar donde se efectúen las grabaciones tenga la consideración de espacio público, noción que en algún caso puede ser problemática.

> En este sentido, la STC 92/2023, de 11 de septiembre, confirmó que un garaje de una comunidad de propietarios es un espacio privado, aunque lo utilice una pluralidad de personas. En consecuencia, anuló una condena por tráfico de drogas basada en las imágenes grabadas por la policía en el interior del garaje privado en que estaba aparcado el vehículo en que se incautaron 44 kilos de hachís.

Tratándose de ***espacios privados***, han de aplicarse en principio las reglas del art. 588 quater sobre escucha y grabación de conversaciones, aunque debe tenerse en cuenta que la obtención de imágenes está prevista como complementaria –no a título principal– y solo cuando expresamente lo autorice la resolución judicial que la acuerde. Y es que, en rigor, si quieren tomarse imágenes del interior de un recinto privado debería acudirse a las normas sobre entrada y registro. Esta indefinición afecta de forma singular a la utilización de ***drones con cámara*** como medida de investigación penal. En principio, no hay problema en que tomen imágenes en lugares o espacios públicos, sin necesidad de autorización judicial. Esta será en todo caso necesaria para tomar y grabar imágenes de espacios que tengan la consideración de domicilio (v.g., la zona de piscina o terraza de una vivienda). Más dudoso es cómo proceder cuando se trata de espacios que no son públicos, pero que tampoco constituyen domicilio ni espacio cerrado (v.g., una finca o un terreno privado).

> En la STS 797/2025, de 2 de octubre se establecen por primera vez los límites jurídicos del uso de drones en investigación penal, ante la ausencia de reglas específicas. En dicho caso, la policía utilizó un dron para fotografiar el acceso a un bungalow dentro de una urbanización cerrada, para localizar la puerta que habrían de derribar para llevar a cabo una entrada y registro ya autorizada judicialmente. El tribunal dio por válida la diligencia por considerarla proporcionada, al tratarse de la obtención puntual de una imagen para hacer viable una medida de investigación autorizada judicialmente; pero subrayó que, como regla, no está legitimada la captación clandestina de imágenes en el interior de una urbanización, pues se trata de un espacio en el que pueden desarrollarse actividades propias de la vida e intimidad de las personas.
>
> Por su parte, la STS 264/2026, de 6 de abril, valida la grabación de unos invernaderos que contenían una plantación de marihuana en un terreno privado, razonando que no se trataba de un domicilio.

5.5. La utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización

El art. 588 quinquies b) LECrim también permite al tribunal autorizar la utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización (v.g., balizas en coches o en efectos personales del investigado). Es posible que la ejecución de la medida requiera la colaboración de entidades prestadoras de servicios de telefonía o acceso a internet.

Al autorizar esta medida, el tribunal ha de especificar el medio técnico que va a ser utilizado. En caso de urgencia, la Policía Judicial podrá proceder a colocar directamente el dispositivo, con el deber de dar cuenta inmediata a la autoridad judicial –en todo caso, antes de que transcurran veinticuatro horas–, para que la ratifique o la revoque (en caso de revocación, la información obtenida a partir del dispositivo colocado carecerá de efectos en el proceso).

Esta medida tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. 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.

La Policía Judicial entregará al juez los soportes originales o copias electrónicas auténticas que contengan la información recogida cuando este se lo solicite y, en todo caso, cuando terminen las investigaciones.

La información obtenida a través de los dispositivos técnicos de seguimiento y localización a los que se refieren los artículos anteriores deberá ser debidamente custodiada para evitar su utilización indebida.

5.6. El registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y el registro remoto sobre equipos informáticos

El cuadro de las medidas de investigación tecnológica se cierra con el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y con el registro remoto sobre equipos informáticos.

1º. El ***registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información*** (DAMI, en su acrónimo), como ordenadores, teléfonos «inteligentes», tabletas, pendrives o similares, así como el acceso a repositorios telemáticos de datos, como espacios «en la nube» y similares, comporta el acceso a múltiples informaciones de sus titulares, que en gran medida carecerá de relevancia para el proceso penal. Por eso, la regla general es la de que su registro requiere una autorización judicial expresa e individualizada:

— Si resulta previsible que, con ocasión de la práctica de un registro domiciliario, vayan a aprehenderse dispositivos de este tipo o vaya a lograrse acceso a repositorios telemáticos de datos, la resolución por la que el juez autorice el registro 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.

— Si se ha producido de forma diferente la incautación de cualquiera de esos dispositivos (v.g., el investigado los llevaba consigo cuando fue detenido) o cuando se produce en un registro para el que no existía autorización específica respecto de estos dispositivos, entonces no será posible el acceso a su contenido hasta que no haya autorización judicial.

> La STEDH de 30 de mayo de 2017, en el asunto *Trabajo Rueda c. España*, reitera la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en relación con las consecuencias del acceso por parte de las autoridades públicas al contenido de archivos informáticos sin previa autorización judicial: salvo que se trate de situaciones de urgencia, se producirá en tal caso una violación del derecho a la intimidad del investigado que debería a su vez acarrear la ilicitud –y la inutilizabilidad– de la prueba (y ello a pesar de la gravedad de los delitos cometidos, pues con frecuencia se trata de archivos con material de pornografía infantil).
>
> En ese contexto, la STS de 19 de abril de 2017 se ocupa de la situación que se produce cuando un dispositivo de almacenamiento masivo de información es utilizado por varias personas (en el caso resuelto, se trataba de un ordenador familiar) y uno de los usuarios accede a material almacenado por otro, que sea revelador de la comisión de un delito (en el caso resuelto, la madre accedió a fotografías que evidenciaban abusos sexuales del padre sobre la hija común). A juicio del TS, el uso común y compartido del dispositivo impide que pueda haber una expectativa razonable de privacidad por parte de cualquiera de los usuarios respecto de los demás y, por tanto, impide que el acceso por uno de ellos a contenidos generados por el otro se considere lesivo del derecho fundamental a la intimidad. En consecuencia, las fotografías, entregadas por la madre a las autoridades de persecución penal, debían considerarse prueba lícita y podían fundar válidamente la condena del padre.
>
> En línea con lo anterior, la STS de 12 de diciembre de 2025 establece que la entrega a la policía por la víctima de un teléfono móvil de uso compartido entre aquella y el acusado tampoco vulnera el derecho a la intimidad de este.

La jurisprudencia admite también la posibilidad de aportar al proceso como prueba ***«pantallazos»*** con imágenes obtenidas de conversaciones desarrolladas a través de sistemas de mensajería instantánea: v.g., una conversación de WhatsApp en la que se vierten amenazas, se efectúan injurias o incitaciones al odio o se adjuntan imágenes o vídeos delictivos. En estos casos no se está ante el registro de un DAMI, sino ante la utilidad como prueba de imágenes extraídas por sus usuarios. El problema, por tanto, no es una hipotética limitación de derechos fundamentales en la obtención de las pruebas, sino en su fiabilidad, pues cabe poner en entredicho la autenticidad o ausencia de manipulación de las imágenes.

> Puede verse un repaso de la jurisprudencia sobre esta materia en la STS 116/2025, de 13 de febrero.

2º. El juez también podrá acordar el ***registro remoto sobre uno o varios equipos informáticos***, lo que incluye la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un 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. Esta medida solo será posible cuando se trate de la investigación de alguno de los siguientes delitos:

— 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 medida tendrá una duración máxima de un mes, prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de tres meses.

6. LAS INTERVENCIONES CORPORALES Y LA OBTENCIÓN DEL PERFIL DE ADN

Bajo la genérica expresión «intervenciones corporales» se engloba un conjunto de actuaciones, útiles para la investigación, que se proyectan sobre el cuerpo humano, en sentido amplio y que, en esa medida, pueden tener incidencia sobre derechos fundamentales (a la integridad física y/o a la intimidad corporal). Nuestra legislación procesal penal no las contempla de modo sistemático y, en muchos casos, no las regula siquiera de forma expresa. Por eso, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que se ha encargado de ofrecer las pautas básicas, sobre todo en la STC 207/1996, de 16 de diciembre (conocida como «asunto del pelo»).

A juicio del Tribunal Constitucional, es preciso formular una primera distinción entre inspecciones y registros corporales, de un lado, e intervenciones corporales en sentido propio.

a) Las inspecciones y registros corporales suponen cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, y entre ellas figuran el reconocimiento en rueda, el examen dactiloscópico, el cacheo y los exámenes ginecológicos (*v.g.* para verificar la posible comisión de un delito de aborto o contra la libertad sexual). Este tipo de medidas, a juicio del TC, no vulnera en ningún caso el

derecho fundamental a la integridad física. Ahora bien, sí que pueden vulnerar el derecho a la intimidad en caso de que se proyecten sobre partes íntimas del cuerpo. En consecuencia, aquellas inspecciones o registros corporales que no se proyecten sobre partes íntimas del cuerpo se pueden considerar diligencias de investigación ordinarias y pueden ser ordenadas por el juez de instrucción, sin mayores obstáculos. En cambio, las inspecciones y registros que afecten a partes íntimas del cuerpo humano son medidas restrictivas de derechos fundamentales y, por tanto, solo serán admisibles si se cumplen las exigencias del principio de proporcionalidad. El principal problema en este punto es cumplir con el requisito de la habilitación legal expresa: pues bien, al menos para el caso de las exploraciones ginecológicas, la STC 37/1989 estableció que los arts. 399 y 478 LECrim constituían apoyo legal suficiente para justificar su práctica.

b) Hay intervenciones corporales en sentido propio cuando se trata de la extracción del cuerpo humano de elementos externos (piel, cabello, uñas) o internos (sangre, tejidos) para someterlos a pericia, así como en los casos de exposición del cuerpo humano a radiaciones (rayos X, TAC, resonancia magnética). A juicio del Tribunal Constitucional, estas intervenciones afectan siempre al derecho fundamental a la integridad física, razón por la cual son en todo caso diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales. Por eso, en principio, solo serán posibles previa autorización judicial, concurriendo exigencias de proporcionalidad y si existe una norma expresa que las regule. Este ha sido el principal escollo, pues la LECrim no regulaba ninguna de estas medidas de forma expresa, lo que hacía imposible utilizar las intervenciones corporales como técnica al servicio de la investigación penal.

* Desde 2003 se ha paliado en parte esta situación, en lo relativo a las intervenciones corporales necesarias para la *obtención de perfiles de ADN*. En efecto, el art. 363 II LECrim, establece lo siguiente: «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».

> Se puede tener igualmente en cuenta la Consulta 2/2026, de 17 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre los requisitos para la obtención forzosa de muestras biológicas de personas detenidas con las que extraer su perfil de ADN.

Junto a ello, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. En esta base de datos se integrarán los ficheros de identificadores obtenidos a partir del ADN y se utilizará para dos fines:

— La investigación y averiguación de delitos;

— Los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

La base de datos tendrá carácter policial y dependerá del Ministerio del Interior. Se inscribirán en ella los datos de ADN obtenidos a partir de muestras en procesos penales, así como patrones identificativos de cadáveres o personas desaparecidas. Los datos de la base solo podrán usarse por las Unidades de Policía Judicial de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, así como por las autoridades judiciales y fiscales. Podrán cederse a autoridades judiciales, policiales y fiscales de otros países (en el marco de los procedimientos de cooperación judicial internacional) y a las policías autonómicas. En cualquier caso, los datos solo podrán usarse en la investigación de los siguientes delitos: delitos contra la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio (siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas), así como en los casos de delincuencia organizada.

* Es cada vez más frecuente que, más allá del ADN, pueda ser conveniente o útil para una investigación penal acceder a los ***datos médicos*** (no anonimizados) de quienes sean sospechosos. Dicho acceso, sin embargo, solo será legítimo si cuenta con la autorización del paciente o con autorización judicial debidamente motivada (STS 971/2022, de 16 de diciembre).

* Mención aparte merecen las ***pruebas de detección de alcohol y drogas*** a las que se acude en materia de tráfico por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para detectar la presencia de alcohol o de drogas en el organismo del conductor y su incidencia sobre la conducción de vehículos a motor. Su regulación se efectúa en el art. 14 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, desarrollado en los arts. 20 a 28 del Reglamento General de Circulación. Se trata, por las circunstancias en que se practica, de una diligencia policial, ni autorizada ni ratificable por el juez de instrucción, pero que puede ser de utilidad en caso de que, con posterioridad, y como consecuencia del atestado policial, se abra un proceso penal por delito contra la seguridad del tráfico. De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto (SSTC 103/1985 y 107/1985) se pueden deducir las siguientes conclusiones:

— La utilización de dispositivos de detección del alcohol, como el espirómetro o los tests de saliva, no es una injerencia en el derecho fundamental a la integridad física. Tampoco lo es el análisis de sangre de contraste posterior, en la medida en que su práctica es voluntaria.

— La realización de las pruebas de detección de alcohol o de drogas no supone autoinculpación ni, por tanto, lesión al derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

— Las pruebas de detección de alcohol y de drogas no son contrarias al derecho fundamental a la presunción de inocencia y, por tanto, pueden utilizarse como fundamento para dictar una sentencia penal de condena.

7. INFILTRACIÓN POLICIAL Y AGENTE ENCUBIERTO

La infiltración de agentes policiales encubiertos, regulada desde 1999 en el art. 282-bis LECrim, surge ante la necesidad de reforzar las herramientas para la lucha contra la delincuencia organizada: grupos de personas que, de manera estable y con esquemas de funcionamiento análogos a los de una empresa (distribución de roles, diversificación, etc.), se dedican a la comisión de delitos con la finalidad primordial de obtener con ello un lucro económico.

Es preciso distinguir dos conceptos: de un lado, el de *infiltración*, que no es sino una técnica para la investigación y el descubrimiento de determinados hechos, es decir, para procurarse información; y, de otro, el de *agente encubierto*, como instrumento al servicio de esta técnica.

Por infiltración puede entenderse la acción de aquel que, para obtener una información que no es de acceso general y que le es necesaria, oculta tanto su identidad real como sus intenciones y entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrársela, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada.

Lo esencial de toda infiltración es la ocultación de la identidad y de la condición policial, así como de las intenciones del infiltrado, como punto de partida para establecer con el paso del tiempo una relación de confianza que permita el acceso a una información: es decir, el engaño y el abuso de la confianza.

En cuanto al agente encubierto, lo distintivo es, ante todo, su condición de funcionario de la Policía Judicial provisto, como herramienta primordial de trabajo, de una identidad supuesta, proporcionada por el Ministerio de Interior, que será la que le sirva de cobertura, y que podrá utilizar de forma general en el tráfico jurídico y social.

Esta técnica de investigación está restringida a ciertos ámbitos delictivos: grupos de tres o más personas dedicadas de forma estable a la comisión de los siguientes delitos: secuestro de personas; prostitución; ciertos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; delitos contra los derechos de los trabajadores; tráfico de especies de flora o fauna amenazada; tráfico de material nuclear y radiactivo; delitos contra la salud pública; delitos de falsificación de moneda; delitos de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos; delitos de terrorismo; y, finalmente, delitos contra el patrimonio histórico.

> Desde 2015, además, se permite expresamente que la infiltración policial de agentes encubiertes se desarrolle en la red, en canales cerrados de comunicación.

La infiltración se funda, antes que nada, en el engaño y en el abuso de confianza por parte del Estado frente a sus ciudadanos. Supone, además, la tolerancia y la comisión de delitos por parte del Estado: en efecto, no se reacciona de forma inmediata ante la *notitia criminis* y el agente encubierto participará sin duda durante un tiempo en actividades ilícitas. Finalmente, ha de reconocerse que también se puede poner en peligro la seguridad del tráfico jurídico, por cuanto se consiente la entrada y participación en él de un sujeto realmente inexistente (la «identidad supuesta» del agente encubierto).

Por eso, debe reconocerse que la infiltración policial lesiona en todo caso el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que atenta contra la creación de vínculos de confianza entre las personas, confianza que está en la base de la comunicación humana y sin la cual se extingue la dimensión social y relacional de la persona. Si se asumiera genéricamente la posibilidad de que las personas de nuestro entorno no son quienes dicen ser, y que únicamente aspiran a obtener información que pueda implicarnos en un proceso penal, nuestras relaciones sociales no serían iguales, pues la ausencia de confianza haría imposible un margen normal de comunicación (cfr. art. 10.1 CE, que proclama la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social).

Junto a ello, la infiltración policial también puede atentar contra los derechos a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. A la intimidad, por cuanto el agente encubierto puede acceder a informaciones y esferas íntimas del investigado y de terceras personas, que no habrían consentido ese acceso de conocer su identidad e intenciones. A la inviolabilidad del domicilio, por cuanto su cobertura le granjea el acceso al agente encubierto a lugares que, en otro caso, le resultarían infranqueables sin autorización judicial. Y también al secreto de las comunicaciones, en la medida en que el infiltrado puede presenciar conversaciones y comunicaciones ajenas, sirviéndose de su identidad de cobertura.

En tercer lugar, a través de la labor de los agentes encubiertos puede quedar también en entredicho uno de los derechos fundamentales consagrados por el art. 24.2 de la Constitución: el derecho a no declarar contra sí mismo, a menudo denominado *nemo tenetur se ipsum accusare*. Porque si el investigado fuera consciente de que el destino de la información que suministra a su interlocutor es, como sucede con el infiltrado, su aportación como prueba de cargo a un proceso penal contra él, no la facilitaría; y, de hecho, tendría derecho a no hacerlo. Así, a través de la infiltración, se logra salvar uno de los grandes obstáculos que siempre han existido a la hora de perseguir penalmente el delito: el hecho de que el único que de verdad dispone de toda la información relevante es el autor del delito.

Finalmente, y al margen ya de su incidencia sobre la esfera de los derechos fundamentales del ciudadano, ha de reconocerse que la infiltración policial suscita reparos de legitimidad constitucional desde un punto de vista más

general: porque, como ya se dijo, supone un quebranto al principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que de ordinario han de tener prohibida la tolerancia hacia el delito y la comisión delictiva. No es de recibo que el Estado, a través de uno de sus agentes, pueda sin más participar en conductas delictivas, pues él es el primero que ha de evitar tal género de actividades. Y tampoco puede ser él quien deliberadamente consienta una lesión a la seguridad del tráfico jurídico como la que se produce con la participación en él de identidades supuestas, que muy posiblemente carecerán de base patrimonial con la que hacer frente a responsabilidades de todo género.

Se puede sostener con base en todo lo anterior que la infiltración policial es una diligencia de investigación que pone en tela de juego los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como ciertas reglas básicas del Estado de Derecho. Por ello, su admisibilidad solo puede producirse si se ajusta a las reglas generales que permiten este tipo de actuaciones: 1) justificación teleológica; 2) habilitación legal expresa; 3) autorización judicial (en este punto, el art. 282-bis, además de la autorización judicial, contempla una autorización del Ministerio Fiscal, pero dando cuenta inmediata al juez); 4) resolución motivada; 5) que existan indicios suficientes y razonables de que se está cometiendo o se ha cometido una conducta delictiva; 6) la infiltración policial ha de presentarse en el caso concreto como una diligencia de investigación proporcionada.

En cuanto a su régimen jurídico concreto, ha de señalarse lo siguiente:

a) La autorización para proceder a la infiltración de un agente encubierto habrá de ser concedida por el juez de instrucción competente o por el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata a aquel.

b) La duración máxima de la autorización será de seis meses, prorrogables por periodos iguales. La decisión sobre la prórroga de la autorización es judicial en todo caso, y siempre que sea solicitada por la Policía. La decisión sobre la prórroga supone una ocasión para el control del desarrollo de la infiltración, y la valoración de sus resultados y sus perspectivas de cara al futuro.

c) Es imposible que el legislador regule en positivo las conductas que ha de desarrollar el agente encubierto para investigar, dado que cada investigación será diversa. Pero sí que se establece de modo genérico el deber del agente encubierto de poner en conocimiento de la autoridad judicial toda la información que vaya obteniendo, y a la mayor brevedad posible. Se trata con ello de asegurar un control y un seguimiento cercanos del desarrollo de la investigación, en garantía de los derechos de los investigados, pero también de la seguridad del propio agente.

d) También se señala expresamente que las actividades investigadoras que conlleven lesión de derechos fundamentales habrán de autorizarse judicialmente y sujetarse a las previsiones legales. Se suscita con ello un importante problema de límites a la actuación del agente encubierto.

Recuérdese cómo la propia infiltración puede resultar ya de por sí lesiva de derechos fundamentales, especialmente del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Y nótese cómo, por este motivo, entre otros, su labor ha de contar con el refrendo previo de una autorización judicial. Por eso, no cualquier actividad del agente encubierto con incidencia sobre derechos fundamentales necesita de una autorización judicial nueva. Porque, sin necesidad de esta, el agente encubierto puede llevar a cabo aquellas actividades restrictivas de derechos fundamentales cuando la lesión radique precisamente en el engaño que subyace a la infiltración: esas conductas ya se encuentran justificadas por la autorización inicial para proceder a la infiltración.

Así, a título de ejemplo, el agente encubierto puede sin más:

— Entrar en domicilios ajenos y lugares cerrados (aunque no puede proceder a registros en ellos, pues no sería compatible con las formalidades exigidas por la ley para esta actividad).

— Conversar con sospechosos, encausados y testigos y acceder así a informaciones que estos no estarían obligados a suministrarle si actuara de forma abierta (y, también, podrá grabar estas conversaciones incriminatorias).

En estos casos, es el propio consentimiento del sospechoso, del encausado o del tercero el que justifica la actividad del agente; porque aunque dicho consentimiento está viciado por el engaño, la incidencia del engaño sobre estas personas es precisamente aquello que cubre la autorización judicial inicial.

La STS 3217/2026, de 10 de julio, aplica a los agentes encubiertos la doctrina general sobre falta de eficacia probatoria de lo declarado por el sospechoso ante la policía. En consecuencia, no podrá sostenerse una condena en el mero testimonio del agente encubierto que relate ante el tribunal lo que el acusado le contó durante el periodo en que se mantuvo la infiltración. Eso sí, lo que el sospechoso le relate al agente encubierto durante la infiltración podrá –*rectius*, debería– ser aprovechado para la investigación del delito (v.g., si le cuenta dónde enterró un cadáver, se podrán llevar a cabo válidamente medidas de búsqueda, con eficacia probatoria si son fructíferas). El agente encubierto, en cambio, sí que podrá declarar como testigo respecto de lo que percibió durante la infiltración, esto es, respecto de las conductas que el acusado realizó en su presencia –en tal caso, no se trata de «declaraciones» en sentido propio.

En cambio, cuando la lesión al derecho fundamental excede del mero engaño en que se funda la infiltración, será inevitable la sujeción a los requisitos legales. Esto es lo que sucederá, a título de ejemplo, cuando se quieran interceptar comunicaciones telefónicas, o postales, o efectuar registros. De forma expresa, el art. 282-bis 7 LECrim señala que el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio.

e) Si realmente se quiere diseñar una infiltración policial que sea adecuada a los fines que de ella se esperan, debe asumirse la posibilidad de que el agente

encubierto pueda participar en ciertas conductas delictivas. Precisamente por este motivo cabe entender que esta medida de investigación, además de lesiva de derechos fundamentales, es contraria a principios básicos sobre los que se asienta el Estado de Derecho.

Lo anterior, sin embargo, no supone atribuirle al agente encubierto una patente de corso, sino que la ley establece una clara limitación a su conducta también desde esta perspectiva. En concreto, establece en el art. 282-bis 5 I una causa de justificación especial, de análoga significación a la del art. 20.7º CP, que opera para exonerar al agente encubierto de responsabilidad penal por los ilícitos penales en que pueda haber incurrido en el desarrollo de sus investigaciones. En concreto, la conducta del agente no será antijurídica si era necesaria y proporcionada a los fines de la investigación, y si, además, no supone provocación al delito.

> En particular, se establece que el juez pueda autorizar al agente encubierto informático a intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido (v.g., con imágenes susceptibles de calificarse como pornografía infantil) y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos.

Esta norma se complementa con una especialidad procesal para el caso de que se persiga criminalmente al agente encubierto por algún delito cometido durante la infiltración. Exige en tal caso el párrafo segundo del art. 282-bis 5 que el instructor recabe informe de quien autorizó la identidad supuesta, que será el juez de instrucción; informe que habrá de versar sobre los datos que permitan valorar mejor hasta qué punto la conducta del agente se situó dentro o fuera de los límites de la especial causa de justificación a que nos hemos referido.

f) Al agente encubierto se le dispensa protección en su doble condición de servidor público que ha desarrollado una labor arriesgada y como testigo de cargo en la instrucción y en el juicio oral. Esta protección puede ser distinta en función de la fase del proceso en que nos encontremos:

Así, durante el desarrollo de la infiltración, quedará protegido por dos vías: de un lado, por el secreto de sumario, que impedirá a los encausados saber que están siendo investigados de forma encubierta; de otro, por la previsión del art. 282-bis 1 II, a tenor de la cual se ordena que la identidad real del agente encubierto se mantenga siempre reservada, fuera de las actuaciones. Durante esta etapa el agente encubierto no ostenta aún la condición de testigo, sino únicamente la de policía judicial.

Concluida la infiltración, pero aún durante la fase de instrucción, el agente encubierto ostentará la condición de testigo en cuanto declare en calidad de tal ante el instructor, y recibirá la protección general que la L.O. 19/1994 dispensa a los testigos; además de que su identidad real se mantendrá en secreto.

Finalmente, si se llega al juicio oral, el art. 282-bis le permite al agente servirse en él de su identidad supuesta, lo que significa que permanecerá oculta

hasta el final su identidad real: si la defensa solicita en ese momento conocer la identidad del testigo protegido, se le suministrará la ficticia, no la real: conociendo la identidad supuesta del agente encubierto, así como su condición de tal, los acusados disponen de información razonablemente suficiente para entender asegurado el respeto a su derecho de contradicción.

8. ACCESO A DATOS PNR (REGISTRO DE NOMBRES DE PASAJEROS)

La reciente Ley Orgánica 1/2020, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos de terrorismo y delitos graves, ha dado carta de naturaleza a una nueva medida de investigación restrictiva de derechos fundamentales: el acceso a los llamados «datos PNR» relativos a los pasajeros de vuelos aéreos. Los datos PNR (*Passenger Name Record*) son los que se generan cuando una persona se desplaza en avión y entre ellos se incluyen, entre otros, la dirección y datos de contacto (número de teléfono, dirección de correo electrónico), los datos de pago, incluida la dirección de facturación, los datos del asiento, incluido el número, información relativa al equipaje, la fecha de reserva y de emisión del billete, la información sobre viajeros frecuentes. Se trata de datos que pueden afectar de forma clara a la privacidad de las personas afectadas, razón por la cual es precisa una regulación muy detallada y exhaustiva.

La LO 1/2020 establece el deber general de las compañías aéreas y las entidades de gestión de reserva de vuelos (como operadores turísticos y agencias de viajes) de suministrar estos datos a la Unidad de Información sobre Pasajeros (UIP), que se integra orgánicamente en el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado, dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior. Este órgano será responsable del tratamiento de los datos PNR, es decir, de trabajar con ellos de modo que resulten de utilidad para identificar a las personas que puedan estar implicadas en delitos de terrorismo y delitos graves, o para elaborar informes de inteligencia estratégica y de análisis de riesgo. A partir de ahí, la LO 1/2020 se ocupa de regular quién puede acceder a estos datos y con qué propósito. Y, por supuesto, entre las autoridades competentes que pueden recabar datos PNR de la UIP se encuentran las autoridades judiciales que se ocupen de la investigación y el enjuiciamiento de delitos de terrorismo y de delitos graves.

> La LO 1/2020 supone la trasposición a nuestro ordenamiento interno de una Directiva europea (la Directiva 2016/681, de 27 de abril de 2016). La STJUE de 21 de junio de 2022 (asunto C-818/19, *Ligue des droits humains*) analizó la validez de la Directiva PNR y su compatibilidad con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Aunque llegó a la conclusión de que la Directiva es conforme con aquella, subrayó igualmente la necesidad de que las facultades que en ella se conceden se limiten a lo estrictamente necesario para la prevención y la persecución del terrorismo y otros delitos graves.

LECCIÓN 11

LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Cuestiones generales en relación con las medidas cautelares personales en el proceso penal: 1.1. Concepto; 1.2. Presupuestos; 1.3. Características; 1.4. Medidas cautelares personales. — 2. Citación cautelar. — 3. Detención: 3.1. Concepto y presupuestos; 3.2. Derechos del detenido; 3.3. Duración de la detención; 3.4. Puesta a disposición judicial del detenido; 3.5. El procedimiento de «habeas corpus». — 4. Prisión provisional: 4.1. Concepto y presupuestos; 4.2. Duración de la prisión provisional; 4.3. Modalidades de la prisión provisional; 4.4. Abono de condena e indemnización por prisión indebida — 5. Libertad provisional: 5.1. Concepto; 5.2. Presupuestos y obligaciones accesorias. — 6. Procedimiento para acordar la libertad o la prisión provisional (con fianza): 6.1. Sustanciación del procedimiento; 6.2. La resolución y el régimen de recursos; 6.3. Ejecución del auto de prisión. — 7. Las órdenes de alejamiento. — 8. Las medidas de protección de ciertas clases de víctimas: 8.1. La orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica; 8.2. Las medidas de protección específicas para la protección de las víctimas de la violencia de género; 8.3. Las medidas de protección específicas para la protección de las víctimas menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada. — 9. Medidas cautelares especiales: 9.1. Privación del permiso de conducir vehículos de motor o de la licencia para conducir ciclomotores; 9.2. Suspensión de función o cargo público; 9.3. Prohibición de abandonar el territorio nacional; 9.4. Retirada provisional de contenidos ilícitos. — 10. Medidas cautelares personales frente a personas jurídicas. — 11. Medidas cautelares patrimoniales.

1. CUESTIONES GENERALES EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL

1.1. Concepto

El proceso penal, para desarrollarse, necesita del transcurso del tiempo. Sin embargo, la propia extensión de su tramitación a lo largo del tiempo es fuente de un grave riesgo: que el proceso se frustre y no pueda cumplir con sus objetivos, y ello por varios tipos de razones:

a) De un lado, y respecto del *objeto penal* del proceso, ya sabemos que es necesaria la presencia del encausado y su disponibilidad para los tribunales penales: sin ello –salvo ciertas excepciones– no puede celebrarse la fase de juicio oral ni, en consecuencia, dictarse sentencia. El riesgo de que el encausado se sustraiga a la acción de la justicia quedando fuera de la disposición del tribunal (riesgo de fuga) es así el riesgo de que el proceso penal no pueda siquiera desarrollarse por todas sus fases ni cumplir los fines que tiene encomendados.

Asimismo, también se da el riesgo de que el encausado aproveche el lapso de tiempo que requiere la sustanciación del proceso para destruir, ocultar o alterar las fuentes de prueba en su contra, antes de que la autoridad judicial llegue a conocer su existencia y a incorporarlas a la causa: en este caso, se corre el riesgo de que el proceso fracase ante la ausencia sobrevenida de pruebas de cargo.

Por otra parte, la experiencia demuestra cómo, en más ocasiones de las deseables, el encausado que se halla en situación de libertad mientras se sustancia el proceso utiliza esa condición para cometer nuevos hechos delictivos, generándose con ello un sentimiento de impunidad en el delincuente y de desprotección en la ciudadanía, que es radicalmente contrario a los fines que se deben perseguir a través del proceso penal.

b) De otro lado, y respecto del *objeto civil* del proceso penal, es posible que el investigado o encausado y/o los responsables civiles distintos del investigado o encausado aprovechen el transcurso del tiempo que dura el proceso para colocar sus bienes –que son los que deben afrontar las responsabilidades derivadas de la acción civil– fuera del alcance del tribunal, de manera que cuando llegue la hora de ejecutar la sentencia no existan en su patrimonio bienes sobre los que hacerla efectiva.

A estas situaciones de riesgo o peligro, derivadas del necesario transcurso del tiempo para tramitar un proceso, se las conoce como *periculum in mora* o «peligro de demora». Y la solución que proporciona la Ley para subsanar estas situaciones de riesgo son las *medidas cautelares*. Se trata de disposiciones acordadas a título provisional por el tribunal, cuya función es asegurar que el transcurso del tiempo no frustrará las finalidades del proceso. Su contenido varía según el tipo de responsabilidad que se quiere asegurar (penal o patrimonial) y, también, en función de la clase de peligro que se aprecie en cada caso concreto y trate de combatirse.

En relación con el objeto penal del proceso, la ley faculta al órgano jurisdiccional para imponer restricciones a la libertad personal del encausado (medidas cautelares personales), con la finalidad de asegurar que no se sustraerá a la acción de la justicia, que no destruirá, ocultará o alterará las fuentes de prueba y, excepcionalmente, que no cometerá nuevos hechos punibles. Y, en relación con el objeto civil, se permite restringir el poder de disposición del presunto responsable civil sobre determinados bienes (medidas cautelares patrimoniales), para asegurar que, cuando se llegue a la sentencia de condena, habrá en su patrimonio activos suficientes sobre los que proyectar la ejecución.

1.2. Presupuestos

Debe tenerse en cuenta que las medidas cautelares suponen una clara invasión del poder público en la esfera personal de los sujetos pasivos del

proceso penal sin que aún se haya dictado una sentencia firme que declare su responsabilidad penal y su responsabilidad civil. Es decir, las medidas cautelares suponen: *a)* una limitación de la libertad personal (o de otros derechos), sin que aún se haya declarado de manera irrevocable que el encausado es merecedor de una sanción privativa de la libertad (o de otros derechos); *b)* una limitación de su derecho a la libre disposición sobre su patrimonio, sin que aún se haya declarado de manera irrevocable que el encausado es responsable de unos daños cuya reparación ha de afrontar con su patrimonio.

Por eso mismo, el ordenamiento condiciona la adopción de medidas cautelares a la comprobación por el órgano judicial de que concurren dos presupuestos:

1) El *periculum in mora*: ha de acreditarse que realmente se da un peligro concreto, en el caso de que se trate, de que el encausado tratará de sustraerse a la acción de la justicia mediante su ocultación o fuga, o de que tratará de destruir, alterar u ocultar las fuentes de prueba, o de que cometerá de nuevo hechos punibles (medidas cautelares personales → objeto penal del proceso); o de que el encausado o el responsable civil no encausado tratarán de colocar su patrimonio fuera del alcance del tribunal, por ejemplo, ocultándolo o transmitiéndolo a terceros (medidas cautelares patrimoniales → objeto civil del proceso).

2) La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* o *fumus delicti commisi*: la existencia de indicios sólidos, racionales y fundados de que al final del proceso se proclamará la culpabilidad y/o la responsabilidad civil de la persona respecto de la cual se adoptan las medidas cautelares. Se trata, por tanto, de la verosimilitud del objeto del proceso, es decir, que conste en la causa la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito del que una persona aparezca como responsable probable (razonada atribución del hecho punible a una persona determinada).

1.3. Características

Las medidas cautelares que se adoptan en el proceso penal, ya tengan naturaleza personal o patrimonial, comparten una serie de características:

— *Jurisdiccionalidad*: las medidas cautelares solo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, durante cualquier momento de la tramitación del procedimiento y siempre a través de resolución motivada. Ello es así por su carácter restrictivo de derechos.

— *Instrumentalidad*: las medidas cautelares tienen como finalidad garantizar la aplicación del *ius puniendi* y constituyen un medio para asegurar el normal desarrollo del proceso penal al que están supeditadas en todo caso, no pudiendo nunca ser adoptadas como medida de seguridad o como «pena anticipada».

— *Provisionalidad*: la duración máxima de las medidas cautelares coincide con la de la pendencia del proceso al que están supeditadas, aunque si

durante la tramitación del mismo se produce una variación de los presupuestos de las medidas, estas podrán ser modificadas o dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte. Además, el legislador ha establecido unos plazos máximos de duración a ciertas medidas, para evitar que una prolongación excesiva del proceso genere un daño desproporcionado al sujeto frente a quien se acordaron.

— *Proporcionalidad*: como limitación a la libertad individual o a la disponibilidad de ciertos bienes, las medidas cautelares pueden ser de intensidad diversa, que el órgano jurisdiccional deberá modular para adecuarlas al fin que con ellas se pretende y evitar así que se conviertan en «penas anticipadas» incompatibles con la presunción de inocencia.

— *Excepcionalidad*: la necesaria compatibilización de la presunción de inocencia y la inviolabilidad de la libertad personal con la adopción de medidas cautelares hace que estas se hayan de acordar necesariamente con carácter excepcional, de forma que la libertad del investigado o encausado en el proceso sea respetada salvo que se estime indispensable, por razones de cautela o de prevención especial, la pérdida de libertad, y ello dentro de los límites legales establecidos al efecto. Dado que las medidas cautelares personales pueden conllevar una privación o una limitación a la libertad del investigado o encausado, han de sujetarse a las reglas generales sobre restricción de derechos fundamentales en el proceso penal.

1.4. Medidas cautelares personales

La adopción de medidas cautelares personales supone el punto más crítico del difícil equilibrio entre los dos intereses, aparentemente contrapuestos, sobre los que gira el proceso penal: el respeto a los derechos del investigado o encausado y el interés público en una persecución penal eficaz.

A través de las medidas cautelares personales se pretende, en primer término, asegurar la presencia física del investigado o encausado en el proceso penal durante todas sus fases, es decir, que se encuentre en todo momento a disposición de la Administración de Justicia:

— durante la fase de instrucción (para la práctica de interrogatorios, ruedas de reconocimiento, exámenes psiquiátricos, etc.);

— durante la fase de juicio oral (práctica de prueba, plenitud del derecho de defensa);

— durante la impugnación de la sentencia;

— para la ejecución de la hipotética pena privativa de libertad que pudiera imponérsele.

Y ello se logra, quiérase o no, a través de las limitaciones de su derecho a la libertad, cuya intensidad variará en función del peligro en la demora y en función también de la solidez de los indicios (apariencia de buen derecho).

Las medidas cautelares personales cuya finalidad consiste en asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso penal son la citación cautelar, la detención, la prisión provisional y la libertad provisional.

Como ya se ha dicho antes, las medidas cautelares personales también pueden utilizarse para combatir peligros diversos al riesgo de fuga. Así, y según se verá, la prisión provisional puede utilizarse también para conjurar el peligro de que se oculten, alteren o destruyan pruebas de relevancia para el proceso. Y, asimismo, también existen algunas medidas cautelares destinadas a evitar el riesgo de reiteración delictiva por parte del investigado o encausado: con esta finalidad puede adoptarse la prisión provisional, pero también otras medidas, como las órdenes de alejamiento al amparo del art. 544-bis LECrim o las diversas medidas previstas para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y de la violencia de género.

2. CITACIÓN CAUTELAR

También denominada orden de comparecencia, está regulada en los arts. 486 a 488 LECrim. Durante la instrucción, el juez podrá citar cautelarmente a declarar a cuantas personas estime conveniente, personas que tendrán el deber de comparecer al llamamiento judicial. Por eso, esta medida constituye la mínima constricción posible a la libertad personal (le priva de la libertad de hacer cosa distinta a comparecer). Con esta medida solo se persigue oír a la persona a quien se impute un hecho punible, por lo que cumple una triple función: comunicarle la imputación, posibilitar su actuación como parte y limitar la actividad del investigado garantizando su disponibilidad al órgano instructor.

Si el citado no comparece ni justifica causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia puede convertirse en orden de detención.

3. DETENCIÓN

3.1. Concepto y presupuestos

La detención es la privación de libertad de un sujeto con la finalidad de ponerlo a disposición judicial, siempre que se encuentre comprendido en alguno de los casos previstos en la ley (*vid*. arts. 17 CE y 489 LECrim). Se trata de una medida cautelar de naturaleza provisionalísima que pueden adoptar la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal, la Policía e incluso los particulares.

La detención solo puede ser acordada en los casos (presupuestos) previstos en la ley. Según la regulación legal, la detención puede producirse en tres momentos diferentes: antes de la eventual incoación del proceso penal, durante la tramitación del proceso y una vez concluido este.

1º. *Detención practicada sin que exista causa pendiente (antes de que haya comenzado el proceso penal)*

— Los apartados 1º y 2º del art. 490 LECrim permiten a cualquier persona detener a quien intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo y al delincuente *in fraganti*. En estos casos, por tanto, se permite proceder a la detención a los particulares (que tienen la facultad de efectuarla, pero no el deber) y a la Autoridad judicial, al Fiscal o a la Policía (que tienen el deber).

— El apartado 4º del art. 492 LECrim permite que la Autoridad (= juez de instrucción y Ministerio Fiscal) o agente policial detengan a quien fuese considerado motivadamente como sospechoso de haber participado en un hecho que presentara los caracteres de delito (aunque no sea sorprendido ni en el momento de ir a cometerlo ni tampoco *in fraganti*).

2º. *Detención practicada durante la tramitación del proceso*

— Cualquier persona (= particulares y autoridad) puede proceder a la detención de quien se fugare estando detenido o preso por causa pendiente, así como al investigado o encausado que estuviere en rebeldía (art. 490 6º y 7º LECrim).

— La Autoridad y los agentes de policía judicial tienen el deber de detener al investigado o encausado que se encontrare en rebeldía por delito castigado con pena superior a tres años de privación de libertad o al investigado o encausado por delito castigado con pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho delictivo hicieren presumir que no comparecerá al llamamiento de la Autoridad judicial (art. 492.3º LECrim). En este último caso no se procederá a la detención si el procesado presta 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.

3º. *Detención practicada una vez concluido el proceso*

Los arts. 490.3º, 4º, 5º y 7º y 492.1º LECrim facultan a cualquier persona y obligan a la Autoridad o agente –respectivamente– a detener a los condenados por delito que se fuguen del lugar en que estuviesen custodiados.

Cuando al presunto reo se le impute un ***delito leve*** solo procederá la detención cuando no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle (art. 495 LECrim). La regla, en la práctica actual, no es fácil de aplicar, pues está pensada para coordenadas sociales que ya no son habituales. En especial, no es posible imaginar a alguien distinto de un juez (un policía, un fiscal) exigir legítimamente la prestación de fianza –ni a un juez ordenar la detención de alguien por un delito leve. Debe tenerse en cuenta, además, que los límites entre un delito y un delito leve dependen a menudo de factores que la persona que procede a la detención no puede conocer (v.g., si el valor de lo hurtado excede o no de 400 euros); en estas situaciones la detención será posible, salvo que fuera manifiesto el carácter leve

de la conducta –o si el reo no tuviese domicilio conocido ni prestase fianza bastante...

3.2. Derechos del detenido

Los derechos del detenido se contienen principalmente en los arts. 17 CE y 520 LECrim y están pensados para la detención judicial o policial. También resultan aplicables al sujeto contra el que se decrete la prisión provisional. Son los siguientes:

1º. A que la detención se practique de la forma que menos perjudique al detenido (o preso) en su persona, reputación y patrimonio.

> En consecuencia, 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 aquellos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información (v.g., evitando la difusión de imágenes de personas esposadas).

2º. A ser informado por escrito, en lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten.

> Cuando sea necesario, 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.

En concreto, los derechos que le asisten como detenido y de los que ha de informársele son los siguientes.

a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen (contestar parcialmente) o a manifestar que solo declarará ante el juez (en caso de interrogatorio policial).

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 aquel, salvo que dicha comunicación sea imposible

En relación con esta asistencia de letrado, se puede señalar lo siguiente:

> — El detenido designará libremente a un abogado (salvo si la detención es incomunicada), sin que ninguna autoridad o agente le pueda efectuar recomendación alguna.

— Si el detenido no procede a efectuar la designación de abogado, esta se hará de oficio (lo cual no conlleva necesariamente la gratuidad, solo si realmente el detenido carece de recursos económicos). Lo mismo se hará en caso de que el detenido designe un abogado que no acepte el encargo, no sea hallado o no comparezca.

— El abogado designado de oficio tendrá que acudir al lugar donde se encuentre el detenido o preso a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. 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 exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

— Aunque el derecho a la asistencia de abogado es como regla irrenunciable, el detenido podrá renunciar válidamente a su derecho a la asistencia letrada si el hecho motivador de la detención fuera susceptible de ser tipificado exclusivamente como delito contra la seguridad en el tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento.

— La asistencia del abogado al detenido o preso durante la declaración o el reconocimiento tiene un contenido determinado:

i) solicitar que se informe al detenido o preso de sus derechos;

ii) pedir el reconocimiento médico del detenido o preso;

iii) intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido;

iv) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

> Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, 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.

v) solicitar al juez de instrucción o al funcionario de policía que hubiesen practicado la diligencia 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;

vi) entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial (salvo que la detención sea incomunicada)

— Las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial: así lo recuerda el art. 16 de la Ley Orgánica del Derecho de Defensa (sobre la relevancia básica de esta regla, cfr. también la STEDH de 3 de febrero de 2015, *Pruteanu c. Rumanía*). Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas, sea durante la asistencia del abogado al detenido o preso, sea durante la ejecución de alguna medida de investigación, 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. Como excepción, no habrá confidencialidad 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.

d) Derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o de la privación de libertad.

e) Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar, o persona que desee el detenido o preso, 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. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse.

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 (salvo en caso de detención o prisión incomunicada)

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.

Este derecho, previsto inicialmente para extranjeros, también se reconoce a los nacionales españoles que se encuentren en las mismas circunstancias (STC 74/1987, de 25 de mayo).

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.

k) Derecho a ser informado 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.

Este conjunto de derechos deberá figurar en un documento escrito, que se le entregará al detenido y que este tendrá derecho a conservar en su poder durante todo el tiempo de la 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.

En caso de que el detenido sea menor o persona con la capacidad modificada judicialmente, existen ciertas garantías adicionales:

Si se trata de un menor, será puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad. En caso de conflicto de intereses con quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor, se le nombrará un defensor judicial a quien se pondrá en conocimiento del hecho y del lugar de detención.

Si el detenido tuviere su capacidad modificada judicialmente, la información de derechos se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal.

Si el detenido menor o con capacidad modificada judicialmente fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país.

3.3. Duración de la detención

El art. 17.2 CE dispone 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. El «esclarecimiento de los hechos» a que se refiere el mencionado artículo supone únicamente la realización de las diligencias de carácter urgente

que lleva a cabo la policía según lo previsto en el art. 520 LECrim y que son exclusivamente el *reconocimiento de identidad* y la *declaración del detenido*.

El plazo máximo establecido en el art. 17.2 CE puede ser ampliado hasta durar un total de 10 días cuando haya sido declarado el estado de sitio (art. 16 LO 4/81) y hasta durar un total de 5 días en los supuestos de terrorismo (art. 520 bis LECrim). El incumplimiento del plazo máximo de detención acarreará la responsabilidad penal del funcionario de policía infractor (art. 164 CP).

> El art. 520 ter LECrim contempla un supuesto singular, el de los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima. Los derechos reconocidos en el art. 520 LECrim les serán aplicados en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención. Estos sujetos deberán ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de los que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o su situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo.

3.4. Puesta a disposición judicial del detenido

La puesta a disposición judicial del detenido es la finalidad básica que persigue la detención. La entrega del detenido debe hacerse al juez de instrucción más próximo (art. 496.1) y, habiendo varios, al que ese día estuviera de guardia. Esta regla, prevista para que el detenido quede al amparo del órgano jurisdiccional lo antes posible, presenta dos excepciones: 1) si la detención ha sido ordenada por resolución judicial, el detenido deberá ser presentado ante el órgano que la haya dictado; y 2) si se trata de delitos cometidos por bandas armadas o terroristas, la puesta a disposición se hará a los jueces de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia (es decir, en Madrid).

A partir de la entrega, las actuaciones del órgano jurisdiccional dependen de la fase en que se encontrara el proceso penal en el momento de practicarse la detención:

a) Si la detención se produjo antes de que hubiera un proceso penal abierto (supuesto muy habitual), el juez de instrucción practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido, según proceda, en el plazo de 72 horas, a contar desde la entrega. Si el juez fuese incompetente, hecho lo anterior, remitirá al que lo sea las diligencias y al sujeto privado de libertad (art. 499 LECrim).

b) Cuando la detención se practique durante la pendencia de un procedimiento, la ley distingue en función del órgano jurisdiccional al que se

haga la entrega. Si el detenido es entregado al juez de instrucción que está conociendo de la causa, deberá este elevar la detención a prisión o dejarla sin efecto en 72 horas. Si se trata de un juez distinto al que está conociendo de la causa, deberá proceder según lo previsto en el art. 505.6 LECrim, en función de que sea o no posible poner al detenido a disposición del juez competente en el plazo de 72 horas.

c) Cuando la detención haya sido efectuada una vez terminado el proceso, respecto de quien se fugó o se negó a su ingreso en centro penitenciario, el juez que haya acordado la detención o a quien se entregue el detenido dispondrá que este sea remitido de inmediato al establecimiento o lugar donde debiere cumplir condena (art. 500 LECrim).

3.5. El procedimiento de *habeas corpus*

El procedimiento de *habeas corpus*, regulado en la LO 6/1984 de 24 de mayo (LOHC), está previsto para las detenciones no jurisdiccionales efectuadas irregularmente o mantenidas más allá del plazo fijado por las leyes, y su objeto consiste en que un juez determine si es legítima una situación de privación de libertad no acordada por un órgano jurisdiccional.

La LOHC otorga protección a las personas que se encuentran en alguna de las siguientes situaciones:

— Las que se encuentran detenidas por alguna autoridad pública o por un particular, sin que concurran los presupuestos legales o sin que se cumplan las formalidades exigidas por la ley.

— Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.

— Las que estén detenidas por un plazo superior al señalado en las leyes si, transcurrido el plazo, no son puestas en libertad o entregadas al juez más próximo al lugar de la detención.

— Las personas privadas de libertad en supuestos legítimos, pero a las que no se les respeten los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan al detenido.

La competencia para conocer del procedimiento de *habeas corpus* corresponde al juez de Instrucción del lugar donde se halle la persona privada de libertad; si no se conoce, el del lugar donde se produjo la detención; en defecto de lo anterior, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido (en casos de detención por terrorismo, corresponderá directamente al juez de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia que esté de guardia).

La legitimación para instar el procedimiento se atribuye a la persona privada de libertad, a su cónyuge o persona asimilada, descendientes,

ascendientes, hermanos, al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo. Cabe también una incoación de oficio.

El procedimiento da comienzo con una petición escrita, que el propio detenido (si es él quien lo promueve) puede formular ante la autoridad bajo cuya custodia se encuentre y que esta deberá remitir al juez competente de inmediato. No es necesaria la intervención de abogado ni de procurador.

Recibida la solicitud, el juez habrá de decidir si dicta auto incoando o no el procedimiento: puede rechazarlo de plano si considera la petición improcedente. Pero si dicta resolución incoando el procedimiento, habrá de resolverlo en el plazo máximo de 24 horas. Las actuaciones que lo integran son las siguientes: a) Puesta de manifiesto: la persona privada de libertad ha de ser conducida de inmediato a presencia judicial, o bien acudirá el juez al lugar donde se encuentre; b) Audiencia a los interesados (*v.g.*, el privado de libertad, el Fiscal, el funcionario que lo detuvo); c) Práctica de las pruebas que se consideren oportunas.

Hecho lo anterior, el juez habrá de resolver. Si estima que la persona no ha sido ilegalmente detenida, archivará las actuaciones. Si estima, por el contrario, que la detención ha sido ilegítima, podrá acordar lo siguiente: su inmediata puesta en libertad; la continuación de su privación de libertad, pero en establecimiento distinto o bajo la custodia de personas distintas; o que el detenido sea puesto de inmediato a disposición judicial.

4. PRISIÓN PROVISIONAL

4.1. Concepto y presupuestos

La prisión provisional o preventiva supone la privación de libertad del encausado mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la tramitación del procedimiento penal, dentro de los plazos señalados en la ley. Se trata de la medida cautelar de mayor alcance y que incide más intensamente en el derecho fundamental a la libertad personal: por ello debe acordarse con carácter excepcional.

El art. 502.2 LECrim ofrece una regla general para esta materia, que no es sino una concreción de la teoría general de la restricción de los derechos fundamentales en el proceso penal: «La prisión provisional solo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional».

Sentada esta premisa general, el art. 503 establece los requisitos de los que depende la adopción de la prisión provisional:

1.º 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, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

2.º 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.

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso, cuando pueda inferirse racionalmente un *peligro de fuga*.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que el asunto ha de tramitarse por los cauces del procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

De forma especial, cabe presumir la existencia de riesgo de fuga cuando el sujeto no hubiere comparecido en los dos años inmediatamente anteriores, sin motivo justificado, al llamamiento en calidad de investigado realizado por cualquier juez o tribunal en la misma o en otra causa penal por delito, o hubiere sido declarado rebelde en un procedimiento penal. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena se establece de manera general para que sea procedente la prisión provisional.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las *fuentes de prueba* relevantes para el enjuiciamiento, en los casos en que exista un peligro fundado y concreto de que se hiciera.

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo

c) Evitar el riesgo de que el investigado o encausado *cometa otros hechos delictivos*, lo que incluye evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP (violencia doméstica).

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

> En el ámbito específico contamos con el sistema VdG o VioGén, de seguimiento integral en los casos de violencia de género. Se trata de una plataforma de inteligencia artificial que se mantiene constantemente actualizada y que integra, tecnológicamente, toda la información disponible sobre un caso o sobre una víctima. VioGén se nutre de información que procede, entre otros, de declaraciones de la víctima y de testigos, de Registros oficiales, de dispositivos de geoposicionamiento, de antecedentes policiales y de registros accesibles por las unidades de policía judicial. Entre las utilidades que ofrece el sistema VioGén está la de valorar el nivel de riesgo de padecer nuevas agresiones, a partir de un número elevado de indicadores (entre ellos, v.g., que el presunto agresor se haya fugado; la existencia de vejaciones, insultos, humillaciones, violencia física o sexual; un previo empleo de armas contra la víctima; el acceso a armas; una hipotética escalada en la gravedad o en la frecuencia de las agresiones o amenazas).
>
> Estos datos se someten a algoritmos que valoran las puntuaciones introducidas respecto de cada uno de los indicadores de riesgo y devuelven una valoración de riesgo en cinco niveles («no apreciado», «bajo», «medio», «alto» y «extremo»), que se comunica al juez de Violencia sobre la Mujer y a la Fiscalía. Aunque su finalidad primordial es el establecimiento de un plan personalizado de seguridad para cada víctima, cabe utilizarlo –en principio como un elemento más– a la hora de valorar las circunstancias fácticas que justifiquen la adopción de medidas cautelares de protección a la víctima –incluidas, no se olvide, la prisión provisional y otras medidas limitativas de la libertad ambulatoria–.

Además, solo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando concurran los requisitos siguientes:

— Que el hecho delictivo imputado sea doloso.

— Que el máximo de la pena prevista para el delito sea igual o superior a dos años de prisión. Este límite no será aplicable en dos casos: a) cuando se trate de evitar que el investigado o encausado vuelva a actuar contra la víctima; b) cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

Como puede apreciarse, la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal a través de la cual se pueden combatir tres clases de peligro diferente que amenazan, de igual manera, el éxito del proceso penal:

— El riesgo de fuga del investigado o encausado, que impide que el proceso pueda desarrollarse por todos sus trámites y desembocar en una sentencia condenatoria.

— El riesgo de destrucción, ocultación o alteración de las fuentes de prueba, que puede impedir igualmente el dictado de una sentencia de condena.

— El riesgo de que el investigado o encausado reitere su actividad delictiva, que compromete también los fines político-criminales de los que es instrumento el proceso penal.

4.2. Duración de la prisión provisional

La prisión provisional, como toda medida cautelar, queda sin efecto cuando concluye el proceso (pudiendo ser sustituida por prisión definitiva en caso de que la sentencia sea condenatoria): es decir, por definición no puede durar más que el propio proceso penal. Además de lo anterior, el art. 17.4 CE establece que «por ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional». El cumplimento de este plazo, establecido para evitar que el investigado o encausado (que goza de la presunción de inocencia) quede sometido a una privación de libertad excesivamente prolongada a causa de las dilaciones indebidas en que se incurra en el proceso, determina la extinción *ex lege* de la medida cautelar.

Por eso, el art. 504.1 LECrim señala, de modo general, que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que tiene encomendados y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.

De manera más concreta, el límite máximo de duración de la prisión provisional se determina en función de la finalidad que se persigue con la prisión provisional en cada caso concreto, esto es, en función del tipo de peligro de demora que se quiere combatir.

1º. Prisión provisional decretada para combatir el riesgo de fuga o el riesgo de reiteración delictiva: en este caso, 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 la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años.

> Cabe deducir de lo anterior que, como regla, no procederá la prisión provisional si el delito tiene asignada por ley una pena distinta a la de prisión.

No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 505, 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 el delito tuviere señalada pena igual o inferior a tres años. La prórroga solo podrá acordarse mientras no se hubiere agotado el primer periodo de duración de la prisión.

En caso de que el investigado o encausado fuere condenado y hubiera recurrido la sentencia, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia.

2º. Prisión provisional decretada para evitar el riesgo de alteración, destrucción u ocultación de las fuentes de prueba: su duración no podrá exceder de seis meses.

No obstante, cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o el secreto del sumario, si antes del plazo de los seis meses se levantare la incomunicación o el secreto, el juez o tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.

* Agotados los plazos máximos para la prisión provisional, el investigado o encausado habrá de ser puesto en libertad. Ahora bien, esto no impedirá que se vuelva a acordar la prisión provisional en el caso de que el investigado o encausado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal (y, en tal caso, la prisión tendrá la duración del acto procesal para el que fue llamado el investigado o encausado: normalmente, habrá sido llamado para acudir al juicio oral, razón por la cual podrá extenderse durante toda su duración).

> La puesta en libertad del investigado o encausado por agotamiento de los plazos máximos de duración de la prisión provisional conlleva en la práctica un alto grado de peligro de que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia. Para evitarlo, la mejor solución es, por supuesto, que no sea necesario agotar dichos plazos. A tal fin, el art. 504.6 LECrim ha dispuesto una serie de mecanismos cuya finalidad es acelerar aquellos procesos penales en que alguno de los investigados o encausados se encuentra en prisión provisional: en cuanto se constate que la medida de prisión provisional ya ha excedido de las dos terceras partes de su duración máxima, el juez o tribunal que conozcan de la causa y el Ministerio Fiscal comunicarán esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe, a los efectos de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad. Entre estas medidas se contempla expresamente la atribución de preferencia al proceso en cuestión sobre los demás.

Para el cómputo de los plazos de duración máxima de la prisión se tendrá en cuenta el tiempo que el investigado o encausado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa. De este cómputo se excluirá, sin embargo, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.

4.3. Modalidades de la prisión provisional

El régimen de la prisión provisional no es necesariamente uniforme, sino que admite varias modalidades:

1º. *Prisión comunicada*: es la situación ordinaria durante la cual el preso puede disfrutar de todos los derechos reconocidos en la ley (los mismos que se reconocen al detenido: art. 520 LECrim).

2º. *Prisión incomunicada*: supone la restricción de aquellos derechos del preso que le permiten un contacto con el exterior, para evitar que se ponga en peligro la investigación. Está regulada en los arts. 509 y 510 LECrim:

— La detención o prisión incomunicadas se podrán acordar cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la 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. En la resolución que acuerde la incomunicación (o su prórroga) habrán de hacerse constar los motivos por los que se decreta.

> En ningún caso podrán ser objeto de detención incomunicada los menores de dieciséis años.

— La incomunicación de los detenidos o presos durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia las diligencias tendentes a evitar los peligros mencionados. En términos generales, la incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días; excepcionalmente, si la prisión se acuerda en causa por delitos de terrorismo o por actividades propias de la delincuencia organizada, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.

— El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención la ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación. También se le permitirá contar con los efectos que él se proporcione, siempre y cuando a juicio del juez o tribunal no frustren los fines de la incomunicación. El preso no podrá realizar ni recibir comunicación alguna. No obstante, el juez o tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas.

3º. *Arresto domiciliario*: según el artículo 508.1, el juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del investigado o encausado se verifique en su domicilio, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. Esta modalidad domiciliaria de la prisión provisional se acordará con la vigilancia que resulte necesaria. El juez o tribunal podrá autorizar que el investigado o encausado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

4º. Asimismo, y si el investigado o encausado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación de sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o en

una organización legalmente reconocida para la continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del proceso penal sean anteriores al inicio del tratamiento. En este caso, el investigado o encausado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida.

4.4. Abono de condena e indemnización por prisión indebida

Según el art. 58 CP, si el encausado es finalmente condenado, el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se le abonará (= computará) en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada. Cuando no pueda ser así (porque no fue condenado, o porque estuvo más tiempo en prisión preventiva del que correspondía a la pena impuesta), ese tiempo se le abonará para el cumplimiento de las penas que pudieran imponérsele en otros procesos por otros hechos, siempre que hayan sido anteriores a su ingreso en prisión preventiva (esto último quiere decir que el tiempo pasado en prisión preventiva no atribuye al encausado una especie de «bono» que le permita delinquir de cara al futuro sabiéndose en parte impune).

En la práctica se suscita un problema cuando un sujeto se encuentra simultáneamente cumpliendo pena de prisión por un delito y en situación de prisión provisional respecto de otro: en principio, la prisión provisional en estos casos podría ser innecesaria, pues el sujeto ya se encuentra privado de libertad; no obstante, la concurrencia de situaciones conduce a que el sujeto no pueda disfrutar de ciertos beneficios penitenciarios (como los permisos de salida), justamente para evitar el riesgo de fuga. En cualquier caso, se plantea la pregunta de si el tiempo que un sujeto ha pasado en esta situación de concurrencia de ejecución de pena de prisión y prisión preventiva puede ser abonado o no en caso de condena posterior: el Tribunal Supremo venía señalando que no era posible, pero la STC 57/2008 de 28 de abril estableció que, al menos en determinados casos, sí que era procedente. Las consecuencias de este criterio jurisprudencial han sido fuertemente criticadas (cfr. STS de 10 de diciembre de 2009). Por esta razón, la reforma del Código Penal de 2010 se aprovechó para modificar el art. 58.1 CP e impedir el resultado interpretativo propuesto por el TC.

> En concreto, el art. 58.1 CP establece ahora lo siguiente: «1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente 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 abonada o le sea abonable en ella.»
>
> El TC, no obstante, parece haberlo dejado sin efecto en sus sentencias 92/2012, de 7 de mayo y 158/2012, de 17 de septiembre.

Además, a tenor del art. 294 LOPJ, si el encausado es absuelto o respecto de él se ha dictado auto de sobreseimiento libre en la fase intermedia, tiene

derecho a una indemnización como consecuencia de los perjuicios que le ha causado su estancia indebida en prisión. Este derecho oscila en su cuantía en función del tiempo de privación de libertad y de sus consecuencias personales y familiares. Prescribe en el plazo de un año, a contar desde que pudo ejercitarse. Y se ejercita en vía administrativa, es decir, dirigiendo una petición al Ministerio de Justicia, que se tramita conforme a las reglas propias para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado.

> Durante años, el art. 294 LOPJ limitaba el derecho a esta indemnización a que la absolución –o el sobreseimiento libre– se hubieran acordado por inexistencia del hecho delictivo; quedaban fuera, en cambio, quienes hubieran sido absueltos «por falta de pruebas». Se generaba con ello una especie de doble categoría de «inocentes», absolutamente incompatible con la presunción de inocencia, que arrojaba sobre parte de ellos una especie de sombra o sospecha permanente de culpabilidad. La STC 85/2019, de 19 de junio, acabó con esta distinción, declarando la inconstitucionalidad de los incisos del precepto que limitaban el derecho a la indemnización por prisión indebida a los casos de absolución o sobreseimiento libre por inexistencia del hecho delictivo –por ser contrarios a los arts. 14 y 24 CE–.

5. LIBERTAD PROVISIONAL

5.1. Concepto

La libertad provisional es la situación en que se encuentra el encausado, que conserva su libertad durante la tramitación del proceso, pero condicionada a la prestación de ciertas obligaciones accesorias que tienen por objeto asegurar su presencia en el proceso penal. Con la libertad provisional se logra compatibilizar la adopción de medidas que aseguren el normal desarrollo del proceso penal con el mantenimiento de la libertad individual del investigado o encausado, por lo que debe configurarse como la regla general en la adopción de medidas cautelares personales –y la prisión provisional como la excepción–.

> En ocasiones, los medios de comunicación social se refieren a esta situación con la peculiar denominación de «libertad con cargos», para poner de manifiesto que el sujeto se encuentra libre –que es algo que la opinión pública podría reprobar–, pero formalmente imputado.

5.2. Presupuestos y obligaciones accesorias

La libertad provisional se configura como una alternativa a la prisión provisional: procederá en caso de que el juez considere necesario prevenir el riesgo de fuga del investigado o encausado pero no considere procedente adoptar la prisión provisional.

Con objeto de garantizar la presencia del encausado en el juicio oral, la LECrim establece dos obligaciones accesorias con las que se puede condicionar la libertad provisional acordada por el juez:

1º. *La prestación de fianza*. Se trata de una obligación accesoria que no es preceptiva: en la resolución en que decrete la libertad provisional, el juez decidirá si el investigado o encausado ha de dar o no fianza para continuar en libertad y, asimismo, fijará la calidad y cantidad de la que habrá de prestar (art. 529). A tal efecto, se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del investigado o encausado y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de este para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial.

Resultan aplicables a la fianza para la libertad provisional las normas de las fianzas para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias en cuanto a la constitución, admisión, calificación y sustitución. Si el procesado no presenta o amplía la fianza en el término que se le señale, será reducido a prisión. La fianza se cancelará cuando el fiador personal lo pidiere, presentando a la vez al encausado; si este es reducido a prisión; cuando se dicte auto firme de sobreseimiento o sentencia firme absolutoria o cuando, siendo condenatoria, se presente el reo para cumplir la condena; y por muerte del investigado o encausado estando pendiente la causa (arts. 540 a 542 LECrim).

En caso de que el investigado o encausado incumpla su deber de comparecencia y se sustraiga a la acción de la justicia, el importe de la fianza se lo adjudicará el Estado. Si la fianza la prestó un tercero, antes de proceder el Estado a adjudicársela se le concederá un plazo de diez días para que presente al investigado o encausado; solo si en ese plazo no lo hace se apropia el Estado de la fianza.

2º. *La obligación de comparecer ante el juez.* Siempre que el juez acuerde la libertad provisional, con o sin fianza, el inculpado tendrá la obligación de comparecer en los días que le fueran señalados y cuantas veces fuera llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa (art. 530 LECrim). Las comparecencias podrán tener una periodicidad variable, según el mayor o menor riesgo de fuga. En la práctica es frecuente señalar los días 1 y 15 de cada mes. Cuando se produzca la excarcelación del investigado o encausado por el transcurso de los plazos legales de duración de la prisión provisional, el investigado o encausado quedará en situación de libertad provisional sin fianza, pero quedará sujeto a la obligación de comparecencia periódica.

6. PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LA LIBERTAD PROVISIONAL (CON FIANZA)

El procedimiento por el que se regula la adopción de la prisión provisional y de la libertad provisional con fianza es común. Las principales características son dos:

— En primer término, es necesaria la celebración de una audiencia o comparecencia (conocida en la práctica con el diminutivo de «vistilla»), en la que se decidirá sobre la adopción de la prisión o libertad provisionales.

— Y, en segundo término, ha de destacarse que ni la prisión provisional ni la libertad provisional con fianza se pueden adoptar de oficio: el juez solo podrá acordarlas si así lo solicita el fiscal o alguna de las acusaciones personadas en la causa.

6.1. Sustanciación del procedimiento

El art. 505 LECrim regula de forma pormenorizada el procedimiento que ha de seguirse a tal fin.

En cuanto el detenido sea puesto a disposición del juez de instrucción que deba conocer de la causa, este podrá, sin más trámites, decretar su libertad provisional sin fianza. Ahora bien, si considera que la situación puede hacer necesaria la adopción de la prisión provisional o de la libertad provisional con fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete alguna de estas medidas (esta audiencia recibe en el foro la denominación coloquial de «vistilla»).

Esta audiencia deberá celebrarse dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al investigado o encausado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

Esta misma audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional o la libertad provisional con fianza del investigado o encausado, cuando este no se encuentre detenido. En tal caso, sin embargo, la fecha para su celebración se fijará sin sujeción al plazo de las 72 horas.

En la audiencia, el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora podrán solicitar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza. En tal caso, quienes hubieran concurrido podrán realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las setenta y dos horas antes indicadas. Los medios de prueba deberán referirse a la concurrencia o no de los presupuestos para la adopción de la medida cautelar que solicite quien los proponga (verosimilitud del delito, riesgo de fuga, existencia de antecedentes, peligro de ocultación de pruebas, etc.).

El juez o tribunal decidirá sobre la procedencia o no de la prisión o de la imposición de la fianza. Si ninguna de las partes las hubiera solicitado, entonces, según se ha dicho, acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del investigado o encausado que estuviere detenido.

Si por cualquier razón la audiencia no pudiera celebrarse, el juez podrá acordar por sí solo la prisión provisional o la libertad provisional con fianza, si

concurrieran sus presupuestos. No obstante, dentro de las siguientes setenta y dos horas, el juez convocará una nueva audiencia, con sujeción a las reglas ordinarias, y tras la que solo podrá mantenerse la prisión o la libertad provisional con fianza si alguno de los acusadores lo solicita.

Se plantea un supuesto especial en caso de que el detenido fuera puesto a disposición de un juez distinto del juez que conociere o hubiere de conocer de la causa. En principio, el juez que reciba al detenido habrá de remitírselo al juez competente para que ante él se celebre, en su caso, la audiencia y se decrete alguna de las medidas cautelares que nos ocupan. Ahora bien, en caso de que, por las razones que sea, el detenido no pudiera ser puesto a disposición del juez competente en el plazo de setenta y dos horas, procederá el juez que hubiera recibido al detenido a celebrar la audiencia sobre medidas cautelares en los términos que ya hemos expuesto. No obstante, una vez que el juez competente reciba las diligencias, oirá al investigado o encausado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda –lo que le permitirá revocar la medida acordada–.

6.2. La resolución y el régimen de recursos

Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del investigado o encausado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción.

> Si el sumario hubiera sido declarado secreto, el juez deberá notificar el auto de prisión al investigado o encausado, pero podrá declarar secretos –y, por tanto, omitirlos de la copia que sea notificada al investigado o encausado – aquellos extremos cuyo conocimiento por parte de este pudiera perjudicar el éxito de las investigaciones declaradas secretas. En todo caso, el art. 505.3 LECrim [en consonancia con el art. 520.2 d)] establece que el abogado defensor tendrá acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado. En ningún caso se omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el art. 503 se pretende conseguir con la prisión. Cuando se alce el secreto del sumario, se notificará de inmediato el auto íntegro al investigado o encausado.
>
> La importante STC 15/2026, de 23 de febrero, ha declarado que el investigado en una causa penal con secreto de sumario tiene derecho a conocer el contenido material y concreto de las pruebas esenciales que fundamentan su prisión provisional, tanto para evitarla como para recurrirla, si ya se adoptó. Corrige, con ello, la praxis consistente en hacer una mención abierta al tipo de pruebas tenidas en cuenta, pero sin especificar su contenido.

Además, y como medida de protección a la víctima, se dispone que los autos relativos a la situación personal del investigado o encausado se pondrán en

conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución.

Contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del investigado o encausado podrá ejercitarse el recurso de apelación. Este recurso se tramitará según dispone el art. 766 LECrim y con carácter preferente. La apelación carece de efecto suspensivo: por eso, si la resolución recurrida acordó la libertad provisional bajo fianza o la prisión provisional, estas se harán efectivas mientras se tramita el recurso.

> En los casos en que, por secreto de sumario, el auto de prisión no se hubiera notificado íntegramente al investigado o encausado, este también podrá recurrir el auto íntegro cuando le sea notificado.

De acuerdo con el carácter provisional de las medidas cautelares personales, el art. 539 LECrim establece que los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa. Consecuentemente, el investigado o encausado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio.

En concreto, si lo que se pretende es acordar la prisión o la libertad provisional con fianza de quien estuviera en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, será preciso que lo solicite el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el art. 505.

No obstante, si a juicio del juez o tribunal concurrieren los presupuestos del art. 503, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el investigado o encausado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las setenta y dos horas siguientes, a la indicada comparecencia.

Por el contrario, si el cambio es favorable para el investigado o encausado, la regla se invierte: si el juez entiende que procede la libertad de quien se hallaba preso, o bien la modificación del régimen de la prisión provisional en términos más favorables para el investigado o encausado, podrá acordar dichos cambios en cualquier momento, de oficio y sin necesidad, por tanto, de someterse a la petición de parte alguna.

6.3. Ejecución del auto de prisión

Para llevar a efecto el auto de prisión se expedirán dos mandamientos:

— Uno, dirigido a la Policía Judicial o agente judicial, en su caso, que haya de ejecutarlo.

— Otro, al director del establecimiento que deba recibir al preso.

En el mandamiento se consignarán los datos personales que consten del investigado o encausado, el delito que dé lugar al procedimiento y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella.

Los directores de los establecimientos no recibirán a ninguna persona en condición de preso sin que se les entregue mandamiento de prisión.

Una vez producido el ingreso del encausado en prisión provisional, el principal problema es hacer compatible la privación de libertad con la presunción de inocencia, de la que el preso provisional debe disfrutar, pues aún no ha sido declarado culpable por sentencia firme. Se quiera o no, la situación de prisión provisional impide el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales y somete al encausado a un régimen penitenciario que está pensado primordialmente para lograr la reinserción de quienes ya han sido condenados.

Asimismo, y una vez dictado auto por el que se acuerde la libertad del preso, inmediatamente se expedirá mandamiento al director del establecimiento para que le dé cumplimiento.

7. LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO

El art. 544 bis LECrim contempla unas medidas cautelares especiales, cuya finalidad consiste primordialmente en la protección de las víctimas de ciertos delitos: a través de ellas se pretende conjurar el riesgo de que se puedan cometer nuevos hechos delictivos contra ella.

> Además, tras la reforma operada en 2026 para atajar el fenómeno de la «multirreincidencia», la adopción de estas medidas es igualmente posible con el fin de evitar la reiteración delictiva, sin que exista necesidad especial de proteger a víctimas determinadas (en realidad, se trata de evitar que se sigan cometiendo conductas similares frente a víctimas distintas, especialmente en el ámbito de los delitos frente al patrimonio).

En concreto, estas medidas se prevén para aquellos procesos sobre delitos de los mencionados en el art. 57 CP: delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

En estos casos, el juez podrá acordar tres tipos de medidas, de diversa intensidad:

— De un lado, se puede imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local (p. ej., isla) o Comunidad Autónoma.

— De otro, podrá imponérsele cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas.

— Finalmente, se le podrá imponer cautelarmente la prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Estas medidas, como ya se dijo, buscan proteger a la víctima, y no tanto asegurar el éxito del proceso (pueden acordarse, por tanto, frente a personas respecto de las que no existe riesgo de fuga). Además, a la hora de decidir si se acuerdan o no, así como su extensión, habrá que tener en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral (es decir, en qué medida afectará a la continuidad de su actividad laboral durante la vigencia de la medida y tras su finalización).

Como se puede fácilmente adivinar, el principal problema que se plantea es asegurar la eficacia y el cumplimiento de estas medidas. Pues bien, según la ley, en cuanto le conste al juez o tribunal el incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada, habrá de convocar la comparecencia regulada en el art. 505 para la adopción de la prisión provisional o de una orden de protección, o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar.

De forma singular, sin embargo, se ha previsto una herramienta añadida para asegurar su cumplimiento: la utilización de dispositivos telemáticos de control (normalmente brazaletes o tobilleras conectados a redes de datos que permiten ubicar en tiempo real a quien los porta). El recurso a estos mecanismos solo está previsto expresamente si el objeto del proceso, dentro del ámbito del art. 57 CP, es alguno de los delitos mencionados en el art. 3 de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual; nada debería impedir su generalización, si los recursos disponibles lo permiten.

8. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DETERMINADAS CLASES DE VÍCTIMAS

8.1. La orden de protección para las víctimas de la violencia doméstica

Como instrumento especial para combatir más eficazmente la llamada «violencia doméstica», se introdujo en 2003 el art. 544-ter LECrim, que ha creado una medida cautelar muy especial, la llamada «orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica». En un plazo muy breve de tiempo (nunca más de 72 horas desde que se presentó la solicitud), el juez de instrucción podrá tomar decisiones de dos tipos:

— De un lado, medidas tendentes a garantizar la seguridad de la persona que afirme ser víctima de un delito relacionado con la violencia doméstica: se incluyen aquí las medidas de alejamiento reguladas en el art. 544-bis, así como el deber de informar constantemente a la víctima de la situación del investigado o encausado, incluida su situación penitenciaria.

— De otro lado, medidas provisionales de carácter civil, relacionadas con el uso de la vivienda común, la custodia de los hijos o la prestación de alimentos. Con ello se atribuye al juez penal una potestad que, de ordinario, corresponde a los jueces civiles. La eficacia de estas medidas está supeditada a que, en un plazo de 30 días, se presente la oportuna demanda de separación, divorcio o nulidad ante los tribunales civiles.

8.2. Las medidas de protección específicas para la protección de las víctimas de la violencia de género

Además de lo anterior, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género contempla una serie de medidas adicionales, que son solo aplicables ante una situación de violencia de género, no de violencia doméstica. En concreto, se trata de las siguientes medidas cautelares:

— La salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en que hubiera convivido o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver a él.

— La prohibición de que el inculpado se aproxime a la persona protegida cualquiera que sea el lugar donde se encuentre, así como de acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo u otro que sea frecuentado por ella; y la fijación de una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida, que no se podrá rebasar.

— La suspensión para el inculpado por violencia de género de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.

— La suspensión de visitas del inculpado a sus hijos.

— La suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas.

8.3. Las medidas de protección específicas para la protección de las víctimas menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada

Cuando esté en curso una causa por alguno de los delitos mencionados en el art. 57 CP y la víctima necesitada de protección sea menor de edad o persona con la capacidad judicialmente modificada, el art. 544 quinquies LECrim permite al juez adoptar motivadamente alguna de las siguientes medidas:

a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona

con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.

b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.

d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.

Además, si en el desarrollo del proceso se pone de manifiesto la existencia de una situación de riesgo o posible desamparo de un menor y, en todo caso, si se suspende la patria potestad, la tutela, la curatela, la guarda o el acogimiento, el letrado de la A. de J. lo comunicará inmediatamente a la entidad pública competente que tenga legalmente encomendada la protección de los menores, así como al Ministerio Fiscal, a fin de que puedan adoptar las medidas de protección que resulten necesarias.

Estas medidas, además, pueden tener una vigencia que vaya más allá de la duración del proceso penal, pues el juez o tribunal, una vez haya concluido el proceso, valorando exclusivamente el interés de la persona afectada, podrá ordenar la ratificación de las medidas de protección que hubieran sido adoptadas. El Ministerio Fiscal y las partes afectadas por la medida podrán solicitar al juez su modificación o alzamiento conforme al procedimiento previsto en el art. 770 LEC.

9. MEDIDAS CAUTELARES ESPECIALES

Además de las expuestas, existe una serie de medidas complementarias de las medidas cautelares personales en función de las circunstancias del hecho delictivo (privación del permiso de conducir); del sujeto al que se le imputa (suspensión de función o cargo público); o de la medida cautelar adoptada a título principal (prohibición de abandonar el territorio nacional).

9.1. Privación del permiso de conducir vehículos de motor o de la licencia para conducir ciclomotores

Una vez realizada la imputación judicial contra persona determinada por hechos cometidos con motivo de la conducción de vehículos de motor o de ciclomotores, se podrá decretar discrecionalmente la privación provisional del permiso y licencia de conducir tales vehículos como medida cautelar. La

privación se hará recogiendo materialmente el permiso e incorporándolo a los autos, dando cuenta a la Jefatura Provincial de Tráfico (arts. 529-bis y 764.4 LECrim).

9.2. Suspensión de función o cargo público

En virtud del art. 384-bis LECrim, una vez sea firme un auto de procesamiento y habiéndose decretado la prisión provisional por delito cometido por persona integrada en bandas armadas, terroristas o rebeldes, el procesado que estuviese ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la prisión. La esencia de esta medida obedece más a razones de consideración social (alarma social que produce el delito) que a parámetros cautelares.

9.3. Prohibición de abandonar el territorio nacional

Esta medida, de neta finalidad cautelar, limita la facultad ambulatoria del investigado o encausado constriñéndola al territorio nacional, para evitar que pueda abandonar el país y sustraerse así a la acción de la justicia. Se concreta en la entrega del pasaporte en el tribunal y en una orden que se remite a los órganos administrativos fronterizos. Se trata de una medida que se adopta conjuntamente con la resolución por la que se decreta la libertad provisional del investigado o encausado y complementa la obligación periódica de comparecer ante el órgano jurisdiccional.

9.4. Retirada provisional de contenidos ilícitos

Cuando se trata de delitos cometidos a través de internet –también a través del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación– puede ser necesario poner fin de inmediato a la actividad lesiva, para evitar que se incremente el daño o que puedan verse afectadas nuevas víctimas. A tal fin, el art. 13 II LECrim permite al juez de instrucción acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros, cuando radiquen en el extranjero. La materialización de estas medidas requerirá, en la mayoría de los casos, la colaboración activa de los proveedores de servicios que alberguen las páginas web o las aplicaciones a través de las cuales se estén cometiendo las presuntas actividades delictivas.

10. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES FRENTE A PERSONAS JURÍDICAS

El art. 33.7 CP establece el catálogo de penas que pueden imponerse a las personas jurídicas en caso de que resulten condenadas por algún delito. Además de la pena de multa, se contemplan diversas penas privativas de derechos para la persona jurídica, entre las que se incluyen: la disolución de la persona jurídica; la

suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, que podrá ser temporal (no más de quince años) o definitiva; la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

Pues bien, el inciso final del art. 33.7 establece que la clausura temporal de los locales, la suspensión de actividades y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el juez instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa». De hecho, el art. 544 quáter LECrim recuerda que son estas las únicas medidas cautelares de tipo personal que pueden imponerse a las personas jurídicas.

En efecto, las tres medidas cautelares previstas son medidas restrictivas de derechos de la persona jurídica: a través de las dos primeras se le ordena la suspensión de actividades y se le impide el uso de sus locales y establecimientos –cabe suponer en la práctica que ambas medidas irán unidas con frecuencia, al igual que sucederá con las penas–; y con la tercera se limita el derecho de la persona jurídica a gestionar libremente su actividad. Y ha de quedar claro que se le imponen a la persona jurídica en relación con la imputación de responsabilidad penal, no de responsabilidad civil.

En tanto que medidas cautelares restrictivas de derechos, su adopción ha de resultar la excepción, no la regla. Por ello, solo podrán adoptarse ante la concurrencia de los dos presupuestos generales de toda medida cautelar: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

El *fumus boni iuris* o *fumus delicti commissi* se identifica con la existencia de indicios sólidos de responsabilidad penal frente a la persona jurídica.

El *periculum in mora*, como es también sabido, se traduce en la necesidad de que la medida cautelar adoptada, en el caso concreto, sirva para evitar un determinado riesgo y que, al hacerlo, esté sirviendo a un fin constitucionalmente legítimo.

— Cuando se trata de la suspensión cautelar de actividades y de la clausura cautelar de locales y establecimientos, parece claro que con la medida se persigue evitar la reiteración en la conducta delictiva de la persona jurídica.

— En el caso de la intervención judicial cautelar, en cambio, la finalidad de la medida cautelar resulta más discutible, posiblemente porque tampoco está clara la naturaleza jurídica de la pena en sí que le sirve de contexto. La finalidad legalmente expresada de la pena de intervención judicial consiste en salvaguardar

los derechos de los trabajadores y de los acreedores, y parece sensato entender que también habrá de ser esa la finalidad de su adopción como medida cautelar. El perjuicio a acreedores y trabajadores se puede derivar de una mala gestión por parte de la persona jurídica, ligada a la persecución penal, que conduzca a la insolvencia –riesgo para los acreedores– y al cierre o a la reducción de la plantilla de la empresa –riesgo para los trabajadores–.

En cuanto a su régimen procedimental, lo esboza el art. 544 quáter.2 LECrim:

— Estas medidas solo se pueden acordar a instancia de parte.

— Para decretarlas será necesaria la previa celebración de una vista, a la que se citará a todas las partes personadas (similar, por tanto, a la «vistilla» de la prisión preventiva).

— El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.

11. MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIALES

Estas medidas pretenden asegurar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales que pueda incluir la sentencia mediante la limitación de la disponibilidad de ciertas cosas. En concreto, los únicos pronunciamientos que se pueden asegurar son los referidos a la responsabilidad civil *ex delicto* (restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio, según el artículo 101 CP) o, en su caso, de las costas judiciales (art. 111 CP). El Tribunal Constitucional, en cambio, ha considerado que exigir el afianzamiento cautelar de la responsabilidad patrimonial derivada de una eventual condena a una pena de multa sería una suerte de pena anticipada contraria a la presunción de inocencia (STC 69/2023, de 19 de junio), pues comporta un prejuicio acerca de la posible culpabilidad del acusado que no es compatible con el art. 24.2 CE –se trata, no obstante, de una apreciación discutible, pues los indicios de delito son siempre el fundamento de las medidas cautelares que se adoptan en un proceso penal.

En el marco del procedimiento ordinario, la LECrim prevé como medidas patrimoniales la exigencia de fianza al responsable civil o, en su defecto, el embargo preventivo de sus bienes, con sujeción a lo dispuesto en los arts. 589 a 614.

Con mayor flexibilidad, en el marco del procedimiento abreviado, el art. 764 LECrim establece que a las medidas cautelares patrimoniales se les aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

LECCIÓN 12

LA FASE INTERMEDIA

1. Naturaleza y función de la fase intermedia. — 2. El sobreseimiento: 2.1. El sobreseimiento libre; 2.2. El sobreseimiento provisional; 2.3. Sobreseimiento total o parcial — 3. La apertura del juicio oral. — 4. La opción entre sobreseimiento y apertura del juicio oral. — 5. Tramitación de la fase intermedia en el procedimiento abreviado: 5.1. La conclusión de la instrucción y el «auto de transformación»; 5.2. La preparación del juicio oral. — 6. Tramitación de la fase intermedia en el procedimiento ordinario: 6.1. La conclusión de la instrucción; 6.2. La fase intermedia.

1. NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA FASE INTERMEDIA

La fase intermedia del proceso penal es la que se desarrolla una vez concluida la instrucción y antes de que se celebre el juicio oral –en caso de que este último llegue realmente a tener lugar–.

Esta fase tiene una doble finalidad:

1ª. La primera de estas finalidades supone realizar una mirada hacia el pasado: se trata de comprobar que realmente la fase de instrucción ha quedado bien concluida. Desde esta perspectiva, la finalidad de la fase intermedia consiste en que el órgano judicial compruebe si se han practicado todas las diligencias que parecían oportunas para la preparación del juicio oral o si, por el contrario, es necesario practicar nuevas diligencias para su correcta conclusión.

2ª. En caso de estimarse correcta la conclusión de la investigación, la finalidad de la fase intermedia será ya que el órgano judicial decida si concurren los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral o si, por el contrario, procede sobreseer la causa.

Por ello, ha de quedar claro que la fase intermedia tiene como regla un carácter necesario: ha de desarrollarse siempre tras la instrucción, aunque tras ella no vaya a celebrarse después ningún juicio oral.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que la competencia para conocer de la fase intermedia es diversa en función del tipo de procedimiento que se esté tramitando: en el caso del procedimiento abreviado, es competente para conocer de la fase intermedia el juez instructor; en cambio, si se trata de un procedimiento ordinario por delitos graves, la competencia está atribuida al tribunal que habrá de conocer, en su caso, del juicio oral (el tribunal sentenciador). Tratándose de un juicio por delito leve no habrá fase intermedia, pues tampoco hay fase de instrucción

2. EL SOBRESEIMIENTO

El sobreseimiento es la resolución judicial en forma de auto que se adopta por el órgano judicial en la fase intermedia cuando no concurren los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral. Esta resolución produce o bien la terminación del proceso (sobreseimiento libre), o bien su paralización (sobreseimiento provisional).

El sobreseimiento puede ser libre o provisional, total o parcial.

2.1. El sobreseimiento libre

Es la resolución que se dicta cuando de las diligencias practicadas durante la instrucción resulta la imposibilidad de formular acusación contra nadie. A la luz de los resultados de la investigación, se llega a la conclusión de que, si se abriera el juicio, se acabaría dictando en él una sentencia absolutoria. Se pone de relieve, por tanto, la ausencia de interés en la persecución penal; en consecuencia, y siguiendo los postulados del principio de oficialidad, no tiene sentido seguir con el proceso y se le pone fin (ahorrándole al encausado la siempre indeseable «pena de banquillo»).

El auto de sobreseimiento libre, una vez sea firme, provoca la terminación anticipada del proceso con fuerza de cosa juzgada material: significa, por lo tanto, que no podrá volver a iniciarse un proceso penal contra el encausado por esos mismos hechos (= *non bis in idem*). Equivale, por ello, a una sentencia absolutoria adelantada en el tiempo.

El auto de sobreseimiento libre se puede dictar en los supuestos establecidos en el art. 637 LECrim:

— Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa: en otros términos, el hecho aparentemente delictivo, cuya *notitia criminis* motivó la incoación del proceso penal, no ha existido. En tal caso, no tiene sentido que el proceso penal siga adelante, pues carece de objeto que pueda ser enjuiciado.

— Cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito: aunque se compruebe la existencia del hecho, lo cierto es que ese hecho no encaja dentro de ninguno de los tipos penales previstos en el Código Penal.

— Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los sujetos investigados: aunque se haya comprobado la existencia del hecho y su carácter delictivo, no tiene sentido abrir el juicio oral cuando las personas a las que se imputó su comisión no participaron en ella (es decir, que los autores fueron otros), o bien concurre respecto de ellos alguna de las causas de exención de la responsabilidad penal.

No obstante, ha de recordarse que, en determinados supuestos, a pesar de la constatación de la existencia de alguna causa de exoneración de la responsabilidad criminal, sí que es preciso abrir el juicio oral. Esto es lo que sucede en los supuestos de los aptdos. 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 20 CP, en que la celebración del juicio oral es necesaria para imponer eventuales medidas de seguridad y para pronunciarse sobre la acción civil *ex delicto* (art. 782.1 I LECrim): en estos casos, por tanto, no se decretará el sobreseimiento.

2.2. El sobreseimiento provisional

Es la resolución que se dicta cuando de la instrucción resulta la insuficiencia de los elementos de hecho fijados y de las pruebas obtenidas para formular acusación contra una determinada persona. En estos casos –a diferencia de lo que ocurre con el sobreseimiento libre– la apariencia delictiva subsiste, pero no se dispone de las condiciones necesarias para abrir el juicio oral.

A diferencia del libre, el auto de sobreseimiento provisional únicamente suspende el proceso penal, pero no le pone fin de manera irrevocable: en caso de que, con posterioridad, se disponga de los elementos suficientes para abrir el juicio oral, procederá la reapertura del proceso para celebrar esa fase. Ahora bien, mientras el proceso se encuentra en este estado vuelve a comenzar a correr el plazo de prescripción del delito.

Procede dictar auto de sobreseimiento provisional en los supuestos del art. 641 LECrim:

— Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la apertura de la causa: existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho, pero faltan pruebas suficientes para mantener la acusación, o bien las pruebas de que se dispone para demostrar la comisión del hecho son poco fiables. En estos casos, si se abriera el juicio oral, se podría predecir una sentencia absolutoria por insuficiencia de prueba y eso es algo contrario al interés de persecución penal: porque si realmente hay apariencia de delito, que se dicte sentencia absolutoria (con fuerza de cosa juzgada = *non bis in idem*) supone la impunidad de un delito. Por eso se prefiere suspender el proceso, a la espera de que se pueda disponer en el futuro de nuevos elementos de prueba que permitan la celebración del juicio oral con mayores garantías de que se verá satisfecho el interés público en la persecución penal.

— Cuando resulte de la instrucción haberse cometido un delito pero no haya motivos suficientes para acusar a determinada persona como autor o cómplice. Se trata, sin lugar a dudas, del supuesto más frecuente. Al no haberse podido determinar quién es el sujeto responsable del delito, el objeto del proceso penal no ha alcanzado el grado de concreción suficiente como para ser decidido en un juicio oral; de ahí que este no pueda abrirse.

2.3. Sobreseimiento total o parcial

En los supuestos de pluralidad de investigados, el sobreseimiento puede ser total o parcial, según que afecte a todos o solo a alguno de ellos. Si es parcial, se mandará abrir el juicio oral respecto de los encausados a quienes no favorezca el sobreseimiento.

Lo mismo puede suceder en los casos de procesos con pluralidad de objetos: es posible que el sobreseimiento, libre o provisional, solo proceda respecto de alguna de las conductas delictivas investigadas; en estos casos, se mandará abrir el juicio oral respecto de los delitos para los que no concurra una causa de sobreseimiento.

3. LA APERTURA DEL JUICIO ORAL

Para que el órgano judicial pueda dictar un auto de apertura del juicio oral es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos (cfr. art. 783.1 LECrim):

1º. Que el hecho investigado sea constitutivo de delito.

2º. Que algún sujeto se encuentre formalmente imputado como responsable criminal del hecho, esto es, que existan indicios racionales de criminalidad contra una persona concreta.

> En el caso del procedimiento ordinario, es preciso, por tanto, que se haya dictado «auto de procesamiento» respecto de alguna persona (art. 384 LECrim). Tratándose del procedimiento abreviado, será preciso que la persona respecto de la que se abra el juicio oral haya adquirido la condición formal de investigado a través de la «primera comparecencia» regulada en el art. 775 LECrim.

3º. Que el Ministerio Fiscal o alguna de las demás partes acusadoras solicite la apertura del juicio oral. El juicio oral nunca puede abrirse de oficio, pues lo prohíbe el principio acusatorio: solo habrá juicio oral si existe algún sujeto, distinto del tribunal, dispuesto a sostener en él una acusación. Por eso, si ningún sujeto legitimado para ejercer la acusación solicita la apertura del juicio oral, el tribunal se verá obligado a decretar el sobreseimiento que proceda.

> A pesar de que la LECrim, correctamente interpretada, no da pie a ello, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido importantes limitaciones para que un tribunal pueda decretar la apertura del juicio oral cuando la única parte que lo solicita es la acusación popular. La Sala Segunda del Tribunal Supremo entendió que no era posible abrir juicio oral a petición única de la acusación popular en STS de 17 de diciembre de 2007 («caso Botín»). Sin embargo, la propia Sala Segunda del TS matizó su criterio en la STS de 8 de abril de 2008 («caso Atutxa») y en la STS de 20 de enero de 2010 («caso Ibarretexe»): en ellas admite que sí es posible la apertura del juicio oral a instancia única de la acusación popular cuando no es posible que actúe la acusación particular porque el delito carece de perjudicado concreto. En fechas más recientes, la STS de 4 de noviembre de 2021 ha entendido que la acusación

popular sí está legitimada para instar la apertura del juicio oral, aunque el fiscal haya pedido el archivo de la causa y no haya acusación popular, cuando se trate de delitos relativos a la prostitución de menores: aunque sí existen perjudicados concretos, prevalece el interés colectivo en la protección a la infancia, que también puede ser hecho valer por la acusación popular.

Una vez se haya dictado el auto de apertura del juicio oral se da paso a la fase decisoria o de juicio oral del proceso penal.

4. LA OPCIÓN ENTRE SOBRESEIMIENTO Y APERTURA DEL JUICIO ORAL

En la fase intermedia, el tribunal está obligado a decidir si decreta el sobreseimiento de la causa o si, por el contrario, decreta la apertura del juicio oral. Pues bien, a la hora de tomar su decisión el órgano jurisdiccional se encuentra vinculado en gran medida por las peticiones que las partes acusadoras formulen al respecto. Como ya se ha dicho antes, el principio acusatorio exige que toda condena responda a una acusación formulada en el juicio oral; y si no existe sujeto alguno en el proceso que manifieste su voluntad de formular acusación, carece de sentido la apertura del juicio oral. El juicio oral se ha de construir como un debate contradictorio entre partes que acusan y partes que se defienden: si faltan las primeras no procede su celebración, pues nunca podría haber una sentencia de condena.

A la hora de ***decretar la apertura del juicio oral***, el órgano judicial se encuentra «en manos» de las partes acusadoras, pues no puede abrirlo si nadie se lo pide. En consecuencia:

1º. Si alguno de los acusadores solicita la apertura del juicio oral, el tribunal podrá decretarla, si considera que se dan los requisitos para ello.

> Ténganse en cuenta, no obstante, las limitaciones que la jurisprudencia ha establecido para la acusación popular, en los términos antes vistos.

2º. Por el contrario, si todos los acusadores solicitan el sobreseimiento, el tribunal habrá de decretarlo. Esta regla, sin embargo, presenta ciertas singularidades:

a) El tribunal, a pesar de lo anterior, mandará abrir el juicio oral en caso de que se le haya solicitado el sobreseimiento al amparo del art. 637.3 LECrim, por concurrir alguno de los supuestos previstos en los aptdos. 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 20 CP: en estos casos, sin embargo, el juicio oral se celebrará –según se ha visto ya– a los efectos de imponer medidas de seguridad y/o enjuiciar la acción civil (esto es, no para resolver sobre responsabilidad penal): cfr. art. 782.1 LECrim.

b) El tribunal, vista la solicitud de sobreseimiento presentada por el Ministerio Fiscal y, eventualmente, por los demás acusadores, puede considerar que es improcedente y que hay elementos suficientes para abrir el juicio oral.

Entonces, y aunque no puede abrir de oficio el juicio, todavía puede intentar dos soluciones antes de decretar ese sobreseimiento pedido, soluciones que suponen una «salida en busca de acusador»: dado que el tribunal no puede acusar, se le permite buscar la forma de que alguien sostenga esa acusación. Las dos vías para ello son las siguientes:

— El tribunal acordará que se haga saber esta petición de sobreseimiento a los ofendidos por el delito –cuando estos no se hubieran constituido en parte acusadora–, para que dentro del plazo máximo de 15 días comparezcan a defender su acción, esto es, se personen en la causa y soliciten la apertura del juicio oral [art. 782.2 a) LECrim].

— Al margen de lo anterior, el tribunal también puede remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal que pidió el sobreseimiento, para que decida si procede o no sostener la acusación y, en caso afirmativo, ordene a su subordinado en el plazo de diez días que rectifique y solicite la apertura del juicio oral [art. 782. 2 b) LECrim].

Si comparece acusador particular a sostener la acusación, o si el superior del Fiscal decide que procede la apertura del juicio oral, entonces podrá el Tribunal decretar esa apertura. En caso contrario, el tribunal deberá acordar el sobreseimiento.

A la hora de ***decretar el sobreseimiento*** la vinculación del órgano judicial a las peticiones de las partes es mucho menor:

Evidentemente, y con las salvedades que se acaban de ver, si todas las partes solicitan el sobreseimiento de la causa, el tribunal habrá de acordarlo.

Pero también aunque todas las partes acusadoras hayan solicitado la apertura del juicio oral, el tribunal puede no obstante decretar el sobreseimiento, si estima que el hecho no es constitutivo de delito o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el investigado (art. 783.1 I LECrim).

* Tras la reforma de 2015, se debe tener en cuenta un elemento adicional: el tribunal que decrete el sobreseimiento –de cualquier tipo– tiene el deber de notificárselo a las víctimas del delito que no se hayan mostrado parte en la causa y se les abrirá entonces a estas un plazo de veinte días para recurrir el auto. Este recurso, por tanto, tiene sentido:

> (i) en los casos en que alguna parte acusadora, distinta de la víctima que ahora recurre, hubiera pedido la apertura del juicio oral y esta se hubiera denegado: este recurso de la víctima puede sumarse al del acusador que pidió inicialmente la apertura del juicio oral, pero también tiene sentido en caso de que dicho acusador se hubiera aquietado ante el sobreseimiento.
>
> (ii) en caso de que el tribunal hubiera acordado el sobreseimiento ante la ausencia de acusador, lo cual, en algunos casos, supone de algún

modo una segunda oportunidad para sostener la acusación, si el recurso se acaba estimando.

5. TRAMITACIÓN DE LA FASE INTERMEDIA EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

5.1. La conclusión de la instrucción y el «auto de transformación»

En el marco del procedimiento abreviado, una vez que se haya concluido la fase de investigación o «diligencias previas», el juez de instrucción deberá dictar una de las siguientes resoluciones (art. 779.1 LECrim):

1ª. Si considera que el hecho no constituye infracción penal acordará de oficio el sobreseimiento libre; si estima que no aparece suficientemente justificada la perpetración del hecho, acordará también de oficio el sobreseimiento provisional; y si no hubiera autor conocido, acordará también el sobreseimiento provisional.

> Nótese que todavía no se ha abierto en sentido propio la fase intermedia: se trata de una resolución que dicta el tribunal al término de la instrucción.
>
> En caso de que el tribunal decrete el sobreseimiento de oficio en este punto del proceso, debe notificárselo a la víctima que no se haya mostrado parte en el proceso, quien dispondrá de un plazo de veinte días para recurrirlo.

2ª. Si considera que el hecho es constitutivo de delito leve, se ordenará la remisión de la causa al juez competente, cuando no le corresponda a él mismo el enjuiciamiento.

> En tal caso, si la investigación llevada a cabo ha comprometido su imparcialidad, deberá abstenerse o podrá ser recusado, conforme a lo previsto en el art. 219.11 LOPJ.

3ª. Si el hecho estuviera atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los investigados fuesen menores de edad, entonces se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores, para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

4ª. Si el hecho investigado constituye alguno de los delitos que han de enjuiciarse por los trámites del procedimiento abreviado, mandará que la causa siga adelante y se dé paso a la fase de «preparación del juicio oral» (que es el nombre que recibe la fase intermedia del procedimiento abreviado). Esta decisión contendrá la determinación de los hechos punibles objeto del proceso y la identificación de la persona a la que se imputan, y solo podrá adoptarse si se ha tomado declaración a dicha persona en el marco de la «primera comparecencia» regulada en el art. 775 LECrim. Esta resolución, en la práctica, recibe el nombre de «*auto de transformación*», porque se entiende que las diligencias previas se transforman a partir de entonces en procedimiento abreviado (aunque lo cierto es que existe procedimiento abreviado desde que se incoan las diligencias previas).

5.2. La preparación del juicio oral

La fase de preparación del juicio oral se desarrolla íntegramente ante el juez de instrucción: es el instructor el que habrá de decidir si procede seguir adelante y abrir juicio oral o si, por el contrario, la causa debe sobreseerse. El hecho de atribuir esta decisión al instructor tiene un inconveniente, el de que este ya estará «prevenido» o «contaminado»; pero ofrece una indudable ventaja: si no fuera el instructor quien tomara esta decisión, habría de hacerlo el tribunal competente para el enjuiciamiento (el tribunal sentenciador), lo que podría comprometer su imparcialidad.

En la fase de preparación del juicio oral solamente intervienen las partes acusadoras: en consecuencia, no se oye al encausado acerca de si procede o no decretar el sobreseimiento o la apertura del juicio oral y el tribunal toma su decisión sobre la base únicamente de las peticiones formuladas por los acusadores. A pesar de que supone una conculcación del principio de igualdad, esta fórmula legal ha sido declarada constitucional por la STC 186/1990, que considera que el encausado ya ha tenido ocasión de ser oído con anterioridad, durante las diligencias previas.

En concreto, una vez dictado el *auto de transformación*, el juez de instrucción dará traslado de las actuaciones a las partes acusadoras para que, en plazo común de diez días, soliciten una de estas tres actuaciones (art. 780 LECrim):

1º. La práctica de *diligencias complementarias*, lo que supone que manifiestan su disconformidad con la conclusión de la investigación y piden al instructor que efectúe las diligencias adicionales indispensables para poder formular acusación.

Si es el Ministerio Fiscal quien formula esta solicitud, el juez de instrucción deberá acordar las diligencias que considere indispensables, siempre que el fiscal justifique que le resulta imposible formular escrito de calificación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos; si lo pide alguna de las demás partes acusadoras, entonces el juez decidirá lo procedente (nueva quiebra del principio de igualdad).Eso sí, una vez acordadas, en su práctica intervendrán todas las partes, incluido el encausado, dado que suponen un «retroceso» a la fase instructora.

2º. El sobreseimiento de la causa. Se rige por las reglas antes estudiadas, teniendo en cuenta que, antes de llegar a esta fase del proceso, el tribunal ya ha podido de oficio decretar sin más el sobreseimiento.

3º. Pedir la apertura del juicio oral, formulando en ese momento escrito de acusación. Se concentran así en un solo acto procesal dos actuaciones distintas: de un lado, la petición de apertura del juicio oral; de otro, la formulación de la acusación, esto es, la formulación de la pretensión acusatoria que se va a sostener en el juicio oral, en caso de que el juez decida abrirlo.

Según se ha dicho antes, la petición de apertura del juicio oral por todos los acusadores vincula en principio al juez, aunque a pesar de ello podrá decretar de oficio el sobreseimiento si entiende que el hecho no es constitutivo de delito o que no existen indicios racionales de criminalidad.

> Esto último, sin embargo, es muy improbable, dado que si el juez de instrucción entendiera que no hay indicios de delito ya habría sobreseído de oficio la causa, en los términos del art. 779.1º LECrim, de modo que no habría dictado auto de transformación ni se habría abierto la fase intermedia de preparación del juicio oral.

Frente al auto decretando la apertura del juicio oral no cabe recurso (que sí cabe frente al auto denegándola): en consecuencia, el investigado se encuentra con que se ha decretado la apertura del juicio oral sin haber oído sus alegaciones al respecto y sin que, tampoco, le quepa posibilidad alguna de que se le oiga con posterioridad, por medio de un recurso.

Decretada la apertura del juicio oral, pero aún ante el juez de instrucción y en fase preparatoria, se dará traslado de las actuaciones a la parte acusada para que, en el plazo de diez días, presente su *escrito de defensa*. Si no lo presenta, se entiende que se opone a las acusaciones, pero no podrá proponer más prueba que la que aporte en el momento de celebrarse el acto del juicio (así, *v.g.*, no podrá pedir al tribunal que cite a testigos, sino que tendrá que asumir él la carga de lograr que acudan al juicio).

La fase intermedia termina con la remisión de actuaciones por parte del juez de instrucción al órgano judicial encargado del enjuiciamiento.

6. TRAMITACIÓN DE LA FASE INTERMEDIA EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

6.1. La conclusión de la instrucción

Cuando el juez de instrucción haya practicado todas las actuaciones pertinentes para la comprobación del delito y averiguación del responsable criminal, y considere concluida la investigación, dictará una resolución en forma de auto declarando concluido el sumario: el auto de conclusión del sumario (art. 622 LECrim).

También dictará la citada resolución, a instancia del Ministerio Fiscal, cuando este considere que en el sumario se han reunido suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite del juicio oral.

Una vez dictado auto de conclusión del sumario, el juez de instrucción mandará remitir los autos y las piezas de convicción al tribunal competente para conocer del delito y notificará dicho auto a las partes, emplazándolas para que

comparezcan ante la respectiva Audiencia en el plazo de 10 días (o en el de 15 si el emplazamiento fuera ante el Tribunal Supremo: caso de aforados).

> Si al concluir el sumario el juez de instrucción entiende que el hecho que dio lugar a la investigación sumarial era en realidad constitutivo de delito leve, mandará que el proceso se convierta en un juicio por delito leve (la consecuencia puede ser que él mismo sea competente para enjuiciar el delito leve que instruyó, lo que debería conducir a su abstención o, en otro caso, permitir su recusación).
>
> Igualmente, si al concluir el sumario el juez considera que el procedimiento seguido es inadecuado, por entender que el delito ha de ser enjuiciado conforme a los trámites del proceso abreviado, mandará dar a la causa la tramitación adecuada, de forma que la fase intermedia ya se sustanciará conforme a las reglas propias del procedimiento abreviado. Pero, importa subrayarlo, lo actuado durante la instrucción seguirá siendo válido, aunque se tratara de un sumario y no de unas diligencias previas.

Una vez dictado ese auto de conclusión del sumario y recibidas las actuaciones y piezas de convicción por el tribunal competente, se iniciará ya la fase intermedia en sentido propio.

6.2. La fase intermedia

La fase intermedia en el procedimiento ordinario por delitos graves se sustanciará ante el tribunal competente para el enjuiciamiento, no ante el juez que instruyó la causa.

Recibidos los autos y las piezas de convicción en el tribunal, se pasan al Magistrado Ponente. Una vez personadas las partes, se pasarán por turno –plazo de entre 3 y 10 días– al Ministerio Fiscal, al acusador particular y al popular, así como al encausado (nótese que, en este marco procedimental, el encausado sí participa en la fase intermedia). Al devolver las partes los autos, deben acompañar escrito en el que manifestarán si están o no conformes con el auto de conclusión.

Si están conformes, deberán solicitar o bien la apertura del juicio oral, o bien el sobreseimiento de cualquier clase.

Si no están conformes, pedirán la práctica de las nuevas diligencias que estimen oportunas para una correcta conclusión del sumario.

El ponente se instruirá de nuevo y, en plazo de tres días, el tribunal dictará auto confirmando o revocando el auto de conclusión del sumario dictado por el juez de instrucción.

Si se revoca el auto, se mandará devolver el proceso al juez que lo hubiere remitido, expresando las diligencias que hayan de practicarse.

Si se confirma el auto de conclusión del sumario, el tribunal deberá resolver, en un ulterior plazo de tres días, respecto de la solicitud de apertura del juicio oral o de sobreseimiento, conforme a las reglas antes estudiadas.

LECCIÓN 13

EL JUICIO ORAL: CUESTIONES GENERALES

1. La fase de juicio oral: aspectos generales. — 2. Tramitación del juicio oral en el procedimiento ordinario: 2.2. El acto de la vista. — 3. Tramitación del juicio oral en el procedimiento abreviado. — 4. La paralización del juicio oral.

1. LA FASE DE JUICIO ORAL: ASPECTOS GENERALES

El juicio oral es la fase fundamental de todo proceso penal, al término de la cual se dictará la sentencia. En la fase de juicio oral las partes del proceso asumen en sentido propio su papel como acusadores y acusados; es en el juicio oral, en consecuencia, donde cada una sostiene sus pretensiones ante el tribunal respecto del objeto del proceso penal.

Ya sabemos que el objeto del proceso penal viene determinado por un hecho punible, que se atribuye formalmente a la persona que resulte ser acusada. Pues bien, determinado el objeto del proceso penal tras la fase de instrucción, y una vez decretada la apertura del juicio oral en la fase intermedia, llega el momento de que las partes formulen sus alegaciones y sostengan sus peticiones ante el tribunal competente para el enjuiciamiento.

Puede decirse, en consecuencia, que el juicio oral es la fase del proceso en que se ejercitan en sentido propio la acusación y la defensa; con este ejercicio de las pretensiones acusatoria y defensiva, además, se sientan las bases sobre las que se dictará la sentencia: la sentencia penal, por definición, ha de dar respuesta a las pretensiones formuladas por las partes en el juicio oral.

Las pretensiones acusatorias serán formuladas por las partes acusadoras y las pretensiones defensivas por las partes acusadas. A estos efectos, el Ministerio Fiscal no tiene un papel predefinido: a él le corresponde sustentar la acusación, siempre que legalmente proceda. Es posible, por tanto, que en un supuesto concreto el Ministerio Fiscal entienda que lo procedente, conforme a la legalidad, es la absolución del acusado, a pesar de que existan otros sujetos (acusadores particulares o populares) que sustenten la acusación: en este caso, el fiscal pretenderá la absolución, siendo así su pretensión coincidente con la del acusado.

Tanto el ejercicio de la acusación como el ejercicio de la defensa pueden tener un contenido doble: de un lado, han de tener una apoyatura alegatoria y, de otro, un sustento probatorio. En efecto, al igual que sucede en el proceso civil, para sustentar una pretensión dentro del proceso penal toda parte tiene que proceder a dos tipos de actividades: alegar y probar.

En primer término, ha de alegar aquello que convenga a su posición jurídica: ha de ofrecer al tribunal sentenciador su versión de los hechos relevantes que se han producido y, asimismo, ha de subsumir esos hechos en las normas jurídicas correspondientes, para deducir de ello la petición que se formule al tribunal.

Así, quien ejercite la acusación describirá a través de sus alegaciones los hechos punibles cometidos, justificará su inclusión dentro de alguno de los tipos del Código Penal y solicitará del tribunal la imposición de una pena, de conformidad también con las previsiones del Código Penal.

En cambio, quien ejercite la defensa ofrecerá al tribunal por medio de sus alegaciones una versión diferente de los hechos, o negará que se hayan cometido, o tratará de demostrar que los hechos en cuestión no encajan dentro de ninguno de los tipos del Código Penal, y solicitará la absolución, o la imposición de una pena menos grave que la solicitada por el acusador.

Pero no basta con formular alegaciones: la base de toda sentencia penal, como regla, es el «relato de hechos probados», es decir, la enunciación por el tribunal de los hechos que considera ciertos. Pues bien, para que el tribunal tenga por ciertos unos hechos es preciso que tales hechos hayan resultado probados en el juicio oral, a través de los diversos medios de prueba de que se valgan las partes. Por eso, en el juicio oral las partes tratarán de probar al tribunal que son ciertos los hechos en los que fundan sus peticiones.

En nuestros procesos penales por delito, las alegaciones de las partes se efectúan en todo caso de forma escrita, aunque en momentos y con contenidos parcialmente diferentes en función del tipo de proceso en que nos hallemos.

> En el *procedimiento ordinario*, tanto las alegaciones de la acusación como las de la defensa se llevan a cabo a través de los llamados «escritos de calificación provisional» (art. 650 LECrim), que han de confeccionarse una vez haya decretado el tribunal sentenciador la apertura del juicio oral y que han de presentarse directamente ante ese mismo tribunal.
>
> En cambio, en el *procedimiento abreviado* la estructura es en parte distinta. Las alegaciones de las partes acusadoras han de formularse a través del denominado «escrito de acusación», que habrá de confeccionarse durante la fase intermedia y que será entregado al juez de instrucción (art. 780.1 LECrim). Dicho escrito, según ya se vio, tiene una doble finalidad: en él, en primer término, se solicitará la apertura del juicio oral; y, en segundo lugar, y para el caso de que el juez decrete dicha apertura, se formularán las alegaciones propias de un escrito de acusación o calificación provisional (art. 781.1 LECrim). En cuanto a la defensa, habrá de articularse a través del llamado «escrito de defensa» (art. 784.1 LECrim): dicho escrito habrá de elaborarse en respuesta al de acusación, en caso de que el juez de instrucción haya accedido a la apertura del juicio

> oral, y se presentará ante ese mismo juez instructor. Una vez aportado el escrito de defensa, o precluido el plazo para presentarlo, el juez de instrucción remitirá ya las actuaciones al juez o tribunal que resulte competente para conocer del juicio oral.

También puede ser cometido propio de la fase de juicio oral resolver cuestiones de carácter procesal: la validez del proceso penal, al igual que la del civil, está condicionada por la concurrencia de una serie de presupuestos procesales y por la ausencia de óbices procesales. En caso de que alguna de las partes entienda que, en el caso concreto, falta algún presupuesto procesal o concurre algún óbice procesal, habrá de alegarlo en tiempo y forma, y el tribunal sentenciador estará en principio obligado a resolverlo y, dado el caso, a poner fin al proceso o a subsanar el defecto que se haya apreciado.

La forma de proceder al tratamiento procesal de estas cuestiones procesales es diversa en función del tipo de procedimiento de que se trate:

> En el caso del procedimiento ordinario por delitos graves, la denuncia de los defectos procesales habrá de llevarse a cabo a través de los llamados «artículos de previo pronunciamiento»: se plantearán por las partes de manera escrita, antes de formular sus escritos de calificación provisional, y darán lugar a la sustanciación de un incidente que suspende el curso del proceso hasta su resolución.
>
> En el caso del procedimiento abreviado, la denuncia de estos defectos habrá de efectuarse en la «audiencia preliminar» (art. 785) que tiene lugar ante el tribunal sentenciador, una vez decretado el paso a la fase de juicio oral: se formularán, por tanto, oralmente y, en principio, habrán de ser resueltos en el acto por el tribunal.

Una vez formuladas las alegaciones y resueltas, en su caso, las cuestiones de índole procesal, la esencia de todo juicio oral es, en principio, la práctica de las pruebas: para eso están las «sesiones» del juicio, en las que con publicidad, oralidad, contradicción, inmediación y concentración se practicarán las pruebas, sobre las que se fundará la convicción del tribunal sentenciador acerca de los hechos, convicción que, a su vez, es la base de la sentencia.

Ahora bien, cada vez con mayor frecuencia sucede que la sentencia penal no se funda en la convicción del juzgador acerca de los hechos, sino en la denominada «conformidad» del acusado: en caso de que el acusado se muestre conforme con la más grave de las acusaciones que se hayan formulado contra él –y siempre que se den ciertas condiciones adicionales– el tribunal habrá de dictar una sentencia que acoja dicha conformidad, sin que resulte precisa la práctica de pruebas. A menudo esta conformidad es el fruto de previas negociaciones o «consenso» entre el Ministerio Fiscal y el acusado.

> Al estudio de la prueba y de la conformidad, que son los dos pilares sobre los que puede sustentarse hoy en día una sentencia penal, dedicaremos las dos lecciones siguientes a esta.

Finalmente, y para los casos en que se haya celebrado el juicio oral por todos sus trámites y se hayan practicado pruebas en él, está previsto un último acto de alegaciones, las llamadas «calificaciones definitivas» (procedimiento ordinario) o «conclusiones definitivas» (procedimiento abreviado). A través de estas alegaciones las diversas partes, sobre la base de los resultados que a su juicio han aportado las pruebas practicadas, pueden:

1º. Ratificarse en sus calificaciones provisionales, o en sus escritos de acusación y defensa: esto significa que consideran que la prueba practicada confirma los hechos alegados y, por tanto, entienden que conservan su validez las peticiones formuladas entonces.

2º. Modificar sus alegaciones iniciales y formular en consecuencia peticiones diversas a las inicialmente efectuadas. Ahora bien, la vigencia del principio acusatorio impone un límite infranqueable a estas modificaciones: a través de ellas las partes no pueden alterar el objeto del proceso, es decir, no pueden afirmar la existencia de hechos nuevos, o pretender la condena por hechos nuevos. Lo único que pueden hacer es, por tanto, otorgar una calificación jurídica diversa a los hechos, a la luz de las pruebas practicadas (*v.g.*, entender que los hechos, en vez de ser constitutivos de robo, lo son de hurto; o considerar que el acusado, en vez de autor, es cómplice; o apreciar que el delito no está consumado, sino solo intentado): e incluso para hacerlo deben respetarse ciertas exigencias, como veremos más adelante (cfr. art. 788.4 LECrim).

2. TRAMITACIÓN DEL JUICIO ORAL EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO POR DELITOS GRAVES

Una vez dictado el auto de apertura del juicio oral, comienza la fase de enjuiciamiento del proceso penal. Las partes quedan emplazadas ante el órgano competente (normalmente, la Audiencia Provincial; para los delitos del art. 65.1 LOPJ, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; para los delitos cometidos por aforados, la Sala 2ª del TS o la Sala de lo Civil y Penal del TSJ).

2.1. Trámites previos a las sesiones del juicio oral

En el marco del procedimiento ordinario por delitos graves, una vez decretada la apertura del juicio oral no se pasa de manera inmediata a la celebración de sus sesiones, sino que, de forma todavía preponderantemente escrita, aunque ante el tribunal competente para el enjuiciamiento, se desarrollan una serie de trámites que son de carácter fundamental. Se trata, en primer lugar, del posible planteamiento de los denominados «artículos de previo pronunciamiento», a través de los cuales se pretende evitar que llegue a celebrarse el juicio. Y, en caso de que estos no se planteen o de que, planteados, sean desestimados, es preciso formular las alegaciones que se sostendrán en el juicio, a través de los llamados «escritos de calificación provisional».

1º. *Artículos de previo pronunciamiento*

Una vez personadas las partes ante el tribunal, se les irán entregando los autos generados durante la instrucción para que en el plazo de cinco días procedan, «por su orden», a la calificación por escrito de los hechos. El «orden» a que se refiere la LECrim es el siguiente: 1º, el Ministerio Fiscal; 2º, el acusador particular; 3º, el actor civil; 4º, el procesado; 5º, los terceros responsables civiles.

Pues bien, una vez que le hayan sido entregados a cada parte los autos para formular el escrito de calificación, tiene un plazo de tres días para proponer –con carácter previo y eficacia suspensiva– los llamados artículos de previo pronunciamiento.

Los artículos de previo pronunciamiento son el medio para denunciar, al comienzo del juicio oral, y antes de que tenga lugar la vista, la falta de algún presupuesto procesal o la presencia de algún óbice de naturaleza también procesal.

Más en concreto, se pueden proponer como artículos de previo pronunciamiento los enumerados en el art. 666 LECrim. Se trata de los siguientes:

1. *Declinatoria de jurisdicción*: se puede denunciar la falta de competencia internacional, la falta de jurisdicción (cuando se entiende que el asunto corresponde a la jurisdicción militar), la falta de competencia objetiva o la falta de competencia territorial del órgano jurisdiccional.

2. *Cosa juzgada*: entendida como expresión del principio *non bis in idem*, es decir, denunciando que el asunto ya ha sido objeto de un proceso anterior que ha terminado con resolución que produzca fuerza de cosa juzgada.

3. *Prescripción del delito*: supone la extinción de la responsabilidad penal; según la jurisprudencia, la prescripción del delito es una cuestión de orden público, que puede ser también apreciada de oficio e incluso alegada informalmente y extemporáneamente en cualquier estado del proceso.

4. *Amnistía e indulto*: son manifestaciones del llamado derecho de gracia, que implican la extinción de la responsabilidad penal. La amnistía supone el perdón u olvido del delito, mientras que el indulto consiste en la remisión total o parcial de la pena ya impuesta.

5. *La falta de autorización administrativa para proceder en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y a las leyes especiales*: hoy en día este supuesto es aplicable cuando se procede contra Diputados y Senadores, sin haber obtenido el previo suplicatorio de su respectiva Cámara.

6. Además de los previstos en el art. 666 LECrim, la jurisprudencia admite que se utilice el cauce de los artículos de previo pronunciamiento para

denunciar *otros vicios de naturaleza procesal* que, de cualquier modo, podrían acabar originando la nulidad de lo actuado.

Como ya hemos indicado, estos artículos deben proponerse por cada parte al tribunal por escrito en el plazo de tres días, a contar desde que se les entreguen respectivamente los autos para formular el escrito de calificación.

Planteado un artículo de previo pronunciamiento, se abre un incidente que suspende el curso de las actuaciones. Las demás partes personadas contestarán en el plazo de tres días; se podrá acordar la práctica de prueba, sin que exceda de ocho días; se señalará un día para celebrar una audiencia, en la que cada parte podrá informar lo que convenga a su derecho y en el día siguiente a esa audiencia el tribunal dictará auto resolviendo sobre las cuestiones propuestas:

— Si se proponen varias cuestiones, y una de ellas fuera la declinatoria de jurisdicción, el tribunal deberá resolverla antes que las demás, y solo si no la estima pasará a resolver el resto.

— Si estima la declinatoria, el tribunal mandará remitir los autos al tribunal o juez que considere competente; si la desestima, confirmará su competencia para conocer del proceso.

— Si estima la cosa juzgada, la prescripción o la amnistía-indulto, dictará auto de sobreseimiento libre, mandando que se ponga en libertad al procesado. Si las desestima, mandará seguir la causa.

— Si estima la falta de autorización para proceder, mandará subsanar el defecto, quedando entre tanto suspensa la causa. Si el suplicatorio se deniega quedará nulo todo lo actuado y se dictará auto de sobreseimiento libre.

2º. *La calificación provisional*

Una vez resueltos los artículos de previo pronunciamiento, o si no se interpusieron, las partes, por su orden, se instruirán de los autos y presentarán los llamados escritos de calificación provisional (o escritos de calificación, a secas). Estos escritos constituyen el vehículo para formular la acusación y la defensa: son el instrumento a través del cual las partes interponen y formulan sus pretensiones, antes de iniciarse las sesiones del juicio oral.

El escrito de calificación provisional de cada parte tiene como contenido esencial sus pretensiones, tanto punitivas (objeto penal del proceso) como de resarcimiento (objeto civil del proceso).

Respecto de las *pretensiones punitivas*, el art. 650 LECrim señala que el escrito de calificación se limitará a determinar en conclusiones precisas y numeradas:

1º. Los hechos punibles que resulten del sumario.

2º. La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan.

3º. La participación que en ellos hubiere tenido el procesado o procesados, si fueren varios.

4º. Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de la responsabilidad penal.

5º. Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, por razón de su respectiva participación en el delito.

Respecto a la *pretensión de resarcimiento* o acción civil, el art. 650 señala que en el escrito de calificación se expresará, además:

1º. La cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida.

2º. 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 esa responsabilidad.

Según el art. 653, las partes podrán presentar, sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación, dos o más conclusiones de forma *alternativa* o *eventual*, para que, si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia.

Por último, en los escritos de calificación, las partes manifestarán también las *pruebas* de que intenten valerse, presentando listas de testigos y peritos; también podrán pedir la práctica de la prueba anticipada respecto de aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuera de temer que no se puedan practicar en el juicio oral.

Tratándose de los procesados y de las terceras personas civilmente responsables, sus escritos de calificaciones tendrán la misma estructura establecida por el art. 650 LECrim, siendo sus conclusiones numeradas y correlativas a las contrarias, si están o no conformes con cada una, o en otro caso, consignando los puntos de divergencia.

Además, según el art. 655, la defensa del acusado, en su escrito de calificación provisional, puede manifestarse conforme con la pena solicitada por la parte acusadora, o con la más grave de las pedidas, si fueren varios los acusadores. Si se dan los demás requisitos que establece el artículo (y que se estudiarán en la lección 15), se producirá la terminación del proceso con sentencia que acoja la conformidad, sin necesidad de celebrarse el juicio oral.

3º. *Otros trámites hasta la celebración del juicio oral*

Una vez presentados los escritos de calificación provisional, y antes de que se celebren las sesiones del juicio oral, se debe proceder a lo siguiente:

1º. Admisión de la prueba propuesta: el tribunal dictará auto admitiendo las pruebas que considere pertinentes y rechazando las demás.

2º. Sobre la base de ese auto, el letrado de la A. de J. señalará la fecha de inicio de las sesiones del juicio oral y procederá a la citación de los testigos y peritos que hayan de intervenir en la causa, así como de las partes acusadoras y acusadas. Además, se ha de informar en todo caso a la víctima de la fecha de celebración del juicio.

3º. Se han de trasladar las piezas de convicción al local del tribunal.

4º. Es posible promover un incidente para lograr la recusación de los peritos.

5º. Se practicará la prueba anticipada propuesta y que haya resultado admitida.

2.2. El acto de la vista

La vista o juicio en sentido estricto comienza el día señalado por el letrado de la A. de J. en los términos marcados por el art. 659 LECrim. Se desarrollará de forma presencial, híbrida o íntegramente telemática, según lo dispuesto en el artículo 258 bis LECrim (cfr. lección 2).

Una vez declarada abierta la sesión por el presidente del tribunal, se dará cuenta del hecho que motivó la apertura del sumario, se expresará si el procesado está en prisión provisional o en libertad provisional, con o sin fianza, se leerán los escritos de calificación y las listas de peritos y testigos, y se hará relación de las demás pruebas propuestas y admitidas.

A continuación, el presidente del tribunal preguntará al acusado si se conforma con la acusación más grave. Se trata de la segunda oportunidad que tiene el acusado para manifestar su conformidad con la acusación.

Cuando el juicio deba seguir adelante, por falta de conformidad de los acusados con la acusación, o por no darse los presupuestos para que resulte admisible, el juicio oral seguirá adelante y se desarrollará en una o varias sesiones.

El núcleo del juicio oral consiste en la práctica de las pruebas admitidas. Se ha de comenzar por las que hubiere propuesto el Ministerio Fiscal; se continúa con la prueba propuesta por los demás acusadores; y, por último, se practica la prueba propuesta por los procesados. Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. Los testigos serán examinados también por el orden con que figuren sus nombres en las listas. El acusado, no obstante, puede solicitar declarar en último lugar; se entiende que lo hará para una mejor defensa, pues habrá presenciado ya la prueba de cargo en su contra y su defensa podrá aprovechar el resultado de las demás pruebas y el conocimiento de lo declarado por los otros sujetos para enfocar el interrogatorio.

> El orden de práctica probatoria podrá alterarse por el Presidente del tribunal, a instancia de parte y aun de oficio, cuando así lo considere conveniente

> para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad, pero sin revocar el derecho del acusado a testificar en último lugar.

Practicados los medios de prueba, el presidente del tribunal requerirá a las partes para que, a la vista del resultado de las mismas, se ratifiquen o, en su caso, modifiquen las conclusiones de sus escritos de calificación.

Cuando una parte se ratifique en sus conclusiones provisionales, se limitará a manifestar que las «eleva» a definitivas.

Si, por el contrario, alguna parte manifiesta su intención de modificarlas, deberá formular por escrito las nuevas conclusiones (definitivas). Se suspenderá la vista durante el tiempo necesario para la redacción del escrito de calificación.

La modificación de las conclusiones provisionales no es ilimitada: hay que respetar la persona acusada y el hecho objeto de acusación (lo contrario atentaría contra las exigencias del principio acusatorio).

A través de las calificaciones o conclusiones definitivas, las partes interponen y formulan sus pretensiones de forma definitiva, fijando el ámbito de congruencia de la sentencia penal.

Formuladas las conclusiones definitivas, puede suceder que el tribunal considere que el hecho punible ha sido calificado de forma errónea. En tal caso, el art. 733 otorga al tribunal la posibilidad de plantear a las partes la denominada «tesis de desvinculación», es decir, una calificación jurídica del hecho punible distinta a la mantenida por las partes. Del estudio de esta figura nos ocuparemos más adelante.

Tras las conclusiones definitivas y el posible planteamiento de la tesis, el juicio continúa con los informes orales de las partes, que suponen una exposición oral de los hechos que consideren probados en el juicio, su calificación legal, la participación que en ellos hayan tenido los procesados y la responsabilidad civil que hayan contraído los mismos u otras personas. Por eso, los informes han de acomodarse a las conclusiones definitivas, sin que sea lícito alterarlas, cambiarlas o modificarlas sustancial o accidentalmente.

Tras los informes, se concederá al acusado el derecho a la última palabra. Tras oír en su caso al acusado, el presidente declarará concluso el juicio para sentencia.

El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (art. 743 LECrim, que se remite a los arts. 146 y 147 LEC). Esta grabación, de hecho, hará las veces de acta: la firma electrónica del letrado de la A. de J. garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido. Por eso, ni siquiera será necesario que el letrado de la A. de J. esté presente en la sala durante las sesiones del juicio, salvo que lo soliciten las partes al menos dos días antes o que lo considere necesario el letrado de la A. de J. atendiendo a la complejidad del asunto, el número y

naturaleza de las pruebas, el número de intervinientes, la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen (en tal caso, eso sí, el letrado de la A. de J. levantará acta sucinta).

> Puede suceder que, por problemas técnicos no advertidos, las sesiones del juicio oral no hayan quedado grabadas –o la grabación haya sido muy defectuosa– y tampoco se haya levantado acta. En tal caso, la jurisprudencia ha entendido que procede declarar la nulidad de la sentencia y de las actuaciones, pues se ve comprometido el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos y el derecho de defensa (cfr. STSJ Castilla y León de 24 de mayo de 2022).

3. TRAMITACIÓN DEL JUICIO ORAL EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Cuando nos hallamos en el ámbito del procedimiento abreviado, el legislador ha querido acortar la duración de las actuaciones, suprimiendo algunas y, sobre todo, concentrando otras que, en el procedimiento ordinario, aparecen dispersas en el tiempo.

Por lo que se refiere a las calificaciones provisionales, ya se han elaborado y presentado ante el juez de instrucción, durante la fase intermedia: se trata de los llamados escritos de acusación (que se presentan para promover la apertura del juicio oral) y de defensa (que se interponen todavía ante el juez instructor, una vez haya este abierto el juicio oral).

3.1. La audiencia preliminar

Declarada la apertura del juicio oral, el instructor pierde su competencia sobre el proceso y remite las actuaciones al tribunal competente para el enjuiciamiento. Una vez las reciba, el juez o tribunal convocará a las partes a una audiencia preliminar, que sirve para plantear oralmente y, en su caso, resolver una pluralidad de cuestiones (art. 785):

— La competencia del tribunal.

— La eventual vulneración del algún derecho fundamental.

— La existencia de artículos de previo pronunciamiento.

— La concurrencia de alguna causa de suspensión del juicio oral o de nulidad de las actuaciones.

— Justificar y/o cuestionar la admisibilidad de la prueba propuesta por cada una o por la contraria en sus respectivos escritos de acusación y defensa. También se podrá solicitar la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos, y se podrá proponer las pruebas de las que no hubieran tenido conocimiento en el momento de formular sus escritos de acusación o defensa.

La celebración de la audiencia preliminar requiere la asistencia del acusado y del abogado defensor. Sin embargo, no se suspenderá por la inasistencia injustificada del acusado que haya sido debidamente citado, ni tampoco por la incomparecencia injustificada de las demás partes citadas en forma.

El tribunal habrá de resolver las cuestiones procesales que se le propongan y habrá de resolver igualmente sobre la proposición probatoria realizada por las partes; en su caso, acordará la práctica de prueba anticipada. Si alguna de las cuestiones planteadas fuera compleja, el tribunal podrá resolver por escrito en un plazo de diez días. La decisión del tribunal sobre estas cuestiones no será recurrible directamente –aunque podrá formularse protesta y suscitarse de nuevo al apelar la sentencia–, salvo que se acuerde el sobreseimiento del proceso –en cuyo caso procederá recurso de apelación.

En la audiencia preliminar, además, las partes podrán solicitar al tribunal que dicte sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto. Si concurren los requisitos establecidos en el propio precepto, el tribunal dictará sentencia de conformidad en el propio acto, de modo que no será necesaria la celebración del juicio (los requisitos de la conformidad se analizan en la lección 15).

3.2. El acto del juicio

Salvo que sobresea el proceso o se dicte sentencia de conformidad, al término de la audiencia preliminar se señalará el día y la hora en que deban comenzarse las sesiones del juicio oral. Para ello, se tendrá en cuenta la prisión del acusado y el aseguramiento de su presencia a disposición judicial, la complejidad de la prueba propuesta o cualquier circunstancia significativa. La víctima del delito ha de ser informada por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio.

1º. *Posible celebración del juicio en ausencia del acusado*

Como ya se vio en su momento, en el procedimiento abreviado el juicio oral puede celebrarse en ausencia del acusado, si se dan los siguientes presupuestos (art. 787.1):

— Que el acusado haya sido citado personalmente o en el domicilio o persona que haya designado a tal efecto en fase de instrucción.

— Que, a pesar de haber sido citado en forma, no haya comparecido sin alegar justificación.

— Que el Ministerio Fiscal u otra parte acusadora soliciten la continuación del proceso.

— Que sea oída la defensa del acusado (que, por tanto, ha debido comparecer).

— Que el juez o tribunal entiendan que existen elementos suficientes para celebrar la vista y juzgar al acusado.

— Que la pena más grave solicitada no exceda de dos años de privación de libertad, que no exceda de seis años si se trata de pena de distinta naturaleza o que se trate de pena de multa cualquiera que sea su cuantía o duración. Si son varios los delitos enjuiciados y se ha solicitado respecto de varios de ellos penas privativas de libertad, la suma total de las penas solicitadas no puede exceder de cinco años.

La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio. Las acusaciones particular o popular podrán ser representadas en el acto de juicio por procurador de los tribunales, salvo en el caso de que proceda practicar la declaración de los mismos.

2º. *Desarrollo de la vista*

La celebración del juicio oral comienza con la lectura de los escritos de acusación y defensa. A continuación, las partes podrán solicitar la incorporación de informes, certificaciones y otros documentos. También podrán proponer la práctica de pruebas de las que no hubieran tenido conocimiento al momento de celebrar la audiencia preliminar. Es posible, igualmente, que la defensa, con la conformidad del acusado, antes de que comience la práctica probatoria, solicite que se dicte sentencia de conformidad. Si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 787 ter, el tribunal dictará sentencia de conformidad, sin necesidad de proceder a la práctica probatoria.

Abierto el juicio, leídos los escritos de acusación y defensa, celebrado en su caso el turno de intervenciones, y en ausencia de conformidad, el juicio oral seguirá con la práctica de la prueba, a la que se aplican las reglas del proceso ordinario.

Terminada la práctica de la prueba, tiene lugar el trámite de las calificaciones definitivas: el tribunal requerirá a las partes para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos de acusación y defensa inicialmente planteados. Pueden suceder, en este momento, varias cosas:

a) Es posible que en sus conclusiones definitivas la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o aprecie un mayor grado de participación o ejecución del delito, o circunstancias agravantes de la pena: no se trata, por tanto, de que se alteren los hechos objeto del proceso, pero sí de que se modifique su calificación jurídica. Si la acusación efectúa alguno de estos cambios, estará «sorprendiendo» al acusado, que no tuvo por qué defenderse durante el juicio de una calificación de los hechos que no había sido formulada en el escrito de acusación inicial. Por eso, para preservar el derecho de defensa y de contradicción, el órgano jurisdiccional puede acordar un aplazamiento de la sesión de hasta diez días, para que el acusado pueda aportar los elementos

probatorios de descargo que estime convenientes en relación con las nuevas conclusiones de la acusación. Practicada la nueva prueba solicitada por el acusado, la acusación podrá, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas (art. 788.4).

b) Si en las conclusiones definitivas todas las partes acusadoras califican los hechos como delito cuya pena excede de la competencia del Juez de lo Penal (es decir, por encima de los 5 años de prisión o de los 10, si es de otra naturaleza), este deberá declararse incompetente para juzgar la causa, dará por terminado el juicio y remitirá las actuaciones a la Audiencia correspondiente, para que se vuelva a celebrar ante ella el juicio oral. Si sucede que en este punto las acusaciones formulan peticiones divergentes (alguna califica dentro del ámbito de competencia del Juez de lo Penal, otra lo hace excediendo dicho ámbito), entonces 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 (art. 788.5).

Una vez presentadas las conclusiones definitivas, se pasará al trámite de informes: una exposición oral por las partes de cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos. En este punto, el tribunal también podrá efectuar una actuación análoga al planteamiento de la tesis que, para el procedimiento ordinario, contempla el art. 733: podrá solicitar del Ministerio Fiscal y de los abogados de las partes un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados.

4. LA PARALIZACIÓN DEL JUICIO ORAL

En la fase de juicio oral rige el principio de concentración: las sesiones del juicio serán consecutivas hasta la conclusión (art. 744).

Sin embargo, los arts. 745 y ss. LECrim recogen una serie de causas que provocan la paralización del juicio oral antes de que se inicien sus sesiones o una vez iniciadas sus sesiones.

Si los actos realizados en el juicio antes de su paralización conservan su validez una vez desaparecida la causa de paralización, se habla de suspensión: el juicio oral se reanuda allí donde se dejó.

Si, en cambio, la parte del juicio celebrada antes de la paralización se declara sin efecto y es necesario repetirlo desde el comienzo, se habla de interrupción.

1º. *Causas de paralización del juicio oral*

En primer término, el art. 745 establece que el tribunal podrá suspender la apertura de las sesiones del juicio oral cuando las partes, por motivos

independientes de su voluntad, no tuvieran preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos.

En segundo término, el art. 746 establece las causas que permiten la paralización del juicio oral, una vez abierto:

1ª. La necesidad de resolver cualquier cuestión incidental planteada durante los debates y que no pueda decidirse en el momento por causa fundada.

2ª. La necesidad de practicar alguna diligencia fuera del lugar de las sesiones (*v.g.*, un reconocimiento judicial, o tomar declaración a un testigo enfermo en su domicilio o en un centro hospitalario), cuando no sea posible hacerlo entre una y otra sesión.

3ª. La incomparecencia de un testigo (o de un perito), cuando la parte que lo propuso como medio de prueba solicite expresamente la suspensión hasta que se le localice y pueda comparecer, y siempre que el tribunal considere necesaria la declaración del testigo (o el informe del perito) y, en consecuencia, entienda que la falta de suspensión generaría indefensión. El tribunal también puede acordar que continúe el juicio para la práctica de las demás pruebas y suspenderlo entonces hasta que comparezca el testigo (o el perito) ausente.

4ª. La enfermedad de algún miembro del tribunal o del Fiscal, que le impida continuar tomando parte en el juicio.

5ª. La enfermedad del defensor de cualquiera de las partes, que le impida seguir actuando en el proceso. No procederá la suspensión si puede ser reemplazado sin grave inconveniente para la defensa del interesado. Tratándose de letrado designado por el turno de oficio, solo se suspenderá el proceso por el tiempo que demore el Colegio de la Abogacía en proveer la designación de nuevo profesional para evitar causar indefensión a la parte. Si la suspensión se solicita por haberse producido o iniciado el parto de manera repentina, o sin tiempo suficiente como para que otro abogado o abogada pueda hacerse cargo del asunto y prepararlo, se suspenderá el señalamiento por el tiempo mínimo imprescindible en atención a su complejidad.

También procederá la suspensión en caso de fallecimiento, hospitalización o intervención quirúrgica por causa grave de un familiar hasta el segundo grado del defensor de cualquiera de las partes.

6ª. La enfermedad de alguno de los acusados, que el impida estar presente en el juicio, una vez se haya oído a los facultativos nombrados de oficio para reconocerlo.

7ª. La necesidad de practicar una «sumaria información suplementaria»: se suspenderá el juicio oral cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria. Es por tanto preciso que las revelaciones o las retractaciones sean inesperadas, que alteren sustancialmente los hechos merced a los cuales las partes formularon sus

conclusiones provisionales y que tales revelaciones requieran nuevos elementos de prueba. En estos casos, la ley fija dos posibilidades:

– que los nuevos medios de prueba se aporten en el propio juicio oral;

– que se retroceda a la fase instructora, mediante la llamada información suplementaria.

2º. *Criterios de los que depende que haya suspensión o interrupción*

Aunque la ley no es nada clara, ha de entenderse que las mismas causas lo pueden ser de suspensión o de interrupción. Se entenderá que se ha producido la interrupción cuando la duración de la paralización haya de ser prolongada: ello determina la necesidad de celebrar de nuevo el juicio oral desde el comienzo. Cuándo se entiende que la paralización es lo suficientemente prolongada a estos efectos es algo que, al menos para el procedimiento abreviado, se fija en los treinta días: pasado este plazo, se entiende que el principio de concentración se ha visto vulnerado y es preciso reiterar todo el juicio, de forma que guarde la necesaria «unidad de acto» (art. 788.1).

Al margen de lo que dure la paralización, también se habla de interrupción, y resulta en consecuencia necesario repetir el juicio oral, cuando, al concluir la paralización, la Sala de la Audiencia está integrada por algún magistrado que no estuvo presente en las sesiones anteriores, o cuando ha cambiado el Juez de lo Penal. En estos casos se trata de salvaguardar el principio de inmediación.

LECCIÓN 14
PRUEBA PENAL Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Concepto de prueba. — 2. Objeto de la prueba en el proceso penal. — 3. La proposición y admisión de la prueba. La iniciativa probatoria: el problema de la prueba de oficio. — 4. La presunción de inocencia y los requisitos para dictar válidamente una sentencia de condena: 4.1. Mínima actividad probatoria; 4.2. Prueba obtenida y practicada con todas las garantías; 4.3. Prueba de cargo; 4.4. Prueba practicada en el juicio oral; 4.5. Prueba valorada conforme a la lógica y la experiencia; 4.6. Carga de la prueba e *in dubio pro reo*; 4.7. Consecuencias de la infracción de la presunción de inocencia. — 5. Los diversos medios de prueba: 5.1. La declaración del acusado (y del coacusado); 5.2. Declaración de testigos; 5.3. Informe pericial; 5.4. Documentos, piezas de convicción y reconocimiento judicial.

1. CONCEPTO DE PRUEBA

En todo proceso judicial las partes fundan las pretensiones que formulan al tribunal en una serie de hechos. Como se verá más adelante, en el proceso penal las partes acusadoras tienen la carga de alegar los hechos que integran el supuesto de la norma penal cuya aplicación pretenden. E incumbe a la defensa la alegación de todos aquellos hechos que sostienen sus peticiones (v.g., que concurría una eximente o una circunstancia atenuante de su responsabilidad penal).

El tribunal solo puede acceder a lo que le solicitan las partes si son ciertos los hechos en que se fundan esas peticiones o, con mayor precisión, si está convencido de que son ciertos (o de que no lo son). La simple afirmación por una de las partes de que un hecho es cierto no conlleva de por sí que el tribunal deba o pueda tenerlo por cierto. Al contrario, es preciso que en los procesos se lleven a cabo actividades destinadas a fijar como ciertos esos hechos relevantes.

Existen diversos mecanismos que contribuyen a fijar como ciertos –o como inciertos– los hechos afirmados por las partes y que son de relevancia para construir la sentencia. La finalidad de estos mecanismos, en todo caso, no es alcanzar una certeza universal y *erga omnes* (algo semejante a una «verdad absoluta»), sino que queden fijados o no como ciertos unos hechos a los efectos de resolver un proceso concreto.

La más importante de las herramientas para fijar la certeza de hechos en el proceso es la prueba. La prueba procesal es la actividad llevada a cabo por las partes con y ante el tribunal para convencerle de la certeza, a efectos del proceso, de un hecho: lo esencial del concepto de prueba es la noción de *actividad*.

Establecida la vinculación entre prueba y actividad, es conveniente distinguir a su vez entre fuentes de prueba y medios de prueba. Las fuentes de prueba son los elementos personales o materiales respecto de los cuales se desarrolla cada concreta actividad probatoria, a la que llamamos medio de prueba.

> Así, es fuente de prueba el testigo y medio de prueba su interrogatorio en el juicio; es fuente de prueba el documento y medio de prueba su aportación al proceso y su lectura por el tribunal; y así sucesivamente.

La práctica de las pruebas en el proceso penal se articula a través de diversos medios de prueba, que se proyectan a su vez respecto de diferentes fuentes de prueba. Entre las finalidades de la fase de instrucción se encuentra justamente la identificación de las fuentes de prueba que, en su caso, podrán servir para el desarrollo de actividad probatoria en el juicio oral.

2. OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

En sentido propio, objeto de la prueba no es la finalidad que se persigue con la prueba, sino aquello sobre lo que la prueba versa, esto es, aquello que quiere fijarse como cierto en el proceso a través de la actividad probatoria.

1º. Así, en primer término, la prueba versa sobre *hechos*: el objeto de la prueba lo integran, ante todo, hechos que han de ser relevantes para el proceso. Esta relevancia de los hechos necesitados de prueba puede tener dos orígenes distintos:

> — Hay hechos que son relevantes porque integran el objeto del proceso: se trata de todos aquellos hechos que son subsumibles dentro de alguna de las normas del CP, tanto las que definen el tipo penal cometido, como las que determinan la concurrencia de circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes, las que determinan el grado de perfección del delito o las que determinan el grado de participación del acusado en el delito. A las pruebas que versan sobre estos hechos que integran el objeto del proceso penal se las suele llamar «pruebas directas».
>
> — También son relevantes a efectos de prueba otros hechos que no integran el objeto del proceso penal, pero de cuya existencia o inexistencia depende el grado de fiabilidad o credibilidad que cabe atribuir a las pruebas directas (*v.g.*, el grado de agudeza visual del único testigo cuando sea relevante; o demostrar si la víctima menor de edad tiene un grado de madurez suficiente para hacer creíble su testimonio; o demostrar si existe enemistad entre el testigo de cargo y el acusado). A este tipo de pruebas se las puede llamar «pruebas sobre la prueba», para distinguirlas de la prueba directa.

2º. En segundo término, también pueden ser objeto de prueba las denominadas *máximas de la experiencia*, es decir, aquellas reglas generales de carácter artístico, científico o técnico a través de las cuales se explican los hechos que acontecen (*v.g.*, si una sustancia es o no tóxica, si una determinada técnica de construcción es peligrosa).

El tribunal no está obligado a tener conocimientos que no sean jurídicos. Por eso, cuando para la valoración de los hechos sea preciso utilizar una máxima de la experiencia no jurídica y no cotidiana, será necesario que al juez se le convenza a través de la prueba de la existencia y validez de esa máxima de la experiencia. El medio de prueba idóneo para convencer al tribunal acerca de las máximas de la experiencia es la prueba pericial.

3. La proposición y admisión de la prueba. La iniciativa probatoria: el problema de la prueba de oficio

a) Durante la fase de instrucción, el proceso penal español está inspirado por el principio de investigación de oficio: la búsqueda de las fuentes de prueba relevantes es una tarea dirigida por el órgano judicial. Durante el juicio oral, por el contrario, son las partes las que deben decidir cuáles son las pruebas cuya práctica les interesa y así habrán de solicitárselo al tribunal. Por eso, la regla general es la de que será cada parte la que deba proponer al tribunal las pruebas cuya práctica le interese y el tribunal tendrá que decidir cuáles admite y cuáles no (art. 728 LECrim).

Rige así en nuestro proceso penal la iniciativa probatoria a instancia de parte: son las partes las que han de proponer al tribunal la práctica de los medios de prueba oportunos para convencer al tribunal de que son ciertos los hechos en que cada una funda sus pretensiones.

Propuestas al tribunal por las partes las pruebas cuya práctica les interesa, el tribunal habrá de decidir si las admite o no. Para que una prueba resulte admisible es preciso que concurran cuatro requisitos.

— Posibilidad: solo se admitirán aquellas pruebas cuya práctica resulte materialmente posible.

— Legalidad: solamente se admitirán como prueba aquellas actividades cuya práctica no resulte contraria a la ley.

— Utilidad: es la adecuación entre el medio de prueba cuya práctica se propone y el fin de dicho medio de prueba, que consiste en convencer al tribunal de la certeza de un hecho. Se entiende que una prueba es útil cuando, *a priori*, parece adecuada para formar la convicción del tribunal acerca de algún hecho relevante.

— Pertinencia: que a través del medio de prueba se pretenda la prueba de algún hecho que sea de relevancia para el proceso, es decir, que se persiga

convencer al tribunal con ese medio de prueba de la certeza de alguno de los hechos que el tribunal habrá de tener en cuenta en el momento de dictar sentencia.

Si concurren estos cuatro requisitos, el tribunal está obligado a admitir la prueba propuesta (salvo, como veremos, en los supuestos de *ilicitud probatoria*, cuando se trate de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales).

b) En el *procedimiento ordinario* las partes han de proponer las pruebas que les interesen en los escritos de calificación provisional y el tribunal decide sobre su admisión por medio de un auto que habrá de dictar con carácter previo al comienzo de las sesiones del juicio.

En el *procedimiento abreviado* las pruebas se pueden proponer hasta en tres momentos:

1. En los escritos de acusación y de defensa. En este caso, el tribunal sentenciador decidirá cuál es la prueba que admite en la audiencia preliminar.

2. En la audiencia preliminar, donde podrá solicitarse la admisión de las pruebas desconocidas por las partes al formular sus escritos de acusación y/o defensa; también podrá pedirse entonces la incorporación al proceso de informes, certificaciones y otros documentos. El tribunal decidirá en el acto.

3. En el acto del juicio oral, donde nuevamente podrá solicitarse la admisión de las pruebas desconocidas por las partes en el momento de celebración de la audiencia preliminar y donde también podrá pedirse la incorporación al proceso de informes, certificaciones y otros documentos.

c) El art. 729 LECrim reconoce, como excepción a la regla general, un cierto margen para la ***iniciativa probatoria del tribunal sentenciador***. En concreto, le permite al tribunal acordar la práctica de aquellas pruebas que no se hayan propuesto por las partes pero que el propio tribunal considere necesarias para comprobar los hechos contenidos en los escritos de calificación provisional (procedimiento ordinario por delitos graves) o en los escritos de acusación y defensa (procedimiento abreviado).

A juicio de la jurisprudencia, la iniciativa probatoria del tribunal puede comprometer su imparcialidad y quebrar el principio acusatorio: por eso, los tribunales se han mostrado con frecuencia reacios a hacer uso de esta facultad. Para que la imparcialidad del tribunal no quede comprometida y resulte válida la iniciativa probatoria del tribunal es preciso que esta actuación del tribunal quede sujeta a tres límites o condiciones:

1. El tribunal sentenciador no puede buscar nuevas fuentes de prueba, pues esto le convertiría en instructor –y recuérdese que el que instruye no puede juzgar–. Es decir, solo puede proponer la práctica de medios de prueba que se funden en fuentes de prueba cuya existencia ya conste en las actuaciones.

> Por ejemplo, la declaración del testigo A, propuesto por alguna de las partes, pone de manifiesto que también tiene información relevante el sujeto B, que no ha sido propuesto por ninguna de las partes como testigo. El tribunal podría, de oficio, llamarlo a declarar.

2. A través de su iniciativa probatoria el tribunal no puede introducir hechos nuevos: se trata, pues, de que las pruebas solicitadas por el tribunal versen sobre hechos ya alegados por las partes. Si no respetara este límite el tribunal estaría alterando el objeto del proceso, vulnerando el principio acusatorio y perdiendo su imparcialidad.

3. Si el tribunal ordena de oficio una prueba, en la práctica de esa prueba habrá de dar intervención a las partes. La prueba de oficio no se puede practicar nunca a espaldas de las partes.

Cumpliendo estas exigencias, la iniciativa probatoria de oficio del tribunal sirve al interés público en la persecución penal sin quebrantar ninguna garantía del proceso.

d) Al margen de todo lo anterior, y como consecuencia de la vigencia de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías, el tribunal tiene el deber de evitar que se practiquen pruebas ilícitas, es decir, pruebas que se hayan obtenido vulnerando algún derecho fundamental (*v.g.* grabaciones de conversaciones telefónicas no autorizadas por el juez, u objetos hallados en registros domiciliarios ilegales). Cuando una de las partes aporte al proceso una de estas pruebas y pretenda su práctica en el juicio, son posibles varias reacciones, en función del conocimiento que pueda tener el tribunal acerca de su ilicitud:

(1) Si en el momento en que se propone la prueba el tribunal, de oficio o porque lo pone de relieve la parte contraria, considera que la prueba propuesta es ilícita, deberá sin más inadmitirla. De hecho, está expresamente previsto que en la audiencia preliminar se pueda suscitar la ilicitud de alguna de las pruebas propuestas de contrario.

(2) En el acto del juicio, antes de que comiencen a practicarse las pruebas, las partes pueden poner de manifiesto que una prueba admitida por el tribunal es ilícita: si el tribunal se convence en ese momento de la ilicitud probatoria, prohibirá que la prueba se practique, aunque se hubiera admitido previamente.

(3) Si se practica una prueba en el juicio y el tribunal llega a la conclusión de que es ilícita, entonces el tribunal no podrá valorarla, es decir, no podrá tenerla en cuenta para dictar su sentencia.

(4) Si una de las partes considera que el tribunal ha dictado sentencia fundándose en una prueba ilícita, entonces podrá recurrir la sentencia precisamente por esa ilicitud.

4. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LOS REQUISITOS PARA FUNDAR VÁLIDAMENTE EN LA PRUEBA UNA SENTENCIA DE CONDENA

El derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es uno de los pilares de cualquier sistema procesal penal. De hecho, para armonizar unos niveles mínimos de protección a los acusados, la Unión Europea ha aprobado en fechas recientes la Directiva 2016/343, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

El concepto de presunción de inocencia que se deriva de la Constitución y de la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea tiene dos acepciones o dos ámbitos de actuación.

En primer término, la presunción de inocencia funciona como una ***regla de tratamiento del sujeto pasivo*** durante la sustanciación del proceso penal, según la cual, mientras no se haya dictado una sentencia de condena el encausado no puede ser considerado como culpable. Esta acepción de la presunción de inocencia tiene varias consecuencias: así, ha de preservarse el derecho al honor de la persona investigada manteniendo reservadas para terceros las actuaciones durante la fase de instrucción.

> Esta faceta del derecho fundamental se suele conocer también como «dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia» y a ella se refiere con insistencia la Directiva 2016/343. Así, v.g., mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no podrán referirse a esa persona como culpable; además, los sospechosos y acusados no podrán ser presentados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física.
>
> Esta dimensión, por tanto, busca preservar, entre otros fines, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del sujeto pasivo del proceso penal, que no puede ser presentado como culpable mientras no haya sido condenado. Una vez firme la condena, en cambio, la presunción de inocencia deja de operar. El interés del condenado en preservar su honor y su privacidad, en adelante, habrá de protegerse por otros medios. En especial, transcurrido un periodo prolongado de tiempo desde la condena y cumplida esta ha de ser posible invocar el llamado «derecho al olvido» frente a la divulgación de noticias o el enlace a noticias en motores de búsqueda que incluyan datos identificativos de la persona que se vio involucrada (cfr. la STS, Sala Primera, de 10 de abril de 2024).

También deriva de la presunción de inocencia que la adopción de medidas cautelares restrictivas de la libertad o de otros derechos deba ser excepcional y que, una vez adoptadas, su régimen deba de ajustarse a las exigencias del principio de sacrificio mínimo.

En segundo término, la presunción de inocencia opera como ***regla de juicio***. En este sentido, que es el que ahora interesa, la presunción de inocencia establece cuáles son los requisitos para que se pueda dictar válidamente una sentencia de condena, es decir, para que sea válida la determinación por el tribunal de la certeza de la culpabilidad del acusado: la presunción de inocencia protege al acusado frente a posibles sentencias condenatorias injustas.

Son seis los requisitos derivados de la presunción de inocencia que condicionan la validez de una sentencia de condena, todos ellos deducibles de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo: mínima actividad probatoria; prueba obtenida y practicada con todas las garantías; prueba de cargo; prueba practicada en el juicio oral; prueba valorada conforme a la lógica y la experiencia; y respeto a la regla *in dubio pro reo* a la hora de resolver las dudas que puedan persistir tras la valoración probatoria.

4.1. Mínima actividad probatoria

Para que pueda haber una sentencia de condena es imprescindible que se haya practicado prueba en el juicio, aunque sea lo que la jurisprudencia denomina «mínima actividad probatoria». Por eso, en las situaciones de vacío probatorio procede siempre la absolución del acusado.

Además, está igualmente prohibido que se dicte sentencia de condena fundándose en el conocimiento privado del tribunal acerca de los hechos objeto del proceso: por mucho que el juzgador privadamente los conozca, si no se han practicado pruebas, no puede tenerlos como ciertos.

4.2. Prueba obtenida y practicada con todas las garantías

Bajo este enunciado se comprenden dos exigencias distintas, vinculadas, respectivamente, a la obtención y a la práctica de la prueba: es importante, por ello, cómo se consiguen las fuentes de prueba, pero igualmente cómo se practican respecto de esas fuentes los oportunos medios de prueba en el juicio oral.

1º. *Prueba obtenida en la instrucción con todas las garantías*

La primera es la de que la sentencia de condena solo puede fundarse en pruebas *obtenidas* durante la instrucción con todas las garantías. Al amparo del art. 11.1 LOPJ no podrán servir para fundar una sentencia de condena aquellas pruebas que se hayan obtenido, directa o indirectamente, vulnerando los derechos fundamentales o libertades públicas. Esto es lo que sucedería, a modo de ejemplo, cuando se practica alguna diligencia de investigación restrictiva de derechos fundamentales sin respetar las exigencias establecidas en la ley (*v.g.*, no puede utilizarse como prueba la droga encontrada en un domicilio en el que se entró sin autorización judicial, sin consentimiento del titular y sin que hubiera flagrancia).

> Para nuestro Tribunal Constitucional, el fundamento constitucional de la prohibición de utilización de pruebas ilícitas se encuentra en el derecho

fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): sería intrínsecamente injusto un proceso en el que se permitiera sostener la condena en pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales. Ahora bien, de forma más específica, la concreta utilización de una prueba ilícita para fundar una sentencia de condena constituye también una lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

La previsión legal de que no surtirán efecto las pruebas obtenidas *indirectamente* vulnerando derechos fundamentales hace referencia a la denominada «teoría de los frutos del árbol envenenado»: no es preciso que se haya vulnerado un derecho fundamental al practicar una diligencia de investigación que conduce a una fuente de prueba (al descubrimiento de una prueba) para que esta se considere ilícita; a este resultado también se puede llegar si en la cadena lógica de investigación previa a la práctica de esa diligencia se vulneró algún derecho fundamental.

Ejemplo: en el curso de una intervención telefónica no autorizada judicialmente se descubre que la persona investigada esconde droga en un cierto lugar, al que se entra –esta vez sí– con autorización judicial. Aunque la diligencia de entrada y registro en sí misma cumple con las exigencias legales, tiene su origen directo en una lesión al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Por eso, en este caso, la droga aprehendida no podría ser utilizada como prueba de cargo.

No obstante, en relación con la aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) *La ilicitud probatoria se asocia en todo caso a la lesión de derechos fundamentales*. Ya se ha visto en su momento que las diligencias de investigación, tanto las que son en principio restrictivas de derechos fundamentales como las que no lo son, han de efectuarse con arreglo a las normas de procedimiento establecidas en la LECrim. Es posible que, en un caso concreto, la diligencia de investigación se practique sin respetar alguna de las exigencias establecidas en la ley. Esta infracción de las normas procesales puede determinar, en todo caso, que la diligencia de investigación sea nula y que, en consecuencia, no puedan utilizarse como prueba la información o los objetos a los que haya conducido. Ahora bien, la nulidad no comporta por sí misma la lesión de un derecho fundamental: hay normas procesales que están establecidas para asegurar una correcta práctica de la diligencia, o para que se respete la llamada «cadena de custodia», pero que no preservan el derecho fundamental que está en juego cuando se practica la diligencia de investigación; y hay otras, en cambio, cuya infracción sí produce ese resultado, porque son justamente aquellas cuya finalidad directa es proteger a aquel.

Ejemplo. Para que sea correcta la diligencia de entrada y registro es necesario que exista autorización judicial, consentimiento del titular o flagrancia delictiva; además, es necesaria la presencia del letrado de la A. de J. durante el registro, así como la del investigado y su abogado. La primera exigencia (autorización judicial, consentimiento o flagrancia) garantiza el derecho

fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de modo que si no se cumple se puede decir que dicho derecho ha sido lesionado. La segunda exigencia (presencia del letrado de la A. de J. y del investigado), en cambio, sirve a una adecuada práctica de la diligencia, de modo que su infracción determina la nulidad del registro, pero no la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Por eso, no todos los casos en que se han infringido las normas que regulan el modo de practicar una diligencia de investigación son el punto de partida para la aplicación de la doctrina de los frutos del árbol envenenado: esto solo sucederá cuando se entiende lesionado en origen un derecho fundamental, pero no cuando únicamente se haya producido una nulidad de las actuaciones por falta de respeto a las exigencias legales.

b) La jurisprudencia del TC (a partir de la STC 81/1998, de 2 de abril) está procurando *mitigar los efectos de una aplicación a ultranza de esta teoría de los frutos del árbol envenenado*, exigiendo que se produzca en todo caso lo que ha venido a llamarse una «conexión de antijuridicidad»: en consecuencia, para que se operen los efectos de la teoría de los frutos del árbol envenenado, es imprescindible que exista una relación de causalidad entre ambas pruebas (la ilícita y la lícita), de modo que haya una efectiva transmisión jurídica de la ilicitud de una prueba a otra. Por eso, será preciso analizar el caso concreto y las circunstancias concurrentes para determinar si la prueba vinculada a una prueba ilícita debe tener eficacia o no. En este sentido, la jurisprudencia ha ido identificando una serie de factores que pueden conducir a la «desvinculación» entre la prueba ilícita y las pruebas subsiguientes:

— La posible obtención de la información por fuentes independientes de la prueba ilícita.

No hay contaminación cuando la misma información suministrada por la prueba ilícita también la han aportado al proceso otras pruebas desvinculadas de aquella: v.g., se grabó sin autorización judicial una conversación telefónica en la que un sujeto reconocía la comisión del delito, pero otro/s testigo/s declara/n en juicio que también le/s efectuó ese mismo reconocimiento.

— La inevitabilidad del descubrimiento de la información, es decir, aunque no se hubiera practicado la diligencia que produjo la prueba ilícita.

Ejemplo: se graba sin autorización judicial una conversación telefónica en la que un sujeto reconoce que almacena droga en el garaje de su casa; el registro posterior debería ser considerado también ilícito, a no ser que pudiese llegarse a la conclusión de que el registro domiciliario era una medida que se habría practicado en todo caso, dados los indicios que ya se habían acumulado en la investigación.

— La buena fe de los agentes actuantes.

Ejemplo: se lleva a cabo una entrada y registro en un domicilio por parte de unos agentes que estaban convencidos de que había sido autorizada

judicialmente, porque así se les había comunicado verbalmente –aunque no era cierto.

— La relevancia de la fuente en el conjunto de la prueba.

La prueba obtenida de forma ilícita no es especialmente significativa ni necesaria para justificar la condena, a la que podría llegarse igualmente sin ella.

— La distancia temporal o espacial entre la obtención de la prueba ilegal y la obtención de las demás pruebas.

El transcurso del tiempo puede considerarse un indicio de que la segunda diligencia de investigación no es realmente consecuencia de la primera, de modo que tampoco está contaminada por aquella.

— En ocasiones, la propia confesión del acusado (que, a juicio de cierta jurisprudencia, vendría a «sanar» la previa ilicitud probatoria).

c) La STC 97/2019, de 16 de julio, en relación con la llamada «Lista Falciani» avanza por la senda de la modulación en el alcance de las ilicitudes probatorias y se ha convertido en el hito más relevante en esta materia desde la antes citada STC 81/1998. Se realiza en ella una síntesis de la doctrina del TC sobre esta materia y de forma singular se pone de relieve la vinculación entre la prohibición constitucional de utilización de pruebas ilícitas y el principio de proporcionalidad: es necesario en todo caso efectuar un juicio de ponderación entre todos los derechos y valores constitucionales implicados; y esto, en último término, puede determinar la validez en algunos casos de pruebas obtenidas a través de la lesión de un derecho fundamental, si a ello conduce el juicio de ponderación.

Lo peculiar del asunto *Falciani* es que el origen de la causa penal se hallaba en la información sobre presuntos fraudes fiscales entregada a las autoridades tributarias por un empleado de una entidad bancaria: se cuestionaba hasta qué punto la ilicitud en la obtención de la prueba por un particular impedía sostener en ella la condena. Y es que este es uno de los ámbitos en que con mayor claridad se plantea la tensión que provocan las reglas sobre ilicitud probatoria, pues es cada vez más frecuente que sean actividades de sujetos privados las que determinen el acceso a fuentes de prueba potencialmente incriminatorias: los deberes de cumplimiento penal que se imponen a las empresas determinan que en el seno de estas se lleven a cabo investigaciones internas, que a menudo comportan el acceso a ordenadores y dispositivos de almacenamiento de datos proporcionados por la propia empresa y comprometen el derecho fundamental a la intimidad de los empleados concernidos. En estos casos, el TEDH y el TS han sentado como canon básico el de la llamada «expectativa razonable de privacidad», que excluye la lesión del derecho fundamental a la intimidad cuando el empresario ha advertido de forma clara que los equipos y espacios puestos a disposición de los directivos y empleados son susceptibles de ser controlados en ejercicio de las funciones de supervisión o de cumplimiento penal. En estos casos, las pruebas obtenidas por el empresario y puestas a disposición de las autoridades de persecución penal pueden ser

válidamente utilizadas para sostener una sentencia condenatoria (véase, a modo de ejemplo, la STS 817/2022, de 14 de octubre).

La «doctrina Falciani», por otro lado, no legitima sin más la obtención de prueba por particulares, cuando se produce una lesión de derechos fundamentales. Desde luego, hay ilicitud probatoria cuando un particular actúa como instrumento de la policía para acceder a lugares o dispositivos electrónicos del investigado sin permiso de este último y sin autorización judicial. También cuando el particular vulnera de forma consciente derechos fundamentales para obtener material incriminatorio, o cuando la injerencia afecta al núcleo de la privacidad domiciliaria y digital. Puede no haberla, en cambio, en función de las circunstancias del caso, cuando el hallazgo del material incriminatorio por un particular se produce de forma casual, v.g. cuando se accede al contenido de un ordenador y se encuentran en él imágenes de contenido pornográfico infantil. La STS 2828/2026, de 23 de junio, sintetiza la doctrina del TS sobre estas cuestiones en un asunto en que, ante las sospechas de que el padre de su hija producía y poseía pornografía infantil, una mujer aprovechó un viaje de aquel para acceder a su vivienda sin su consentimiento, retirar de ella sus equipos informáticos, abrirlos y explorar su contenido y entregarlos a la policía. El TS confirmó la absolución por ilicitud probatoria, al entender que la lesión de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al entorno digital no fue meramente antecedente o accidental, sino funcionalmente conectada con la obtención de una ventaja probatoria futura e inmediata contra su expareja.

El criterio de la proporcionalidad parece que se va consolidando como elemento modulador de la regla de exclusión estricta, posiblemente porque es una alternativa más flexible que la doctrina de la (des)conexión de antijuridicidad. Resulta de especial interés en este sentido la STEDH en el asunto *Seppern c. Estonia*, de 16 de septiembre de 2025, en la que se validó la utilización indirecta de una prueba ilícita: unas grabaciones ilícitas se utilizaron para desacreditar lo declarado en juicio en su defensa por el acusado.

Al TEDH le pareció que, analizado en su conjunto, el proceso penal no puede considerarse injusto, debido al escaso peso que la prueba ilícita tuvo en su condena, que se fundó en un conjunto amplio de pruebas independientes.

d) Es importante, asimismo, definir el *tratamiento procesal* que ha de darse a la prueba ilícita. En principio, durante la propia fase de instrucción deberían excluirse del sumario o de las diligencias previas las fuentes de prueba obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que ni siquiera pudieran tenerse en cuenta a la hora de decidir sobre la apertura del juicio oral. No cabe contar, sin embargo, con que el propio instructor considere ilícitas pruebas obtenidas en diligencias ordenadas o autorizadas por él mismo, de modo que ese filtro no es suficiente. Por eso, la ley prevé controles posteriores:

(i) En general, el tribunal sentenciador, llamado a decidir sobre la admisión de las pruebas propuestas, puede inadmitir aquellas que considere ilícitas.

(ii) Como contenido de la audiencia preliminar (en el procedimiento abreviado) o de los artículos de previo pronunciamiento (en el procedimiento ordinario) se puede poner de manifiesto la ilicitud de alguna prueba ya admitida, para que no llegue a practicarse en el juicio (cfr., v.g., STC 98/2024, de 3 de julio).

> La STS 193/2025, de 3 de marzo, admite además la posibilidad de que el tribunal dicte directamente una sentencia absolutoria si, en esta fase inicial del juicio, se declara la nulidad por vulneración de derechos fundamentales de los elementos probatorios en que se sostiene la acusación. Expulsada la prueba ilícita del proceso no tiene sentido seguir adelante con el juicio y, dada la fase procesal en que se hallan las actuaciones, solo cabe la absolución –no el sobreseimiento.

(iii) Si el tribunal advierte el carácter ilícito de una prueba durante su práctica en el juicio, debería declararlo así al dictar la sentencia, dejando claro que dicha prueba no es objeto de valoración a la hora de enjuiciar los hechos.

No es nada infrecuente que sea este el momento en que se proclama el carácter ilícito de una prueba, pues durante el juicio oral la estrategia de la defensa consiste a menudo en poner de manifiesto la vulneración de derechos fundamentales en su obtención.

(iv) Si el condenado considera que el tribunal ha fundado su juicio de hecho en una prueba ilícita –a pesar de haber solicitado su exclusión en alguno de los momentos anteriores– puede recurrir la sentencia aduciendo la vulneración de sus derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

> En último término, podrá intentar acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional e, incluso, podrá acudir por este motivo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en la medida en que al obtener la prueba se haya vulnerado alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2º. *Prueba practicada en el juicio oral con todas las garantías*

La segunda exigencia es la de que la prueba se haya *practicado* con todas las garantías, lo que hace referencia al juicio oral, no a la instrucción. Las dos garantías básicas cuya conculcación vulneraría la presunción de inocencia son la inmediación y la contradicción. Es preciso, por tanto, que las pruebas se practiquen en presencia del juez o tribunal llamado a dictar sentencia y que en la práctica de las pruebas puedan intervenir las partes de forma contradictoria, concediéndoseles la posibilidad de contradecir la prueba que perjudica sus pretensiones.

> Esta es la razón, *v.g.*, de que la defensa tenga derecho a conocer la identidad del testigo protegido que vaya a declarar en su contra en el juicio oral.

4.3. Prueba de cargo

La prueba en que se funde la sentencia de condena ha de ser prueba de cargo, debe tener contenido incriminatorio: y esto sucede cuando la prueba sirve para convencer al tribunal de la certeza de un hecho del que se deduce la culpabilidad del acusado.

En relación con este requisito se ha cuestionado si vulnera o no la presunción de inocencia una sentencia de condena fundada únicamente sobre la base de indicios: existe un hecho, que integra el objeto del proceso penal, cuya certeza no se consigue establecer por medio de pruebas, por ejemplo, porque no existen o no se han encontrado; ahora bien, sí que es posible acreditar la certeza de un hecho distinto de aquel, al que se llama «indicio». Un hecho cierto es indicio de otro desconocido si, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, de la existencia del indicio se puede deducir con un elevado grado de probabilidad la existencia del hecho presunto.

En estos casos, puede resultar suficiente probar el hecho indicio para convencer al juez de que también es cierta la existencia del hecho presunto. Esta forma de llegar a la certeza de un hecho a través de indicios o presunciones es compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, siempre que se den una serie de condiciones, que la jurisprudencia recuerda de forma constante (cfr., v.g., STS 834/2024, de 7 de octubre, en relación con un caso de asesinato):

— Los indicios han de estar probados, esto es, acreditados por prueba directa, sin que se admita una sucesión de deducciones o inferencias.

— Los indicios deben ser plurales e independientes: como regla, no es suficiente un único indicio, pues no excluye la posibilidad de que se trate de una casualidad.

— Los indicios deben ser concordantes, esto es, deben conducir a la misma conclusión (la certeza del hecho presunto, desfavorable para el acusado).

— De los indicios se ha de deducir con la suficiente fuerza la existencia del hecho punible que no se pueda acreditar de otra manera.

— El enlace entre los indicios y el hecho presunto ha de ser directo e inmediato (no se admite, por tanto, una concatenación de silogismos).

— La motivación de la sentencia ha de explicitar la concurrencia de estas exigencias, esto es, el proceso deductivo que permite pasar de los indicios al hecho presunto.

Ejemplo: en la vivienda donde se cometió un robo aparecen huellas dactilares de una persona ajena, de las que se deduce de forma directa la presencia de esa persona en ese domicilio; en la suela de las zapatillas de dicha persona, además, se encontraron fragmentos de cristal de la ventaja que se

> rompió para acceder a la vivienda. Esta presencia probada a través de la huella dactilar y de la presencia del cristal en las suelas es un indicio claro de que dicha persona fue la que cometió el robo, que es un hecho que no se puede probar de otra manera al no haber testigos ni confesión.

4.4. Prueba practicada en el juicio oral

El tribunal solamente puede fundar su sentencia y, por tanto, una eventual condena sobre la base de las pruebas practicadas ante él en el juicio oral. Esta exigencia se deriva de la garantía constitucional de la inmediación y su consecuencia más clara es que las diligencias llevadas a cabo durante la instrucción carecen, como regla, de eficacia probatoria.

Ya sabemos que durante la instrucción se llevan a cabo ciertas actuaciones (las diligencias de investigación o diligencias sumariales), que aportan información relevante para el proceso, de las que se deja siempre constancia escrita. Ahora bien, la documentación de las actuaciones llevadas a cabo durante la investigación no es una prueba documental que el tribunal sentenciador pueda utilizar para fundar su sentencia. Si a una parte le interesa que el tribunal sentenciador llegue a convencerse de que son ciertos unos hechos a partir de una fuente de prueba descubierta en la instrucción, no puede limitarse a pedirle al tribunal sentenciador que lea el documento del sumario o de las diligencias previas donde conste el resultado de la diligencia de investigación: lo que tendrá que hacer es pedir la denominada «reproducción» de dicha diligencia en el juicio oral, es decir, tendrá que proponer que se practique la prueba correspondiente que permita llegar al mismo resultado que la diligencia de investigación (es decir, proponer que se practique como medio de prueba la actividad necesaria para convencer al tribunal sobre la base de dicha fuente de prueba).

> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 8 de diciembre de 2022, ha reconocido esto mismo, al señalar que, salvo que concurran circunstancias excepcionales, es contraria a la Directiva sobre presunción de inocencia una normativa nacional que permite a un tribunal fundar una sentencia de condena en las declaraciones vertidas por testigos en fase de investigación, sin la participación del acusado o de su abogado.

Esta regla general, sin embargo, presenta algunas excepciones en las que, bajo ciertas circunstancias, se puede llegar a reconocer eficacia probatoria a diligencias sumariales.

1º. *La preconstitución de la prueba durante la instrucción (arts. 777.2 y 448 LECrim)*

Es posible que durante la instrucción, en el momento de ir a practicar una diligencia de investigación, se constate el peligro de que dicha diligencia no pueda después reproducirse en el juicio oral (*v.g.*, el testigo se halla gravemente enfermo o en peligro de muerte o es un turista que va a regresar a su país). En estos casos, el juez de instrucción practicará la diligencia de investigación de la manera más parecida a como se practicaría la correspondiente prueba en el juicio

oral. Esto supone citar a las partes y permitirles intervenir de forma contradictoria en la práctica de la diligencia de investigación.

> La ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente. En caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

La documentación de la declaración se hará en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen; además, el letrado de la A. de J. comprobará de inmediato la calidad de la grabación audiovisual. Se levantará también un acta sucinta, que contendrá la identificación y firma de todas las personas intervinientes en la prueba preconstituida.

Llegado el acto del juicio oral y a instancia de parte, una vez comprobado que es imposible reproducir la diligencia (v.g., el testigo ha fallecido o se ha desplazado a un lugar en el que no resulta sencillo tomarle declaración), la parte a la que convenga podrá solicitar el visionado de la grabación o la lectura del acta y el tribunal podrá tener en cuenta el resultado de dicho visionado o de la lectura a la hora de fundar su sentencia, incluso si es de condena.

2º. *Supuestos en que es imposible reproducir una diligencia de la instrucción (art. 730.1 LECrim)*

Es posible que durante la instrucción, en el momento de proceder a practicar una diligencia, el juez no aprecie la existencia de un riesgo especial de que no se pueda reproducir después en el juicio oral. En tal caso, la practicará sin las precauciones del art. 777.2 o del art. 448 LECrim. Ahora bien, llegado el juicio oral es posible que la reproducción de la diligencia resulte imposible por causas independientes de la voluntad de la parte que la propone. En tal caso, el art. 730.1 LECrim permite, siempre a instancia de parte, la lectura en el juicio oral del documento en el que conste el resultado de dicha diligencia sumarial. Las partes tendrán derecho a contradecir en el acto del juicio el resultado de dicha diligencia, pero, en todo caso, el tribunal podrá utilizarla como base de su sentencia y, eventualmente, como base de su condena.

3º. *La diligencia de confrontación (art. 714 LECrim)*

Es posible que el acusado o un testigo o un perito efectúen declaraciones contradictorias sobre el mismo punto en el juicio oral y previamente en la instrucción. En principio, el tribunal sentenciador solo podrá valorar como pruebas las declaraciones vertidas ante él en el juicio oral. Sin embargo, en el acto del juicio oral y en el momento en que se constate esa contradicción, la parte a quien interese puede solicitar que el acusado, testigo o perito sea confrontado con su declaración sumarial: pedirá que dicha declaración sea leída en voz alta y que se soliciten al sujeto explicaciones acerca de la contradicción. Como

consecuencia de esa lectura en voz alta el tribunal sentenciador podrá valorar también como prueba la declaración contradictoria emitida durante la instrucción.

> Esto sucede, v.g., cuando un testigo declaró en fase de instrucción incriminando al acusado y se retracta durante el juicio oral: el tribunal puede valorar la consistencia de las explicaciones y, en su caso, puede utilizar lo declarado ante el instructor como prueba sobre la que sostener la condena (cfr., v.g., la STS 2642/2026, de 18 de junio).
>
> Tampoco es infrecuente que en fase de juicio oral el testigo que sea familiar del acusado manifieste que se acoge a la dispensa del deber de declarar, a pesar de haber declarado en contra de aquel en la fase de instrucción. El art. 416.2 LECrim, tras su reforma en 2021, le impide acogerse a la dispensa cuando ya haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.
>
> Por otro lado, la jurisprudencia ha avalado el recurso a la diligencia de confrontación del art. 714 LECrim cuando el acusado, que declaró como investigado en la fase de instrucción, se acoge en el juicio a su derecho a no declarar: aunque en rigor no hay declaraciones contradictorias –porque en el juicio oral no se declara nada–, la negativa a declarar se equipara a aquellas (cfr., en este sentido, la STS 753/2024, de 22 de julio).

4º. *Testimonios de determinadas víctimas*

Tras las reformas de 2015 y 2021, los arts. 703 bis y 730.2 LECrim también permiten que se reproduzcan a instancia de cualquiera de las partes las grabaciones de las declaraciones tomadas durante la instrucción a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, siempre que al efectuarlas durante la instrucción se hubieran desarrollado de conformidad con lo dispuesto en el art. 449 bis (es decir, de forma contradictoria y registrada/documentada). Esta regla tiene la finalidad de evitar la *victimización secundaria* asociada a la necesidad de reiterar sus declaraciones en diversas sedes. De hecho, tiene carácter casi obligatorio cuando, en virtud del art. 449 ter LECrim, un menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba declarar como testigo en la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo: en estos casos, la intervención del testigo en el juicio tendrá un carácter sumamente excepcional.

5º. *Informes periciales oficiales*

A juicio de la jurisprudencia los informes periciales llevados a cabo durante la instrucción por organismos o entidades oficiales (como análisis de drogas, análisis de huellas dactilares, pruebas balísticas, etc.), gozan de un elevado grado de fiabilidad. Por eso, si ninguna de las partes impugna expresamente su eficacia probatoria, el tribunal sentenciador podrá utilizarlos

como fundamento de su sentencia, aunque no se hayan reproducido en el juicio oral. Tratándose de análisis de sustancias estupefacientes, esta regla está expresamente prevista en el art. 788.3 LECrim.

> El precepto señala directamente que «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».

6º. *Ausencia de valor probatorio de las declaraciones vertidas en sede policial*

No es infrecuente que el acusado haya realizado declaraciones autoincriminatorias en sede policial (normalmente, cuando ha sido detenido por la policía y declara ante ella). Ante las dudas acerca de si podían de algún modo utilizarse para sostener una sentencia de condena, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015 optó por una posición de partida muy radical, que se traduce en las siguientes afirmaciones:

— Las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio por sí mismas, de modo que no pueden usarse para sostener una condena.

— No pueden operar como corroboración de los medios de prueba.

— Tampoco pueden ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim, ni cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730.1 LECrim.

— No pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron (esto es, no se pueden «convertir» en prueba testifical).

El único margen de operatividad que queda se produce cuando los datos objetivos contenidos en la autoinculpación son acreditados como veraces por verdaderos medios de prueba: en tal caso, el conocimiento de aquellos datos por el declarante, evidenciado en la autoinculpación, puede constituir un hecho base para efectuar legítimas y lógicas inferencias. Para constatar, a estos exclusivos efectos, la validez y el contenido de la declaración policial, deberán prestar testimonio en el juicio los agentes policiales que la presenciaron.

4.5. Prueba valorada conforme a la lógica y a la experiencia

La valoración de la prueba es la operación intelectual en virtud de la cual el órgano judicial concluye si la prueba practicada respecto de un determinado hecho relevante para el proceso le ha convencido o no de la certeza de dicho hecho.

La valoración de la prueba en el proceso penal es siempre libre (art. 741 LECrim). Por tanto, en el proceso penal está excluida la prueba de valoración

legal o tasada, ya que posiblemente sería contraria al derecho de defensa del acusado. Que la valoración de la prueba sea libre en términos legales significa que el juez habrá de hacerla según su conciencia. Ahora bien, existe siempre un límite cuya falta de respeto conculca la presunción de inocencia y es el de que el tribunal a la hora de valorar las pruebas ha de atenerse siempre a las reglas de la lógica y de la experiencia. El tribunal no puede tener por cierto un hecho sobre la base de una prueba que a los ojos de un tercero imparcial se pueda considerar no fiable o escasamente fiable. Y a la inversa, el tribunal tampoco puede tener por falso o por no cierto un hecho cuando de forma concluyente una o varias pruebas demuestran su certeza.

4.6. Carga de la prueba e *in dubio pro reo*

Una vez practicada la prueba y como paso previo para poder dictar la sentencia el tribunal ha de valorar la prueba practicada: acabamos de decir que esa valoración es libre, aunque habrá de sujetarse a las reglas de la lógica y de la experiencia. Tras la valoración de la prueba, el tribunal puede encontrarse respecto de cada uno de los hechos que sean relevantes para el proceso en una de las tres siguientes situaciones:

— El tribunal tiene por cierto un hecho: en tal caso lo subsumirá en la norma jurídica y deducirá de ella la consecuencia jurídica oportuna (favorable o desfavorable para el acusado, según sea la naturaleza del hecho).

— El tribunal considera que el hecho no es cierto: en tal caso no deducirá de él la consecuencia pretendida por quien lo alegó.

— El tribunal duda acerca de si es cierto o no un hecho relevante: tras la práctica de la prueba sigue sin estar convencido ni de su certeza ni de su falta de certeza.

Para resolver las dudas que tenga el tribunal acerca de los hechos tras la valoración de la prueba hay que acudir a las normas sobre carga de la prueba. En el ámbito del proceso penal, y como consecuencia de la presunción de inocencia, estas normas sobre carga de la prueba son distintas a las que rigen en el proceso civil. En materia procesal penal hay dos reglas básicas al respecto.

1ª. La carga de la prueba en el proceso penal solo afecta, en sentido estricto, a las partes acusadoras, nunca a la parte acusada. En otros términos, son los acusadores los que tienen la carga de convencer al tribunal de dos extremos:

— De que son ciertos los hechos en que fundan su pretensión acusatoria.

— De que no son ciertos los hechos alegados por el acusado para fundamentar su pretensión de defensa.

En consecuencia, la falta de pruebas o su insuficiencia debe perjudicar siempre a la acusación: el acusado que es inocente podría limitarse a permanecer pasivo en el proceso, a la espera de que la acusación fracase en su propósito de probar su culpabilidad. En la práctica, sin embargo, también los acusados

prefieren asumir la labor de probar aquellos hechos que puedan convencer al tribunal de su inocencia (*v.g.*, porque suponen una coartada). Lo que ocurre es que el fracaso del acusado a la hora de probar su inocencia no es suficiente para condenarlo, si tampoco la acusación ha logrado probar la culpabilidad.

2ª. Las dudas acerca de los hechos que tenga el tribunal han de resolverse siempre en beneficio del acusado, lo que se expresa con el brocardo latino *in dubio pro reo*. Cuando un hecho sea dudoso para el tribunal, este habrá de optar por deducir de su duda la consecuencia jurídica más beneficiosa para el acusado. No se trata de que el tribunal proclame que es cierto un hecho que para él es dudoso: lo que tiene que hacer es plantearse cuál sería la consecuencia jurídica de tenerlo por cierto o de tenerlo por no cierto y ha de decantarse por aquella que resulte más beneficiosa a la posición del acusado. Por eso, la regla *in dubio pro reo* se aplica tanto cuando el tribunal duda acerca de hechos en que se funda la acusación, como también cuando el tribunal duda acerca de la certeza de hechos en los que se funda la defensa del acusado.

En consecuencia, el tribunal solo podrá tener por cierto en su sentencia un hecho perjudicial para el acusado o bien por no cierto un hecho favorable al acusado cuando esté plenamente convencido por las pruebas de ambos extremos. Si el tribunal no está seguro de que sea cierto un hecho cuya existencia sería perjudicial para el acusado (porque integra la infracción penal, o porque determina un mayor grado de culpabilidad), debe tenerlo por no cierto. Y, a la inversa, si el tribunal duda acerca de la existencia de un hecho que beneficiaría al acusado (*v.g.*, porque integra una causa de justificación, o una circunstancia eximente o atenuante), debe considerarlo como cierto en su sentencia.

> En este sentido es claro el art. 6.2 de la Directiva 2016/343, cuando señala que cualquier duda sobre la culpabilidad ha de beneficiar siempre al sospechoso o acusado, incluso cuando el órgano jurisdiccional valore si el interesado debe ser absuelto. La STS 291/2024, de 21 de marzo, deja claro, en este sentido, que la defensa tiene la carga de alegar y acreditar las eximentes (en ese caso, se trataba de la alegación de enajenación mental sostenida en una pericial psiquiátrica), pero en caso de duda acerca de su concurrencia habrá de apreciarla.

En relación con la noción de carga de la prueba se halla también la de *estándar probatorio*, noción a través de la cual se describe el resultado de convicción que debe generar una prueba en el juzgador para que pueda válidamente tenerlo por cierto: ¿cómo de convencido ha de estar el juzgador para sostener que una o varias pruebas permiten tener un hecho por cierto? En el ámbito del proceso penal el estándar probatorio ha de ser muy exigente y se suele identificar con el brocardo «más allá de toda duda razonable» (*beyond any reasonable doubt* de la doctrina estadounidense).

> La STS 17/2026, de 15 de enero, trata de establecer parámetros que permitan identificar qué es una duda razonable –asumiendo, en consecuencia, que no toda duda es jurídicamente relevante. A su juicio, la duda razonable ni se

> presume, ni consiste en la mera afirmación de hipótesis alternativas a la hipótesis condenatoria; al contrario, ha de medirse siempre en relación con la capacidad que quepa atribuir racionalmente a la prueba de cargo para neutralizar la propuesta absolutoria. En consecuencia, cuando se recurre una sentencia aduciendo que no ha respetado la máxima *in dubio pro reo*, procede efectuar un control normativo de la racionalidad de la condena que se centre en la licitud, la suficiencia y la coherencia del razonamiento probatorio efectuado: las hipótesis absolutorias alternativas que carezcan de un genuino respaldo probatorio no tienen virtualidad para activar el *in dubio pro reo*.

4.7. Consecuencias de la vulneración de la presunción de inocencia

Los requisitos expuestos condicionan la validez de la sentencia de condena que eventualmente se dicte. Por eso, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que resulta operativo en el momento de dictar sentencia. Si se dicta una sentencia de condena y el acusado considera que ha vulnerado la presunción de inocencia solo puede obtener la reparación del defecto recurriendo la sentencia ante el superior jerárquico. Como regla, si este tribunal estima el recurso por este motivo deberá dictar una sentencia en la que anule la condena y absuelva de manera firme al condenado; no obstante, cuando se considera que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha consistido en la ausencia o en la insuficiencia de la motivación de la sentencia, entonces el resultado no será la anulación y la absolución, sino la devolución de la sentencia al tribunal *a quo* para que corrija el defecto. En último término, la persona condenada que considere que una sentencia condenatoria firme ha lesionado su derecho a la presunción de inocencia podrá acceder al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

5. LOS MEDIOS DE PRUEBA

5.1. La declaración del acusado (y del coacusado)

La declaración del acusado es una prueba cuyo significado ha evolucionado. Según el esquema original de la LECrim, era la primera de las pruebas que habían de practicarse en el juicio oral, porque tal y como está regulada (arts. 688 a 700) se encuentra dirigida a obtener una confesión del acusado y su conformidad con la pena propuesta, que haría innecesaria la continuación del proceso. Sin embargo, en la actualidad se emplea como verdadero medio de prueba, al que se acude para tratar de esclarecer los hechos y, en buena medida, también como un instrumento de defensa, que permita al acusado rebatir personalmente el resto de pruebas que se hayan practicado en su contra. Por eso, la reciente reforma de la LECrim a través de la LOEP ha previsto que, a propuesta de su defensa, el acusado tiene derecho a declarar en último lugar (art. 701.1 II).

Las actitudes del acusado pueden ser diversas: tiene derecho a guardar silencio, de forma total o parcial, lo que le permite contestar a las preguntas que desee y a callar también respecto de las que desee, sin que de esa mera actitud se puedan derivar consecuencias negativas para él (art. 24.2 CE).

> Resulta habitual sostener que el acusado tiene un supuesto «derecho a mentir», que se traduciría en la prohibición para el tribunal de deducir consecuencias negativas para el acusado de las eventuales mentiras que hubiera vertido durante su declaración. A mi juicio, sin embargo, esta afirmación debe matizarse. Sin duda, el mero hecho de que el acusado haya mentido no puede justificar por sí mismo una condena, pues la mentira no prueba el hecho punible. Ahora bien, la mentira encierra una falta de explicación razonable a la alternativa acusatoria que, en determinados casos, cabe esperar del acusado, según la propia jurisprudencia del TEDH. Por ello no se puede descartar que, en determinados casos, las mentiras del acusado puedan acabar siendo utilizadas por el tribunal como indicio de culpabilidad que, junto con otros indicios o pruebas, podrían fundamentar su condena (cfr. también la STC 142/2009, de 15 de junio).

El art. 389 LECrim exige que el interrogatorio sea directo y prohíbe que se le formulen al investigado preguntas sugestivas o capciosas. No se admite la utilización de aparatos técnicos (como el «detector de mentiras») o sustancias químicas (como el «suero de la verdad»), incluso aunque lo hubiera solicitado el propio acusado. Evidentemente, no se admiten las torturas.

Asimismo, el art. 739 LECrim le reconoce al acusado el llamado «derecho a la última palabra»: una vez terminado el juicio, se le concede la oportunidad de declarar y tomar posición frente a todo lo actuado.

La ley no regula de forma expresa las ***declaraciones de los coinvestigados o coacusados*** como prueba de cargo frente a los demás coacusados. Ha sido labor de la jurisprudencia, tanto del TS como del TC, determinar el valor como prueba de la declaración de un coacusado, que está condicionado al resultado de la comprobación de las siguientes cuestiones:

— Ausencia de motivo alguno del que se pueda deducir, aunque fuera indiciariamente, que el coacusado ha prestado su declaración guiado por razones de odio personal, venganza, resentimiento, soborno o similares.

— Ausencia de ánimo de autoexculpación o de obtención de un trato favorable en la sentencia.

— Índole de las relaciones anteriores entre el coacusado y el inculpado.

— Rasgos de la personalidad del coacusado declarante que influyan en el valor probatorio de lo dicho por él.

— La existencia de otras pruebas que, aunque sea mínimamente, corroboren la versión del coacusado.

Si el tribunal constata la presencia de algún «óbice de credibilidad», se impone la presunción de inocencia, pues la declaración de un coacusado, en esas circunstancias, no es por sí sola prueba de cargo apta para determinar la certeza de la culpabilidad del acusado; y, además, según se ha expuesto, en ningún caso podrá fundarse una sentencia de condena únicamente en la declaración de un coacusado, con independencia del grado de fiabilidad intrínseca que ofrezca (hace falta la corroboración a que hace referencia la última de las condiciones).

5.2. Declaración de testigos

La LECrim admite la declaración de dos clases de testigo: (1) el testigo directo, que es aquel que ha visto u oído por sí mismo un hecho relevante; (2) el llamado «testigo de referencia», que es aquel a quien otro le ha contado o explicado un hecho de relevancia.

La jurisprudencia ha sometido a fuertes condiciones la eficacia probatoria del testimonio de referencia, pues para que una sentencia de condena se pueda fundar en él es imprescindible: (1) que el testigo de referencia haya identificado con precisión al testigo directo; y (2) que no sea posible la presencia en el juicio oral del testigo directo (porque ha fallecido, se encuentra en paradero desconocido o reside en el extranjero), de forma que no se sustituya la declaración del testigo directo por la del de referencia.

Los testigos declararán según un orden especial: en primer lugar, los propuestos por el fiscal; después, los propuestos por los demás acusadores, si los hay; finalmente, declararán los testigos propuestos por el acusado (art. 705 LECrim). Antes de declarar, los testigos permanecerán incomunicados entre sí (art. 704 LECrim). Si los testigos son menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, habrán de tomarse las precauciones previstas en el art. 707 LECrim. La práctica de la prueba testifical se ajusta a las reglas del interrogatorio cruzado: primero serán interrogados por quien los propuso, pero después podrán también interrogarlos las demás partes y el propio tribunal (art. 708 LECrim). Está prohibido formularle al testigo preguntas sugestivas, capciosas o impertinentes (art. 709 LECrim). Tampoco se podrán formular a la víctima preguntas innecesarias relativas a su vida privada (en particular a su intimidad sexual) que no tengan relevancia para el hecho delictivo enjuiciado, salvo que el juez o tribunal consideren excepcionalmente que son pertinentes y necesarias (aunque ya no se diga expresamente, esa pertinencia y necesidad se asocian a su utilidad para valorar adecuadamente los hechos o la credibilidad de la declaración en sí misma). Respecto de cada respuesta, el testigo habrá de explicar la razón de su conocimiento, para poder verificar si el testigo es directo o de referencia (art. 710 LECrim).

Si existen contradicciones entre lo declarado por varios testigos, o entre lo declarado por testigos y acusados, el tribunal podrá acordar que se practique el llamado «careo», para tratar de esclarecer quién merece mayor crédito (art. 729.1º LECrim)

En principio, y salvo excepciones, los testigos tienen el deber de declarar: la negativa injustificada puede conducir a una sanción de 200 a 5000 euros (art. 716 LECrim)

Están exentos del deber de declarar, de modo general, el Rey y ciertos miembros de la Familia Real (art. 411 LECrim). Y tampoco pueden ser obligados a declarar los parientes del acusado, su abogado, los traductores e intérpretes, los eclesiásticos (en relación con hechos conocidos en su función) y los funcionarios públicos vinculados por deber de secreto oficial (arts. 416 y 417 LECrim: cfr. lección 10).

Como contrapartida, el testigo tiene derecho a una indemnización, que le será abonada por quien propuso su declaración (art. 722 LECrim).

Desde 2003 el art. 731 bis LECrim permite las declaraciones por videoconferencia, de modo que el testigo no tenga que desplazarse a la sede judicial: es especialmente útil cuando el testigo se halla en prisión por otro motivo o se encuentra hospitalizado; y, en tiempos de pandemia, como medida de prevención sanitaria.

***** En ocasiones, la única prueba de cargo que existe en un proceso penal es el ***testimonio de la víctima*** del delito. Para fundamentar una sentencia condenatoria en esta única prueba, el TS considera necesario que el tribunal compruebe la concurrencia de tres aspectos:

— Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

— Verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones o indicios de carácter objetivo que avalen su declaración.

— Persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

No es estrictamente necesaria la concurrencia simultánea de estos tres requisitos para que la declaración de la víctima pueda tener eficacia probatoria de cargo; pero la condena en ausencia de todas ellas supone un quebrantamiento de la presunción de inocencia.

> La STS 1004/2025, de 6 de marzo, sintetiza la doctrina jurisprudencial, señalando que el testimonio de la víctima, que es el elemento nuclear del «cuadro probatorio», debe ser sometido a un exigente test, tanto de verosimilitud subjetiva como de fiabilidad objetiva. Entre los elementos que hay que identificar y valorar de cara a efectuar dicho test, la sentencia enumera los siguientes: (i) las circunstancias psicofísicas de la víctima que puedan afectar a su capacidad de narración; (ii) el contexto psico-socio-cultural en el que se desenvuelve la víctima; (iii) las relaciones que la vinculaban con el acusado; (iv)

> el grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; (v) la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; (vi) la persistencia en la voluntad incriminatoria; (vii) la concreción o la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo a la luz de las circunstancias concretas; (viii) la coherencia interna y externa del relato; y (ix) la compatibilidad «fenomenológica» del relato con otros hechos o circunstancias espaciotemporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba.

5.3. Informe pericial

Los peritos aportan al proceso penal conocimientos científicos, artísticos o técnicos que son necesarios para una correcta reconstrucción de los hechos relevantes o para poder interpretarlos adecuadamente.

En la mayoría de los casos la actividad de los peritos se realiza durante la fase de instrucción, de manera que los informes que elaboran los peritos ya forman parte de las actuaciones. Llegado el juicio oral, la parte a la que le interesen suele pedir que esos informes se tengan por reproducidos: si la parte contraria lo acepta o no se opone expresamente a esta petición, la consecuencia será que esos informes tendrán valor probatorio pleno; si, en cambio, la otra parte impugna la validez de esos informes periciales, será necesario que los peritos que los elaboraron intervengan en el acto del juicio oral y sean interrogados en él, para someter sus informes a contradicción. De forma excepcional, la ley otorga valor probatorio en todo caso a los informes periciales llevados a cabo durante la instrucción por laboratorios oficiales, cuando versen sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes (art. 788.3 LECrim).

También es posible que se proponga la prueba pericial por primera vez para el juicio oral. En este caso, el perito puede acudir directamente al acto del juicio, para informar verbalmente al tribunal de aquello que sea objeto de su dictamen. En caso de que sea necesario un informe escrito, el perito podrá realizarlo antes del acto del juicio, pero habrá de acudir al juicio para que las partes puedan someterlo a contradicción (art. 724 LECrim).

Al perito se le exige una absoluta imparcialidad. Por eso, si en el perito concurre alguna circunstancia que lo vincule al caso o a las partes, deberá abstenerse o, si no lo hace, podrá ser recusado por alguna de ellas (art. 723 LECrim).

5.4. Documentos, piezas de convicción y reconocimiento judicial

La formación de la convicción del tribunal se puede fundar en otro tipo de pruebas.

a) En primer lugar, se pueden tener en cuenta los documentos, tanto los que ya se hubieran incorporado a la causa durante la fase de instrucción, como aquellos otros que aporten las partes para el juicio oral. En este caso, no hay más

actividad probatoria que la simple aportación documental y, eventualmente, la actividad pericial consistente en comprobar su autenticidad. El tribunal, por tanto, se limitará a leerlos y a valorarlos según su contenido (art. 726 LECrim).

b) En segundo lugar, el tribunal también puede servirse de las llamadas «piezas de convicción», esto es, todos los elementos materiales recogidos durante la instrucción (como el arma utilizada para un homicidio, la bala de una pistola, trozos de tejido encontrados en el lugar de los hechos) (art. 726 LECrim).

c) Por último, en ocasiones puede ser necesaria la práctica de un reconocimiento judicial de determinados lugares, personas u objetos. Si es posible, el reconocimiento se hará en el acto del juicio. Cuando no lo sea (*v.g.*, porque hay que inspeccionar un lugar, y no es suficiente con fotografías o grabaciones), el tribunal se desplazará a él y practicará el reconocimiento de forma contradictoria. Si es posible, este reconocimiento se hará con antelación al comienzo de las sesiones del juicio; si no lo es, habrá que interrumpirlas para practicar esta prueba (art. 727 LECrim).

LECCIÓN 15

LA CONFORMIDAD DEL ACUSADO

1. Cuestiones generales: concepto, naturaleza jurídica y función en el marco del proceso penal. — 2. Régimen jurídico de la conformidad en el procedimiento abreviado: 2.1. Ámbito de la conformidad; 2.2. Momento de la conformidad; 2.3. Requisitos de la conformidad; 2.4. Consecuencias de la conformidad; 2.5. Recursos frente a la sentencia de conformidad; 2.6. El supuesto especial del reconocimiento de los hechos. — 3. Régimen jurídico de la conformidad en el procedimiento ordinario. — 4. La mediación penal.

1. CUESTIONES GENERALES: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIÓN EN EL MARCO DEL PROCESO PENAL

Como ya se sabe, el proceso penal español está informado por el principio de oficialidad, aunque cada vez son mayores las manifestaciones concretas del principio de oportunidad. Una de las más importantes es precisamente la admisibilidad de los pactos como forma de resolver los conflictos penales y de llegar a sentencias negociadas entre la acusación y el acusado.

En este sentido, la legislación recoge la posibilidad de que las partes dispongan del objeto del proceso penal: a esta finalidad responde la figura de la «conformidad del acusado con la acusación». La ley no regula de forma directa la negociación entre la acusación y el acusado, sino que se limita a establecer, bajo ciertas condiciones, las consecuencias que tiene el hecho de que el acusado muestre su conformidad con la acusación: el tribunal habrá de dictar de inmediato una sentencia que acoja los términos de la conformidad; pero, en el fondo, la regulación legal presume que el acusado, en la mayoría de los casos, muestra su conformidad precisamente porque previamente ha podido negociar con los acusadores los términos en que se formula la acusación. También es posible que lo haga si considera que la acusación es correcta y que carece de defensa frente a ella: pero como en la práctica se ha instalado la negociación como fórmula habitual de solución, no es frecuente que el acusado renuncie *a priori* a obtener alguna ventaja.

La conformidad es un acto personalísimo del acusado que ha de formularse siempre ante el juez o tribunal sentenciador, en virtud del cual el acusado declara formalmente su aceptación de la acusación más grave de cuantas frente a él se hayan presentado.

Si se cumplen los requisitos establecidos en la ley para que la conformidad sea admisible el juez o tribunal habrá de dictar, de inmediato, una sentencia que

acoja los términos de la conformidad, es decir, una sentencia que resulte conforme con la pretensión acusatoria que sea más grave.

En ocasiones, la conformidad responde a una aceptación desinteresada por el acusado de la acusación más grave. En estos casos, puede decirse que la conformidad es respetuosa con el principio de legalidad. Sin embargo, como ya se ha dicho, con cierta frecuencia la conformidad es manifestación de un previo consenso entre la acusación y el acusado, especialmente cuando la única parte acusadora personada es el Ministerio Fiscal: el fiscal y el acusado pactan o transigen el contenido de una acusación con la que el acusado esté dispuesto a conformarse; el acusado siempre pretenderá obtener una acusación más ventajosa y el Ministerio Fiscal se libera de la carga de la prueba respecto de ciertos hechos o circunstancias que serían difíciles de acreditar en juicio. En estas situaciones, la conformidad y el consenso que le subyace son siempre manifestación del principio de oportunidad, en la medida en que las partes están disponiendo del objeto del proceso penal a pesar de que, en teoría, es indisponible.

En todo caso, la existencia de conformidad genera economía procesal, porque se dictará la sentencia sin que se practiquen pruebas, sin invertir el esfuerzo, el tiempo y los costes de la celebración de las sesiones del juicio oral. Por eso, el legislador ha potenciado progresivamente la conformidad, porque es un instrumento útil para agilizar la justicia penal. En el momento presente, se estima que se dicta sentencia de conformidad en más del 50% de los asuntos penales que llegan a la fase de juicio oral.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONFORMIDAD

Tras la reforma operada por la LOEP, la figura de la conformidad tiene una regulación unitaria en el marco del procedimiento ordinario por delitos graves y del procedimiento abreviado (arts. 655, 785 y 787 ter LECrim). Sus elementos básicos son los siguientes:

2.1. Ámbito de la conformidad

La conformidad ha de prestarse con la acusación más grave de cuantas se hayan formulado. No existe límite cuantitativo, esto es, cabe la conformidad cualquiera que sea la pena pedida y cualquiera que sea su duración o cuantía.

> Por hipótesis, en consecuencia, lo mismo cabe conformarse con una pena de multa de escasa cuantía que con una pena de prisión permanente revisable.

Ahora bien, la conformidad no será posible –o no será eficaz– si lo solicitado por la acusación no es la imposición de una pena, sino de una medida protectora (v.g., una medida de seguridad) en un caso de limitación de la responsabilidad penal (v.g., por falta de imputabilidad): la conformidad es un acto personalísimo del acusado que ha de fundarse en su consentimiento libre y

ese consentimiento no puede predicarse de un sujeto respecto del que se afirma que es inimputable.

2.2. Momento de la conformidad

La conformidad es una declaración de voluntad personalísima del acusado que ha de prestarse ante el tribunal sentenciador.

En el caso del procedimiento ordinario por delitos graves, es posible que el acusado haya anunciado su conformidad en el escrito de calificación provisional (art. 655 LECrim). En tal caso, el tribunal podrá dictar sentencia de conformidad, si se cumplen los restantes requisitos, sin necesidad de que lleguen a abrirse las sesiones del juicio oral. También resulta posible prestar la conformidad, con idénticos requisitos y efectos, al comienzo de las sesiones del juicio oral (art. 688 LECrim).

En el marco del procedimiento abreviado es igualmente posible que el acusado haya anunciado su voluntad de conformarse en su escrito de defensa, pero el momento clave para prestarla en sentido propio y lograr que se produzcan sus efectos es la audiencia preliminar, que se celebra ante el tribunal sentenciador una vez abierta la fase de juicio oral (art. 785). Asimismo, es igualmente posible que la conformidad se produzca con posterioridad, en la vista del juicio oral, siempre que se plantee antes de que comience la práctica probatoria (art. 787 ter). Tanto en la audiencia preliminar como en la vista, la conformidad podrá prestarse respecto del escrito de acusación inicial que contenga pena de mayor gravedad, pero también con el escrito que se presente en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior.

> La existencia de este segundo escrito se explica por la posibilidad de que, después de presentado el escrito de defensa o, incluso, después de celebrada la audiencia preliminar, el acusado puede haber llegado a algún tipo de pacto o acuerdo con el fiscal, que se plasma en este nuevo escrito de acusación, que presumiblemente será el fruto de la negociación.

2.3. Requisitos de la conformidad

Para que la conformidad del acusado tenga el efecto de vincular al tribunal y obligarle a dictar una sentencia que se atenga a ella, han de darse una serie de requisitos, que el tribunal tiene que comprobar en el caso concreto.

a) Conformidad *con la acusación más grave*: es necesario que la conformidad se haya manifestado respecto del escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, si hubiera varios.

b) *Audiencia a la víctima o perjudicado*: la negociación que conduce a la conformidad suele determinar algún tipo de ventaja penal para el acusado, que tal vez frustre las expectativas de la víctima o del perjudicado. Por eso, la ley exige que el Ministerio Fiscal oiga previamente a la víctima o perjudicado, aunque no

estén personados en la causa, siempre que sea posible y se estime necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando la gravedad o trascendencia del hecho o la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.

> Aunque el tenor literal de la regla no es claro, parece que el requisito se cumple también si el Fiscal ha oído a víctima o perjudicado durante la negociación previa al acuerdo: no es preciso, en otros términos, que la víctima o el perjudicado estén presentes en la audiencia preliminar o en el acto del juicio.

c) La ley no establece cómo proceder si son *varios los acusados* en la causa y no todos están dispuestos a conformarse. Parece razonable entender que para poder dictar sentencia de conformidad ha de ser preciso que todos ellos presten igual conformidad, al menos respecto de las acusaciones que versen sobre hechos comunes, pues de lo contrario podrían dictarse sentencias contradictorias.

> Esta regla presenta una excepción en caso de que resulten acusadas al mismo tiempo personas físicas y personas jurídicas: la persona jurídica podrá conformarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, aunque se aclara que el contenido de su conformidad no vinculará en el juicio que se celebre en relación con estos.

d) La conformidad, en principio, habrá de proyectarse *también respecto de la responsabilidad civil*. En caso de que el acusado se conforme solo con la responsabilidad penal, pero no con la responsabilidad civil, ya sea en su existencia o únicamente en su cuantía, el juicio proseguirá, pero a los solos efectos de alegar y probar acerca de esta cuestión. En consecuencia, al término del juicio se dictará una sentencia que respecto del objeto penal habrá de acoger la conformidad y respecto del objeto civil del proceso habrá de resolver en virtud de las pruebas practicadas en el juicio.

> Y si la acción civil o la exigencia de responsabilidad civil se dirigieron tanto frente al acusado como frente a un tercero que solo es civilmente responsable, es preciso que todos ellos manifiesten su conformidad. De no ser así, se ordenará la celebración del juicio pero solo respecto de la responsabilidad civil.

e) *Calificación correcta de los hechos y pena legalmente procedente*: es preciso que a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el tribunal considere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación. La ley se contenta con que el título de la condena y la condena en sí resulten coherentes con los hechos objeto de la conformidad. El tribunal no puede controlar si efectivamente son ciertos los hechos contenidos en el escrito de acusación o de nueva calificación respecto del que se preste la conformidad: en este punto es, por tanto, donde se pueden dar los pactos, que tendrán por objeto llegar a una versión común de los hechos que, correctamente calificada, conduzca de forma también legal a una pena y a una responsabilidad civil con las que el acusado esté dispuesto a conformarse.

Si el tribunal advierte que la calificación de los hechos no es correcta y/o que la pena pedida no es la legalmente procedente debe rechazar la conformidad, aunque puede ofrecer a las partes la posibilidad de subsanar el defecto: ofrecerá a la acusación la posibilidad de que rectifique en el acto su escrito, de modo que la calificación sea correcta y/o la pena sea procedente. Si la acusación lo hace así y el acusado presta de nuevo su conformidad, el tribunal podrá dictar sentencia de conformidad.

f) Conformidad prestada *libremente y con conocimiento de sus consecuencias*: el juez o el presidente del tribunal, una vez anunciada la conformidad, informará al acusado de las consecuencias que tendrá esta, garantizándose con ello la existencia de un consentimiento «informado»; hecho esto, el juez o el presidente del tribunal requerirá al acusado para que, de forma ya definitiva, manifieste si presta su conformidad. Se mandará la prosecución del juicio, y no valdrá la conformidad, cuando el juez o tribunal alberguen dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad y con conocimiento de sus consecuencias. El consentimiento del abogado defensor no es un requisito imprescindible para que resulte eficaz la conformidad del acusado, aunque tiene una gran influencia: en el momento de procederse a la ratificación de la conformidad en el acto del juicio, el abogado defensor habrá de ser oído por el tribunal; y si discrepa de su cliente podrá solicitar la continuación del juicio, lo que permitirá al tribunal desvincularse de la conformidad.

> En el caso de que el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial para ello.

2.4. Consecuencias de la conformidad

Si concurren todos los requisitos descritos, el tribunal habrá de dictar sin más trámites sentencia de conformidad con la pretensión acusatoria aceptada por el acusado, en la que impondrá al acusado la pena conformada: la sentencia, por tanto, no se fundará en la convicción que, a través de la prueba, el tribunal se haya formado acerca de los hechos objeto del proceso ni, menos aún, precisará que se sustancie el juicio oral por todos sus trámites; se consigue, con ello, un importante ahorro de energía procesal. La sentencia de conformidad, como regla, se dictará oralmente, sin perjuicio de su redacción posterior. Es posible, además, que en el propio acto el fiscal y las partes manifiesten su intención de no recurrirla: en tal caso el tribunal declarará su firmeza y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta, cuando proceda. También resolverá el el tribunal sobre los aplazamientos de las responsabilidades pecuniarias y se realizarán, en cuanto fuera posible, los requerimientos y liquidaciones de condena de las penas impuestas en la sentencia.

2.5. Recursos frente a la sentencia de conformidad

Como regla general, las sentencias de conformidad no podrán ser impugnadas: si la sentencia acoge la más grave de las acusaciones y se funda en que el acusado se ha conformado con ella, ninguna de las partes puede alegar la existencia de un perjuicio para impugnarla. Sin embargo, de forma excepcional, la ley permite el recurso en dos supuestos:

— Cuando no se hayan respetado los requisitos de la conformidad: en tal caso, la sentencia de conformidad sería nula de pleno derecho, razón por la cual ha de ser posible que sea objeto de recurso. Ahora bien, no se permite que el acusado y condenado pueda utilizar los recursos frente a la sentencia como vía para «retractarse» de la conformidad antes prestada, siempre que su consentimiento haya sido efectivamente libre, pues solo podrá impugnar la sentencia aduciendo precisamente que su consentimiento no fue libre o no estuvo debidamente informado.

— Cuando no se hayan respetado los términos de la conformidad, esto es, cuando la sentencia se haya apartado en algún punto de la descripción de los hechos, de su calificación jurídica, de la pena solicitada y/o del *quantum* de responsabilidad civil con los que se haya conformado el acusado.

En cualquier caso, el recurso procedente será el de apelación, dado que la conformidad solo está contemplada como modo de terminación de los procesos penales en primera instancia.

2.6. El supuesto especial del «reconocimiento de los hechos»

Es posible que durante la instrucción el investigado reconozca los hechos ante el juez instructor, en presencia de su abogado. Según el art. 779.1.5ª LECrim este reconocimiento puede tener una eficacia especial en caso de que los hechos sean constitutivos de delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con pena de naturaleza distinta cuya duración no exceda de diez años. En estos casos, el instructor puede convertir el procedimiento abreviado en un «juicio rápido»: las diligencias previas (= la fase de instrucción del procedimiento abreviado) se convierten en diligencias urgentes (= fase de instrucción del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos). Esta conversión tiene una finalidad muy concreta: como se verá más adelante, en el marco de los juicios rápidos, si se dan las condiciones penológicas descritas, el investigado puede conformarse directamente ante el juez instructor (normalmente el juez de guardia), obteniendo entonces una rebaja de un tercio en la pena. En el marco del procedimiento abreviado el reconocimiento de hechos ante el juez de instrucción sirve, por tanto, para conceder al investigado la oportunidad de beneficiarse de esta ventajosa modalidad de conformidad.

3. PROCEDIMIENTOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

Ya se apuntó en la lección 2 la tendencia a buscar fórmulas de canalizar la reacción estatal frente al fenómeno delictivo al margen del desarrollo estricto de un proceso penal. Entre ellas, la más destacada es la concepción «restaurativa» de la justicia penal: se considera que, en algunas ocasiones, resulta positivo que exista un proceso de mediación entre víctima y delincuente, que conduzca a algún tipo de reparación satisfactoria para ambos y que responsabilice en mayor medida al autor del delito. Se persigue, con ello, dar mayor protagonismo a la víctima y adaptar las consecuencias penales en beneficio del acusado, si se comprueba que así lo aconsejan la satisfacción de la víctima y la asunción de responsabilidad de aquel.

Durante mucho tiempo la mediación penal, como mecanismo de justicia penal restaurativa, no ha estado regulada, aunque se han desarrollado en diversos lugares del país experiencias piloto, aprovechando el margen ofrecido por ciertas normas penales y procesales:

— De un lado, las normas que regulan la conformidad del acusado con la acusación y que se acaban de analizar, así como las normas sobre reconocimiento de hechos.

— De otro lado, y ya en el plano sustantivo, el art. 21.5 CP, que define como circunstancia atenuante «La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral». Y ha de recordarse que, según el art. 66 CP, cuando concurra solo una circunstancia atenuante, se aplicará la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito; y si concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurre agravante alguna, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

— Finalmente, es habitual tener también en mente una posible aplicación del art. 80 CP, que permite dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

En este contexto normativo, el objetivo de la mediación penal es someter a delincuente y víctima a un procedimiento de mediación, que ha de desarrollarse por profesionales de la mediación (juristas-psicólogos) antes de que se celebre el juicio oral. Si la mediación tiene éxito se llega a un acuerdo a través del cual el

delincuente repara o se compromete a reparar a la víctima (en la forma en que ambos convengan). De este modo, llegado el juicio oral, el Ministerio Fiscal y el acusado estarán en condiciones de presentar un escrito de conformidad en el que se aprecie la concurrencia de la atenuante de reparación del art. 21.5 CP y se acuerde la imposición de una pena rebajada. En muchos casos, se conseguirá que la pena impuesta no supere el umbral del art. 80 CP de modo que, según las circunstancias, el delincuente pueda incluso beneficiarse de la suspensión de la ejecución de la pena.

La reciente aprobación de la LOEP ha supuesto la introducción en la LECrim de una nueva Disposición adicional novena, que lleva la rúbrica de «Justicia restaurativa» y a través de la cual se ofrece un cierto marco regulatorio a estos mecanismos. Más que regular el proceso de mediación penal en sí −o los mecanismos equivalentes a la mediación penal que permitan instrumentar una auténtica justicia restaurativa−, el propósito es establecer las relaciones entre justicia restaurativa y proceso penal, esto es, el impacto que puede tener el desarrollo de un instrumento de justicia restaurativa sobre un proceso penal.

a) En relación con el funcionamiento y desarrollo de la mediación penal o de los instrumentos equivalentes de justicia restaurativa, la regulación es muy escueta y se limita a establecer unos mínimos indispensables: voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad.

En relación con la voluntariedad, de forma especial, se subrayan dos extremos: de un lado, la información previa a las partes acerca de sus derechos, la naturaleza del procedimiento de justicia restaurativa y las consecuencias posibles de la decisión de someterse a este; de otro, la prohibición de imponer la sumisión a un procedimiento de justicia restaurativa y reconocimiento del derecho a apartarse de aquel en cualquier momento, sin que de ello se puedan derivar consecuencias desfavorables en el proceso penal.

La confidencialidad es un elemento fundamental: es evidente que en el marco de un procedimiento de justicia restaurativa el presunto autor del delito puede realizar afirmaciones autoincriminatorias y reconocer, en todo o en parte, su responsabilidad. Para que la justicia restaurativa funcione es imprescindible crear una barrera informativa infranqueable entre lo que se hace y se dice en aquella, de un lado, y las autoridades de persecución penal, de otro. Por eso: i) las informaciones vertidas en el marco del procedimiento restaurativo no podrán utilizarse posteriormente, salvo que expresamente lo acuerden las partes afectadas; y ii) el juez o el tribunal no tendrán conocimiento del desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa hasta que este haya finalizado, en su caso, mediante la remisión del acta de reparación.

Es cada vez más frecuente la existencia de equipos de justicia restaurativa vinculados a ciertos órganos judiciales, que son los encargados de gestionar los procedimientos restaurativos asegurando cualificación profesional y vinculación

con el sistema de justicia penal: a través de estos equipos es posible activar los principios de oficialidad y de gratuidad de la justicia restaurativa.

b) La *relación entre procedimiento restaurativo y proceso penal* es bastante flexible. Lo habitual es que el procedimiento restaurativo se incoe una vez que ya se ha incoado un proceso penal, pero también son frecuentes estos procedimientos con posterioridad, una vez que ya se ha dictado sentencia de condena y esta está siendo ejecutada. La interrelación entre procedimiento restaurativo y proceso penal se aborda en la LECrim en los términos siguientes:

i) Aunque acudir a la justicia restaurativa siempre ha de ser voluntario, se permite que el juez o el tribunal, valorando las circunstancias del hecho, de la persona investigada, acusada o condenada y de la víctima, puedan, de oficio o a instancia de parte, remitir a las partes a un procedimiento restaurativo, salvo en los casos excluidos por ley −está prohibida la mediación penal cuando se trata de delitos de violencia de género.

La resolución que acuerde la remisión a los servicios de justicia restaurativa fijará un plazo máximo para su desarrollo, que no podrá exceder de tres meses prorrogables por un plazo igual. Acordada la remisión, el órgano judicial facilitará el acceso al contenido del procedimiento por parte del equipo de justicia restaurativa, para que puedan desarrollar sus funciones con mejor conocimiento de causa.

ii) El inicio del procedimiento restaurativo en fase de instrucción no eximirá de la práctica de las diligencias indispensables para la comprobación de delito; pero es evidente que la intensidad de la instrucción será más reducida. Si el procedimiento restaurativo se pone en marcha una vez acordada la apertura del juicio oral, pero antes de que se abran sus sesiones, cabe esperar que se suspenda la celebración del juicio mientras se desarrolla aquel.

iii) El sometimiento a justicia restaurativa en el proceso por delitos leves interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal.

iv) Concluido el procedimiento restaurativo, el servicio encargado de gestionarlo emitirá un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad realizada. El informe, del que se entregará copia a las partes del procedimiento restaurativo, no debe revelar el contenido de las comunicaciones mantenidas entre las partes ni expresar opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de aquellas durante el desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa.

v) El fracaso del procedimiento restaurativo determinará la reanudación del proceso penal, si este estaba en curso.

vi) Si resultado es positivo, se elaborará un *acta de reparación*, con los acuerdos a los que las partes hayan llegado, que estará firmada por las partes personalmente y por sus letrados, si los hubiera. La eficacia procesal de este acuerdo habrá de decidirse por el órgano judicial, previa audiencia del Ministerio

Fiscal, de las partes personadas y de la víctima del delito, valorando los acuerdos a los que las partes hayan llegado, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento. En concreto, el tribunal podrá adoptar, si lo considera oportuno, alguna de las siguientes decisiones:

a) Si se trata de un delito leve, puede decretar el archivo, a la vista del cumplimiento de los acuerdos alcanzados, de conformidad con lo establecido en el art. 963 LECrim (cfr. lección 19).

b) Si se está siguiendo una causa por un delito privado o un delito en el que el perdón extingue la responsabilidad criminal, puede acordar el sobreseimiento del procedimiento y su archivo, dejando sin efecto las medidas cautelares que se hubieren acordado en su caso.

c) Si la causa está aún en fase de instrucción, acordará la conclusión de la instrucción y la remisión de la causa al órgano competente para el enjuiciamiento, de modo que ante este puedan activarse los mecanismos de conformidad que conduzcan a una sentencia sin necesidad de celebrar juicio oral.

d) Si la causa ya estuviera en fase de juicio oral, se activarán los trámites para que pueda dictarse sentencia de conformidad, que incluya los acuerdos alcanzados por las partes.

e) Si ya se hubiera dictado sentencia, el tribunal podrá resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, valorando el resultado del procedimiento restaurativo para el establecimiento de las condiciones, medidas u obligaciones de la suspensión.

Como puede verse, los procedimientos restaurativos no se presentan como alternativas a la jurisdicción penal: la incoación de un procedimiento restaurativo no sustituye a la de un proceso penal −a diferencia de lo que sucede, en el marco del proceso civil, con el arbitraje y con los medios adecuados de solución de controversias. La perspectiva y/o la pendencia en paralelo de un proceso penal son el punto de referencia de todo procedimiento restaurativo. Ahora bien, un desarrollo eficaz del procedimiento restaurativo que conduzca a un acuerdo de reparación puede determinar el sobreseimiento del proceso penal o un desenlace favorable para el acusado, sea a través de una sentencia de conformidad o a través de la obtención de la suspensión de la ejecución de la pena ya impuesta.

LECCIÓN 16

LA SENTENCIA PENAL

1. La sentencia penal: su formación interna y su estructura externa. — 2. La correlación entre acusación y sentencia: cuestiones generales. — 3. El «planteamiento de la tesis» en el procedimiento ordinario. — 4. La desvinculación del tribunal en el procedimiento abreviado. — 5. El pronunciamiento sobre las costas.

1. LA SENTENCIA PENAL: SU FORMACIÓN INTERNA Y SU ESTRUCTURA EXTERNA

En el proceso penal la sentencia es la resolución que pone fin a la primera instancia –al término de la fase de juicio oral– y en la que se enjuicia el fondo del asunto, condenando o absolviendo al acusado.

1º. En cuanto a su ***formación interna***, ya se ha visto que nuestro ordenamiento contempla dos posibilidades: la primera, de carácter ordinario, consiste en una sentencia (condenatoria o absolutoria) fundada en la convicción del tribunal acerca de la certeza de la culpabilidad o no del acusado, que ha de sustentarse en las pruebas practicadas en el juicio oral, a la luz del debate contradictorio entre acusadores y acusado; la segunda, de naturaleza en principio extraordinaria (aunque muy frecuente en la práctica), viene representada por las sentencias de conformidad (que por definición son siempre condenatorias).

Cuando la sentencia obedece a la convicción del tribunal, la exigencia fundamental es su ***motivación***, tanto fáctica como jurídica. La motivación fáctica sostiene el juicio de hecho sobre la base de la prueba practicada: el tribunal tiene el deber de enumerar los hechos que considera probados y las razones por las que se consideran probados, es decir, la valoración de las pruebas o los otros mecanismos de fijación de hechos que se han tenido en cuenta. Es imprescindible, por ello, que el tribunal sea capaz de legitimar su pronunciamiento sobre la base de un razonamiento probatorio coherente y exhaustivo. Sobre esta base, la motivación jurídica se proyecta sobre el juicio de derecho: el tribunal tiene el deber de enumerar los fundamentos de derecho que han servido de base a la decisión, es decir, la explicación de la aplicación e interpretación que se ha hecho del derecho en el caso concreto.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que el deber de motivar las sentencias tiene un fundamento constitucional doble: de un lado, el art. 120.3 CE impone el deber de motivar las sentencias; además, hay que recordar que el justiciable tiene derecho a obtener una resolución judicial motivada, derecho este

que se incluye dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, la motivación cumple dos funciones básicas:

— Garantiza el sometimiento del juez a la ley o, si se prefiere, al sistema de fuentes del derecho establecido en la Constitución. Al estar obligado a motivar sus decisiones, el tribunal carece de margen para caer en la arbitrariedad: al fin y al cabo, la motivación solo merece consideración de tal si los argumentos y razones ofrecidos resultan aparentemente razonables, lógicos y compatibles con el ordenamiento aplicado.

— Satisface el interés general de la comunidad en conocer las razones que determinan las decisiones judiciales –con lo que se evita toda posible arbitrariedad– y permite fundamentar eventuales recursos frente a ellas. Y es que solo conociendo las razones de la decisión estará la parte perjudicada por ella en condiciones de poder impugnarla, cuestionando ante el tribunal superior la validez y/o la corrección jurídica de sus razonamientos.

Tras la irrupción de la Inteligencia Artificial en el ámbito de la justicia se ha vuelto necesario enfatizar que la elaboración y, sobre todo, la motivación de la sentencia ha de ser en todo caso atribuible al tribunal, esto es, ha de reflejar el razonamiento seguido por el juzgador o los juzgadores que lo conformen. La ley permite la utilización de sistemas de IA para la elaboración de borradores de resoluciones, pero son en todo caso necesarias una revisión y una validación posteriores, que fundan la atribución de la responsabilidad de la decisión en las personas que la firman. Así lo exige de forma muy clara la Instrucción del CGPJ sobre utilización de la IA por los jueces (2026), que insiste además en la prohibición de sustitución, automatización o delegación de la toma de decisiones judiciales, de la valoración de los hechos o de las pruebas, o de la interpretación y aplicación del Derecho.

> Sería por ello nula una sentencia generada exclusivamente por IA y no revisada por el tribunal antes de su firma, en caso de que pudiera acreditarse esa ausencia de supervisión –algo que sucede, v.g., cuando la sentencia contiene «alucinaciones» propias de los sistemas de IA, pues una adecuada revisión por parte del tribunal habría servido para detectarlas y corregir la sentencia en aquellos extremos en que fuese necesario.

2º. La ***estructura externa*** de la sentencia penal se ajusta a las reglas generales que ya se conocen respecto del proceso civil: 1) el tribunal debe efectuar, ante todo, una exposición de los hechos, en la que se incluye una descripción del desarrollo del proceso y, sobre todo, el relato de los hechos relevantes para la causa que a juicio del tribunal son ciertos, en la medida en que han quedado probados; es necesario, en consecuencia, que el tribunal motive el juicio de hecho de la sentencia, explicando la valoración que ha efectuado de las pruebas practicadas y su impacto en la formación de su convicción sobre los hechos; 2) a los hechos les sigue una fundamentación jurídica, en la que el tribunal subsume los diversos hechos probados en las normas pertinentes; este

juicio jurídico, asimismo, ha de estar motivado, explicando las razones que abonan la subsunción o no de los hechos en determinado tipo penal; 3) finalmente, como expresión del resultado del silogismo jurídico operado, la sentencia tendrá un fallo o parte dispositiva en la que se condena o se absuelve al acusado, según proceda y, en caso de condena, se le impone la pena correspondiente.

2. LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA: CUESTIONES GENERALES

En los casos en que la sentencia se ha de dictar tras debate contradictorio de las partes en el juicio oral, el tribunal no goza de una total libertad para aplicar el Derecho en el caso concreto, sino que debe darse una correlación entre el contenido de la sentencia y las pretensiones acusatorias (y defensivas) ejercitadas por las partes. La correlación entre acusación y sentencia es una de las cuestiones más difíciles y polémicas en la doctrina y en la jurisprudencia, pues conlleva una necesaria consideración de los principios rectores del proceso penal.

Como regla, a la hora de dictar sentencia, el tribunal penal está vinculado por las pretensiones punitivas de las partes en un triple sentido, deducible de la ley o de la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

1º. *El tribunal no puede imponer al acusado una pena más grave que la solicitada por los acusadores,* siempre que la pena pedida sea conforme con la calificación de los hechos llevada a cabo. Si se da esta última condición –que la pena pedida entra dentro de los umbrales penológicos correspondientes al delito, aunque sea la más baja–, el límite resulta absolutamente infranqueable: si el tribunal no lo respetara, su sentencia podrá ser recurrida por contravenir el principio acusatorio. Ahora bien, si la pena pedida «se queda corta», es decir, no llega siquiera al mínimo correspondiente a la calificación de los hechos que se haya realizado (*v.g.*, por error del acusador), entonces el tribunal sí que debe respetar la legalidad e imponer el mínimo previsto en la ley. Con ello, se trata de buscar un equilibrio entre la concepción del principio acusatorio del Tribunal Supremo y la vigencia del principio de legalidad.

> Lo anterior se deduce de dos Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En el primero de ellos, adoptado en su sesión de 20 de diciembre de 2006, se señaló lo siguiente: «El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa». El alcance de este Acuerdo, sin embargo, fue objeto de matización posterior por el Acuerdo del 27 de noviembre de 2007: «el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo

> previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena».

2º. *El tribunal no puede condenar por un hecho distinto del que fue objeto de acusación*: si lo hiciera, estaría alterando el objeto del proceso en su sentencia, en clara conculcación del principio acusatorio; en efecto, el tribunal se estaría convirtiendo en juez y en parte, en la medida en que es él mismo quien aporta al proceso unos hechos en virtud de los cuales también él mismo condena al acusado.

3º. *El tribunal no puede condenar al acusado por un delito distinto del que fue objeto de acusación*, esto es, no puede ofrecer en la sentencia a los hechos imputados una calificación jurídica distinta de aquella que le dieron las partes en sus escritos de calificación provisional, acusación o defensa. Es cierto que si el tribunal se limita a alterar la calificación jurídica de los hechos, pero no los hechos en sí, no vulnera el principio acusatorio, ni pierde su imparcialidad; es más, el principio de oficialidad, rector de nuestro proceso penal, exige que los hechos enjuiciados reciban una calificación jurídica correcta y que la sanción que se imponga sea la que corresponde según la ley a dicha calificación jurídica: desde esta perspectiva, no sería ilógico conceder libertad al tribunal a la hora de elaborar su sentencia. Sin embargo, permitirle una desvinculación respecto de aquello en que consistió la acusación resultaría lesivo de los derechos de defensa y contradicción, que también rigen nuestro proceso penal y que han de tener valor absoluto: porque condenando por un delito distinto al que fue objeto de acusación, las partes –sobre todo el acusado– se verían sorprendidas en la sentencia con una tipificación o calificación de los hechos que no respondería a lo debatido durante el juicio oral.

> Al margen de todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que el tribunal siempre estará facultado para decretar la absolución del acusado, incluso aunque no la haya pedido su defensa, por mor de la vigencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia (*v.g.*, en caso de vacío probatorio o de que las pruebas no le hayan convencido de la culpabilidad del acusado).

Las dos primeras limitaciones (prohibición de imponer una pena más grave y prohibición de condenar por un hecho que no fue objeto de acusación) son absolutas, dado que absoluta ha de ser la vigencia del principio acusatorio y del derecho fundamental a un juez imparcial.

En cambio, la tercera de las limitaciones tiene un carácter más relativo, pues confluyen en ella exigencias contrapuestas, que se pueden compatibilizar: existen vías para permitir que el tribunal pueda atribuir a los hechos en su sentencia una calificación jurídica correcta –pero distinta a la efectuada por las partes en el juicio–, sin que con ello se vulneren los derechos de defensa, audiencia y contradicción. Estas vías son parcialmente diferentes en el procedimiento ordinario por delitos graves y en el procedimiento abreviado.

3. EL «PLANTEAMIENTO DE LA TESIS» EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

En el procedimiento ordinario, el instrumento al que puede acudir el tribunal que pretenda condenar en la sentencia sobre la base de una calificación jurídica de los hechos diversa a la ofrecida por las partes es el llamado «planteamiento de la tesis», que regula el art. 733 LECrim.

Al finalizar las sesiones del juicio oral, una vez practicada la prueba y una vez que las partes han formulado sus conclusiones definitivas, puede suceder que el tribunal considere que el hecho punible ha sido calificado de forma errónea. En tal caso, se le ofrece al tribunal la posibilidad de plantear a las partes la «tesis» (también llamada «tesis de desvinculación»), es decir, una calificación jurídica del hecho punible distinta a la mantenida por las partes. Así, y a modo de ejemplo, el tribunal puede «sugerir» a las partes si no sería más correcto entender que el hecho enjuiciado consiste en un alzamiento de bienes, en vez de una estafa; o en un homicidio en grado de tentativa, en vez de un delito de lesiones consumadas.

En concreto, y teniendo en cuenta los criterios sentados por la jurisprudencia, el tribunal está facultado para plantear la tesis en aquellos supuestos en que se le ofrezcan dudas sobre la calificación jurídica de los hechos en relación con los siguientes extremos:

— Cuando el tribunal considera que se debería condenar por un delito más grave que el que ha sido objeto de acusación, es decir, cuando considera que los hechos se deben tipificar como un delito distinto y que tenga asignada por ley una pena más grave que el que fue objeto de acusación.

> Por ejemplo, el tribunal entiende que los hechos enjuiciados integran un delito de homicidio en grado de tentativa y no un delito de lesiones consumadas.

— Cuando considere que la calificación jurídica más correcta nos sitúa ante delitos de la misma o menor gravedad al calificado por las partes, pero que no sean homogéneos. Se entiende que dos tipos delictivos son homogéneos cuando existe entre ellos identidad de bien jurídico protegido.

> Por ejemplo, cuando el tribunal entiende que los hechos enjuiciados integran un delito de prevaricación, a pesar de que la acusación los ha tipificado como delito de falsedad en documento público.

— Para apreciar circunstancias agravantes no alegadas por las partes.

— Para elevar el grado de ejecución del delito (consumado, en vez de intentado) o el grado de participación de los acusados (autor, en vez de cómplice), respecto del calificado por los acusadores.

— Para apreciar circunstancias eximentes o atenuantes no alegadas por las partes.

— Para disminuir el grado de ejecución o participación de los acusados.

En todos los casos, el límite infranqueable es siempre que se mantenga el hecho punible: lo que puede hacer el tribunal es plantear calificaciones jurídicas diversas a los hechos, pero no puede fundar su sentencia en hechos no alegados por las partes.

La finalidad del planteamiento de la tesis radica en que se preserven los derechos de defensa y contradicción, de modo que el tribunal no sorprenda a las partes con una calificación jurídica no debatida en el proceso. En efecto, planteada la tesis por el tribunal en los momentos finales del proceso, se abre un debate contradictorio entre las partes acerca de lo planteado por el tribunal y se reconoce expresamente a las partes el derecho a disfrutar de un receso de un día para preparar sus alegaciones. A través de ese debate contradictorio cada parte podrá manifestar si está de acuerdo o no con la «tesis» planteada por el tribunal y será también posible que alguna de las partes la asuma expresamente, formulando unas nuevas calificaciones definitivas en las que acoja el planteamiento del tribunal.

Según el Tribunal Supremo, planteada la tesis, es requisito imprescindible, para que el tribunal pueda dictar sentencia con base en ella, que la tesis sea acogida por el Ministerio Fiscal o la acusación particular mediante una nueva calificación o una modificación de las anteriores. Si las partes acusadoras no asumen la tesis, el tribunal no puede en su sentencia «desvincularse» de las calificaciones jurídicas ofrecidas por las partes. El Tribunal Supremo funda su criterio en que, de lo contrario, el tribunal se estaría convirtiendo en un acusador que tiene además la tarea de juzgar: estaría perdiendo su imparcialidad.

Esta idea, sin embargo, es dogmáticamente errónea y mueve a una vinculación del tribunal con las pretensiones punitivas de las partes que no es congruente con el principio de oficialidad ni con el carácter indisponible del objeto del proceso penal. En efecto, la tesis no constituye un acto de acusación: no se trata de imputar a un sujeto la comisión de unos hechos; se trata, al contrario, de un acto de calificación jurídica respecto de los hechos que ya han sido objeto de acusación. Es inadmisible que el tribunal se aparte de las peticiones de las partes sin plantear la tesis, pues estaría vulnerando los derechos de defensa y de contradicción; en cambio, no es preciso que ninguna parte asuma la tesis del tribunal, pues la tesis se formula en un momento procesal en el que ya se han practicado las pruebas y el debate procesal ha quedado bien trabado; lo correcto, por tanto, sería admitir que el planteamiento de la tesis desvincula al tribunal a la hora de dictar sentencia de las pretensiones punitivas de las partes acusadoras y que le permite acoger en su sentencia la calificación jurídica propuesta por él mismo.

Ahora bien, a pesar de que se considere errónea, lo cierto es que la concepción del Tribunal Supremo es la que recibe aplicación en la práctica. En consecuencia, en caso de que la Audiencia haya planteado la tesis de

desvinculación, ninguna de las acusaciones la haya asumido, pero a pesar de ello la Audiencia se haya apartado en su sentencia de la calificación de los hechos formulada por las acusaciones, esa sentencia será impugnable y cabe esperar su anulación.

En conclusión, para que un tribunal pueda válidamente desvincularse de la calificación jurídica otorgada a los hechos por las acusaciones es preciso que haya planteado la tesis de desvinculación y, además, que alguna de las acusaciones haya asumido su planteamiento. La única excepción se dará en caso de que el tribunal pretenda calificar el hecho punible como un delito de la misma o de menor gravedad al calificado por las partes y que sea homogéneo con él: para proceder de este modo en su sentencia no necesita el tribunal ni haber planteado la tesis ni, por tanto, que nadie la haya asumido.

4. LA DESVINCULACIÓN DEL TRIBUNAL EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

También en el procedimiento abreviado se prevé un mecanismo para que el tribunal pueda desvincularse de las pretensiones punitivas de las partes, aunque no se denomina expresamente «planteamiento de la tesis». El art. 788.4 II permite que, una vez practicadas las pruebas y formuladas las conclusiones definitivas de las partes, el juez o el presidente del tribunal solicite al Ministerio Fiscal y a los letrados de las demás partes «un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados».

Aunque la norma no establece los presupuestos de los que depende el ejercicio por el tribunal de esta facultad, puede entenderse que la premisa será la existencia en el tribunal de dudas o disconformidades *a priori* entre el resultado de la actividad probatoria y las calificaciones definitivas formuladas por todas o por algunas de las partes –especialmente, por las acusadoras–. En efecto, de la norma se deduce que el tribunal está facultado para someter a debate contradictorio una o varias cuestiones que guarden relación con el resultado de la prueba y con la valoración jurídica de los hechos: y si pretende obtener un mayor esclarecimiento sobre estas cuestiones es porque, de un modo u otro, alberga dudas acerca de lo que al respecto han sostenido las partes en sus calificaciones definitivas.

> Eso sí, hay que insistir en que lo que se le permite al tribunal es suscitar un debate jurídico, sobre la base de la prueba, acerca de los hechos objeto del proceso y de la calificación penal que merecen; lo que en modo alguno permite el precepto es que el tribunal promueva por este cauce una «alteración» de los hechos, esto es, una discusión acerca de si son o no ciertos unos hechos diversos a los que fueron objeto de acusación desde un inicio: esto último le está vedado al tribunal, en tanto que resultaría claramente contrario al principio acusatorio.

Este trámite tiene un valor y un significado análogos a los que desempeña la tesis de desvinculación del art. 733 para el procedimiento ordinario: así se deduce de la redacción del art. 789.3 *i.f.* a la hora de regular las posibilidades que tiene el tribunal de desvincularse en la sentencia de las pretensiones acusatorias de las partes. En efecto, dicho precepto establece que «la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando este 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 788.4».

En consecuencia, hay que deducir, también aquí, las conclusiones siguientes:

1º. En el procedimiento abreviado le está prohibido de forma absoluta al tribunal imponer una pena que exceda de la más grave de entre las pedidas por las acusaciones.

2º. El tribunal no puede efectuar una «mutación sustancial» del hecho enjuiciado, esto es, no puede alterar el objeto del proceso en su sentencia.

3º. El tribunal no puede atribuir en su sentencia al hecho enjuiciado una calificación jurídica distinta de la que le ofrecieron las partes acusadoras, a no ser que haya «suscitado el debate» (= plantear la tesis) a que se refiere el art. 788.4 II y alguna de las acusaciones haya asumido su planteamiento.

> Como se puede apreciar, el tenor literal del art. 789.3 recoge expresamente, para el procedimiento abreviado, la línea jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre esta cuestión, ya analizada en relación con el planteamiento de la tesis en el procedimiento ordinario.

4º. En sentido inverso, el tribunal sí que podrá imponer una pena menos grave que la solicitada por las acusaciones, si para ello no altera el «título de la condena», esto es, si para hacerlo se atiene a la calificación jurídico-penal de los hechos efectuada por alguna de las partes –incluida la propia defensa–, o si a pesar de alterar la calificación el cambio no conlleva una diversidad de bien jurídico protegido o una mutación sustancial del hecho enjuiciado. En consecuencia, y dentro de estos límites, podrá no solo condenar por delito distinto –pero siempre sobre la base de los hechos que integran el objeto del proceso–, sino que también, y de forma especial, podrá apreciar la concurrencia de un menor grado de participación del acusado en los hechos, o un menor grado de perfección delictiva, o la concurrencia de eximentes o circunstancias atenuantes de la responsabilidad, en la medida en que para ello no le hará falta ni cambiar la tipificación delictiva ni alterar el hecho enjuiciado.

***** Al margen de lo anterior, hay que tener en cuenta la existencia de otros dos límites que se imponen a la hora de enjuiciar en el contexto de un procedimiento abreviado, y que ya fueron tratados en la lección 13, en relación con las calificaciones definitivas de las partes.

a) Es posible que, al término del juicio, al formular sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o aprecie un mayor grado de participación o ejecución del delito, o circunstancias agravantes de la pena: no se trata, por tanto, de que se alteren los hechos objeto del proceso, pero sí de que la acusación modifique su calificación jurídica. Si la acusación efectúa alguno de estos cambios, estará «sorprendiendo» al acusado, que no tuvo por qué defenderse durante el juicio de una calificación de los hechos que no había sido formulada en el escrito de acusación inicial. Por eso, para preservar el derecho de defensa y de contradicción, el órgano jurisdiccional puede acordar un aplazamiento de la sesión de hasta diez días, para que el acusado pueda aportar los elementos probatorios de descargo que estime convenientes en relación con las nuevas conclusiones de la acusación. Practicada la nueva prueba solicitada por el acusado, la acusación podrá, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas (art. 788.5).

b) Si en las conclusiones definitivas todas las partes acusadoras califican los hechos como delito cuya pena excede de la competencia del Juez de lo Penal (es decir, por encima de los 5 años de prisión o de los 10, si es de otra naturaleza), este deberá declararse incompetente para juzgar la causa, dará por terminado el juicio y remitirá las actuaciones a la Audiencia correspondiente, para que se vuelva a celebrar ante ella el juicio oral. Si sucede que en este punto las acusaciones formulan peticiones divergentes (alguna califica dentro del ámbito de competencia del Juez de lo Penal, otra lo hace excediendo dicho ámbito), entonces 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 (art. 788.6).

5. EL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS COSTAS

En el proceso penal reciben la consideración de costas los siguientes gastos generados durante el proceso (art. 123 CP y art. 241 LECrim):

— Los derechos de los procuradores.

— Los honorarios de los abogados.

— Los honorarios de los peritos que hayan emitido un informe a instancia de parte.

— Las indemnizaciones de los testigos que cada parte presente.

La sentencia que se dicte al término de cada instancia habrá de pronunciarse sobre el pago de las costas, conforme a los siguientes criterios:

1º. Si en la sentencia se condenó al acusado, también habrá que condenarle al pago de las costas (arts. 123 CP y 240.2º LECrim): esto significa que el condenado habrá de pagar todas las costas causadas por el proceso, no solo las causadas a su instancia.

Si fueran varios los condenados, habrá que expresar en la sentencia la parte proporcional de la que habrá de responder cada uno de ellos. Si fueran varios los delitos por los que se haya condenado a varias personas, las costas se distribuirán conforme al número de delitos enjuiciados, dividiendo luego la parte correspondiente entre los distintos condenados. Se divide primero «por delitos», de modo que el reparto «por personas» opera después, una vez calculadas las porciones correspondientes a cada delito objeto de acusación.

> A tal fin, por «delitos enjuiciados» debe entenderse «hechos punibles» y no solo calificaciones diferentes y eventuales de los mismos hechos (STS 516/2019, de 29 de octubre).

Dentro de la condena en costas se entienden incluidos los honorarios de la acusación particular en los siguientes supuestos:

— Cuando se trate de delitos perseguibles solo a instancia de parte, es decir, delitos privados (art. 124 CP).

— Al margen del supuesto anterior, y según la jurisprudencia, siempre que la acusación particular no haya sostenido en el proceso pretensiones inviables, fraudulentas o heterogéneas con las del Ministerio Fiscal.

2º. Si en la sentencia se absolvió al acusado, entonces resultan posibles dos pronunciamientos distintos sobre las costas:

a) La regla general será «declarar las costas de oficio», esto es, no condenar en costas a ninguna de las otras partes, de manera que cada una habrá de abonar las suyas. Se trata de una regla injusta para el acusado que resultó absuelto, pues en el fondo ha vencido en el proceso, pero no obtiene un reembolso de los gastos que tuvo que efectuar para su propia defensa.

> Si han sido varios los acusados y han sido absueltos de uno o varios delitos y condenados por otro u otros, la cuota de las costas correspondiente a aquellos delitos objeto de absolución se declarará de oficio, lo que aminorará la cuota que deba distribuirse entre los que fueran condenados por los demás delitos (cfr. SSTS 140/2010, de 23 de febrero y 671/2022, de 1 de julio)

b) Se podrá, no obstante, condenar en costas al acusador particular, o al acusador popular, o al actor civil, cuando resulte de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe, ya sea al promover la querella o durante la sustanciación del proceso.

En cualquier caso, nunca se podrá condenar en costas al Ministerio Fiscal, es decir, al Estado: el Estado no está dispuesto a sufragar los gastos que comportaría un eventual deber de resarcir por costas a todos los acusados que resultan absueltos en procesos penales en que solo ha promovido la acusación el Ministerio Fiscal.

LECCIÓN 17

LOS RECURSOS FRENTE A LA SENTENCIA

1. Cuestiones generales: el derecho a los recursos en el ámbito del proceso penal. — 2. El recurso de apelación: 2.1. Tribunal competente; 2.2. Motivos del recurso; 2.3. Tramitación; 2.4. Sentencia — 3. El recurso de casación: 3.1. Resoluciones recurribles en casación; 3.2. Motivos del recurso de casación por infracción de ley; 3.3. Motivos del recurso de casación por quebrantamiento de forma; 3.4. El recurso de casación por infracción de precepto constitucional; 3.5. Tramitación del recurso de casación; 3.6. Sentencia.

1. CUESTIONES GENERALES: EL DERECHO A LOS RECURSOS EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL

En el orden procesal penal, tras la reforma operada en 2015, existe un sistema de recursos similar al del proceso civil: frente a las sentencias dictadas en primera instancia cabrá en todo caso un recurso de apelación; y, frente a las sentencias dictadas en segunda instancia, si se dan ciertas condiciones, puede resultar procedente aún un recurso de casación.

En principio, el art. 24 CE no establece de forma expresa un derecho fundamental a que las resoluciones judiciales puedan ser recurridas. Según el TC el derecho a los recursos, en términos generales, es un derecho de configuración legal: el legislador es libre a la hora de decidir si permite o no recursos frente a la sentencia, de modo que una ley procesal que estableciera que una sentencia no es recurrible no es por ese solo motivo inconstitucional.

Esta regla, sin embargo, no es válida en el ámbito del proceso penal. Solo vale, por tanto, para los demás órdenes jurisdiccionales. El fundamento de lo anterior es el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado en 1966 en el seno de la ONU), que establece que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá 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». Este precepto se integra en nuestro sistema de derechos fundamentales a través de lo dispuesto en el art. 10 CE y exige que al menos las sentencias penales de condena puedan ser objeto de un recurso de naturaleza devolutiva.

El precepto, por tanto, contiene un mínimo al que, en principio, se ajusta nuestro ordenamiento: nuestro ordenamiento procesal penal permite siempre un recurso frente a las sentencias, tanto condenatorias como absolutorias (en este

punto, nuestro ordenamiento va más allá de lo que exige el Pacto). Ahora bien, existen algunos puntos de fricción:

1º. Es posible que en primera instancia el acusado haya sido absuelto y que esa sentencia sea recurrida. Si el tribunal superior estima el recurso y condena por primera vez al acusado, es imaginable que esa segunda sentencia ya no sea recurrible, lo que contradiría la exigencia del art. 14.5 del Pacto: así lo ha sostenido en numerosas ocasiones el Comité de Derechos Humanos (que es el órgano encargado de velar por el respeto al Pacto).

> Como se verá más adelante, nuestro ordenamiento obvia este problema impidiendo al tribunal de apelación condenar a quien fue absuelto en primera instancia, o agravar los términos de su condena: se devolverán las actuaciones a la primera instancia, para evitar privar al acusado de su derecho a la doble instancia.

2º. También es dudoso el respeto al art. 14.5 del Pacto en los casos en que del proceso en primera instancia haya conocido la Sala Segunda del Tribunal Supremo (proceso contra aforados), porque la sentencia que dicte la Sala Segunda es irrecurrible. El Tribunal Constitucional ha señalado en diversas ocasiones que con ello no hay infracción, pues el asunto ha sido enjuiciado por la más alta instancia judicial (aquella, de hecho, ante la que se tramitaría el recurso), pero el Comité de Derechos Humanos ha considerado que en estos casos también se infringe el Pacto.

Resulta llamativo, por contraste, cómo estos mismos problemas encuentran una solución diferente en el ámbito de vigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (es decir, en el ámbito del Consejo de Europa). El Protocolo núm. 7 del CEDH, firmado en 1984 y en vigor para España desde el 1 de diciembre de 2009, establece en su art. 2 lo siguiente:

> «Artículo 2. Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal
>
> 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, será regulado por la ley.
>
> 2. Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución.»

Como puede apreciarse, el aptdo. 2 considera admisible y compatible con el CEDH justamente aquello que el Comité de Derechos Humanos ha entendido que choca con el PIDCP (la condena tras recurso contra sentencia absolutoria y la condena por el tribunal superior del Estado). La actual situación de nuestro

sistema de recursos penales es, por ello, compatible con el sistema europeo de protección de los derechos humanos, pero –en parte– incompatible con el establecido en el ámbito de las Naciones Unidas.

2. EL RECURSO DE APELACIÓN FRENTE A SENTENCIAS

El recurso de apelación es el que puede interponerse frente a las sentencias dictadas en primera instancia, sea por los cauces del procedimiento ordinario o por los del abreviado. El recurso de apelación abre la segunda instancia en el proceso penal y se regula en los arts. 790 a 792 y 846 ter LECrim.

2.1. Tribunal competente

El tribunal encargado de resolver el recurso de apelación será diverso en función del tribunal que dictó la sentencia impugnada:

— Las sentencias dictadas por los jueces de lo Penal −es decir, por los jueces de las Secciones de lo Penal de los Tribunales de Instancia− serán apelables ante las Audiencias Provinciales.

— Las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales serán apelables ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

— Las sentencias dictadas por los jueces de la Sección de lo Penal del Tribunal Central de Instancia serán apelables ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

— Las sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional serán apelables ante la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

> Frente a las sentencias dictadas en primera y única instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (procesos penales contra aforados «autonómicos») no cabrá recurso de apelación, sino solo recurso de casación. Y frente a las sentencias dictadas en primera y única instancia por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (procesos penales contra aforados «nacionales») no cabrá recurso alguno.

2.2. Motivos del recurso

Los motivos que pueden fundar el recurso de apelación son de tres tipos:

a) Quebrantamiento de las normas y garantías procesales: el recurrente denuncia que durante la sustanciación de la primera instancia se han cometido irregularidades procesales que han repercutido en el carácter desfavorable que la sentencia ha tenido para su posición jurídica. La apreciación de este motivo conduce a la anulación del proceso a partir del momento en que se produjo el quebrantamiento procesal y a su reanudación a partir de entonces. Para que pueda

prosperar la apelación por este motivo es preciso que se den los siguientes requisitos:

— que la infracción de las normas o garantías procesales haya causado indefensión al recurrente;

— que la infracción no pueda ser subsanada en la segunda instancia;

— que se acredite haber pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo que se hubieran cometido en un momento en el que fuera ya imposible la reclamación.

b) Error en la apreciación de la prueba: el recurrente alega, en este caso, que el tribunal efectuó una defectuosa valoración de la prueba, que le condujo a tener por ciertos unos hechos que no lo eran o, viceversa, a tener por inciertos unos hechos que eran ciertos, con las consiguientes repercusiones del error sobre el contenido de la sentencia. Para ayudar a fundar este motivo de apelación puede ser de utilidad disponer de la grabación de las sesiones del juicio en que se practicó la prueba: por eso, el art. 790.1 LECrim establece que el recurrente puede solicitar copia de los soportes en que se hayan grabado las sesiones.

De modo singular, cuando sea la acusación la que alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que justifique en su recurso la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica de la sentencia, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia al valorar la prueba o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada.

> Con estas exigencias, el legislador eleva el estándar exigible al error en la apreciación de la prueba para poder determinar la revocación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condena, que ha de traducirse en uno o varios de los siguientes defectos:
>
> — La motivación del juicio de hecho que se hace en la sentencia es insuficiente, esto es, no se explique de forma suficiente por qué se llega a conclusiones respecto de los hechos que motivan la absolución o una condena inferior a la pedida.
>
> — La motivación del juicio de hecho no es racional y esta falta de racionalidad es la que explica que el juicio de hecho haya conducido a la absolución o a una condena inferior a la pedida.
>
> — La valoración de la prueba –nuevamente, en beneficio del acusado– se ha hecho de forma contraria a la lógica y la experiencia.
>
> — El tribunal ha omitido en la sentencia valorar alguna prueba relevante –una prueba, además, que tendría carácter incriminatorio–.
>
> — El tribunal ha declarado indebidamente la nulidad de una prueba –nuevamente, incriminatoria–.

> La STC 33/2026, de 27 de abril, recuerda con rotundidad los límites estrechos a que está sujeta la revocación en apelación de una sentencia absolutoria. En este caso, el tribunal de instancia había absuelto al entender que existía una duda razonable, pero el TSJ, en apelación, la revocó por considerar que la prueba practicada sí que justificaba la condena: no se efectuó, pues, un control de racionalidad de la valoración efectuada por el tribunal de instancia, sino que el TSJ hizo una nueva valoración de la prueba, algo que no permite el sistema.

c) Infracción de un precepto constitucional o legal de carácter sustantivo: el recurrente aduce, entonces, que se ha vulnerado algún precepto o principio constitucional durante la sustanciación del proceso o al dictar la sentencia; o bien que el tribunal no ha aplicado correctamente las normas penales sustantivas que eran de aplicación al caso (*v.g.*, calificó incorrectamente los hechos).

Aunque aparentemente los motivos de apelación sean tasados, lo cierto es que cualquier infracción imaginable se puede encuadrar en ellos: por eso se dice que la apelación es un recurso ordinario y no extraordinario –como sucede con el de casación–. Asimismo, es evidente que a través del recurso pueden hacerse valer simultáneamente motivos de diversa índole, si se considera que la sentencia ha incurrido en ellos.

2.3. Tramitación

El recurso de apelación habrá de interponerse por cualquiera de las partes que se considere agraviada por la sentencia dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le hubiere notificado la sentencia. Esta interposición se llevará a cabo a través de un escrito (llamado de formalización), que se presentará ante el órgano que dictó la sentencia (el tribunal *a quo*). En ese escrito el recurrente habrá de fijar un domicilio para notificaciones y, sobre todo, se expresarán los motivos en que se base la impugnación y se propondrá la práctica de pruebas para la segunda instancia.

Recibido el escrito de formalización por el tribunal *a quo*, este habrá de decidir si lo admite o no. Lo admitirá siempre que el recurso se haya interpuesto en tiempo y forma. Si aprecia que concurre algún defecto subsanable, entonces concederá al recurrente un plazo que no exceda de tres días para la subsanación.

Una vez admitido el recurso, se dará traslado del escrito de formalización a las demás partes, por un plazo común de diez días, para que, a su vez, presenten escritos con sus alegaciones acerca del recurso; en sus escritos, las demás partes podrán también proponer la práctica de pruebas, en los mismos términos que el apelante.

Además, en este mismo escrito, la parte que no hubiera apelado podrá adherirse a la apelación e impugnar los pronunciamientos de la sentencia que le sean desfavorables. Si lo hace, las demás partes podrán impugnar su adhesión en un plazo de dos días. En todo caso, esta adhesión está supeditada a la apelación inicial: si el recurrente inicial desistiera del recurso, la apelación adhesiva

quedaría también abandonada (los efectos de la apelación adhesiva, por tanto, son más reducidos que en el ámbito del proceso civil).

Presentados los escritos de alegaciones de las partes apeladas, o precluido el plazo para hacerlo, se dará traslado de cada uno de ellos a las demás partes y se remitirán desde el tribunal *a quo* las actuaciones al tribunal competente para resolver el recurso (tribunal *ad quem*) –recuérdese que puede ser la Audiencia Provincial, la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional).

Recibidas las actuaciones por el tribunal *ad quem*, procederá este de forma diversa según que deba o no celebrarse vista.

— Si no ha de celebrarse vista, el tribunal se limitará a dictar sentencia, para lo que dispondrá de un plazo de diez días a contar desde que recibió las actuaciones.

— Habrá que celebrar una vista oral ante el tribunal competente para conocer del recurso en caso de que resulte procedente la práctica de pruebas. Por eso, si los escritos de formalización o alegaciones contienen proposición de prueba o petición de reproducción de la prueba grabada en primera instancia, el tribunal *ad quem*, una vez los haya recibido, habrá de resolver en un plazo de tres días acerca de la admisión de la prueba propuesta y, si admite la práctica de pruebas, ordenará que se celebre vista. Aunque no vayan a practicarse pruebas, también podrá mandar el tribunal que se celebre vista si, de oficio o a instancia de parte, la estima necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.

En concreto, en segunda instancia es posible la práctica de pruebas, siempre que se trate de las siguientes:

— Pruebas que la parte no pudo proponer en la primera instancia (v.g., porque no conocía entonces su existencia).

— Pruebas propuestas en primera instancia por la parte, que le hubieran sido indebidamente denegadas por el tribunal.

— Pruebas admitidas en primera instancia, pero que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables al recurrente.

— También podrá solicitarse la reproducción de la grabación de la prueba practicada en primera instancia.

> La reproducción de la grabación de la prueba puede tener como finalidad acreditar el carácter irracional o ilógico de la valoración probatoria efectuado en la sentencia recurrida y que constituya motivo de apelación. Ahora bien, no puede servir para pretender la sustitución de la absolución por una condena, o el agravamiento de la condena impuesta, pues es algo que no está permitido en el actual sistema del recurso de apelación.

La vista se señalará dentro de los quince días siguientes y a ella serán citadas todas las partes (también habrá que informar a la víctima, aunque no se haya mostrado parte ni sea necesaria su intervención). La vista se celebrará comenzando por la práctica de la prueba; después las partes resumirán oralmente el resultado de la prueba y el fundamento de sus pretensiones.

2.4. Sentencia

La sentencia habrá de dictarse entonces dentro de los cinco días siguientes a la vista (si no se hubiera celebrado vista, entonces el plazo será de diez días desde la recepción de las actuaciones por el tribunal *ad quem*). En principio, se espera del tribunal de apelación que, si estima el recurso, revoque total o parcialmente la sentencia recurrida y la sustituya por otra que sea conforme a Derecho. No obstante, hay dos reglas especiales:

— Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que 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

— La sentencia de apelación no podrá condenar al acusado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas. Si prospera el recurso de apelación formulado por algún acusador que, por error en la apreciación de las pruebas, impugnara la absolución del acusado o la imposición al acusado de una pena inferior a la pedida, el tribunal de apelación anulará la sentencia, absolutoria o condenatoria y devolverá las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. 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 de la causa.

> No se trata, pues, de que no resulte posible en general condenar en apelación a quien fue absuelto en primera instancia, o agravar la condena de quien fue condenado en primera instancia: los límites solo existen cuando el fundamento para pretender esos resultados es una incorrecta valoración de la prueba, pero no si el origen está en una incorrecta aplicación de la ley penal al caso concreto.

Frente a la sentencia dictada en apelación solo cabrá recurso de casación, si se dan las condiciones establecidas en el art. 847 LECrim –y que veremos seguidamente–. Si no se dieran los requisitos para la interposición de un recurso de casación, existiría no obstante la posibilidad de formular demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, si se considera producida la lesión de algún derecho fundamental: en tal caso, con carácter previo, será preciso formular incidente de nulidad de actuaciones *ex* art. 241 LOPJ, si se entiende que la lesión se produjo en la propia sentencia que resuelve el recurso de apelación.

3. EL RECURSO DE CASACIÓN

A diferencia del recurso de apelación, el recurso de casación es extraordinario: no cabe frente a cualquier resolución dictada en segunda instancia, sino solo respecto de aquellas frente a las que lo permita expresamente la ley; no puede interponerse por cualquier motivo, sino solo para denunciar las concretas infracciones establecidas por el legislador; y, en todo caso, no permite una revisión del juicio de hecho, es decir, una nueva valoración de las pruebas practicadas durante las instancias anteriores.

La competencia para conocer del recurso de casación penal corresponde siempre y en exclusiva a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que estará compuesta por tres Magistrados, salvo que la pena impuesta o que pudiera imponerse fuera superior a doce años, en cuyo caso, la constituirán cinco.

> Pueden interponer el recurso de casación todos aquellos que hayan sido parte en el proceso penal y que se hayan visto perjudicados por la resolución, esto es: el Ministerio Fiscal; todos los que hayan sido parte; los que, sin haber sido parte, hayan sido condenados en la sentencia; los actores civiles y los responsables civiles, que solo podrán interponer el recurso en lo que afecte a la acción civil ejercitada en el proceso penal. Las partes deberán ser representadas preceptivamente por procurador y deberán estar asistidas de letrado.

Tal y como está actualmente configurado, el recurso de casación penal puede responder a tres modalidades: recurso de casación por infracción de ley; recurso de casación por quebrantamiento de forma; y recurso de casación por infracción de precepto constitucional:

3.1. Resoluciones recurribles en casación

El recurso de casación resulte admisible frente a las resoluciones a que se refieren los arts. 847 y 848 LECrim:

a) Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (en procesos contra aforados): cabrá entonces el recurso de casación tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma.

b) Sentencias dictadas en segunda instancia por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (es decir, sentencias que resuelvan recursos de apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por Audiencias Provinciales o por el Tribunal del Jurado): el recurso de casación también cabrá en estos casos por infracción de ley y por quebrantamiento de forma.

c) Sentencias dictadas en segunda instancia por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional (las que resuelven recursos de apelación contra sentencias dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional): de nuevo, la casación procederá tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma.

En los supuestos *sub* b) y c) se puede inadmitir el recurso por carencia de ***relevancia casacional***, siempre que la pena privativa de libertad impuesta, o la suma de penas privativas de libertad impuestas, no sea superior a cinco años, o si se han impuesto penas de otra naturaleza (art. 889 III LECrim, en la versión introducida por el Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio). Nada se dice en la ley acerca de lo que ha de entenderse por relevancia casacional; mientras no lo aclare la jurisprudencia, cabe pensar en que es sinónimo de «interés casacional», en los términos que se verán seguidamente.

d) Sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales (resolviendo recursos frente a sentencias dictadas por jueces de lo Penal) o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (resolviendo recursos frente a sentencias dictadas por el juez de la Sección de lo Penal del Tribunal Central de Instancia): en este caso, el recurso de casación se admite de forma restrictiva, solo por infracción de ley y, más en concreto, solo por el primero de los motivos establecidos en el art. 849 LECrim.

Además, desde 2015 se exige que el recurso presente ***interés casacional*** (art. 889 II LECrim): a juicio del Tribunal Supremo (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016), el recurso presenta interés casacional –de forma equivalente a lo que sucede en la casación civil– en tres supuestos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo; b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Ahora bien, si se trata de sentencias de apelación dictadas en procesos por delito leve no cabrá el recurso de casación (art. 977 LECrim, Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda del TS de 9 de junio de 2016).

e) 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, cuando supongan la finalización del proceso por falta de jurisdicción o sobreseimiento libre y la causa se haya dirigido contra el encausado mediante una resolución judicial que suponga una imputación fundada: la casación, en tal caso, solo se admite por infracción de ley.

El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 28 de febrero de 2018 aclara que el recurso solo cabe contra los autos que acuerden el sobreseimiento por falta de jurisdicción, pero no contra los que la afirmen.

e) También podrán ser recurridos en casación, únicamente por infracción de ley, los autos para los que la ley autorice dicho recurso de modo expreso.

f) ***Se excluye*** de forma expresa el recurso de casación, sin embargo, frente a las sentencias que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

Recuérdese que en los casos en que el tribunal de apelación considera que el tribunal de primera instancia no valoró de forma correcta la prueba y que en consecuencia podría proceder la condena de quien fue absuelto o un agravamiento de la condena, habrá de limitarse a anular la sentencia y ordenar que la causa vuelva al tribunal de primera instancia (sea para celebrar nuevo juicio, sea para dictar nueva sentencia). Cuando sea este el contenido de la sentencia dictada en apelación no cabrá contra ella recurso de apelación.

3.2. Motivos del recurso de casación por infracción de ley

Según el art. 849 LECrim, las resoluciones antes mencionadas se pueden recurrir en casación por infracción de ley si concurre alguno de los siguientes motivos:

1º. Cuando, dados los hechos que se declaren probados, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (= sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.

La referencia que se hace a «dados los hechos que se declaren probados» pone de relieve el carácter extraordinario del recurso de casación, ya que no se permite una revisión completa del juicio de hecho de la sentencia.

Recuérdese que este es el único motivo por el que se puede admitir el recurso de casación frente a sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha señalado que no puede denunciarse por esta vía una incorrecta aplicación de las normas sobre costas, aunque se refieran a ellas los arts. 123 y 124 CP, pues a su juicio no se trata de normas sustantivas, sino de normas procesales (STS 882/2023, de 28 de noviembre). Se trata, no obstante, de una conclusión discutible: es evidente que las normas sobre costas no son normas *penales* sustantivas; pero sí que son normas de las que se derivan consecuencias jurídico-sustantivas y sería razonable que pudiera controlarse en casación el modo en que son aplicadas por los tribunales inferiores, del mismo modo que se hace con las normas reguladoras de la acción civil en el proceso penal, que también son sustantivas, aunque no sean penales.

2º. Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se trata de un cauce muy estrecho que, en la práctica, solo permite denunciar una incorrecta atribución de eficacia probatoria a documentos públicos y a ciertos informes periciales oficiales no controvertidos por las partes. Por eso, no sirve en general como instrumento para denunciar una incorrecta formación del juicio de hecho de la sentencia.

3.3. Motivos del recurso de casación por quebrantamiento de forma

El quebrantamiento de forma supone la infracción de alguna norma procesal, bien durante la tramitación del procedimiento, bien en el momento de dictar sentencia. La ley distingue, a su vez, entre unos y otros.

Debe advertirse, no obstante, que tras la reforma de 2015 el modo en que está regulada la casación por quebrantamiento de forma resulta poco operativo. Y es que en su concepción inicial, el recurso de casación estaba previsto frente a sentencias dictadas en primera instancia, razón por la cual tenía sentido que se controlara el modo en que se había desarrollado el juicio. En la actualidad la casación es siempre un segundo recurso, dado que siempre cabe recurso de apelación, que es el idóneo para controlar la regularidad del desarrollo del juicio oral.

a) Motivos de casación por quebrantamiento de forma por defectos en el procedimiento (art. 850).

1º. Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente.

2º. Cuando se haya omitido 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, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo, dándose por citadas.

3º. Cuando el presidente del tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa.

4º. Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviere verdadera importancia para el resultado del juicio.

5º. Cuando el tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiere causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía.

Como puede apreciarse, se trata únicamente de infracciones procesales cometidas en el juicio oral, de modo que las cometidas en la fase de instrucción no son denunciables en casación por esta vía.

b) Motivos de casación por quebrantamiento de forma por defectos de la sentencia (art. 851):

1º. Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

2º. Cuando en la sentencia solo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultaren probados.

3º. Cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa.

4º. Cuando se castigue un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el tribunal no hubiese procedido previamente como determina el artículo 733 (planteamiento de la tesis) –y, cabría añadir a la luz de la jurisprudencia, también cuando ninguna de las partes hubiera asumido la tesis planteada por el tribunal–.

5º. Cuando la sentencia haya sido dictada por menor número de magistrados que el señalado en la ley o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exigen.

6º. Cuando haya concurrido a dictar sentencia algún magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado.

3.4. El recurso de casación por infracción de precepto constitucional

El art. 852 LECrim establece que «En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional». Aunque la amplitud con que se expresa la norma da a entender que siempre podrá utilizarse, el Tribunal Supremo considera que no cabe formular recurso por esta vía contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Acuerdo del Pleno de 9 de junio de 2016).

Este precepto abre una importante puerta para denunciar en casación ciertos defectos, de gran gravedad, que no tienen cabida a través de ninguno de los cauces anteriores. De modo especial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha concedido un importante margen de operatividad a los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías: se pueden recurrir en casación las sentencias a las que se atribuya vulneración de estos derechos fundamentales. Y, recordando el contenido y alcance de la presunción de inocencia, esto permite a su vez someter al análisis del Tribunal Supremo los siguientes aspectos:

— La eventual ilicitud de las pruebas en que se sustente la sentencia de condena, dado que forma parte del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías la exigencia de que la condena se funde solo en pruebas obtenidas sin vulneración de derechos fundamentales: de este modo, se puede someter a control casacional el desarrollo de la instrucción, al menos en lo que se refiere a las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales.

— La valoración razonable de las pruebas: debe recordarse que la presunción de inocencia comporta también la exigencia de que las pruebas sean valoradas de forma racional, es decir, conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia. Por este cauce, por tanto, se puede someter a una cierta fiscalización la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia: no se abren de forma completa las puertas a la posibilidad de que el Tribunal Supremo valore las pruebas de forma distinta a como se hizo en las instancias inferiores; lo que se permite es que compruebe que la valoración de las pruebas hecha en la instancia inferior es razonable, pero, se quiera o no, para hacerlo debe enjuiciar la valoración probatoria hecha por el juzgador *a quo*.

> Esta apertura del recurso de casación al control de la ilicitud de la prueba y de la valoración de la prueba debería forzar también la aplicación en este ámbito de la doctrina sentada por el TC en relación con la necesidad de que se celebre una vista ante el tribunal que conoce del recurso, si lo que se pretende es que se lleve a cabo una valoración probatoria diferente a la efectuada por el tribunal de instancia (lo cual es frecuente cuando se trata de la prueba de elementos subjetivos del tipo –como el dolo–). Así lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 22 de noviembre de 2011 (asunto *Lacadena c. España*) y parece haberlo asumido también la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencia 32/2012, de 25 de enero). El problema se plantea, con frecuencia, en relación con los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de los tipos penales: v.g., si en la instancia inferior se apreció la ausencia de dolo en un delito que solo admite comisión dolosa y el Tribunal Supremo, por el contrario, pretende revocar la absolución y condenar al acusado al entender que la prueba obrante en la causa (indicios, sobre todo) permiten sostener la existencia de dolo.

Formulada la casación por esta vía, en función de cuál haya sido la garantía constitucional cuya infracción se aprecie, el Tribunal Supremo se limitará a anular la sentencia o, además, dictará en su lugar otra conforme a la Constitución. En caso de que se estime un recurso de casación por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo habrá de anular la sentencia de condena y dictar directamente, en su lugar, una sentencia absolutoria. La razón es lógica: el hecho de que la Audiencia dictara sentencia de condena infringiendo la presunción de inocencia significa que lo procedente, en ese caso, habría sido la absolución del acusado.

3.5. Tramitación del recurso de casación

a) Preparación

> El recurso de casación habrá de «prepararse» en un plazo de cinco días, desde la notificación de la sentencia ante el órgano que dictó la resolución que se pretende recurrir. Esta preparación es, como regla, sencilla: en la mayoría de los casos, consiste tan solo en la presentación de un escrito manifestando que se quiere recurrir la sentencia en casación y especificando el tipo de recurso que se pretende utilizar (si por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, o ambos). El contenido de este escrito lo detalla el

art. 855. Ahora bien, cuando se trate de recursos de casación frente a sentencias dictadas en apelación por Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el nivel de exigencia es más alto: el recurrente deberá consignar en su escrito, en párrafos separados, de forma clara y concisa, la concurrencia de los requisitos exigidos (= interés casacional), identificando el precepto o preceptos sustantivos que se consideran infringidos y explicando de modo sucinto las razones que fundan la infracción.

El Tribunal examinará los requisitos de la preparación, y si los tiene por cumplidos, tendrá por preparado el recurso y emplazará a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo para formalizar o interponer el recurso (en un plazo que puede ser distinto según la ubicación del recurrente: art. 859). De forma excepcional, tratándose de recursos de casación frente a sentencias dictadas en apelación por Audiencias Provinciales o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el propio tribunal a quo denegará por auto motivado la preparación del recurso si se alegan motivos distintos a la infracción de ley del art. 849.1, si no se identifica un precepto sustantivo como supuestamente infringido, si no se consigna el breve extracto exigidos o si su contenido se aparta del ámbito del art. 849.1.

b) Interposición

La interposición del recurso de casación se lleva a cabo a través de un escrito, presentado ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el que se expresarán y argumentarán los fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivos para lograr la estimación del recurso.

c) Admisión

Presentado el escrito de interposición, se designa Magistrado Ponente. Las partes y el Fiscal se podrán instruir del recurso, y podrán o bien impugnar la admisión, o bien adherirse al mismo.

Los autos pasarán al Ponente, quien se instruirá, y posteriormente la Sala se pronunciará sobre la admisión o inadmisión del recurso.

Son causas de inadmisión las establecidas en los arts. 884 y 885 LECrim:

1ª. Que el recurso se hubiera interpuesto por causas distintas de las expresadas en los artículos 849 a 851 LECrim.

2ª. Que se hubiera interpuesto contra resoluciones no impugnables en casación.

3ª. Que no se respetaren los hechos probados, salvo que el recurso se interpusiera por error en la apreciación de la prueba.

4ª. Que no se hubieran respetado los requisitos exigidos por la Ley para la preparación o interposición del recurso.

5ª. En los casos del art. 850, que no se hubiera formulado la oportuna reclamación contra la falta, en caso de quebrantamiento de forma por defectos en el procedimiento.

6ª. En el caso del nº 2º del art. 849, que el documento no obrase en autos o no se hubieran designado los particulares que demuestren el error.

7ª. Cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento.

8ª. Cuando se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

Si el recurso se inadmite, la Sala dictará un auto, necesariamente por unanimidad, que no es susceptible de recurso alguno.

d) Vista

La celebración de una vista no es preceptiva. Solo tendrá lugar en los casos previstos en el art. 893 bis a) LECrim:

— Si las partes lo solicitaren y la pena impuesta o que debiera imponerse fuese superior a seis años.

— Cuando el Tribunal de oficio o a instancia de parte la estime necesaria.

— Cuando las circunstancias concurrentes o la trascendencia del asunto hicieren aconsejable la publicidad de los debates.

— Cuando se trate de ciertos delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado, contra la Administración de Justicia, y de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos.

Concluida, en su caso, la vista, el Tribunal ha de resolver en el plazo de diez días.

3.6. Sentencia

Si prospera algún motivo de casación por *quebrantamiento de forma*, el Tribunal Supremo declarará haber lugar al recurso, anulará la resolución recurrida y ordenará la devolución de la causa al Tribunal del que proceda, reponiéndola al estado que tenía en el momento en que se cometió la falta, para que la sustancie y termine con arreglo a Derecho.

Si prospera algún motivo de casación por *infracción de ley*, declarará haber lugar al recurso, anulará la resolución recurrida y dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a Derecho.

Si prospera algún motivo de casación por *infracción de precepto constitucional*, entonces el tribunal anulará la resolución recurrida; y, además de ello, en función del precepto infringido, lo que procederá será o bien la devolución de la causa al tribunal *a quo* (*v.g.*, cuando se infringió el derecho a la tutela judicial efectiva en su modalidad de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales) o bien que el Tribunal Supremo dicte una nueva sentencia (*v.g.*, si se infringió la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo dictará por sí mismo una nueva sentencia absolutoria).

Si la sentencia fuera desestimatoria, el Tribunal condenará al recurrente en costas.

La sentencia dictada en casación no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de formular demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, en caso de que se considere producida la lesión de algún derecho fundamental: en tal caso, con carácter previo, será preciso formular incidente de nulidad de actuaciones *ex* art. 241 LOPJ, si se considera que la lesión se produjo en la propia sentencia que resuelve el recurso de casación.

LECCIÓN 18

LA COSA JUZGADA PENAL Y SU IMPUGNACIÓN

1. Consideraciones previas. — 2. Particularidades de la cosa juzgada en el proceso penal. — 3. La impugnación de la cosa juzgada: 3.1. La revisión penal; 3.2. La «anulación» de sentencias en el procedimiento abreviado. — 4. Otros cauces de impugnación: el proceso de amparo y el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con la expresión de «cosa juzgada» se hace referencia a una serie de efectos que producen las resoluciones judiciales cuando son *firmes*: como es sabido, una resolución judicial es firme cuando frente a ella no cabe recurso alguno o cuando no se ha interpuesto el recurso que la ley concede frente a ella.

A partir de aquí, es preciso distinguir entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material.

> Las presentes consideraciones tienen carácter general, esto es, son las «reglas comunes» de la institución de la cosa juzgada, que reciben aplicación en todos los órdenes jurisdiccionales –el civil, el penal, el laboral y el contencioso-administrativo–, aunque en el ámbito penal habrá que tener en cuenta las salvedades que se verán más adelante.

1º. La *cosa juzgada formal* designa el conjunto de efectos que producen las resoluciones judiciales firmes dentro del mismo proceso en el que se han dictado. Cualquier resolución judicial que se dicte en un proceso, una vez sea firme, produce efectos de cosa juzgada formal. Estos efectos son, principalmente, los dos siguientes:

— En primer lugar, la invariabilidad de las resoluciones firmes: el juez o tribunal que ha dictado una resolución firme no puede ya alterar su contenido, ni tampoco puede hacerlo quien conozca del mismo proceso en una fase ulterior.

> Ejemplo: en un proceso se persiguió a Luis por cohecho y falsedad documental. La sentencia de instancia le condena por cohecho, pero le absuelve por falsedad. Solo Luis recurre la condena. En tal caso, el pronunciamiento absolutorio es firme (no ha sido impugnado), lo que impide al tribunal que conoce del recurso condenar por falsedad.

— En segundo término, la vinculación del juez o tribunal al contenido de las resoluciones firmes que él mismo ha acordado: el juez o tribunal que ha dictado una resolución firme ha de atenerse a su contenido y debe adecuar sus conductas subsiguientes a lo previamente decidido de modo firme.

Por ejemplo, si el tribunal admitió la práctica de una prueba en el juicio oral y su resolución es firme, no puede después negarse en el acto del juicio a que esa prueba se practique.

2º. La *cosa juzgada material*, por su parte, hace referencia al conjunto de efectos que ciertas resoluciones judiciales firmes producen en procesos distintos de aquel en que se han dictado. La cosa juzgada material produce dos clases de eficacia:

— En primer término, se encuentra la *eficacia negativa o excluyente de la cosa juzgada material*, a la que se alude también con la expresión latina *non bis in idem*: no ha de ser posible la sustanciación de un segundo proceso que verse sobre el mismo objeto que un proceso anterior que ya concluyó por sentencia firme. La sentencia firme dictada en el primer proceso produce efectos de cosa juzgada sobre el segundo proceso, obligando a ponerle fin de forma inmediata e impidiendo, en todo caso, que en dicho segundo proceso se pueda dictar sentencia sobre el fondo: la existencia de cosa juzgada, en este sentido, constituye un «óbice» procesal.

— También se puede hablar de una *eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada material*, en virtud de la cual lo establecido en la sentencia firme que puso fin a un primer proceso habrá de ser tenido en cuenta por el tribunal que conozca de un proceso posterior cuyo objeto sea conexo con el del primero, siempre que las partes sean las mismas. Se trata, pues, de la necesidad de que el tribunal de un segundo proceso se atenga a lo decidido por resolución firme en un proceso anterior, en aquellos puntos del objeto del segundo proceso que coincidan con los enjuiciados en el primero.

Ejemplo (en proceso civil): En un primer proceso, A demandó a B ante los tribunales civiles, solicitando que se declarara la nulidad de un contrato de permuta de terrenos celebrado entre ambos. El proceso, sin embargo, concluyó con sentencia desestimatoria firme, en la que se declaró la validez del contrato. En un momento posterior, B dirige demanda frente a A en la que pide que se le condene a cumplir el contrato. En su contestación a la demanda, A se defiende alegando la nulidad del contrato de permuta. Pues bien, dado que la cuestión relativa a la validez o nulidad del contrato ya había sido resuelta en un proceso anterior por sentencia firme, el tribunal que conozca del segundo proceso estará vinculado por lo establecido al respecto en el primer proceso: por eso, el tribunal del segundo proceso estará obligado a considerar que es válido el contrato y deberá desestimar la excepción de nulidad alegada por A.

2. PARTICULARIDADES DE LA COSA JUZGADA EN EL PROCESO PENAL

La vigencia de las reglas anteriores, que son generales, está sujeta en el proceso penal a una serie de particularidades en lo que atañe a la cosa juzgada material –lo establecido respecto de la cosa juzgada formal vale sin reservas también para el proceso penal–. Se trata de las siguientes singularidades:

1ª. Se suele afirmar con frecuencia que en el proceso penal la cosa juzgada material solo produce el efecto negativo o excluyente, pero no produce el efecto positivo o prejudicial.

En consecuencia, es habitual indicar que la cosa juzgada material en el proceso penal solo sirve para excluir la sustanciación de procesos que tengan el mismo objeto que otros que ya concluyeron por sentencia firme en un momento anterior. En cambio, parece que no se quiere que lo decidido en un proceso anterior vincule en todo caso en un proceso penal posterior cuyo objeto sea parcialmente coincidente, pues sería una opción contraria al derecho de defensa, aunque con ello se arrostre el riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias.

> Es habitual ilustrar la afirmación de que la cosa juzgada penal no tiene eficacia positiva con un ejemplo como el siguiente:
>
> Se atribuye al sujeto A y al sujeto B la participación en el hecho punible X. Abierto el proceso, el sujeto B se sustrae a la acción de la justicia, de modo que el juicio oral se celebra únicamente frente a A. En la sentencia firme que pone fin al proceso se condena a A como coautor del hecho punible X. Meses más tarde, el sujeto B es detenido y se abre juicio oral frente a él. Es indudable que el objeto del proceso frente a A es conexo con el del proceso frente a B: en ambos es común el hecho X y el tribunal está llamado a decidir si existió o no el hecho X, como premisa para decidir si condena o no a alguien por su comisión. Pues bien, si se entendiera que las resoluciones judiciales penales firmes producen la eficacia positiva de la cosa juzgada material, sería preciso deducir de ello la siguiente conclusión: el tribunal del proceso frente a B, en los extremos que sean comunes, estará vinculado por lo resuelto en la sentencia dictada en el proceso frente a A; y como en el proceso frente a A el tribunal entendió que el hecho X era cierto, el tribunal del proceso frente a B también tendría que estimarlo existente. De ser así las cosas, resultaría que la defensa de B no podría dirigirse a demostrar que el hecho X no existió, pues por mucho que B se esforzara en ese sentido, es una cuestión para cuya resolución el tribunal ya tendría su fallo predeterminado… El derecho de defensa de B, en un supuesto como este, sería ilusorio.
>
> Lo cierto, sin embargo, es que, en el ejemplo anterior, para salvaguardar el derecho de defensa de B no es necesario negar eficacia positiva de cosa juzgada a la sentencia: porque, como es sabido, para que opere esta eficacia es necesario que los sujetos sean los mismos en ambos procesos y lo cierto es que B no fue parte en el primer proceso.
>
> Por ello, un ejemplo correcto requeriría que tanto el primer proceso penal, como el segundo, se dirigieran frente al mismo sujeto. Es lo que ocurriría, *v.g.*, si en un proceso posterior se tienen en cuenta condenas firmes anteriores para imponer la circunstancia agravante de reincidencia. Ahora bien, entonces surgen dos problemas: i) no se puede decir que el derecho de defensa se vea perjudicado en el segundo proceso, si se concedió en el primero; ii) lo cierto es que en el proceso posterior se «dan por buenas» las condenas anteriores firmes a efectos de aplicar la agravante de reincidencia, de modo que a efectos prácticos

> sí que se está reconociendo eficacia positiva o prejudicial de cosa juzgada a las sentencias firmes anteriores. Lo mismo sucede si en el primer proceso se condenó a un sujeto por un delito fiscal y en un segundo proceso se le persigue por un delito de blanqueo de capitales procedentes de dicho delito fiscal: es razonable que la primera sentencia pueda tener efectos vinculantes para el segundo proceso.

En definitiva, cuando la doctrina y la jurisprudencia afirman que en el proceso penal no se produce el efecto positivo de la cosa juzgada, en realidad, lo que propugnan es algo distinto: que la cosa juzgada penal no puede extenderse nunca frente a terceros y que, en consecuencia, no pueden admitirse nunca las excepciones que se establecen para esta regla en el resto de órdenes jurisdiccionales.

2ª. La función negativa o excluyente ha de entenderse en sentido amplio. Es evidente que el *non bis in idem* impide la doble condena por los mismos hechos, así como el castigo tras la previa absolución en sentencia firme (*non bis in ídem* «material»). Pero también es función de la cosa juzgada evitar la sujeción de una misma persona, a causa de un mismo hecho, a un segundo proceso penal o a un segundo enjuiciamiento de los mismos hechos (*non bis in ídem* «procesal»): esto es, no se trata solo de que no se pueda dictar una segunda sentencia, sino de que tampoco pueda sustanciarse el segundo proceso penal y de que, en consecuencia, se le ponga fin cuanto antes.

3ª. Para que opere la cosa juzgada material, en su función negativa, es preciso que existan dos procesos, uno ya terminado por resolución firme y otro aún pendiente, cuyos objetos sean idénticos.

¿Cuándo se entiende que son idénticos los objetos de dos procesos? A tal fin, son necesarios –y suficientes– dos requisitos:

a) Que haya una identidad del hecho punible enjuiciado en ambos procesos, esto es, que sean los mismos los hechos objeto del segundo proceso y los que ya fueron objeto del primero. Ahora bien, es irrelevante cuál sea la calificación jurídica que a dicho hecho se le haya otorgado en el primer proceso y se le esté otorgando ahora en el segundo.

> Ejemplo. El sujeto A apuñaló supuestamente cinco veces en el pecho a su cónyuge, quien logró sobrevivir a sus lesiones. En un primer proceso, se persiguió a A acusándolo de tentativa de homicidio, pero fue absuelto por no haberse probado el *animus necandi*. Una vez firme la sentencia absolutoria, se pretende la apertura de un segundo proceso frente a él, imputándole esta vez un delito consumado de lesiones. Aunque la calificación de los hechos es distinta en uno y otro proceso, los hechos siguen siendo los mismos, por lo que operará la cosa juzgada material en su función negativa.

b) Que exista una identidad del sujeto pasivo en ambos procesos, esto es, que se persiga dos veces a la misma persona por los mismos hechos. En cambio, es irrelevante quién integra la posición acusadora en uno y otro proceso: aunque

los sujetos que ejerzan la acusación sean diversos en uno y en otro, se entenderá que sus objetos son idénticos y operará la cosa juzgada.

4º. La cosa juzgada material no la produce cualquier resolución judicial firme, sino únicamente las siguientes:

— La sentencia que pone fin al proceso penal, absolviendo o condenando, una vez sea firme.

— El auto de sobreseimiento libre, una vez sea firme.

— Resulta más discutido si produce o no fuerza de cosa juzgada el auto que desestima una querella por motivos de fondo, una vez sea firme. Desde un punto de vista teórico, la respuesta positiva es la correcta; sin embargo, la jurisprudencia es más bien proclive a entender que los autos que inadmiten o desestiman querellas carecen de efectos de cosa juzgada.

5º. El tratamiento procesal de la cosa juzgada penal se puede articular de oficio o a instancia de parte.

En cuanto el investigado tenga noticia de que se está dirigiendo frente a él un segundo proceso, siendo así que ya concluyó previamente –a través de alguna de las resoluciones que se acaban de enumerar– otro proceso frente a él por los mismos hechos, podrá ponerlo de manifiesto ante el juez de instrucción de manera inmediata, dado que, según se ha visto, es finalidad de la cosa juzgada la de poner fin cuanto antes al segundo proceso.

De forma expresa, la LECrim le permite alegar la cosa juzgada como artículo de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario y en la audiencia preliminar del procedimiento abreviado (en ambos casos, ya en fase de juicio oral): si se estimara la alegación de cosa juzgada, el juez o tribunal habrían de decretar el sobreseimiento libre (art. 675).

Además, también es posible que el juez de instrucción o el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento aprecien de oficio la existencia de cosa juzgada y pongan término al proceso, cualquiera que sea la fase en la que este se encuentre. Ahora bien, para ello es preciso que dicho órgano judicial conozca la existencia de la previa resolución firme con fuerza de cosa juzgada, lo que en la práctica resulta muy infrecuente.

Asimismo, puede hablarse de cosa juzgada parcial, en los casos en que el segundo proceso tiene una pluralidad de objetos y solo alguno de ellos se encuentra cubierto por la prohibición de *non bis in idem*: en estos casos, la consecuencia de la apreciación de la cosa juzgada será un sobreseimiento libre parcial, pero el proceso seguirá adelante para enjuiciar aquellos hechos respecto de los que no se produce la duplicidad.

3. LA IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA

La institución de la cosa juzgada se encuentra al servicio de la seguridad jurídica: una vez concluido un proceso por medio de resolución firme, es necesario que el objeto del proceso no pueda volver a someterse a la consideración de los órganos judiciales, ya que la seguridad jurídica exige que, llegado un determinado momento, la solución atribuida por los tribunales de justicia a los conflictos sea irrevocable.

Esta regla general explica por qué las resoluciones firmes son irrevocables e inalterables. Ahora bien, en ocasiones, ciertas circunstancias ponen de manifiesto la injusticia de la resolución firme, especialmente por los medios que permitieron llegar a ella. En tales casos, el ordenamiento articula ciertas vías –muy excepcionales y restringidas– para promover la rescisión de sentencias firmes; estos mecanismos, en el fondo, permiten impugnar la cosa juzgada. En nuestro ordenamiento, estos mecanismos son dos: la revisión y la «anulación».

3.1. La revisión penal

La revisión penal es un instrumento que permite lograr la rescisión de una sentencia penal que ya sea firme, fundamentado en razones de justicia: se puede acudir a esta vía en supuestos excepcionales en que exista una sentencia firme que sea manifiestamente injusta.

> La LECrim llama a esta figura «recurso de revisión»: se trata de una denominación incorrecta, puesto que los recursos, por definición, presuponen que la resolución que se ataca aún no es firme; en cambio, cuando se trata de la revisión se está combatiendo una resolución que ya es firme. La regulación de revisión penal ha sido objeto de una importante reformulación con ocasión de la reforma procesal de 2015.

1º. *Resoluciones susceptibles de revisión*

La revisión solo puede intentarse frente a sentencias firmes. Cabe imaginar, al menos en línea de principio, que la revisión tiene sentido cuando la sentencia firme es condenatoria. La mayor parte de los motivos de revisión parten de esta premisa y contemplan, pues, una revisión en beneficio del reo. Sin embargo, como se verá seguidamente, algunos de los motivos de revisión no requieren que la sentencia cuya rescisión se pretende sea condenatoria, lo que daría cabida a una revisión *contra reum* –algo que se permite abiertamente en otros países (como Alemania). En la práctica, las reglas sobre legitimación lo hacen difícil, pues esta se atribuye de ordinario al penado o a ciertos familiares de este (art. 955); sin embargo, también es posible a instancia de la Fiscalía «si hubiere fundamento bastante para ello» (arts. 956 y 961), lo que no impide descartar que se materialice el supuesto en la práctica.

> Imagínese, *v.g.*, que un sujeto fue absuelto por sentencia firme y, días después, acude a un programa de televisión a jactarse de su culpabilidad.

2º. *Motivos de revisión*

El art. 954 LECrim enumera los motivos que permiten atacar la cosa juzgada de la sentencia firme a través del proceso de revisión. Se trata de los siguientes:

a) *Sentencia de condena fundada en la comisión de un delito*, especialmente asociado a la prueba:

— La sentencia valoró como prueba un documento que después se declaró falso.

— La sentencia valoró como prueba un testimonio que después se declaró falso.

— La sentencia valoró como prueba la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero.

En los tres casos, es preciso que la causa de revisión haya resultado declarada por sentencia firme en procedimiento penal seguido al efecto; hace falta, pues, un segundo proceso penal en que se condene por falsedad documental, por falso testimonio o por las conductas ilícitas que provocaron la confesión del encausado. Como excepción, sin embargo, no será exigible que esa causa penal subsiguiente haya terminado por sentencia condenatoria cuando el proceso penal iniciado a tal fin sea archivado por prescripción, rebeldía, fallecimiento del encausado u otra causa que no suponga una valoración de fondo.

> La STS 379/2023, de 19 de mayo, estima la revisión de una sentencia fundada en el testimonio de la víctima, condenada después por falso testimonio, a pesar de que a esta segunda condena se llegó por conformidad de aquella (tras valorar que no había elementos que permitieran sostener el carácter fraudulento o pactado del proceso penal por falso testimonio).
>
> Más llamativo es el caso de la STS 365/2023, de 18 de mayo: la condena firme por agresión sexual se había sostenido en la declaración exclusiva de la víctima, menor de edad en el momento de emitirla. Con posterioridad, la víctima presentó un escrito de retractación ante la Fiscalía, que ratificó ante el juez de instrucción. Dada su minoría de edad y el tiempo transcurrido –que habría determinado en todo caso la prescripción de su responsabilidad penal como menor– no era posible esperar una sentencia condenatoria; y la Sala Segunda consideró que, a la luz de las circunstancias del caso, la retractación era suficiente para considerar falso el testimonio y para estimar la demanda de revisión.

b) *Prevaricación judicial*: procederá también la revisión cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a alguno de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión se pretende, sin la que el fallo hubiera sido distinto.

Puede tratarse, por supuesto, de prevaricación en la sentencia misma; pero también es posible que la prevaricación se cometiera en una resolución anterior, con influencia sobre el desenlace final del proceso (piénsese, v.g., en una resolución dictada para dar apariencia de licitud a una prueba que en realidad se obtuvo de forma ilícita y en la que se funda la condena).

c) *Duplicidad de sentencias*: habrá igualmente revisión cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes.

El supuesto parece anómalo, pero resulta más fácil de imaginar si se piensa en procesos penales con objetos complejos y varios encausados.

d) *Nuevos hechos o nuevas pruebas*: la firmeza de la sentencia penal también puede ceder cuando sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.

e) *Contradicción con la resolución de otro orden jurisdiccional*: procederá la revisión cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal.

Como se recordará, los tribunales penales están facultados para pronunciarse, a los solos efectos prejudiciales, sobre materias propias de otros órdenes jurisdiccionales. Puede suceder, pues, que la misma cuestión, resuelta a título prejudicial por el tribunal penal en un determinado sentido para fundar su decisión, sea después resuelta de modo diverso por sentencia firme al término de un proceso tramitado ante los tribunales del orden correspondiente. Si esto sucede, debe poder revisarse la sentencia penal, para evitar la discordancia y dar prevalencia a la resolución dictada por los tribunales competentes.

Ejemplo. Imagínese, v.g., que se condenó a una persona acusada de un delito de intrusismo profesional por considerar que su título de médico obtenido en un país extranjero no la habilitaba para ejercer la medicina en España; en caso de que, con posterioridad, una sentencia del orden contencioso-administrativo estableciera lo contrario, cabría plantear la revisión de la condena.

Ejemplo. En el proceso penal se condenó por delito contra la seguridad vial por conducir un vehículo sin carnet, pues se habían perdido todos los puntos. Con posterioridad una sentencia firme dictada por un tribunal contencioso-administrativo revocó la sanción administrativa que había determinado la pérdida de los puntos, de modo que en la fecha de los hechos sí que disponía de la autorización administrativa para hacerlo (STS 995/2024, de 11 de noviembre; la STS 574/2024 de 7 de junio había resuelto un caso similar en el que la condena se había dictado por conformidad del acusado, que desconocía en el momento de su detención y posterior conformidad en la guardia que ya había recuperado los puntos).

f) *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.* Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en

violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

> En este supuesto, la revisión solo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.

3º. *Plazo para solicitar la revisión*

En términos generales, el ejercicio de la acción de revisión penal no está sujeto a plazo alguno (a diferencia de lo que sucede con la revisión civil). Es incluso admisible, por tanto, cuando el condenado ya hubiera fallecido, como forma de restablecer su honor. La única excepción a esta regla, según se acaba de señalar, es la asociada al dictado de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarando la vulneración del CEDH (un año desde la firmeza de la sentencia del TEDH).

4º. *Competencia*

Para conocer de la revisión en materia penal es siempre competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

5º. *Legitimación*

Están legitimados para «promover» la revisión el penado y, cuando este hubiere fallecido, su cónyuge o quien haya mantenido convivencia como tal, sus ascendientes y descendientes.

Igualmente, el Ministerio de Justicia, previa formación de expediente, puede ordenar al Fiscal General del Estado que interponga la demanda de revisión, cuando a su juicio hubiere fundamento para ello (art. 956).

Además, el Fiscal General del Estado podrá también interponer la demanda de revisión siempre que tenga conocimiento de algún caso en el que proceda y que, a su juicio, haya fundamento bastante para ello, de acuerdo con la información que haya practicado (art. 961).

6º. *Tramitación*

El proceso de revisión tiene dos fases. La primera fase, llamada «juicio rescindente» (*iudicium rescindens*), tiene por finalidad que la Sala Segunda del Tribunal Supremo compruebe si concurre el motivo de revisión alegado y, en caso de estimarlo concurrente, anular la sentencia condenatoria. La segunda fase o juicio rescisorio (*iudicium rescissorium*) tiene por fin volver a tramitar el proceso penal, para llegar a la solución que se estime justa.

a) Juicio rescindente *(iudicium rescindens)*

El proceso de revisión se ha de promover mediante escrito motivado dirigido a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al que habrán de acompañarse los documentos en que el solicitante funde su derecho.

Promovida la revisión, la Sala, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorizará o denegará la interposición del recurso. Autorizado el recurso, el promovente dispondrá de quince días para su interposición: presentada la petición inicial, por tanto, la Sala debe realizar un cierto control inicial de la seriedad de la pretensión, de modo que el justiciable no tiene derecho sin más a que se tramite la revisión; en un primer momento, por tanto, el justiciable se limita a promover la revisión y solo si se supera el primer «filtro» o «control» podrá ya interponer su petición en sentido propio.

La primera fase del proceso de revisión supone un juicio rescindente que tiene por objeto determinar si concurre o no alguno de los motivos de revisión y si procede o no la rescisión de la sentencia firme impugnada, como ya se ha dicho antes.

La tramitación del *iudicium rescindens* se sustanciará oyendo por escrito al fiscal y al penado, y seguirá por los cauces del recurso de casación.

> Si el motivo alegado fue el relativo a la aparición de hechos nuevos o pruebas nuevas, se prevé que la Sala Segunda del Tribunal Supremo lleve a cabo una instrucción supletoria, al término de la cual decidirá si los nuevos hechos y pruebas determinan o no la inocencia del condenado (art. 958: aunque no lo diga la ley, es preciso que se celebre una vista con las partes al efecto de debatir acerca de si los hechos y pruebas realmente determinan la inocencia, así como para probar al Tribunal su efectiva concurrencia).

Terminada la tramitación, la Sala dictará sentencia que será irrevocable y que puede tener un contenido doble:

— Si el Tribunal Supremo considera que no concurre la causa de revisión alegada, se limitará a confirmar la sentencia impugnada.

— Si el Tribunal, por el contrario, estima que concurre la causa de revisión alegada, rescindirá la sentencia firme impugnada y se abrirá una segunda fase o etapa en el proceso de revisión, que es el juicio rescisorio.

> Cuando el proceso de revisión se funde en el dictado de una sentencia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos habrá de intervenir en él la Abogacía General del Estado.

b) Juicio rescisorio *(iudicium rescissorium)*

Esta segunda fase, de juicio rescisorio, supone la celebración de un nuevo proceso penal que verse sobre los hechos que fueron objeto del proceso anterior que concluyó por medio de la sentencia firme que se rescindió por el Tribunal Supremo. Este segundo proceso ha de sustanciarse siempre, excepto que la revisión de la sentencia se hubiera estimado por motivo del que se dedujera la

inocencia del acusado o cuando el motivo de la revisión hubiera sido el dictado de sentencia por el TEDH.

Es posible, en consecuencia, que tras la estimación de la revisión se vuelva a juzgar a aquellas personas que fueron condenadas por la sentencia firme rescindida, pues la existencia de ciertos motivos de revisión no significa necesariamente que estas personas sean inocentes.

> Por eso, si la revisión se estimó por hechos nuevos o pruebas nuevas, la inocencia del condenado habrá quedado demostrada, de modo que el juicio rescisorio se dirigirá a descubrir al verdadero responsable del delito: a tal efecto, se remitirán las actuaciones al juez instructor para que vuelva a instruir la causa.

El juicio rescisorio ya no se sustancia ante el Tribunal Supremo, sino ante el juez o tribunal a quien corresponda según las reglas de competencia.

Si la sentencia es de nuevo condenatoria, se tendrá en cuenta para su cumplimiento el tiempo de la condena anteriormente sufrida (art. 960).

Si la sentencia es absolutoria, los interesados o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles que procedan.

3.2. La «anulación» de sentencias en el procedimiento abreviado

Según ya se ha explicado, en el procedimiento abreviado resulta posible la celebración del juicio oral en ausencia del acusado, si concurren los requisitos enumerados en el art. 786.1 II LECrim. Es posible, sin embargo, que a pesar de la falta de concurrencia de alguno de estos requisitos, se haya celebrado el juicio en ausencia del acusado: en tal caso, resulta obvio que la sentencia se ha dictado en infracción del derecho de audiencia y de defensa del acusado. Por eso, el art. 793.2 pone a disposición de este sujeto un mecanismo para lograr la rescisión de la sentencia que se haya dictado bajo esas condiciones, el mal llamado «recurso» de anulación.

> Decimos que la terminología legal es incorrecta por las mismas razones apuntadas respecto de la revisión: a través de la anulación se pretende dejar sin efecto una sentencia que ya es firme, y si la sentencia es firme, es precisamente porque no cabe ya recurso alguno frente a ella.

La «anulación» procede cuando la sentencia se dictó después de celebrarse el juicio en ausencia del acusado, incumpliéndose los requisitos del art. 786.1.II. Por ello, solo es posible frente a sentencias dictadas en el marco del procedimiento abreviado. Es indiferente que la sentencia la dictara un Juez de lo Penal o una Audiencia Provincial. La finalidad de este instrumento es dejar sin efecto la sentencia y que se vuelva a enjuiciar al acusado, pero en su presencia.

En cuanto a su tramitación, el art. 793.2 se limita a establecer que ha de seguirse la establecida para el recurso de apelación frente a sentencias. Ha de tenerse en cuenta, en consecuencia, lo siguiente:

— El plazo para presentar la petición de anulación será de diez días, que se contarán desde el momento en que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia (art. 793.2 *i.f.*).

— Será competente para resolver sobre la anulación el tribunal superior jerárquico del órgano jurisdiccional que dictó la sentencia; pero la interposición o formalización del recurso habrá de llevarse a cabo ante quien la dictó (art. 790.2).

— El escrito de interposición habrá de fundarse en el quebrantamiento de los requisitos establecidos por el art. 786.1 II para que resulte válida la celebración del juicio oral en ausencia del acusado.

— Si dicta sentencia estimatoria de la petición de anulación, el tribunal ordenará en ella que se reponga el proceso al momento en que se produjo la falta, declarándose la nulidad de lo actuado a partir de entonces: en consecuencia, se anulará la condena, pero será preciso volver a celebrar el juicio oral, esta vez con la presencia y participación del acusado –y con la posibilidad, por tanto, de que a su término este pueda volver a ser condenado–.

4. OTROS CAUCES DE IMPUGNACIÓN: EL PROCESO DE AMPARO Y EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Según se vio en la lección anterior, el recurso de apelación o el recurso de casación –en función de si procede o no este segundo– ponen fin al proceso penal. Ahora bien, siguen existiendo ciertas herramientas procesales para impugnar la sentencia firme que ha puesto fin al proceso penal.

a) De un lado, el justiciable –normalmente quien fue condenado– puede tratar de formular demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, en caso de que considere que se ha vulnerado alguno o varios de sus derechos fundamentales. Esto puede suceder, v.g., cuando afirma que la sentencia de condena se ha sostenido en pruebas ilícitas (infracción de la presunción de inocencia) o que el tribunal no ha sido imparcial (infracción del derecho a un proceso con todas las garantías).

Para que resulte admisible el amparo son necesarias tres condiciones (art. 44 LOTC):

— Que se haya agotado la vía judicial ante los tribunales ordinarios, es decir, que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

> En consecuencia, no puede acudirse al amparo frente a una sentencia dictada en primera instancia, sino que será preciso haberla recurrido en apelación y, en su caso, en casación, cuando proceda. También será preciso, en muchas ocasiones, haber interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones regulado en

el art. 241 LOPJ. En cambio, no es necesario haber intentado la revisión de la sentencia, pues no es un recurso en sentido propio.

— Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

— Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

Si la demanda de amparo resulta estimada, el Tribunal Constitucional anulará la sentencia y, en función del contenido del derecho lesionado, devolverá la causa al tribunal de instancia o se limitará a proclamar la inocencia del acusado.

b) Agotadas –sin éxito, cabe suponer– la vía judicial ordinaria y ante el Tribunal Constitucional, el justiciable también puede tratar de lograr que la sentencia de condena sea revisada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aduciendo que con ella se ha vulnerado alguno de los derechos que se proclaman en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en los términos establecidos por el propio Convenio).

Si el TEDH estima la demanda, declarará que el Estado español ha vulnerado el derecho del justiciable y puede otorgarle, a modo de compensación, una indemnización pecuniaria. Sin embargo, el TEDH no tiene competencia para anular o dejar sin efecto la resolución judicial en la que se ha infringido el derecho en cuestión.

La eficacia de las sentencias del TEDH se logrará, según se acaba de ver, a través del proceso de revisión frente a la sentencia a la que el TEDH imputó la lesión del derecho fundamental.

LECCIÓN 19

EL JUICIO POR DELITOS LEVES

1. Introducción. — 2. Competencia. — 3. Partes: 3.1. Partes acusadoras; 3.2. El denunciado o querellado. — 4. Principio de oportunidad reglada. — 5. Procedimiento: 5.1. El juicio especial y rápido por delitos leves; 5.2. El juicio ordinario por delitos leves; 5.3. El acto del juicio; sentencia y recursos.

1. INTRODUCCIÓN

El juicio por delitos leves es el cauce procedimental por el que se sustancian los procesos penales cuyo objeto lo integra un hecho punible susceptible de calificarse como delito leve. Son delitos leves las infracciones castigadas con pena leve (art. 13.3 CP) y son penas leves las enunciadas en el artículo 33.4 CP (esta categoría se introdujo en la reforma penal de 2015 y se recondujeron a ella algunas de las conductas que hasta ese momento eran calificadas como faltas).

El juicio por delitos leves es un procedimiento muy sencillo, en el que no existe en sentido propio una fase preparatoria o de instrucción: prácticamente toda la actividad procesal se concentra en un solo acto, llamado juicio –en ocasiones, también se le llama juicio verbal o juicio oral–.

En la práctica, sin embargo, no es nada infrecuente que le haya precedido al juicio una fase de instrucción: esto es lo que sucede en los casos en que el proceso comenzó a instruirse por considerarse inicialmente que su objeto venía integrado por una conducta tipificada como delito, pero se aprecia posteriormente su carácter de delito leve –y lo cierto es que, por defecto, salvo que esté muy claro *ab initio* que la conducta es un delito leve, los jueces de instrucción tienden a incoar siempre diligencias previas, es decir, atribuyen inicialmente a la conducta la calificación de delito–. En estos casos, una vez advertida la calificación de los hechos como delito leve, hay que convertir el proceso por delito en juicio por delito leve (art. 779.1.2ª LECrim) y deben remitirse las actuaciones al tribunal que sea competente para juzgar el delito leve, salvo que se trate del mismo. Debe notarse que en estos casos se habrán practicado ya algunas diligencias de investigación propias de la fase de instrucción.

> Debe tenerse en cuenta, además, que en estos supuestos se plantean riesgos para el derecho al juez no prevenido, dado que normalmente el juez de instrucción –que instruyó– será el competente para conocer del juicio por delitos leves: lo más razonable sería que, entonces, el juez de instrucción se abstuviera si hubiera llevado a cabo labores de investigación (art. 219.11ª LOPJ), pudiendo ser recusado de no hacerlo.

La regulación actual del juicio por delitos leves tiene su origen en la anterior regulación del juicio de faltas: tras la sustitución en 2015 de algunas de las faltas desaparecidas por delitos leves se recondujo su enjuiciamiento a los cauces del juicio de faltas, con algunas adaptaciones. Debe tenerse en cuenta, además, que el desaparecido juicio de faltas había sido objeto a su vez de una importante modificación a través de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, con la finalidad de agilizar su tramitación y, además, permitir en algunos supuestos la celebración «inmediata» de los juicios durante el servicio de guardia de las Secciones de Instrucción. La consecuencia es que, en el momento presente, existen varias «modalidades» de juicio por delitos leves, pues son varias las vías que pueden seguirse hasta llegar al acto del juicio oral.

2. COMPETENCIA

Dada la inexistencia de una fase de instrucción, es uno solo el órgano judicial que interviene durante la primera instancia del juicio por delitos leves.

Según ya se ha estudiado, la competencia objetiva para conocer de los juicios por delitos leves se encuentra repartida entre los jueces de las Secciones de Instrucción o Únicas del Tribunal de Instancia, los jueces de las Secciones de Violencia sobre la Mujer y los Jueces de las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia (art. 14 LECrim).

Los *jueces de Violencia sobre la Mujer* conocen de los delitos leves que les atribuya la ley, cuando la víctima sea alguna de las personas que determinen la existencia de un acto de violencia de género [enumeradas en el art. 14.5.a) LECrim].

Los *jueces de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia* conocen de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea menor de edad.

Los *jueces de Instrucción* conocen del resto de delitos leves.

Las sentencias de los jueces de Instrucción, de los jueces de Violencia sobre la Mujer y de los jueces de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia son recurribles en apelación ante la Audiencia Provincial (con la peculiaridad de que, para resolver los recursos de apelación, las secciones de la Audiencias Provinciales se integran con un solo magistrado).

3. PARTES

La presencia e intervención de determinados sujetos en el juicio por delitos leves es fuente de algunas especialidades.

Como regla general, hay que decir que en el juicio por delitos leves no es preceptiva la postulación: no es precisa, por tanto, la representación procesal del

procurador ni la asistencia de abogado. La excepción son los juicios por delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea de al menos seis meses, a los que se aplicarán las reglas generales de defensa y representación (art. 967.1 II LECrim).

> Son delitos leves las infracciones castigadas con pena leve (art. 13.3 CP) y es leve la pena de multa de uno a tres meses [art. 33.4 g) CP]. Esto, en principio, debería descartar la necesidad de abogado y procurador en los juicios por delito leve. Sin embargo, cuando la pena por su extensión pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará como leve (art. 13.4 CP). Esto es lo que sucede con aquellos delitos penados con multa de entre tres y seis meses (el límite inferior es pena leve, pero el máximo los supera; si ese máximo alcanza el umbral de los seis meses, opera la excepción del art. 967.1 II LECrim). Así ocurre, v.g., con el delito leve de usurpación del art. 245.2 CP.

3.1. Partes acusadoras

La participación de las partes acusadoras en el juicio por delitos leves puede ser distinta según que estos sean perseguibles de oficio o previa denuncia del ofendido.

1º. *Delitos leves perseguibles de oficio*: serán partes acusadoras el Ministerio Fiscal, el querellante (acusador particular) y/o el denunciante. La presencia e intervención del Ministerio Fiscal será en todo caso necesaria. En cuanto al sujeto ofendido o perjudicado por el delito leve, podrá adquirir la condición de parte acusadora presentando querella, pero también aunque se haya limitado a presentar una denuncia.

> Se trata, pues, de una excepción a la regla general, dado que en los procesos por delito la simple presentación de una denuncia no convierte en parte acusadora al denunciante.

2. *Delitos leves perseguibles previa denuncia del ofendido*: en este caso, también podrán ostentar la condición de parte acusadora el Ministerio Fiscal, el querellante y el denunciante. Sin embargo, el art. 969.2 LECrim permite que los fiscales, en atención al interés público, dejen de acudir al juicio: esto supone que, en buena medida, el proceso penal por delitos leves se «privatiza», dado que desaparece de él el acusador oficial y solo ejerce la acusación un sujeto particular.

Puede suceder así que el fiscal no intervenga en el juicio y que el denunciante no esté asistido de abogado, ni tenga tampoco conocimientos jurídicos: en tal caso, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena. El contenido del acto de acusación, por tanto, se reduce al mínimo: basta para entender que existe acusación con que el denunciante afirme en juicio los hechos denunciados; ahora bien, como no siempre es preceptiva la asistencia letrada, no puede esperarse de un particular que califique los hechos

denunciados, ni menos aún que pida una pena concreta. Y, si no lo hace el denunciante, ni está presente el fiscal, cabe deducir que será el propio juez quien lo haga, aunque sea a los solos efectos de dirigir u orientar el debate procesal. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional ha declarado que esta actividad del juez resulta conforme con las exigencias del principio acusatorio, pues a su juicio no le priva de imparcialidad –SSTC 56/1994 y 115/1994–.

3.2. El denunciado o querellado

Según se estudió en un momento anterior, como regla no es preceptiva la presencia del denunciado o querellado en el juicio por delitos leves para que este pueda desarrollarse.

En términos generales, por tanto, la ausencia del denunciado no provoca la suspensión del juicio, ni impide que se dicte sentencia, siempre que se den tres condiciones (art. 971 LECrim):

— Que el denunciado hubiera sido citado con las formalidades prescritas en la ley: esto es, que pueda presumirse que su inasistencia obedece a su voluntad, no al desconocimiento de la fecha de celebración del juicio.

— Que se trate de una ausencia injustificada: en caso contrario, el denunciado tendrá derecho a la suspensión y a que el juicio se celebre contando con su asistencia en un momento posterior.

— Que el juez, de oficio o a instancia de parte, no considere necesaria la declaración del denunciado: si la considera necesaria, se suspenderá el juicio hasta que comparezca.

Además, *si el denunciado reside fuera de la demarcación* del tribunal que va a conocer del juicio, no tiene la obligación de concurrir personalmente al acto del juicio y se le ofrecen dos alternativas (art. 970):

— Puede dirigir un escrito al tribunal alegando lo que estime conveniente en su defensa: no comparece para defenderse oralmente en el juicio, sino que se limita a remitir al tribunal un escrito para su defensa.

— Puede apoderar a un abogado o a un procurador para que comparezca al juicio y presente en él las alegaciones y las pruebas de descargo que tuviera.

4. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA

La adaptación del antiguo juicio de faltas para convertirlo en juicio por delitos leves ha sido aprovechada por el legislador para dar cabida en este ámbito al principio de oportunidad. En cualquiera de sus modalidades (que se analizarán seguidamente), los arts. 963.1 y 964.2 establecen que, una vez recibida la denuncia o el atestado policial, el juez competente habrá de acordar el

sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias 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; y

b) No exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

> A esta reparación, según se ha visto en la lección 15, puede haberse llegado tras un procedimiento restaurativo.

El juez, pues, está vinculado por la petición del Ministerio Fiscal, a quien corresponde, en consecuencia, velar por que el ejercicio de esta facultad no deje vacío de contenido el interés público en la persecución penal de los delitos leves. En particular, la previsión efectuada en relación con los delitos leves patrimoniales es una vía abierta para potenciar la mediación penal o, en todo caso, los mecanismos extrajudiciales que conduzcan a la reparación del daño.

5. PROCEDIMIENTO

Según se dijo antes, la esencia de todo juicio por delito leve pasa por la celebración de un acto oral o juicio, en el que se concentra la actividad de acusación, defensa y prueba. Sin embargo, son diversas las vías previstas para llegar a ese acto, que nos permiten distinguir varias modalidades de juicio: de un lado, existe un juicio especial y rápido; de otro, un juicio ordinario.

5.1. El juicio especial y rápido por delitos leves

La finalidad de este proceso especial es permitir la inmediata celebración del acto del juicio ante el juez de guardia o ante el juez de Violencia sobre la Mujer, sin necesidad de espera alguna.

Este juicio especial y rápido por delitos leves se ciñe a un *ámbito material* concreto: los delitos leves de lesiones o maltrato de obra, de hurto flagrante, de amenazas, de coacciones o de injurias.

Además, para que resulte procedente este cauce procedimental, es preciso que se den otros *requisitos adicionales*:

1º. Que el procedimiento se inicie en virtud de atestado policial, esto es, que la denuncia se haya presentado inicialmente ante la policía o que sea la policía la que haya presenciado el delito flagrante.

2º. Que el enjuiciamiento del delito le corresponda al juez de guardia o al juez de Violencia sobre la Mujer al que se deba entregar el atestado, o a otro de su mismo partido judicial.

En estos casos, la ley encomienda a la Policía Judicial la práctica de una serie de actuaciones tendentes a hacer posible el enjuiciamiento inmediato del hecho punible por el juez de guardia o el juez de Violencia sobre la Mujer (de hecho, esa es la razón de que se exija el comienzo del proceso por atestado). En concreto, en cuanto la policía reciba la denuncia o tenga noticia de la comisión de alguna de los delitos leves antes enumerados, además de las actividades que requiera la confección de su atestado, citará ante el juez de guardia o ante el juez de Violencia sobre la Mujer a la persona denunciada, al denunciante, a los ofendidos y perjudicados, y a los testigos; y además tendrá que advertirles de que será posible la celebración inmediata del juicio y, por tanto, de que habrán de comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse. Al denunciante y al ofendido o perjudicado se les informará de sus derechos. Y al denunciado se le informará sucintamente, pero por escrito, de los hechos en que consista la denuncia y del derecho que le asiste de comparecer asistido de abogado.

> En el momento de la citación se les solicitará que designen, si disponen de ellos, una dirección de correo electrónico y un número de teléfono a los que serán remitidas las comunicaciones y notificaciones que deban realizarse. Si no los pudieran facilitar o lo solicitaren expresamente, las notificaciones les serán remitidas por correo ordinario al domicilio que designen.

Estas citaciones se harán coordinadamente con el servicio de guardia del Tribunal de Instancia o con la Sección de Violencia sobre la Mujer: en concreto, estos servicios facilitarán a las autoridades policiales un calendario indicando cuál es el juez que se encontrará cada día de guardia y cuáles son las franjas horarias en que el juez de guardia o el juez de Violencia sobre la Mujer se hallarán disponibles para recibir los atestados policiales y a las personas a las que se haya citado.

El atestado se presentará ante el juez de guardia o ante el juez de Violencia sobre la Mujer y, si resulta procedente y el fiscal no solicita el archivo de las actuaciones, se decretará la incoación del juicio por delitos leves. A partir de aquí, caben dos posibilidades, que el juicio se celebre de forma inmediata o no.

1º. *Celebración inmediata* (art. 963 LECrim)

El juez de guardia o el juez de Violencia sobre la Mujer, al recibir el atestado, decretarán la celebración inmediata del juicio si se dan ciertos requisitos:

— Han comparecido todas las personas citadas, o no es necesaria la presencia de las que falten.

— No es imposible la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible.

— El asunto le corresponde al juez de guardia o al juez de Violencia sobre la Mujer en virtud de las normas de competencia y de reparto.

Si es así, se celebrará de inmediato el juicio, conforme a lo dispuesto en el art. 969 LECrim.

2º. *Celebración no inmediata* (art. 965.1 LECrim)

En los casos en que no se den los requisitos anteriores, el juicio no se celebrará de inmediato. El desarrollo ulterior es diferente en función de cuál haya sido el motivo por el que no pudo tener lugar la celebración inmediata:

Primera posibilidad. El atestado se presentó a un juez de guardia o un juez de Violencia sobre la Mujer, pero la competencia le corresponde a otro juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer: por este motivo no cabe la celebración del juicio de manera inmediata. En este caso, el letrado de la A. de J. del tribunal que recibió el atestado tendrá que remitir las actuaciones al juez competente, para que este proceda a realizar el señalamiento y las citaciones del juicio (de modo que este se celebre en un plazo máximo de siete días).

Segunda posibilidad. El atestado se presentó ante el juez competente para conocer del juicio por delito leve, pero no fue posible su celebración inmediata por algún otro motivo (ausencia de algún sujeto necesario, no se puede practicar alguna prueba). En tal caso, el letrado de la A. de J. tendrá que hacer el señalamiento y las citaciones para dentro de un plazo máximo de siete días: se celebrará entonces el juicio.

5.2. El juicio ordinario por delitos leves

Se han de aplicar las normas generales del juicio ordinario por delitos leves cuando no proceda aplicar las del juicio especial y rápido, esto es:

— Si no se trata de alguno de los delitos leves especialmente contemplados en el art. 962.1 LECrim.

— Si se trata de alguna de dichas conductas, pero no se dan los requisitos del juicio especial por delitos leves: no comienza en virtud de atestado policial o el atestado no se presenta ante el juez del partido judicial competente. En consecuencia, siempre se tramitará el juicio ordinario cuando el proceso se incoe en virtud de querella o de denuncia presentada directamente ante el tribunal.

En estos casos, el juez de guardia –o el juez de Violencia sobre la Mujer, en su ámbito– recibirán el atestado o la denuncia y ordenarán, si es procedente, la incoación del juicio, a no ser que el Ministerio Fiscal haya solicitado el archivo en ejercicio del principio de oportunidad. A partir de aquí el proceso podrá tomar un doble curso, pues cabe que se decrete la celebración inmediata del juicio.

> En el caso de que se haya interpuesto querella, no la recibirá el juez de guardia, sino el juez de instrucción o juez de Violencia sobre la Mujer a quien corresponda por turno de reparto. Pero, una vez recibida la querella por el juez correspondiente, se abren las mismas posibilidades.

1º. *Celebración inmediata* (art. 964 LECrim)

El juez podrá decretar que el juicio se celebre de manera inmediata si se dan una serie de requisitos:

— Está identificado el denunciado.

— Resulta posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia.

— Han comparecido todas las personas citadas o no es necesaria la presencia de las que hayan faltado.

— No es imposible la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible.

— El asunto le corresponde al juez de guardia en virtud de las normas de competencia y reparto.

> Como se puede apreciar, es bastante difícil que lleguen a darse estas circunstancias y todo depende, en gran medida, del grado de voluntad del juez de guardia. Pero, al menos, la ley sí que ofrece la posibilidad de hacerlo.

2º. *Celebración no inmediata* (art. 965 LECrim)

Si no concurre alguno de los requisitos anteriores, el juicio no se celebrará de manera inmediata. En tal caso, hay que distinguir diversas posibilidades, en función de cuál haya sido el motivo que impidiera la celebración inmediata del juicio:

Primera posibilidad. El atestado, denuncia o querella se presentó ante el juez competente para conocer del juicio por delitos leves, pero no fue posible su celebración inmediata. En tal caso, el letrado de la A. de J. tendrá que hacer el señalamiento y las citaciones para dentro de un plazo máximo de siete días.

Segunda posibilidad. El atestado, denuncia o querella se presentó ante un juez, pero la competencia le corresponde a otro. Entonces el letrado de la A. de J. le remitirá a dicho juez las actuaciones para que señale fecha para el juicio y efectúe las citaciones oportunas (el juicio habrá de celebrarse en un plazo máximo de siete días).

5.3. El acto del juicio; sentencia y recursos

Su regulación se contiene en el art. 969 LECrim y su desarrollo será siempre el mismo, con independencia de que su celebración se haya señalado de forma inmediata o de que, por el contrario, haya sido preciso el transcurso de un cierto lapso de tiempo.

La celebración del juicio presupone la previa citación de las partes –incluido el Ministerio Fiscal–, de los testigos y de los peritos. A las partes siempre se las citará con la advertencia de que han de asistir al acto del juicio provistas de las pruebas de las que pretendan valerse: dado que no existe una fase

de instrucción, es a las partes a quienes compete la búsqueda y aportación al juicio de las pruebas en que vayan a sustentar sus pretensiones.

Comenzado el juicio, se leerán en primer término la denuncia o querella, se examinará a los testigos y se practicarán las demás pruebas que hayan propuesto las partes acusadoras, siempre que hayan sido admitidas por el juez.

Seguidamente se oirá al acusado, se examinarán los testigos que presente en su descargo y se practicarán las demás pruebas que proponga y se admitan.

Como puede apreciarse, respecto a las pruebas coinciden en el mismo acto la proposición, la admisión y la práctica probatoria: el peligro, por tanto, radica en que la parte debe comparecer en el juicio con todas las pruebas de las que intente valerse; de manera que si hay algunas que no puede conseguir, lo que tiene que hacer es solicitar el auxilio del juez durante el periodo previo a la celebración del juicio (*v.g.*, para practicar pericias o para lograr la comparecencia de testigos renuentes).

En último término, expondrán de palabra las partes lo que crean conveniente, por su orden.

En caso de que, por motivo justo, no pueda celebrarse el juicio oral en el día señalado, o no pueda concluirse en un solo acto, el letrado de la A. de J. señalará para su celebración o continuación el día más inmediato posible y, en todo caso, dentro de los siete siguientes, haciéndolo saber a los interesados (art. 968).

El acto del juicio se grabará en soporte apto para la reproducción de la imagen y del sonido; además, si el letrado de la A. de J. dispone de firma electrónica reconocida, no será necesario levantar acta escrita y ni siquiera será precisa la presencia del letrado de la A. de J. en el acto; de no ser así, el letrado de la A. de J. habrá de levantar acta, que será sucinta si la vista se graba y que será detallada en caso de que no pueda grabarse.

Finalizado el juicio, el juez dictará sentencia en el acto o en plazo de tres días (art. 973.1). Esta sentencia habrá de notificarse a los ofendidos y perjudicados por el delito leve, aunque no se hayan constituido en parte en el proceso (art. 973.2).

Frente a la sentencia cabrá recurso de apelación en un plazo de cinco días, a contar desde su notificación; el recurso de apelación se tramitará conforme a las reglas generales. Para conocer del recurso de apelación la Audiencia Provincial se constituirá con un solo Magistrado, en vez de los tres habituales (art. 82.2 LOPJ). Frente a la sentencia resolviendo el recurso de apelación no cabrá ulterior recurso (art. 977 LECrim, Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS de 9 de junio de 2016).

LECCIÓN 20

EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS

1. El «sistema» de juicios rápidos. — 2. Ámbito de aplicación del procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. — 3. Las actuaciones de la Policía Judicial. — 4. El comienzo del proceso y la instrucción concentrada en la guardia. — 5. Preparación del juicio oral. — 6. La conformidad en la guardia. — 7. Juicio oral, sentencia y apelación. — 8. Especialidades en los casos de violencia de género.

1. EL «SISTEMA» DE JUICIOS RÁPIDOS

El «procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos», regulado en el Título III del Libro IV de la LECrim (arts. 795 a 803), es un procedimiento especial introducido en 2002 que pretende ofrecer una respuesta más eficaz a la persecución de cierto tipo de delitos, los que integran la denominada «delincuencia menor» o «criminalidad de bagatela»: delitos de escasa entidad penal pero de muy frecuente comisión, cuya defectuosa y lenta persecución por la autoridad pública genera cierta inseguridad en la ciudadanía ante la reiteración delictiva, así como una sensación de impunidad.

A tal fin, el procedimiento está diseñado para acelerar de forma drástica la duración del proceso penal: por eso se suele hablar de «juicios rápidos». Una observación de la realidad de nuestros tribunales pone de manifiesto cómo la demora de los procesos penales obedece, sobre todo, a dos causas bien concretas:

— De un lado, la excesiva duración que tiene la fase de instrucción en los procesos por delito.

— De otro, el largo lapso de tiempo que media entre el momento en que se decreta la apertura del juicio oral y el momento en que se celebran después sus sesiones.

El sistema de juicios rápidos busca poner fin a ambos escollos, sobre la base de los cuatro siguientes puntos clave:

1º. *La restricción de su ámbito a los delitos cuya instrucción será sencilla*

Solo podrán tramitarse por estos cauces los procesos cuyo objeto lo integre un delito cuya investigación presumiblemente sea sencilla (normalmente delitos flagrantes), pues solo entonces es razonable aspirar a reducir drásticamente la duración de la fase de instrucción. Tratándose de hechos cuya investigación esté revestida de complejidades, sería absurdo fingir que se podrá acortar aquello que de por sí va a necesitar una buena dosis de tiempo.

2º. *La concentración de la instrucción durante el servicio de guardia*

Cuando el delito es flagrante, las diligencias de instrucción que deban practicarse serán pocas y sencillas; siendo así las cosas, sería un error permitir su «dispersión» en el tiempo, pues de ello se deriva dilación. Por eso, una de las claves del sistema consiste en obligar a practicar las diligencias de investigación de forma concentrada en el tiempo, en un plazo reducido, que queda enmarcado por la duración del servicio de guardia.

3º. *La labor preparatoria de la Policía Judicial*

Para que resulte posible que la instrucción se efectúe de manera concentrada durante la guardia es imprescindible que, con carácter previo, la Policía Judicial haya llevado a cabo una labor preparatoria, que coloque a disposición del juez de guardia a las personas y a las fuentes de investigación que le vayan a resultar precisas.

4º. *La coordinación entre el juez de guardia y el juez de lo Penal para efectuar los señalamientos de los juicios orales*

Una rápida conclusión de la instrucción sería insuficiente si, después, se demorara en exceso la eventual celebración del juicio oral. Para evitar este resultado, la reforma se apoya en lo que se puede denominar un sistema de «agenda común» para efectuar los señalamientos a juicio oral: el juez de instrucción en servicio de guardia dispondrá –en sentido figurado, se entiende– de la agenda de la Sección de lo Penal del Tribunal de Instancia competente para conocer del juicio oral, de modo que será el propio letrado de la A. de J. que actúe en la fase de instrucción el que, una vez se haya decretado la apertura del juicio oral, efectúe el señalamiento para la celebración del juicio oral ante el juez de lo Penal a quien corresponda y el que, asimismo, cite a las partes, a los testigos y a los peritos para que comparezcan en el día señalado ante ese juez de lo Penal para la celebración del juicio. Estos señalamientos habrán de hacerse para dentro de los quince días siguientes a aquel en que se decreta la apertura del juicio oral.

A través de los instrumentos descritos se puede poner fin a las dos causas de dilación de los procesos penales antes enunciadas: los instrumentos 1º, 2º y 3º permiten una drástica reducción en la duración de las instrucciones; el instrumento 4º abrevia, por su parte, los plazos que median entre la apertura y la celebración del juicio oral.

Ahora bien, un extremo ha de quedar siempre claro: el acto del juicio oral, en sí, no se abrevia, ni se obliga a que se desarrolle de forma más rápida, pues semejante medida podría resultar lesiva del derecho de defensa. Lo que se logra, a través del sistema de juicios rápidos, es que se llegue con mayor rapidez o brevedad al momento de celebración del juicio oral, que constituye la esencia del proceso penal.

Sentadas las líneas maestras del sistema, es preciso analizarlo con más detenimiento.

La primera idea que debe retenerse es la de que el legislador ha querido construir un procedimiento especial para la sustanciación de los juicios rápidos, que resulte visiblemente autónomo respecto de los demás procesos por delito que regula nuestro ordenamiento y que condense todas las normas precisas para el funcionamiento del sistema de juicios rápidos. A este procedimiento le resultarán de aplicación supletoria, eso sí, las normas reguladoras del procedimiento abreviado.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS

El procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos tiene un ámbito de aplicación reducido, que delimita el art. 795 exigiendo la concurrencia de una serie de requisitos:

1º. Límite penológico: solo procederá para la instrucción y enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, o de multa, cualquiera que sea su cuantía. De este modo, se ha vinculado el juicio rápido con el ámbito de competencia objetiva de los jueces de lo Penal −si se prefiere, de las Secciones de lo Penal de los Tribunales de Instancia.

> No se ha querido, por tanto, que se celebren juicios rápidos en las Audiencias Provinciales, posiblemente por el temor de que el proceso avance «demasiado» deprisa cuando las consecuencias penales pueden ser especialmente gravosas.

2º. Que el proceso penal se haya incoado en virtud de atestado policial. Solo entonces se dan las condiciones de partida que harán posible la concentración de la instrucción en la guardia, porque solo en este caso habrá sido posible la preparación policial de esa instrucción.

3º. Que el investigado esté a disposición del juez de guardia, sea porque la Policía Judicial lo ha detenido o porque, sin haberlo detenido, lo ha citado para comparecer ante el juez de guardia en calidad de denunciado en el atestado policial.

> Puede suceder que la Policía Judicial tenga conocimiento de un hecho que encaje en el ámbito de aplicación de los juicios rápidos, pero no haya detenido ni localizado aún al presunto responsable, a pesar de ser previsible su rápida identificación y localización: en tal caso, en vez de entregar el atestado sin más a la autoridad judicial, esperará a poder detener o citar al presunto responsable, hecho lo cual cerrará el atestado y lo remitirá. Esta espera no podrá exceder de cinco días (art. 796.4).

4º. Que concurra cualquiera de las tres circunstancias siguientes:

a) Que el delito sea flagrante (art. 795.1.1ª). A estos efectos, se considerará flagrante el delito que se estuviese cometiendo o se acabara de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Y se entiende sorprendido en el acto:

— El delincuente que fuese detenido en el momento de cometer el delito.

— El delincuente detenido o perseguido inmediatamente después de cometer el delito, si la persecución durara o no se suspendiera mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que lo persigan.

— El delincuente al que se sorprenda inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

b) Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla, aunque no sea flagrante (art. 795.1.3ª).

c) Con independencia de lo anterior, que se trate de alguno de los delitos enunciados en el art. 795.1.2ª:

— Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el art. 173.2 CP («violencia doméstica»).

— Delitos de hurto, de robo y de hurto y robo de uso de vehículos.

— Delitos contra la seguridad del tráfico.

— Delitos de daños referidos en el art. 263 CP.

— Delitos contra la salud pública previstos en el art. 368 II CP.

— Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270, 273, 274 y 275 CP.

– Delitos de allanamiento de morada del art. 202 CP.

– Delitos de usurpación del art. 245 CP.

El legislador ha querido que este tipo de delitos, que son aquellos cuya persecución tardía más negativamente afecta a la conciencia social, se intenten enjuiciar de la forma más rápida posible. Ahora bien, como se verá en breve, esto solo será posible si estos delitos son flagrantes o de instrucción sencilla –lo cual, *v.g.*, no siempre sucede con los de violencia doméstica–.

El procedimiento especial, por el contrario, no es aplicable cuando el delito en el que concurran las condiciones anteriores sea conexo con otro en que dichas condiciones no estén presentes: en tal caso, si ambos se han de enjuiciar conjuntamente, será por los cauces del procedimiento abreviado u ordinario.

Y tampoco habrá juicio rápido en los casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones o secreto de sumario: se trata de una previsión tan lógica como innecesaria, puesto que el secreto de las actuaciones instructoras solo tiene sentido justamente cuando la instrucción se presume larga y compleja.

3. LAS ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL

El art. 796 regula las actuaciones que ha de llevar a cabo la Policía Judicial en cuanto tenga conocimiento de la comisión de algún hecho punible en que concurran los requisitos antes mencionados. Como es bien sabido, el proceso penal, en sentido propio, solo comienza cuando el juez de instrucción dicta un auto de incoación. Por eso, las diligencias que lleva a cabo la Policía Judicial tienen carácter preprocesal; ahora bien, son indispensables para que se pueda preparar adecuadamente el proceso y pueda celebrarse con éxito el juicio rápido.

Lo anterior parte, a su vez, de una premisa evidente: a la Policía Judicial le corresponde efectuar una calificación inicial de los hechos para decidir si entran o no dentro del ámbito de aplicación de los juicios rápidos. En consecuencia, ha de asumirse que el origen de un juicio rápido se encuentra siempre en una decisión policial, lo que puede ser fuente de dos posibles disfunciones:

1ª. Que la policía considere que debe haber juicio rápido, cuando realmente este cauce procedimental no sea el procedente: será entonces el juez de guardia el que, en cuanto reciba el atestado, lo pondrá de manifiesto y dará comienzo al procedimiento abreviado.

2ª. Que la policía no considere que debe haber juicio rápido, a pesar de que sea procedente: entonces, será bastante difícil que pueda celebrarse el juicio rápido, dado que la policía no habrá llevado a cabo las actuaciones preparatorias que son imprescindibles para que tenga lugar la instrucción concentrada en la guardia.

Las concretas actuaciones que debe llevar a cabo la Policía Judicial, y que sirven para preparar la instrucción concentrada en la guardia, responden básicamente a dos categorías:

— Citación ante el juez de guardia de las personas cuya declaración será necesaria en la instrucción concentrada.

— Elaboración y preparación de informes periciales.

a) La Policía Judicial habrá de *citar ante el juez de guardia* a las siguientes personas:

— A la persona que resulte denunciada en el atestado policial pero no detenida (se le informará, además, de su derecho a comparecer asistido de abogado; y, dado el caso, se recabará del Colegio de Abogados el nombramiento de uno de oficio).

Cuando el investigado esté detenido la policía no lo cita para que comparezca ante el juez de guardia, sino que directamente procede a ponerlo a disposición del juez al mismo tiempo que le entrega el atestado.

— A los testigos.

No obstante, no se citará como testigos a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que hubieran intervenido en el atestado, cuando su declaración conste en él (para evitar la «pérdida de tiempo» que ello les acarrea).

— A los ofendidos y perjudicados por el delito.

— A las compañías aseguradoras que puedan ostentar la condición de responsable civil directo.

Para la realización de las citaciones, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el servicio de guardia del Tribunal de Instancia: a tal fin, de forma periódica, los órganos judiciales remitirán a las unidades de Policía Judicial un calendario con los días en que cada juez se hallará de guardia y con la franja horaria, dentro de cada día, en que se pueden efectuar las mencionadas citaciones (también se puede utilizar un programa informático al efecto, que contenga la «Agenda Programada de Citaciones»).

b) En cuanto a la *elaboración y preparación de informes periciales*, la Policía Judicial podrá hacer lo siguiente:

— Pedir al facultativo copia del informe relativo a la asistencia prestada al ofendido, para unirlo al atestado.

— Remitir las sustancias aprehendidas al Instituto de Toxicología, al de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente para que las analicen y, a su vez, las remitan al juez de guardia antes del día y hora en que se hayan efectuado las citaciones a las partes y demás sujetos. Si no es posible la remisión del análisis en dicho plazo, la propia Policía podrá practicar dicho análisis por sí misma.

— La práctica de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial. También se sujetarán a ella las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores; en todo serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica. Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas. Cuando se practicaren estas pruebas, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al juez

de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.

— Si resulta precisa la tasación de algún bien, la regla general ha de ser la remisión de las cosas que deban ser tasadas al juez de guardia, para que se tasen allí. En caso de no ser posible dicha remisión, la policía solicitará la presencia inmediata del perito en sus dependencias para que lo examine o emita informe pericial (el perito también podrá prestar oralmente su informe ante el juez de guardia).

Todas estas actuaciones han de llevarse a cabo por la Policía Judicial en el plazo «imprescindible» para elaborar el atestado; ahora bien, si el investigado está detenido, habrán de efectuarse inexcusablemente durante el tiempo de la detención.

4. EL COMIENZO DEL PROCESO Y LA «INSTRUCCIÓN CONCENTRADA» EN LA GUARDIA

La Policía Judicial, según se ha visto, realiza labores de preparación del juicio rápido. Una vez las haya concluido, remitirá su atestado al juez de guardia, acompañado de los objetos, instrumentos y pruebas que haya, poniendo a disposición judicial al detenido, si lo hubiera, y dando cuenta asimismo de las citaciones efectuadas.

El juez de guardia, en cuanto reciba el atestado policial, deberá decidir si procede la incoación del procedimiento especial: en caso afirmativo dictará auto incoando «diligencias urgentes», que será irrecurrible. Con la expresión «diligencias urgentes» la ley se refiere a la fase de instrucción del procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos –que también se denomina «instrucción concentrada en la guardia»–.

Lo más relevante, en términos generales, es la necesidad de llevar a cabo las diligencias propias de la instrucción dentro de un plazo tasado legalmente, pues solo así se puede obtener la concentración. Estas diligencias, asimismo, habrán de practicarse con la participación activa del Ministerio Fiscal.

a) *Las diligencias de investigación*

Las concretas diligencias de investigación que pueden practicarse con carácter urgente son las enumeradas en el art. 797.1 LECrim:

1. Recabar por el medio más rápido los antecedentes penales del investigado.

2. Recabar los informes periciales solicitados por la Policía Judicial, si aún no los hubiera recibido.

3. Ordenar que el médico forense examine a las personas que hayan comparecido, si resulta pertinente y proporcionado.

4. Tomar declaración al detenido o al investigado que, sin haber sido detenido, hubiera comparecido por haber sido citado por la Policía Judicial.

Si el investigado no hubiera comparecido, el juez podrá acordar su inmediata detención (art. 487).

5. Tomar declaración a los testigos citados por la Policía que hayan comparecido.

Si no comparece algún testigo, el juez podrá ordenar que sea traído por los agentes de la autoridad y podrán operarse el resto de sanciones que prevé el art. 420 LECrim.

6. Informar de sus derechos a los ofendidos y perjudicados por el delito.

7. Practicar el reconocimiento en rueda del investigado, si resulta pertinente.

8. Ordenar los careos que considere necesarios.

9. Ordenar la citación de las personas que el juez estime necesario que comparezcan ante él para declarar (pero no podrá citarse a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad cuya declaración figure en el atestado, salvo que excepcionalmente lo considere imprescindible).

10. Ordenar la práctica de cualquier otra diligencia pertinente que pueda llevarse a cabo en el acto o, en todo caso, dentro del plazo máximo establecido para efectuar las diligencias urgentes.

11. Además, también podrá acordar lo necesario para la preconstitución de pruebas (art. 797.2): 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 guardia la practicará de forma inmediata, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Esta diligencia se documentará en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y el sonido, o por medio de acta autorizada por el letrado de la A. de J. Podrá ser valorada como prueba si la parte a quien interese solicita en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal del acta.

Esta medida será especialmente útil, *v.g.*, cuando se trate de robos o hurtos cometidos contra turistas, que regresarán a su país de origen y difícilmente regresarán para declarar en el juicio oral.

Durante la práctica de las diligencias urgentes el investigado tiene derecho a estar asistido de un abogado; al igual que sucede en el procedimiento abreviado, el abogado estará también habilitado para representar a su defendido en todas las actuaciones que se practiquen ante el juez de guardia (cumple, pues, el papel del procurador). En garantía del derecho de defensa, el juez, una vez incoadas las diligencias urgentes, dispondrá que al abogado se le entregue una copia del atestado policial y de cuantas actuaciones se hayan realizado o se realicen por el juez de guardia o ante él.

b) *La decisión del juez de guardia acerca de la suficiencia de las diligencias urgentes practicadas para dar por concluida la instrucción*

Practicadas las diligencias que, en cada caso, resulten procedentes, el juez de guardia habrá de decidir acerca de la suficiencia de las diligencias urgentes practicadas para dar por cerrada la instrucción. En caso de que el juez las considere suficientes, el proceso seguirá adelante por los cauces del juicio rápido. En cambio, si la respuesta es negativa, habrá que abandonar este cauce procedimental para que prosiga la instrucción.

Esta decisión se ha de tomar dentro del plazo legalmente fijado para efectuar las diligencias urgentes, y tras oír a las partes y al Ministerio Fiscal; es preciso, por tanto, que tenga lugar una comparecencia del juez de guardia con las partes y con el Ministerio Fiscal para decidir acerca del curso del procedimiento (art. 798); sin embargo, el juez habrá de decidir conforme a su propio criterio, sin hallarse vinculado por lo que las partes le soliciten.

— Si el juez de guardia considera suficientes las diligencias practicadas para dar por concluida la instrucción, dictará un auto oral irrecurrible, por el que mandará pasar a la fase de preparación del juicio oral (= fase intermedia).

— Si, por el contrario, considera que las diligencias practicadas durante el servicio de guardia son insuficientes para dar por concluida la instrucción, entonces ordenará la conversión del juicio rápido en diligencias previas del procedimiento abreviado, para seguir con la fase de instrucción. Como se puede apreciar, se trata de una resolución que permite el «escape» del juicio rápido: y, para evitar que ese «escape» o «huida» se conviertan en habituales, se obliga al juez de guardia a señalar cuáles son las diligencias que deban practicarse o las circunstancias que hacen imposible dar por cerrada la instrucción.

— Puede suceder también que el juez considere que el hecho no es punible, en cuyo caso decretará el sobreseimiento libre; o que el detenido sea menor, en cuyo caso remitirá las actuaciones al juez de Menores; o que el hecho enjuiciado sea un delito leve: en tal caso, procederá a su enjuiciamiento inmediato.

c) *El plazo para llevar a cabo la instrucción concentrada*

El plazo para practicar y cerrar las diligencias urgentes se establece en la ley de forma peculiar (art. 799). En principio, todas las actuaciones habrán de efectuarse durante el servicio de guardia del juez de instrucción. Ahora bien, esta regla puede presentar singularidades en función del modo en que esté organizado el servicio de guardia en cada partido judicial.

— Hay partidos judiciales en los que el servicio de guardia, para cada juez, tiene una duración de 24 horas: en estos partidos se aplica con normalidad la regla de que las diligencias urgentes se practiquen durante el servicio de guardia.

— Hay partidos judiciales en los que, al haber un único juez de instrucción, el servicio de guardia es permanente: también en ellos se aplica con normalidad la regla, lo que en la práctica supone que no existe límite temporal alguno.

— Finalmente, existen partidos judiciales (la gran mayoría) en los que la guardia no es permanente pero tiene una duración superior a 24 horas: en estos partidos, la norma se aplica con una salvedad: si el atestado se recibe dentro de las 48 horas anteriores a la finalización de la guardia, el plazo podrá prorrogarse por 72 horas más, pero el asunto seguirá en manos del juez que estaba de guardia cuando entró y que ha dejado de estarlo.

d) *Posible petición de medidas cautelares*

A pesar de la rapidez con que se desenvuelven las actuaciones durante esta fase del proceso, no puede descartarse que se plantee la adopción de *medidas cautelares personales*. Según ya se ha explicado, para poder adoptar la prisión provisional o la libertad provisional con fianza es precisa la celebración de una comparecencia (la «vistilla»); pues bien, en caso de que dicha comparecencia no se hubiera celebrado antes, lo que dispone la ley es que la comparecencia en que se ha de oír a las partes acerca de la suficiencia o no de las diligencias urgentes para dar por concluida la instrucción sirva también como «vistilla», en la que el Ministerio Fiscal y, en su caso, los demás acusadores puedan solicitar la adopción de dichas medidas cautelares.

5. PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

La fase intermedia o de preparación del juicio oral se sustancia también ante el juez de guardia y, además, se hace en unidad de acto con la comparecencia para decidir sobre la suficiencia de las diligencias urgentes: en el mismo acto, si el juez de guardia decretó la continuación del proceso por los cauces del juicio rápido, ha de requerir al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

a) *Decisión acerca de la procedencia del sobreseimiento o de la apertura del juicio oral*

Una vez el juez las haya requerido, las partes formularán oralmente en el acto sus peticiones (sobreseimiento o apertura del juicio oral). El juez habrá de decidir conforme a las reglas generales, esto es, estará vinculado por las pretensiones de las partes, no pudiendo abrir el juicio oral si ninguna se lo solicita. Si el juez de guardia decreta la apertura del juicio oral, lo hará mediante auto oral irrecurrible.

Ha de notarse lo siguiente: en el marco de los juicios rápidos, el encausado no está facultado para recurrir ni el auto por el que se dan por concluidas las

diligencias urgentes ni el auto de apertura del juicio oral: se ve, por tanto, ubicado en el juicio oral sin posibilidad alguna de solicitar el control o supervisión del superior jerárquico del juez de guardia. Se trata, sin duda, de una merma de derechos procesales, pero resulta indispensable para obtener la necesaria aceleración del proceso.

b) *Formulación de las pretensiones de las partes*

Si el juez de guardia acuerda la apertura del juicio oral, requerirá a las partes para que formulen las pretensiones que cada una habrá de sostener en el juicio oral. El tratamiento en este punto es diverso en función de que solo actúe como acusador el Ministerio Fiscal o de que también esté personado un acusador particular.

1º. Solo acusa el Ministerio Fiscal. En este caso, el Ministerio Fiscal en el mismo acto –esto es, en el marco de la comparecencia que se abrió para decidir sobre la suficiencia de las diligencias urgentes, y que aún no ha concluido– ha de presentar su escrito de acusación o bien formularla oralmente. El acusado puede conformarse entonces con la acusación –esta posibilidad la estudiamos de forma separada en un epígrafe ulterior–. Si no se conforma, presentará de inmediato escrito de defensa o la formulará oralmente; también puede pedir que se le conceda un plazo para preparar y presentar el escrito de defensa, que no será superior a cinco días. En ese caso, el escrito tendrá que presentarlo directamente ante el tribunal competente para enjuiciar.

2º. También está personado en la causa un acusador particular, que pidió la apertura del juicio oral: entonces, en el acto, el juez de guardia se limitará a emplazar al Ministerio Fiscal y al acusador para que presenten sus escritos de acusación ante el juez de guardia en plazo no superior a dos días. Recibidos los escritos, se exigirá a la defensa que presente inmediatamente su escrito o lo haga oralmente o bien, si lo pide, se le concederá plazo de no más de cinco días –en este último caso, el escrito de defensa lo presentará ante el juez competente para el enjuiciamiento–.

c) *El señalamiento para el juicio oral*

Con independencia de los sujetos que se hayan personado en la causa, una vez que la defensa presente en el acto su escrito de defensa, o bien la formule de palabra también en el acto, o bien en cuanto se le haya concedido el plazo para hacerlo por escrito, el letrado de la A. de J. del servicio de guardia tendrá que señalar fecha para la celebración del juicio oral, en fecha próxima y en todo caso dentro de los quince días siguientes.

El señalamiento lo hará el letrado de la A. de J. del servicio de guardia directamente sobre la agenda de la Sección de lo Penal, en los días y horas predeterminados a tal fin, conforme a un sistema de «agenda común» o «agenda compartida» –legalmente denominada «Agenda Programada de Señalamientos».

d) *Citaciones a testigos y peritos*

El señalamiento para la celebración del juicio es la última actuación que se lleva a cabo en la guardia, en presencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Ahora bien, además de a estos sujetos, el letrado de la A. de J. del servicio de guardia tendrá que practicar las citaciones a testigos y/o peritos para que acudan al juicio, esto es, a los sujetos de la prueba que deban declarar en el juicio oral a instancia de las partes.

Es cierto que la decisión sobre admisibilidad o no de la prueba corresponde al juez de lo Penal, que habrá de hacerla, según las reglas generales, una vez haya recibido las actuaciones del juez de guardia. Pero, para ahorrar tiempo, se permite que el Ministerio Fiscal y las partes le soliciten al juez de guardia que efectúe directamente esas citaciones, sin perjuicio de que después el juez de lo Penal considere inadmisible la declaración de alguna de las personas citadas (o de varias, o de todas).

e) *El problema de la preclusión del plazo para formular acusación*

Según ya se ha visto, el Ministerio Fiscal dispone de plazos diversos para formular su acusación (sea oralmente o por escrito) en función de que actúe en solitario o junto con la acusación particular. Si acusa en solitario, habrá de hacerlo en el acto, durante la comparecencia ante el juez de guardia. Si también interviene un acusador particular, entonces habrá de hacerlo por escrito en un plazo de dos días. Pues bien, en caso de que no formule su acusación dentro del plazo señalado, se prevén ciertas consecuencias (art. 800.5):

1º. El juez de guardia, podrá comunicar el hecho a los potenciales acusadores particulares no personados («salir en busca de acusador») y, en todo caso, habrá de requerir al superior jerárquico del fiscal para que sea él quien presente el escrito que proceda en dos días.

2º. Si el superior jerárquico requerido no lo hiciera, se entenderá que renuncia a la acusación y que considera procedente el sobreseimiento libre: en consecuencia, si el fiscal fuese el único acusador personado, el juez de guardia estaría obligado a sobreseer la causa (y será un sobreseimiento libre, con efectos de cosa juzgada).

6. LA CONFORMIDAD EN LA GUARDIA

Una de las más importantes –y polémicas– singularidades del sistema de juicios rápidos consiste en la posibilidad de que se dicten sentencias de conformidad en la guardia, esto es, que el encausado pueda manifestar ante el juez de guardia su conformidad con la acusación y que sea el propio juez de guardia (un juez de instrucción) el que dicte sentencia que acoja dicha conformidad.

Hay que tener en cuenta que el juez de instrucción, en servicio de guardia, no es competente para el enjuiciamiento. Y, según se estudió ya, la conformidad es un acto personalísimo del acusado que, en principio, ha de prestarse o ratificarse ante el tribunal competente para la fase de juicio oral. Lo dispuesto en el art. 801 LECrim supone, por ello, una excepción a esta regla general.

Podría pensarse, además, que permitir al juez de guardia dictar sentencias de conformidad conculca la regla según la cual «el que instruye no puede juzgar» y, en consecuencia, es contrario a la garantía de la imparcialidad judicial. Sin embargo, no es una apreciación cierta: lo que verdaderamente resulta incompatible con una previa labor de instrucción –como la que ha efectuado el juez de guardia en fase de diligencias urgentes– es proceder después a un enjuiciamiento sobre los hechos; y esto último –enjuiciar los hechos, valorando pruebas– es precisamente lo único que no hace el juez que dicta una sentencia de conformidad, pues en este caso la sentencia se funda sobre el relato de hechos libremente aceptado por las partes y no sobre la íntima convicción del juez tras la valoración de la prueba.

El legislador ha mostrado un interés especial en que la posibilidad de manifestar la conformidad en la guardia obtenga un importante grado de implantación en la práctica. Y, para lograrlo, ha introducido una importante especialidad, la rebaja de la pena al acusado que se conforma en este momento: se le reducirá en un tercio la duración de la pena con la que se conforme. Se trata, sin duda, de una forma muy eficaz de hacer «atractiva» esta conformidad –de lo contrario, ningún abogado aconsejaría a su cliente conformarse con tanta precipitación, sino que recomendaría esperar al comienzo del juicio oral, momento en el que también podrá hacerlo–.

No obstante, para evitar un abuso y consecuencias excesivamente desvirtuadoras del sistema de penas, se exige un límite: solo será posible la conformidad en la guardia –con rebaja de pena– si se trata de delitos castigados con pena de hasta tres años de prisión, o multa, o pena de otra naturaleza cuya duración no exceda de diez años.

> En cambio, si se trata de una pena de multa, no se aplicará la rebaja de un tercio a la cuantía de la cuota diaria de la multa (STS 315/2021, de 15 de abril).

Además, hay que tener en cuenta que existen dos momentos diversos en los que será de aplicación el régimen especial de conformidad en la guardia, en función de que la acusación la ejerza solo el Ministerio Fiscal o también un acusador particular.

1º. Si acusa solo el Ministerio Fiscal, la conformidad del acusado habrá de prestarse en el acto de preparación del juicio oral: el juez de guardia controlará que la conformidad se ajusta a lo legalmente prescrito y dictará sentencia de conformidad, en la que reducirá en un tercio la pena pedida por el fiscal y en la que estará obligado a decidir si procede o no la suspensión de la pena que se impone: pero no está obligado a concederla, solo a decidir sobre su procedencia.

Hecho esto, el juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven. Entonces la sentencia de conformidad se remitirá al juez de lo Penal correspondiente a los efectos de que continúe con su ejecución (la ejecución, por tanto, es compartida entre el juez de instrucción de guardia y el juez de lo Penal, lo que supone una excepción a la regla de que la ejecución corresponde al tribunal sentenciador).

2º. Si acusa también un acusador particular la conformidad puede prestarse en dos momentos:

— Oralmente ante el juez de guardia: en este caso, vale lo expuesto para los casos en que solo haya acusado el Ministerio Fiscal.

— En el escrito de defensa: en este segundo supuesto, ocurre que el escrito de defensa se presenta directamente ante el juez de lo Penal y fuera ya, por tanto, del servicio de guardia –la sentencia de conformidad la dictará el juez de lo Penal–. Ahora bien, la ley ha querido que el régimen de esta conformidad «fuera de la guardia» sea idéntico al de la conformidad «en la guardia», por lo que se aplicará también la rebaja de pena: no se ha querido perjudicar al acusado en sus posibilidades de beneficiarse en función de un dato contingente, la presencia o no de acusación particular.

> Debe recordarse, además, que a esta especial conformidad «premiada» también se puede llegar desde el procedimiento abreviado, por la vía del reconocimiento de hechos (cfr. art. 779.1.5ª LECrim, lección 15): si el investigado durante la instrucción se conforma con los hechos y la pena procedente no excede de tres años de prisión (o de diez si es de otro tipo), el juez de instrucción puede convertir el procedimiento abreviado en procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos; y esa transformación coloca las actuaciones justamente en la fase intermedia del juicio rápido, de modo que sea posible la conformidad con la pena y la consiguiente rebaja de un tercio.

7. JUICIO ORAL, SENTENCIA Y APELACIÓN

Según ya se advirtió antes, la fase de juicio oral no es objeto de aceleración o abreviación de ninguna clase. Por eso, el legislador se limita a establecer que el juicio oral se celebrará según lo establecido para el procedimiento abreviado, con dos especialidades: i) no se celebrará audiencia preliminar, de modo que las cuestiones procesales y equivalentes habrán de plantearse directamente en el acto del juicio, en sus momentos iniciales, y habrán de resolverse entonces; ii) si no puede celebrarse el juicio oral en la fecha señalada, o no puede concluirse en un solo acto, el nuevo señalamiento para celebrarlo o continuarlo habrá de hacerse para el día más inmediato posible y, en todo caso, dentro de los quince días siguientes.

La sentencia, por su parte, estará sujeta a las mismas exigencias que la dictada en el procedimiento abreviado, con la salvedad de que el plazo para dictarla será únicamente de tres días, a contar desde la terminación de la vista.

Frente a la sentencia podrá interponerse recurso de apelación, que se sustanciará también según lo dispuesto para el procedimiento abreviado, con unas pequeñas especialidades:

— El plazo para presentar el escrito de formalización de la apelación será de cinco días, en vez de diez.

— El plazo para que las demás partes presenten sus escritos de alegaciones será también de cinco días.

— La sentencia de apelación se dictará dentro de los tres días siguientes a la celebración de la vista, o bien dentro de los cinco días siguientes a la recepción de las actuaciones, si no se celebrare vista.

— La tramitación y resolución de la apelación tendrá carácter preferente.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia será recurrible en casación por infracción de ley, conforme a las reglas generales estudiadas en la lección 17.

8. ESPECIALIDADES EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Si se ha incoado un juicio rápido cuyo objeto lo integre un delito susceptible de encuadre dentro de la noción de los actos de violencia de género, se aplicarán las normas ya expuestas, aunque con una serie de especialidades:

a) En general, todas las competencias del juez de guardia serán asumidas por el juez de Violencia sobre la Mujer, en aquellos partidos judiciales en que exista como tal. Y se desarrollarán no durante el servicio de guardia, sino durante las horas de audiencia (art. 797 bis 1).

b) No obstante lo anterior, cuando el detenido sea llevado a la sede judicial y no pueda ser presentado ante el juez de Violencia sobre la Mujer competente –por no hallarse este presente, lo que sucederá fuera de las horas de audiencia–, se hará cargo de él el juez de instrucción de guardia, a los solos efectos de regularizar su situación personal, es decir, a los efectos de decidir si procede o no la adopción de alguna medida cautelar. El resto de las actuaciones seguirá en manos del juez de Violencia sobre la Mujer.

LECCIÓN 21

EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

1. Introducción. — 2. Competencia del Tribunal del Jurado. — 3. Los jurados. — 4. Fase instructora. — 5. Audiencia preliminar. — 6. Cuestiones previas y auto de hechos justiciables. — 7. Constitución del Tribunal del Jurado: designación de los jurados. — 8. Juicio oral. — 9. Posible disolución del Jurado. — 10. El veredicto y la sentencia. — 11. Régimen de recursos: apelación y casación.

1. INTRODUCCIÓN

La LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LOTJ), en desarrollo del art. 125 CE, introdujo en nuestro ordenamiento la figura del jurado popular como órgano jurisdiccional, limitándola en exclusiva al plano del proceso penal.

La LOTJ optó por un sistema de jurado puro, dotado de las máximas atribuciones. Frente al sistema de escabinado (el tribunal lo componen a la vez jueces profesionales y jueces legos), la LOTJ ha preferido un Jurado compuesto únicamente de jueces legos, es decir, de ciudadanos no profesionales del Derecho. Ahora bien, en auxilio de los jurados, y como técnico en Derecho, se consideró oportuna la participación de un juez profesional, encargado de dirigir los debates procesales y de dictar al término del proceso una sentencia que acoja el veredicto del jurado.

El Tribunal del Jurado es así el genuino órgano jurisdiccional: se compone de nueve jurados y un magistrado integrante de la Audiencia Provincial, que lo presidirá y que recibe la denominación de Magistrado-Presidente. Al juicio asistirán, además, dos jurados suplentes, que solo participarán en las deliberaciones y en la votación del veredicto en caso de que alguno de los titulares no pueda ejercer sus funciones de manera sobrevenida.

El Tribunal del Jurado tiene de ordinario ámbito provincial. Dado que para cada causa ha de crearse un Tribunal diferente, con personas distintas, se establece que el Tribunal del Jurado se constituirá en el ámbito de la Audiencia Provincial: significa esto que la Audiencia «presta» al Tribunal del Jurado sus medios materiales y personales (incluido el Magistrado-Presidente) para que pueda desempeñar su función. En los casos en que el acusado sea aforado, el Tribunal del Jurado se constituirá en el ámbito de la Sala Segunda del Tribunal Supremo o en el de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia

(en función del tipo de aforamiento): en tal caso el Magistrado-Presidente será un magistrado integrante de la respectiva Sala.

Las funciones entre jurados y Magistrado-Presidente se reparten de la siguiente forma:

a) Los jurados son los encargados de emitir el veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable y proclamando la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho. Su cometido primordial, por tanto, consiste en la valoración de la prueba y en la proclamación del «juicio de hecho» y del «juicio de culpabilidad».

b) Al Magistrado-Presidente le corresponde, antes que nada, dirigir y ordenar los debates, así como ocuparse de las cuestiones procedimentales a lo largo del juicio oral; pero, sobre todo, su cometido básico es el de dictar sentencia en la que recogerá el veredicto del jurado y en la que, en su caso, impondrá la pena o medida de seguridad correspondiente. También resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo (cuestión esta que escapa a la competencia de los jurados).

El Tribunal del Jurado solo es competente para actuar durante la fase de enjuiciamiento (juicio oral): la fase de instrucción está encomendada, según las reglas generales, a los jueces de Instrucción (o, en su caso, a los jueces de Violencia sobre la Mujer o de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia). Lo mismo sucede con la fase intermedia (denominada «audiencia preliminar»).

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

Según el art. 1 LOTJ, el Tribunal del Jurado tiene competencia objetiva para el enjuiciamiento de una serie de delitos establecidos en el apartado 2 del precepto. Quedan en todo caso excluidos de la competencia del Jurado los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional o cuya persecución esté encomendada a la Fiscalía Europea.

Se trata de los siguientes delitos:

— Homicidio doloso y asesinato (siempre que sean consumados).
— Amenazas.
— Omisión del deber de socorro.
— Allanamiento de morada.
— Infidelidad en la custodia de documentos.
— Cohecho.
— Tráfico de influencias.
— Malversación de caudales públicos.
— Fraudes y exacciones ilegales.
— Negociaciones prohibidas a funcionarios.
— Infidelidad en la custodia de presos.

> En principio, esta determinación del ámbito objetivo es provisional, pues, como señala la Exposición de Motivos, a medida que la «cultura juradista» se vaya implantando en nuestra sociedad, se debería ir ampliando progresivamente el ámbito competencial del Tribunal del Jurado; lo cierto es que, más de veinticinco años después de la promulgación de la Ley del Jurado, esa extensión aún no se ha producido (ni tiene visos de producirse).

La competencia del Tribunal se extiende al enjuiciamiento de los delitos conexos con los que se acaban de enumerar, siempre que se trate de alguno de los siguientes supuestos (art. 5.2):

— Que dos o más personas cometan simultáneamente los distintos delitos.

— Que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiere precedido concierto para ello.

— Que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad.

Se trata, por lo tanto, de una especificación de la norma general contenida en el art. 17 LECrim. Ahora bien, tampoco se quiere acudir de modo necesario a las normas de conexión, y por eso se señala que no se enjuiciarán por conexión por el Tribunal del Jurado aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado «sin que se rompa la continencia de la causa». Además, por conexión no pueden atribuirse al Tribunal del Jurado delitos que forman parte del ámbito competencial de los órganos de la Audiencia Nacional (de su Sala de lo Penal o del juez de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia) o cuya persecución está encomendada a la Fiscalía Europea.

En cuanto a la competencia territorial, se ajustará a las normas generales: será competente un Tribunal del Jurado que se constituya en el lugar de comisión del delito (o en el lugar de domicilio de la víctima, en los casos de homicidio o de amenazas calificables como violencia de género).

3. LOS JURADOS

La función de jurado es simultáneamente un derecho y un deber, que está retribuida y que exonera del deber de cumplir con las obligaciones laborales y funcionariales.

Son ***requisitos*** para ser jurado los establecidos en el art. 8 LOTJ:

— Ser español mayor de edad.
— Encontrarse en el pleno ejercicio de los derechos políticos.
— Saber leer y escribir.
— Ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiera cometido.

— Contar con la aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado. Las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado, debiéndoseles proporcionar por parte de la Administración de Justicia los apoyos precisos, así como efectuar los ajustes razonables, para que puedan desempeñar con normalidad este cometido.

Existen, sin embargo, una serie de excepciones a estas reglas generales, que configuran supuestos de incapacidad, incompatibilidad, prohibición y excusa al ejercicio de la función de jurado.

Son ***incapaces*** para ser jurado, aunque cumplan con los requisitos del art. 8, las personas mencionadas en el art. 9:

— Los condenados por delito doloso, que no hayan obtenido la rehabilitación.

— Los procesados y aquellos acusados respecto de los cuales se hubiera acordado la apertura de juicio oral y quienes estuvieren sufriendo detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito.

— Los suspendidos, en un procedimiento penal, en su empleo o cargo público, mientras dure dicha suspensión.

Junto a la incapacidad para ser jurado, la ley establece en el art. 10 un extenso catálogo de ***incompatibilidades*** para ser jurado: la incompatibilidad supone la falta de idoneidad para desempeñar esta función por razón del cargo u ocupación del ciudadano. (Entre ellos, el motivo 9: «Los abogados y procuradores *en ejercicio*»).

Igualmente, el art. 11 establece cinco supuestos en que está ***prohibido*** ser jurado, pero no de modo abstracto, sino por la conexión que el sujeto guarda con la concreta causa que haya de ser enjuiciada por el Tribunal del Jurado: se trata de supuestos en los que está en juego la imprescindible imparcialidad del jurado (y recuérdese que la imparcialidad es una de las características y garantías básicas de la función jurisdiccional).

Por último, el art. 12 establece las denominadas ***excusas*** para actuar como jurado: son motivos que exoneran del deber de ser jurado, pero solo en caso de que el interesado los haga valer:

— Los mayores de 65 años y las personas con discapacidad.

— Los que hayan desempeñado efectivamente funciones de jurado dentro de los cuatro años precedentes al día de la nueva designación.

— Los que sufran grave trastorno por razón de las cargas familiares.

— Los que desempeñen trabajo de relevante interés general, cuya sustitución originaría importantes perjuicios al mismo.

— Los que tengan su residencia en el extranjero.

— Los militares profesionales en activo cuando concurran razones de servicio.

— Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado.

En principio, la existencia de motivos de incapacidad, incompatibilidad, prohibición y de excusas se hará valer solo cuando se proceda a la formación en cada caso del Tribunal del Jurado.

A tal efecto, cada dos años, la segunda quincena de septiembre, las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral efectuarán un sorteo por cada provincia, a fin de establecer una lista bienal de candidatos a jurados. El número de candidatos a jurado que deben seleccionarse resulta de multiplicar por 50 el número de causas que se prevea vaya a conocer el Tribunal del Jurado. Será a esta lista provincial bienal a la que habrá que acudir para constituir, en cada proceso, el Tribunal del Jurado.

4. LA INSTRUCCIÓN

El Tribunal del Jurado, en cuanto tal, solo existe en la fase de juicio oral. Sin embargo, la LOTJ ha querido diseñar un procedimiento especial y completo, para lo cual se remite, en cuanto sea necesario, a las disposiciones generales de la LECrim: en ocasiones, a las normas del procedimiento ordinario y, en otras, a las del procedimiento abreviado.

El procedimiento ante el Tribunal del Jurado comienza cuando de los términos de la denuncia, o de la relación circunstanciada del hecho en la querella, o de cualquier otra actuación procesal, resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado: en ese caso, previa valoración de su verosimilitud, dictará el juez de instrucción (o el juez de Violencia sobre la Mujer o el juez de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, en sus respectivos ámbitos) *auto de incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado*.

La peculiaridad principal radica en que el procedimiento solo comienza si hay un investigado determinado. Hasta ese momento, y según la gravedad del delito, habrá sumario o diligencias previas, a no ser que desde el primer momento sea conocido el presunto autor del delito.

La fase de instrucción cumple con las funciones que le son propias: averiguación del delito y eventual adopción de medidas cautelares. En el marco de este procedimiento especial es necesaria la celebración de una comparecencia ante el juez, a la que serán citados el investigado o los investigados, así como el Ministerio Fiscal y las demás partes acusadoras (si los agraviados son conocidos pero no han presentado querella, se les ofrecerán acciones, para que puedan acudir a esta comparecencia). La finalidad de esta comparecencia es doble:

— En primer lugar, sirve para poner en conocimiento de los investigados la imputación y la incoación del proceso especial ante el Tribunal del Jurado: esta comparecencia, por tanto, tiene el valor de un acto de imputación formal.

— En segundo término, en esta comparecencia el juez habrá de decidir, previa audiencia de las partes personadas, si se sigue o no con el procedimiento o si procede acordar el sobreseimiento (conforme a las causas de los arts. 637 y 641 LECrim).

Si se acuerda la continuación del procedimiento, se practicarán las diligencias de investigación que sean imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral. Lo peculiar de este procedimiento es que, en principio, solo se acordarán aquellas medidas de investigación que se soliciten a instancia de las partes: salvo supuestos excepcionales, el juez de instrucción carece del poder de ordenar de oficio la práctica de diligencias de investigación. Se restringen con ello los poderes del juez de instrucción, en perjuicio del interés público en la persecución penal.

Una vez practicadas estas diligencias, o inmediatamente tras la conclusión de la comparecencia –si no se pidieron diligencias de investigación, o si las pedidas fueron rechazadas–, el juez requerirá a las partes para que soliciten lo que estimen oportuno respecto de la procedencia de apertura del juicio oral, formulando escrito de calificaciones provisionales, conforme al art. 650 LECrim. Se abre, con ello, la fase intermedia: las partes acusadoras podrán utilizar su escrito de calificaciones provisionales para solicitar la apertura del juicio oral y el acusado su escrito de defensa para solicitar el sobreseimiento. Además, en dichos escritos habrán de proponer las partes las pruebas cuya admisión soliciten para el juicio oral.

5. LA AUDIENCIA PRELIMINAR

Una vez presentado el escrito de calificaciones de la defensa, el juez de instrucción convocará a las partes a la llamada audiencia preliminar. Esta audiencia tiene una finalidad semejante a la de la fase intermedia, pues es su función que el juez decida sobre la procedencia de la apertura del juicio oral. Al igual que en el procedimiento abreviado, se desarrolla ante el juez instructor. No obstante, presenta ciertas peculiaridades:

— Es necesaria la celebración de una vista (la audiencia en sí), tras la cual habrá de tomar su decisión el juez.

— En la vista es posible la práctica de diligencias de investigación, pero solo de aquellas que puedan llevarse a cabo en el acto.

— Es posible que no se celebre esta vista, si la defensa del acusado renuncia a ella, aquietándose con la solicitud de apertura del juicio oral.

Tras oír a las partes, el juez, conforme a las reglas generales, dictará auto en el que decretará o no la apertura del juicio oral. Si decide la no apertura del juicio oral, acordará el sobreseimiento de la clase que corresponda por medio de auto, que será apelable ante la Audiencia Provincial. Si decreta la apertura del juicio oral, no cabrá recurso alguno frente a su decisión. El auto de apertura del juicio oral determinará:

— El hecho o hechos justiciables respecto de los que se estime procedente el enjuiciamiento.

— La persona o personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros civilmente responsables.

> Estos dos primeros extremos –hechos justiciables y sujeto al que se atribuyen– delimitan el objeto del proceso penal, según ya se sabe.

— El órgano competente para el enjuiciamiento.

A estas alturas del procedimiento, aún no se ha constituido formalmente el Tribunal del Jurado. Por eso, el juez de instrucción ha de limitarse a señalar si el Jurado habrá de constituirse en el ámbito de la Audiencia Provincial –regla general– o si, por el contrario, habrá de constituirse en el ámbito de la Sala Segunda del Tribunal Supremo o de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia –en caso de que alguno de los acusados ostente la condición de aforado–.

Decretada la apertura del juicio oral, se emplazará a las partes para que se personen en quince días ante el tribunal competente –esto es, ante el tribunal en cuyo ámbito se constituirá el Tribunal del Jurado– y le remitirá las actuaciones, así como los efectos e instrumentos del delito y las demás piezas de convicción.

6. CUESTIONES PREVIAS Y AUTO DE HECHOS JUSTICIABLES

Recibidos los autos y piezas de convicción en el tribunal en cuyo ámbito se ha de constituir el Tribunal del Jurado (normalmente la Audiencia Provincial), se procederá a designar al Magistrado-Presidente.

Las partes deberán personarse en la Audiencia Provincial y, más concretamente, ante el Magistrado-Presidente que haya sido designado. Al tiempo de personarse las partes ante él, podrán plantearle una serie de «cuestiones previas», señaladas en el art. 36 LOTJ:

— La concurrencia de algún artículo de previo pronunciamiento de los previstos en el art. 666 LECrim.

— Alegar lo que estimen oportuno sobre la (in)competencia del tribunal o la (in)adecuación del procedimiento.

— Alegar la vulneración de algún derecho fundamental.

— Interesar la ampliación del juicio a algún hecho respecto del cual hubiese inadmitido la apertura de juicio oral el juez de instrucción.

— Pedir la exclusión de algún hecho, respecto del que se hubiese decretado la apertura del juicio oral.

— Impugnar los medios de prueba propuestos por las demás partes y proponer nuevos medios de prueba.

Si se plantea alguna de estas cuestiones, se les dará la tramitación prevista para los artículos de previo pronunciamiento (arts. 668 a 677 LECrim): es decir, la tramitación de un incidente escrito.

Personadas las partes, y resueltas en su caso las cuestiones previas, el Magistrado-Presidente dictará el llamado «auto de hechos justiciables», cuyo contenido se establece en el art. 37 LOTJ:

— Enumeración de los hechos que han de ser enjuiciados en el proceso, tanto los alegados por las acusaciones como por la defensa, con especial mención de los hechos que configuran el grado de ejecución del delito y el de participación del acusado, así como los relativos a la posible exención, atenuación o agravación de la responsabilidad criminal.

— Determinación del delito o delitos que dichos hechos constituyan (calificación jurídica de los hechos).

— Se resolverá sobre la admisión o inadmisión de los medios de prueba propuestos por las partes.

— Se señalará también día para la vista del juicio oral.

7. LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DEL JURADO: DESIGNACIÓN DE LOS JURADOS

La constitución del Tribunal del Jurado forma parte del propio procedimiento judicial, mediante la designación de las concretas personas que lo van a integrar. Esta designación, sucintamente, se hará del siguiente modo:

1. De la lista provincial bienal de candidatos a jurado se extraerá, para cada causa, de nuevo por sorteo, una nueva lista de 36 candidatos a jurados para esa concreta causa: este sorteo lo realizará el letrado de la A. de J., por orden del que haya sido designado Magistrado-Presidente, con al menos treinta días de anticipación al día señalado para la primera sesión del juicio oral.

2. Seleccionados estos 36 posibles jurados, serán citados todos para comparecer el primer día de la vista del juicio oral. En la cédula de citación se les remitirá un cuestionario para comprobar que no estén incursos en causa de prohibición, incapacidad, incompatibilidad o para que, si lo desean, se excusen.

En los cinco días siguientes a la recepción, deben remitir el cuestionario, acompañado de las justificaciones documentales oportunas.

3. Los cuestionarios rellenos se pasarán a las partes personadas. Los candidatos en que concurran estas causas podrán ser recusados por estas.

4. Para decidir sobre las recusaciones, así como sobre las excusas, se celebrará una vista ante el Magistrado-Presidente, debiendo este resolver en plazo de tres días.

5. Si como consecuencia de estas recusaciones, la lista de candidatos a jurados para la causa quedase reducida a menos de veinte, se sortearán tantos nuevos candidatos como falten para llegar a veinte.

6. El día señalado para el juicio, se citará a los candidatos a jurados seleccionados para la causa. Han de concurrir al menos veinte para que pueda abrirse la sesión. En ese acto, se comprobará de nuevo si en ellos concurre alguna causa de incapacidad, incompatibilidad, prohibición o si alegan alguna excusa. Si así es, quedarán excluidos, bien de oficio, bien previa recusación de las partes.

7. Por sorteo de entre los restantes candidatos, se seleccionarán los nueve jurados que formarán parte del tribunal y otros dos más como suplentes. A medida que se van seleccionando de uno en uno, las partes podrán formular a cada uno las preguntas que estime pertinentes el Magistrado-Presidente y podrán recusar sin causa, esto es, sin alegación de motivo determinado, hasta cuatro por parte de las acusaciones y cuatro por parte de las defensas.

8. Terminado el sorteo, el tribunal se constituirá y se exigirá a los designados que juren o prometan el correcto desempeño de su función. Si se niegan a ello, serán multados, se pasará el tanto de culpa al Ministerio Fiscal para su persecución penal y se dará entrada al suplente.

8. EL JUICIO ORAL

Tras el juramento o promesa de los jurados, se dará comienzo a la celebración del juicio oral, al que se aplicarán las reglas del procedimiento ordinario por delitos graves, salvo las especialidades siguientes:

1ª. En primer término, tras la lectura por el letrado de la A. de J. de los escritos de calificación, se abrirá un turno de intervención para las partes, en el que expondrán sus alegaciones, explicarán el contenido de sus calificaciones y la finalidad de la prueba que han propuesto (art. 45).

2ª. Se darán las siguientes especialidades en materia probatoria (art. 46).

— Los jurados, a través del Magistrado-Presidente, podrán dirigir mediante escrito las preguntas que estimen conducentes a testigos, peritos y acusados.

— Los jurados verán por sí los libros, papeles, documentos y demás piezas de convicción.

— Para la inspección ocular, se constituirá el Tribunal del Jurado en su integridad en el lugar del suceso.

Practicada la prueba, las partes podrán modificar sus conclusiones provisionales: se abre entonces el trámite de conclusiones definitivas, con arreglo a las disposiciones del procedimiento ordinario.

9. POSIBLE DISOLUCIÓN DEL JURADO

El Jurado quedará disuelto, en fase de juicio oral, si se produce alguna de las siguientes situaciones:

a) Que deba suspenderse el juicio oral por cinco o más días (art. 47). En tal caso, desaparecida la causa de suspensión, habrá de reanudarse el juicio oral, pero designando un nuevo jurado.

b) Que el Magistrado Presidente decida, de oficio o a instancia de la defensa, que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado: en tal caso, y en el plazo de tres días, el Magistrado-Presidente dictará una sentencia absolutoria (art. 49).

c) Que el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras, en sus conclusiones definitivas, o en cualquier momento anterior del juicio, manifiesten que desisten de la petición de condena del acusado (art. 51): en tal caso, el Magistrado-Presidente disolverá el jurado y dictará sentencia absolutoria.

d) Si las partes solicitan que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que las partes presenten en el acto *–en cualquier momento del juicio oral–*, suscrito por todas, siempre que la pena conformada no exceda de seis años de prisión. En tal caso, el Magistrado-Presidente disolverá el jurado y dictará la sentencia pedida por las partes.

Esta regla presenta dos excepciones:

— El Magistrado-Presidente puede rechazar la conformidad, y no disolverá el Jurado, si entiende que hay motivos bastantes para creer que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado: en tal caso, no disolverá el jurado y mandará seguir el juicio adelante.

— El Magistrado-Presidente puede rechazar la conformidad si entiende que los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito o que concurre alguna causa de exención o atenuación no tenida en cuenta en el escrito de conformidad: en tal caso, no disolverá el jurado, pero, previa audiencia a las partes, procederá sin más a someterle por escrito el objeto del veredicto.

10. EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA

La función esencial de los jurados es emitir un veredicto declarando probado o no probado el hecho justiciable y en el que además proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad del acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos.

Una vez concluido el juicio oral, el Magistrado-Presidente procederá a someter al Jurado por escrito el objeto del veredicto, conforme a las reglas del art. 52. Básicamente, se trata de enumerar los hechos alegados por las partes, que el jurado ha de declarar como probados o no probados; también expondrá los hechos alegados que puedan determinar la estimación de una causa de exención de la responsabilidad; igualmente, los hechos que determinan el grado de ejecución, participación y modificación de la responsabilidad; y, finalmente, precisará el hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable.

Antes de entregar a los jurados el escrito con el objeto del veredicto, el Magistrado-Presidente ha de oír a las partes, que podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen procedentes, decidiendo el Magistrado-Presidente de plano lo que proceda.

En audiencia pública, el Magistrado-Presidente entregará a los jurados el escrito con el objeto del veredicto y les expondrá detenidamente, en forma que puedan entender, la naturaleza de los hechos sobre los que ha versado el debate procesal y que son relevantes para su decisión.

Durante sus deliberaciones, el jurado permanecerá incomunicado y podrá pedir la presencia del Magistrado-Presidente para que amplíe las instrucciones: en tal caso, esto se hará en audiencia pública.

La votación será nominal y en alta voz. Para que un hecho se estime probado se requieren siete votos si fuere contrario al acusado; y cinco si le fuese favorable. Concluida la votación se extenderá un acta, en la que el jurado separará los hechos que entiende probados y los que considera no probados, expresará si encuentra al acusado culpable o no culpable y hará mención de los elementos de convicción a que ha atendido para llegar a tal veredicto.

El acta de la votación con el veredicto será transmitida al Magistrado-Presidente y si este estima que no concurre causa alguna de devolución, el portavoz del Jurado leerá el veredicto en audiencia pública.

Son motivos de devolución del acta al jurado los previstos en el art. 63: básicamente, porque el veredicto no se pronuncia sobre todos los extremos que fueron sometidos a la decisión del jurado, porque no se alcanzaron las mayorías necesarias o porque contiene pronunciamientos que sean contradictorios. Si tras una tercera devolución no se subsanaran los defectos denunciados o no se

alcanzaran las mayorías precisas, el jurado será disuelto y se convocará nuevo juicio oral con un nuevo jurado. Eventualmente, si ese segundo jurado tampoco llegara a un veredicto válido, procederá entonces la absolución del acusado.

Leído el veredicto, el jurado cesará en sus funciones.

El Magistrado-Presidente deberá dictar sentencia en la que recoja el veredicto del Jurado y en la que resolverá, igualmente, sobre la responsabilidad civil.

En la sentencia, el Magistrado-Presidente debe incluir, como hechos probados y delito objeto de condena o absolución, el contenido del veredicto.

Si el veredicto fue de inculpabilidad, se dictará sentencia absolutoria.

Si el veredicto fue de culpabilidad, el Magistrado-Presidente concederá la palabra al fiscal y demás partes para que, por su orden, informen sobre la pena que debe imponerse a cada uno de los declarados culpables y sobre la responsabilidad civil.

11. EL RÉGIMEN DE RECURSOS

Frente a la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente, y que acoge el veredicto, cabe en primer término un recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

Este recurso lo pueden interponer tanto el Ministerio Fiscal como el condenado y las demás partes, dentro de los diez días siguientes a la última notificación de la sentencia.

El recurso de apelación, sin embargo, no puede interponerse por cualquier motivo, sino solo por alguno de los expresamente previstos en el art. 846 bis c) LECrim. Se trata, en realidad, de una apelación de carácter casacional, en la que se excluye el control de la valoración de la prueba efectuada por el jurado. Los concretos motivos que abren paso a la apelación son los siguientes:

a) Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión.

b) Que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil.

c) Que se hubiese solicitado la disolución del jurado por inexistencia de prueba de cargo y tal petición se hubiere desestimado indebidamente.

d) Que se hubiese acordado la disolución del jurado y no procediese hacerlo.

e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

El recurso se tramita conforme a los arts. 846 bis a) a 846 bis f) de la LECrim: será preceptiva la celebración de una vista, pero paradójicamente en dicha vista será imposible practicar pruebas.

Si la sentencia estima el recurso por los motivos a) y d) del art. 846 bis c), mandará devolver la causa a la Audiencia para celebración de nuevo juicio. En los demás supuestos, la Sala del Tribunal Superior de Justicia dictará la resolución que corresponda.

La sentencia dictada en segunda instancia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia es, a su vez, susceptible de recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, conforme a las reglas propias de este recurso (esto es, por infracción de ley y por quebrantamiento de forma).

LECCIÓN 22

EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO Y EL PROCESO DE DECOMISO AUTÓNOMO

1. El proceso por aceptación de decreto. — 2. El proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito

1. EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO

El proceso por aceptación de decreto es una de las novedades procedimentales introducidas en la LECrim con ocasión de la reforma de 2015, a través de los arts. 803 bis a) a 803 bis j). Se trata de un procedimiento pensado para descongestionar la carga de trabajo de los tribunales en relación con delitos de escasa relevancia penal, a través de una técnica equivalente –salvando las distancias– a la del proceso monitorio: si se cumplen ciertas condiciones, el fiscal puede emitir un decreto con una propuesta de castigo para el encausado que, si resulta aceptado expresamente por este, conducirá al dictado por el juez de una sentencia que acoja su contenido.

El fiscal puede tomar la iniciativa para acudir a este procedimiento si están en curso unas diligencias de investigación en la Fiscalía, pero también si ya hay un proceso penal incoado por una autoridad judicial: en este segundo caso, podrá promoverse proceso por aceptación de decreto en tanto no finalice la fase de instrucción, incluso aunque el investigado no haya sido llamado a declarar.

Para que resulte procedente, es necesario que concurran cumulativamente una serie de requisitos:

1º. Que el delito esté castigado con pena de multa o de 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 art. 80 CP, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

> Con este último inciso queda claro el tipo de infracciones en que está primordialmente pensando el legislador.

2º. 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.

3º. Que no esté personada acusación popular o particular en la causa.

Si se cumplen esas condiciones, y siempre a discreción del Fiscal, podrá este emitir un «decreto de propuesta de imposición de pena», que tendrá el siguiente contenido:

1.º Identificación del investigado.

2.º Descripción del hecho punible.

3.º Indicación del delito cometido y mención sucinta de la prueba existente.

4.º Breve exposición de los motivos por los que entiende, en su caso, que la pena de prisión debe ser suspendida.

5.º Penas propuestas: en el marco 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.

6.º Peticiones de restitución e indemnización, en su caso (es decir, acción civil).

El decreto del fiscal no se remite directamente al investigado, sino al juez de instrucción, para que este lo autorice. Este primer control judicial es de tipo formal: el juez autorizará el decreto si se cumplen los requisitos para que se pueda acudir al procedimiento por aceptación de decreto. En caso negativo, el decreto quedará sin efecto. Si el juez autoriza el decreto, dictará un auto de autorización y se lo notificará, junto con el decreto, al encausado, citándolo para que comparezca ante él, asistido de abogado, e informándolo de los efectos de su incomparecencia o, en caso de comparecer, de su derecho a aceptar o rechazar la propuesta contenida en el decreto.

Si el encausado no comparece o rechaza la propuesta del Ministerio Fiscal, total o parcialmente en lo relativo a las penas o a la restitución o indemnización, quedará aquella sin efecto, de modo que seguirán las investigaciones o el proceso, sin que el Ministerio Fiscal quede vinculado en lo sucesivo por lo que propuso en el decreto.

Si el encausado quiere aceptar la propuesta de sanción habrá de comparecer en el juez de instrucción asistido de letrado. En la comparecencia el juez, en presencia del letrado, se asegurará de que el encausado comprende el significado del decreto de propuesta de imposición de pena y los efectos de su aceptación.

Por mayor garantía, la comparecencia será registrada íntegramente por medios audiovisuales, documentándose conforme a las reglas generales en caso de imposibilidad material.

Si el encausado acepta en la comparecencia la propuesta de pena en todos sus términos el juez 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.

2. EL PROCESO PARA EL DECOMISO AUTÓNOMO DE LOS BIENES Y PRODUCTOS DEL DELITO

Otra de las novedades que introdujo la reforma procesal de 2015 fue el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito. Se trata de una herramienta necesaria para hacer efectiva una de las claves en la política criminal contemporánea para el combate efectivo de la delincuencia organizada: privar a los delincuentes y a las organizaciones delictivas de cualquier beneficio, ganancia o provecho que pudiera haberles reportado su actuación ilícita, a través de la figura del decomiso de bienes. Se trata, de hecho, de una línea de actuación impulsada de forma decidida por la Unión Europea: la creación de este nuevo proceso obedece a la necesidad de dar cumplimiento a varias directivas (en especial, el Reglamento 2018/1805, de 14 de noviembre de 2018, sobre el reconocimiento mutuo de las *resoluciones de embargo y decomiso*).

El decomiso es una consecuencia que la legislación penal asocia a la comisión de un delito y que, de ordinario, ha de imponerse en la misma sentencia penal en que se condena al autor. En ocasiones, sin embargo, determinadas circunstancias pueden hacer imposible la tramitación en sentido propio de un proceso penal: es lo que sucede si el presunto autor ha fallecido, se encuentra enfermo o, sobre todo, ha sido declarado en rebeldía. En estos casos en que no será posible el desarrollo íntegro de un proceso penal ordinario, ha de ser posible tramitar un proceso penal especial, cuyo objeto consistirá exclusivamente en acordar el decomiso de los bienes y ganancias derivados de la conducta ilícita: se trata del proceso de decomiso autónomo, regulado en los arts. 803 ter e) a 803 ter u) LECrim.

LECCIÓN 23

LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL

1. Cuestiones generales. — 2. Órganos de la ejecución: 2.1. El tribunal sentenciador; 2.2. El Juez de Vigilancia Penitenciaria; 2.3. La Administración Penitenciaria — 3. La ejecución de la pena privativa de libertad: 3.1. La sustitución de las penas privativas de libertad; 3.2. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; 3.3. El régimen penitenciario y los beneficios penitenciarios. — 4. La pena de multa, la responsabilidad civil y las costas. — 5. Terminación de la ejecución.

1. CUESTIONES GENERALES

a) *Concepto.* La ejecución penal es el conjunto de actos, realizados por órganos públicos, dirigidos a dar cumplimiento a los pronunciamientos contenidos en el fallo o parte dispositiva de las resoluciones judiciales penales.

b) *Naturaleza jurídica.* El art. 117 CE establece que forma parte de la potestad jurisdiccional tanto la función de juzgar como la de hacer ejecutar lo juzgado. Por eso, la ejecución penal tiene, en todo caso, una evidente naturaleza jurisdiccional. Ocurre, sin embargo, que en la ejecución penal no solo intervienen órganos judiciales: cuando se trata de la ejecución de penas privativas de libertad, es necesaria la participación de la Administración Pública (en concreto, de la Administración Penitenciaria), aunque su actuación estará en todo caso sujeta a control judicial.

c) *Fuentes.* Uno de los principales problemas que ofrece el estudio y la aplicación de esta parcela del ordenamiento es el de la pluralidad y dispersión de las normas jurídicas que lo regulan.

— En primer término, hay que contar con la Constitución (cuyo artículo 25 insiste en el carácter resocializador y reinsertor de las penas) y con los textos supranacionales de protección de los derechos humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

— En el plano de la legalidad ordinaria, hay que tener en cuenta: la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Demarcación y Planta Judicial (en cuanto al entramado orgánico); la LECrim (arts. 794, 974 y 983-998); el Código Penal; la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria; y su Reglamento de desarrollo (Reglamento Penitenciario, RD 190/1996).

d) *El título ejecutivo.* El proceso de ejecución penal, al igual que sucede en el ámbito procesal civil, se funda en un título ejecutivo, que tiene siempre naturaleza judicial (en materia penal, por razones obvias, no existen títulos ejecutivos extrajudiciales).

Como regla general, el título ejecutivo en que se funda el proceso de ejecución penal es una sentencia firme de condena: sin firmeza, no habrá ejecución de la pena o de la medida de seguridad impuesta (art. 3.1 CP).

> Ahora bien, recuérdese que, impuesta en sentencia una pena de prisión, si esta es recurrida, el condenado podrá no obstante permanecer en situación de prisión provisional mientras no se exceda de la mitad de la pena impuesta (art. 504.2 II LECrim).

Excepcionalmente, el título ejecutivo puede ser una sentencia no firme: esto es lo que ocurre con los pronunciamientos sobre la acción civil, que pueden ser objeto de ejecución provisional, con arreglo a las normas de la LEC, mientras se recurre la sentencia (art. 989 LECrim). Y también puede ser título ejecutivo una sentencia absolutoria, en caso de que se haya condenado en costas al acusador particular o al acusador popular (y respecto del reembolso de las costas).

2. ÓRGANOS DE LA EJECUCIÓN

El proceso de ejecución penal encierra un conjunto de actividades, que pueden ser muy complejas, especialmente en caso de que la condena sea privativa de libertad. Ello hace que, con cierta frecuencia, concurran en esta materia las competencias de varios órganos públicos, algunos jurisdiccionales, otros no.

2.1. El tribunal sentenciador

En la ejecución penal cumple un papel primordial el llamado «tribunal sentenciador». La determinación del tribunal que habrá de actuar en tanto que tribunal sentenciador en la ejecución penal se efectúa conforme a las siguientes reglas, todas ellas de competencia funcional y que le atribuyen la condición de tribunal sentenciador al tribunal que hubiera conocido del proceso en la primera instancia. En consecuencia:

— Para los juicios por delitos leves, la ejecución de la sentencia corresponde al órgano que haya conocido del juicio (art. 984 LECrim): se le atribuye así la condición de tribunal sentenciador al juez de Instrucción, al juez de Violencia sobre la Mujer o al juez de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia que haya conocido del proceso en primera instancia, aunque después la sentencia haya sido recurrida.

— Si de un proceso por delito conoció en primera instancia un juez de lo Penal de un Tribunal de Instancia o del Tribunal Central de Instancia, tendrá

dicho órgano judicial la consideración de tribunal sentenciador a efectos de ejecución (art. 792.3 *i.f.* LECrim); y la tendrá tanto si dictó una sentencia condenatoria no recurrida, como si dictó una sentencia condenatoria recurrida y confirmada (total o parcialmente) en apelación, e incluso si dictó una sentencia absolutoria revocada y sustituida por una sentencia condenatoria en apelación por la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

— Si del proceso por delito conoció en primera instancia una Audiencia Provincial, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia (aforado), la ejecución les corresponderá a esos órganos, tanto si la sentencia no se recurrió, como si fue recurrida –presupuesto que el tribunal *ad quem* también dictara sentencia condenatoria– (arts. 985 y 986 LECrim).

— Si del proceso conoció en primera y única instancia la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entonces sí que será competente para su ejecución el Alto Tribunal (arts. 985 y 986 LECrim).

— Tratándose de una «sentencia de conformidad en la guardia» dictada por un juez de instrucción, la competencia para la ejecución se reparte entre el juez de Instrucción y el juez de lo Penal: el primero decide acerca de la procedencia de la suspensión de la pena (art. 801.2 y 4 LECrim) y decretará, en su caso, el ingreso en prisión del condenado; el resto de las funciones que corresponden al tribunal sentenciador en la ejecución las llevará a cabo el juez de lo Penal (art. 801.4 LECrim).

Una vez determinado cuál es el tribunal sentenciador, hay que tener claro también lo siguiente:

a) En caso de que la condena no sea a una pena privativa de libertad (*v.g.*, multa, privación del derecho de conducir, inhabilitación), el tribunal sentenciador es el único órgano encargado de la ejecución.

b) Ahora bien, en caso de que se trate de una condena a pena privativa de libertad, su ámbito de competencia está limitado por el de los jueces de Vigilancia Penitenciaria, de modo que lo que le corresponde al tribunal sentenciador se ciñe a lo siguiente:

— Declarar la firmeza de la sentencia.

— Acordar, si procede, la suspensión de la ejecución (o la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión del territorio nacional, si se dan los requisitos para ello).

— Expedir las oportunas requisitorias para la búsqueda y captura del condenado, si se hubiera sustraído a la acción de la justicia.

— Confeccionar y enviar al Centro penitenciario el llamado *mandamiento de penado*, junto con el testimonio de la sentencia.

— Señalar el límite de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 76 CP.

— Practicar la oportuna liquidación de condenas (es decir, determinar la duración de la condena, teniendo en cuenta la eventual prisión provisional u otros beneficios).

A partir de aquí, y una vez producido el ingreso del condenado en el establecimiento penitenciario, las demás incidencias de la ejecución de la pena privativa de libertad serán competencia del juez de Vigilancia Penitenciaria. Existen, sin embargo, importantes excepciones, relativas a asuntos que siguen perteneciendo a la competencia del tribunal sentenciador:

— Cómputo del tiempo para acceder a los beneficios penitenciarios, al tercer grado y a la libertad condicional.

— Aprobar el licenciamiento definitivo.

— Informar en el expediente si se solicita el indulto.

Como puede apreciarse, se trata de funciones que se refieren al inicio y al fin del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

2.2. El Juez de Vigilancia Penitenciaria

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria se creó en 1979 como un enlace entre el Poder Judicial y la Administración penitenciaria en relación con la ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad: su finalidad, en sentido amplio, consiste en controlar las decisiones de las autoridades penitenciarias y proteger los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios.

> En la actualidad, tanto en los Tribunales de Instancia como en el Tribunal Central de Instancia existen Secciones de Vigilancia Penitenciaria. Como regla, las Secciones de Vigilancia Penitenciaria de los Tribunales de Instancia tienen como demarcación la provincia.

De forma más detallada, el art. 76 LOGP les encomienda las siguientes funciones:

— Resolver las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

— Aprobar las propuestas de los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer un acortamiento de la condena.

— Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a 14 días.

— Resolver por vía de recurso las reclamaciones de los internos sobre sanciones disciplinarias.

— Resolver los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

— Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas de los internos en relación con el régimen y tratamiento penitenciario, si afecta a sus derechos fundamentales o a sus beneficios penitenciarios.

— Realizar visitas de control a los establecimientos penitenciarios.

— Autorizar los permisos de salida de duración superior a dos días, excepto los de los internos clasificados en tercer grado.

— Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos, a propuesta del Director del establecimiento.

2.3. La Administración Penitenciaria

Existen en toda ejecución de una pena privativa de libertad unas tareas que no pueden desarrollar directamente los órganos judiciales y que están encomendadas a la Administración Pública, a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (dependiente del Ministerio del Interior; excepcionalmente, las Comunidades Autónomas de Cataluña y el País Vasco tienen transferidas las competencias en materia de Administración penitenciaria).

A la Administración Penitenciaria le corresponde todo lo relativo a:

— La organización y dirección de los centros penitenciarios.

— La organización y desarrollo de los servicios de vigilancia en los centros.

— La ordenación y actividades de los talleres, escuelas, asistencia médica y religiosa en los centros.

— La observación, tratamiento y clasificación de los internos.

3. LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

La ejecución de la pena se inicia en todo caso de oficio, una vez que se decreta la firmeza de la sentencia. Antes de que comience a ejecutarse la pena privativa de libertad es preciso proceder a su liquidación, fijando su duración máxima y abonando o compensando el tiempo de privación de libertad sufrido previamente como medida cautelar (arts. 58 y 59 CP). Hay que tener en cuenta, además, que la prisión tiene una finalidad de reeducación y reinserción, por lo que existen ciertos incentivos y medidas que pueden alterar la ejecución. Así, lo primero que debe hacer el tribunal sentenciador es decidir si procede o no la sustitución de la pena impuesta, o si procede o no la suspensión de la ejecución.

3.1. La sustitución de las penas privativas de libertad

El art. 89 CP contempla la posibilidad de sustituir ciertas penas privativas de libertad impuestas a ciudadanos extranjeros por su expulsión del territorio español, si se dan ciertas condiciones.

a) La regla general es que debe acordarse la sustitución si la pena impuesta excede de un año de prisión, pero no de cinco.

> En este caso, sin embargo, el tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena, si resulta necesario «para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito»; en concreto, no podrá ejecutarse más de dos tercios de la condena, sustituyéndose el resto por la expulsión del penado. También se acordará la expulsión cuando el penado acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

b) Si la pena impuesta es de más de cinco años de prisión, o se han impuesto varias penas que, sumadas, excedieran de esa duración, el tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito.

> En estos casos, igualmente, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

c) Como excepción, no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

d) De forma aún más especial, la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

e) No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis (trata de seres humanos), 312, 313 (tráfico ilegal de mano de obra) y 318 bis (delitos relacionados con la entrada irregular de extranjeros).

El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena. El art. 988 bis LECrim, introducido por la LOEP, contiene el desarrollo del procedimiento que ha de seguirse a tal fin.

Si se acuerda su expulsión, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

> No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

3.2. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

Los tribunales sentenciadores pueden dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad, si se dan los requisitos establecidos en los arts. 80-87 CP. El criterio general es que ha tratarse de penas privativas de libertad no superiores a dos años, cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Este juicio prospectivo ha de hacerse valorando las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.

En todo caso, son condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1ª. Que el condenado haya delinquido por primera vez.

> A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves –salvo que estos integren un tipo agravado por multirreincidencia de delitos leves–, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2ª. Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª. Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia.

> Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su

> capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.

Al margen de lo anterior, los tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

Asimismo, aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª (delincuente primario y pena no superior a dos años), se podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.2º CP, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

> En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación.

El tribunal también podrá condicionar la suspensión al *cumplimiento de una serie de prohibiciones y deberes*, cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos: entre ellos, v.g., la prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares; la prohibición de establecer contacto con personas determinadas; el deber de residir en un lugar determinado, con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal; la prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos; el deber de comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas; el deber de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares; el deber de participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos; la prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor.

El tribunal podrá igualmente condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al *cumplimiento de ciertas prestaciones o medidas*: entre ellas, v.g., el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación; el pago de una multa; o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor.

El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena. El art. 988 bis LECrim, introducido por la LOEP, contiene el desarrollo del procedimiento que ha de seguirse a tal fin.

> En los delitos que solo pueden ser perseguidos previa denuncia o querella del ofendido, los jueces y tribunales oirán a este y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena

El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el juez o tribunal, atendidos los criterios generales a que se asocia la suspensión.

> De forma singular, si la suspensión hubiera sido acordada por deshabituación o tratamiento de deshabituación, el plazo de suspensión será de tres a cinco años.

Si transcurre el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, este acordará la remisión de la pena.

Por el contrario, el tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

a) Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

b) Incumpla de forma grave o reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos, o se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.

c) Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, le hubieran sido impuestas.

d) Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al

compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no hubiera tenido carácter grave o reiterado, el juez o tribunal podrá:

a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.

b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.

3.3. El régimen penitenciario y los beneficios penitenciarios

Si no procede ni la sustitución de la pena, ni la suspensión de su ejecución, el condenado habrá de ingresar en un centro penitenciario y someterse al régimen penitenciario definido en la LOGP y en el RP, que engloba un conjunto de actividades orientadas a facilitar su reinserción y su resocialización.

El concepto básico que explica la presencia del condenado en la prisión es el de «tratamiento penitenciario» (art. 59 LOGP), que consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados; en concreto, «el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.» A tal fin, la LOGP contempla el trabajo de los internos, así como la realización por su parte de actividades formativas, instructivas y capacitadoras.

La ejecución de la pena de prisión no sigue un procedimiento lineal, sino que ciertas situaciones, vinculadas con la conducta del interno, influyen en la concesión de beneficios penitenciarios (progresiones de grado, recompensas, permisos de salida) o en la imposición de sanciones disciplinarias o regresiones de grado.

a) Desde su ingreso, y durante su permanencia en el centro penitenciario, se clasificará al interno en uno de los *grados del sistema progresivo*, lo que determina el establecimiento en que debe cumplirse la pena (art. 73 LOGP):

— Primer grado: en establecimiento cerrado (situación excepcional en casos de especial peligrosidad).

— Segundo grado: en establecimiento de régimen ordinario (situación habitual de los internos cuando ingresan en el centro penitenciario).

— Tercer grado: en establecimiento de régimen abierto (situación de semilibertad).

— Cuarto grado: libertad condicional.

La inclusión del interno en alguno de estos grados se denomina clasificación, y corresponde a las Juntas de Tratamiento de los centros penitenciarios. Según el art. 102.2 RP, para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

Serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurran unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad.

La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Además, según el art. 72.5 LOGP, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

b) Los *permisos de salida* están regulados en el art. 47 LOGP y obedecen a dos tipos de motivo:

— En primer término, está prevista la concesión de permisos en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, salvo que concurran circunstancias excepcionales.

— También se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo y tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

c) En cuanto al *régimen disciplinario*, el Reglamento Penitenciario hace un listado de las posibles infracciones, que se clasificarán en faltas muy graves, graves y leves. Y, como sanciones, el art. 42 LOGP tipifica las siguientes:

— Aislamiento en celda, que no podrá exceder de catorce días.

— Aislamiento de hasta siete fines de semana.

— Privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses.

— Limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo.

— Privación de paseos y actos recreativos comunes, en cuanto sea compatible con la salud física y mental, hasta un mes como máximo.

— Amonestación.

— En los casos de repetición de la infracción, las sanciones podrán incrementarse en la mitad de su máximo.

d) De modo especial, debe tenerse en cuenta la *libertad condicional* (arts. 90-93 CP), que procede acordar por el Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando concurren ciertas circunstancias:

— El condenado está en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

— El condenado ya ha extinguido tres cuartas partes de la condena impuesta.

De forma excepcional, la libertad condicional también puede decretarse a pesar de no haber extinguido las tres cuartas partes de la condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo, el penado haya extinguido las dos terceras partes de su condena y merezca dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

De forma aún más excepcional, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

Además, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional. El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

— El condenado ha observado buena conducta.

De ordinario, para entender cumplida esta circunstancia es necesario que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito.

En los casos de terrorismo, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya

> colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias reglas de conducta o medidas.

La libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho periodo el reo vuelve a delinquir, o no cumple con las reglas de conducta adicionales que se le hayan impuesto, el juez revocará la libertad concedida y el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

4. LA PENA DE MULTA, LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LAS COSTAS

1º. La *pena de multa* consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria, a través del sistema de días-multa: la extensión mínima será de 10 días, y la máxima de dos años; la cuota diaria tendrá un mínimo de 2 y un máximo de 400 euros, y se fijará en la sentencia en atención a la situación económica del reo.

El condenado a pena de multa debe pagarla; de no hacerlo, no habrá ejecución dineraria, sino que el reo quedará sujeto a una responsabilidad subsidiaria, que puede consistir en su privación de libertad o, si consiente, en la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53 CP).

2º. La ejecución de la condena respecto de la *responsabilidad civil* y de las *costas* se seguirá por las reglas de la LEC; por ello, será también posible la ejecución provisional. La competencia corresponderá en todo caso al tribunal sentenciador. No obstante, como especialidad, se podrá encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria −o, en su caso, a los organismos tributarios de las Haciendas forales− el desarrollo de las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia.

5. TERMINACIÓN DE LA EJECUCIÓN

La ejecución penal termina por extinción de la responsabilidad penal y/o civil establecida en el título ejecutivo, o por anulación del título de ejecución.

a) La extinción de la responsabilidad penal se produce en los siguientes supuestos:

— Cuando el sujeto ha cumplido la condena: en tal caso, el tribunal sentenciador habrá de aprobar la libertad definitiva (en el caso de pena privativa de libertad).

— Cuando muere el reo.

— Cuando se produce la remisión definitiva de la pena, en los casos de suspensión de su ejecución.

— Cuando el reo es indultado, si el indulto es total (la regulación del indulto se contiene en la Ley Provisional de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1988, de 14 de enero).

— Cuando prescribe la pena (sin que la haya cumplido el reo, o no íntegramente: cfr. art. 133 CP).

b) La anulación del título de ejecución se produce cuando la sentencia firme es privada de eficacia: esto sucede si se estima una demanda de revisión y también si prospera un recurso de amparo.

LECCIÓN 24

LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL

1. Cuestiones generales. — 2. Fuentes normativas: especial consideración de la normativa de la Unión Europea. 2.1. Cooperación judicial penal en la UE y reconocimiento mutuo; 2.2. Instrumentos de la UE en materia de cooperación judicial penal; 2.3. Entramado orgánico. — 3. Extradición y orden europea de detención y entrega. 3.1. La orden europea de detención y entrega; 3.2. La emisión de una orden europea de detención y entrega; 3.3. La ejecución en España de una orden europea de detención y entrega. — 4. Obtención de pruebas a través de la orden europea de investigación. 4.1. La emisión y transmisión desde España de una orden europea de investigación; 4.2. Reconocimiento y ejecución en España de una orden europea de investigación.

1. CUESTIONES GENERALES

Los procesos penales tienen por definición un carácter nacional, en el sentido de que se desarrollan ante las autoridades y tribunales de un Estado concreto, con independencia de la nacionalidad de los acusados y/o de las víctimas. No obstante, la delincuencia tiene cada vez con más frecuencia carácter transfronterizo y, en todo caso, no puede ignorarse que las fronteras pueden aprovecharse por los delincuentes para tratar de eludir la persecución penal o, incluso, para «optimizar» su actuación (por ejemplo, disfrutando de sus efectos económicos).

Por eso, no resulta extraño que, para el correcto desarrollo de un proceso penal, sea necesaria la cooperación de las autoridades de otro país, para lograr objetivos muy diversos:

— A veces, se trata de obtener su ayuda para poder detener al sospechoso y ponerlo a disposición de las autoridades del Estado requirente (extradición y entrega de personas).

— En otros casos, se requiere la ayuda de las autoridades de otro Estado para acceder a fuentes de prueba (v.g., tomar declaración a un testigo que vive en el extranjero) u objetos que se encuentran en otro país (por ejemplo, las cantidades de dinero que se han obtenido con el delito, que deberían ser incautadas y decomisadas).

— También puede ser precisa la colaboración de autoridades extranjeras para el correcto desarrollo de una investigación penal (v.g., permitir que agentes infiltrados extranjeros actúen en otro país; participar en operaciones de circulación vigilada de drogas que transitan por varios países; permitir

seguimientos y vigilancias de personas y vehículos, efectuados por policías de otro Estado).

— Finalmente, la cooperación judicial internacional también puede ser necesaria para dar eficacia a sentencias penales extranjeras o a otras decisiones adoptadas por un tribunal penal extranjero (v.g., ejecutar en un país una pena de multa o una pena privativa de libertad impuesta por los tribunales de otro).

2. FUENTES NORMATIVAS: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

El sector de la cooperación judicial internacional en materia penal presenta como principal característica la dispersión y la heterogeneidad de las normas que la regulan. Lo habitual es que se trate de normas de origen supranacional pero: a) su ámbito geográfico puede ser muy variado, pues conviven tratados bilaterales junto con muchas normas multilaterales, vinculadas a ámbitos geográficos muy variados (la ONU, el Consejo de Europa y la Unión Europea, primordialmente); b) también es heterogéneo su ámbito material, pues hay normas muy generales, destinadas a dar cabida a cualquier tipo de cooperación, junto con otras que se ocupan de cuestiones muy concretas o que se aplican únicamente a ciertos ámbitos delictivos.

> Un panorama muy útil acerca de las normas aplicables por nuestros tribunales, según los diversos sectores, es el que ofrece el «Prontuario de Auxilio Judicial Internacional» (www.prontuario.org), confeccionado y puesto al día por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Justicia.

En el seno de Organización de las Naciones Unidas, hay que destacar la Convención de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, así como el Convenio de 2000 contra la delincuencia organizada transnacional. En ambos textos, vigentes para España, se definen múltiples instrumentos para la cooperación judicial penal entre las autoridades de los Estados parte.

En el contexto del Consejo de Europa, la norma más relevante (pero no la única) es el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal de 1959: este texto ha sido –y sigue siéndolo todavía en muy gran medida– la pieza clave sobre la que se han construido la praxis y la doctrina jurisprudencial españolas en materia de cooperación judicial internacional

Pero, sobre todo, ostentan la máxima relevancia las normas emanadas de la Unión Europea, debido a la progresiva asunción por su parte de competencias en materia procesal penal, de cara a la construcción del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia.

En el momento actual, la norma básica que determina las competencias de las instituciones europeas para regular en materia de proceso penal es el art. 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece lo siguiente:

> «1. La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83.
>
> El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a:
>
> a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas;
>
> b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;
>
> c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia;
>
> d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.
>
> 2. En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a:
>
> a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros;
>
> b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal;
>
> c) los derechos de las víctimas de los delitos;
>
> d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.
>
> La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.»

2.1. Cooperación judicial penal en la UE y reconocimiento mutuo

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el precepto, la UE ha optado por regular la cooperación judicial internacional tomando como premisa básica o principio estructural el *reconocimiento mutuo* de las resoluciones judiciales entre Estados miembros.

En abstracto, son dos las técnicas a través de las cuales se puede regular la cooperación internacional en materia penal: la asistencia judicial internacional «tradcicional» y el reconocimiento mutuo de resoluciones.

Lo que caracteriza a los instrumentos normativos propios de los sistemas de asistencia judicial internacional es la correlación entre una solicitud de colaboración formulada por un Estado requirente y la correspondiente decisión del Estado requerido acerca de si presta la cooperación pedida, seguida, en su caso, de la actividad necesaria para hacer efectiva la colaboración y remitir el resultado al requirente. El sistema funciona a través de «comisiones rogatorias» y se caracteriza por la existencia entre la solicitud de cooperación y la obtención de la asistencia pedida de una decisión intermedia o interpuesta: la decisión del Estado requerido acerca de si concede o no el auxilio pedido, que suele estar sujeta a la concurrencia de ciertos requisitos y a la ausencia de determinados óbices, y que otorga un cierto margen de incertidumbre (tanto en el *an*, como en el *quando*) al funcionamiento del sistema.

La regulación de la cooperación judicial a través del reconocimiento mutuo parte de una premisa diferente a la tradicional: no se trata de que el Estado requirente solicite al Estado requerido que realice una actuación en apoyo de un proceso penal que está tramitando uno de sus órganos judiciales; de forma diversa, la autoridad judicial que está sustanciando un proceso penal en el Estado de origen dicta una resolución que será, por sí misma, directamente eficaz en los demás Estados de la UE, de modo que su remisión por el tribunal emisor al tribunal del Estado requerido hará nacer en este, como regla, el deber de darle cumplimiento automático. Las tornas, por tanto, se invierten: no se trata de que sea precisa la actuación del tribunal requerido para considerar vinculante la petición del tribunal requirente, sino que la resolución del tribunal requirente habrá de ser tratada por el tribunal requerido como si la hubiera dictado él mismo u otro tribunal de su mismo Estado, de modo que lo excepcional será la denegación del cumplimiento.

El reconocimiento mutuo se asienta así en la equivalencia de decisiones como fundamento de su eficacia transfronteriza. En consecuencia, las decisiones procedentes de autoridades judiciales extranjeras han de tratarse como si se hubieran dictado en el Estado en el que se pretende que sean eficaces. Y esto significa, a su vez, que para tenerlas por eficaces y proceder a su ejecución no será preciso verificar ni el contenido de las resoluciones en cuestión, ni el procedimiento seguido para dictarlas (o, a lo sumo, que la verificación será muy limitada): como regla, ya no es precisa la actuación del tribunal requerido para considerar vinculante la petición del tribunal requirente, sino que la resolución del tribunal requirente habrá de ser tratada por el tribunal requerido como si la hubiera dictado él mismo u otro tribunal de su mismo Estado, de modo que lo excepcional será la denegación del cumplimiento

Ahora bien, lo cierto es que el desarrollo normativo real sobre la base del mutuo reconocimiento ha dado como frutos una larga lista de instrumentos jurídicos (reglamentos y, sobre todo, decisiones marco y directivas) plagados de requisitos y de óbices al reconocimiento mutuo. La experiencia práctica en la aplicación de las normas dictadas en desarrollo del principio del mutuo

> reconocimiento ha dado lugar a la búsqueda de subterfugios para evitar su aplicación a ultranza: valgan como ejemplo respecto del «buque insignia» del mutuo reconocimiento en materia penal –la orden europea de detención y entrega– los intentos del Tribunal Constitucional alemán para no entregar a sus nacionales y del Tribunal Constitucional español para no proceder a la entrega sin condiciones de quienes hayan sido condenados en rebeldía. Las precauciones normativas y los obstáculos prácticos son la muestra de que existe aún un elevado grado de desconfianza entre los sistemas jurídicos y judiciales nacionales, derivada de la heterogeneidad entre ellos, especialmente en relación con el nivel de protección que se dispensa a ciertos derechos fundamentales. Estas reticencias explican posiblemente las dificultades para extender el método del reconocimiento mutuo a otros ámbitos más sensibles y, sobre todo, ponen de manifiesto que la construcción de un espacio europeo de justicia asentado en la regla del reconocimiento mutuo solo es posible si existe un elevado grado de confianza entre los Estados implicados.

2.2. Instrumentos de la UE en materia de cooperación judicial penal

Son numerosos los instrumentos normativos emanados de la UE que regulan aspectos diversos de la cooperación judicial internacional en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea –a veces, incluso, con terceros Estados–.

Respecto de algunas materias, se ha utilizado la figura del Convenio como herramienta de regulación: además de los convenios de cooperación de la Unión Europea con Estados Unidos y con Japón, se cuenta aquí con dos Convenios básicos que pueden utilizarse para muchas actuaciones en relación con las cuales la Unión todavía no ha puesto en marcha otro tipo de normas: el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990 y el Convenio de 29 de mayo de 2000 de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea y su protocolo de 2001. Ambos toman como premisa el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa de 1959.

Existe, además, un cuerpo muy extenso de decisiones marco y de directivas utilizadas para regular diversas parcelas de la cooperación judicial internacional sobre la base del principio del reconocimiento mutuo. Se encuentran actualmente vigentes –aunque con grados muy desiguales de implementación interna– las siguientes:

— Decisión Marco 2002/584 de 13 de junio de 2002 relativa a la *orden de detención europea* y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros.

— Decisión Marco 2005/214/JAI de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de *sanciones pecuniarias*.

— Decisión Marco 2008/675/JAI de 24 de julio de 2008 relativa a la *consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal*.

— Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de *reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea*.

— Decisión Marco 2008/947/JAI de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de *reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas*.

— Decisión Marco 2009/829/JAI de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre los Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las *resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional*;

— Directiva 2011/99/UE de 13 de diciembre de 2011 sobre la *orden europea de protección*.

— Directiva 2014/41/CE de 3 de abril de 2014 relativa a la *orden europea de investigación en materia penal*.

— Reglamento (UE) 2018/1805 de 14 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento mutuo de las *resoluciones de embargo y decomiso*.

— Reglamento (UE) 2023/1543 de 12 de julio de 2023 sobre las *órdenes europeas de producción* y las *órdenes europeas de conservación* a efectos de prueba electrónica en procesos penales.

– Reglamento (UE) 2023/2844 de 13 de diciembre de 2023 sobre la *digitalización de la cooperación judicial* y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y *penales*.

– Reglamento (UE) 2024/3011 de 27 de noviembre de 2024 relativo a la *remisión de causas en materia penal*.

En nuestro país, Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea se ocupa de la trasposición y del desarrollo de las disposiciones contenidas en esas normas.

El sector de la cooperación judicial en materia penal se completa con otros textos normativos instrumentales de los anteriores, que no son *stricto sensu* manifestaciones de la aplicación del principio del mutuo reconocimiento, pero que también deben ser tenidos en cuenta a la hora de comprender la regulación europea en esta materia:

— Decisión Marco 2002/465/JAI de 13 de junio de 2002 sobre *equipos conjuntos de investigación*.

— Decisión 2007/845/JAI de 6 de diciembre de 2007 sobre cooperación entre los *organismos de recuperación de activos* de los Estados miembros en el ámbito de

seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito.

— Decisión Marco 2006/960/JAI de 18 de diciembre de 2006 sobre la simplificación del *intercambio de información e inteligencia* entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea.

— Decisión Marco 2009/315/JAI de 26 de febrero de 2009 relativa a la *organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales* entre los Estados miembros.

— Directiva (UE) 2016/680 de 27 de abril de 2016 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al *tratamiento de datos personales* por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

2.3. Entramado orgánico

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que las instituciones europeas disponen ya de un cierto soporte institucional en materia penal y procesal penal, a través de Europol, de Eurojust y de la Fiscalía Europea.

La Oficina Europea de Policía, denominada «Europol» y con sede en La Haya, fue creada en 1995 por medio de Convenio firmado por los Estados miembros de la Unión. Está dotada de personalidad jurídica y su función consiste en mejorar la eficacia y la cooperación de los cuerpos policiales de los diversos Estados miembros, para lograr una mejor prevención y represión de la delincuencia organizada internacional. Europol actúa cuando dos o más Estados miembros se ven afectados por una forma grave de este tipo de actividad delictiva. Por sí misma, Europol carece de las potestades típicas de un cuerpo de policía (como la detención de personas o la realización de registros). Su función se centra en facilitar el intercambio y el análisis de información, así como en la coordinación de operaciones policiales entre los Estados miembros. A tal fin, cada Estado miembro creará o designará una unidad nacional Europol, que será el –único– órgano de enlace entre Europol y los servicios nacionales competentes, y cada unidad enviará a Europol al menos a un funcionario de enlace, encargado de representarla.

Por su parte, Eurojust es un órgano de la Unión Europea, con sede también en La Haya, dotado de personalidad jurídica propia, creado en 2002 con el objetivo de intensificar la lucha contra la delincuencia, coordinando las actividades realizadas por las autoridades nacionales competentes para la tramitación de las diversas fases de los procesos penales. A tal fin, cada Estado miembro debe nombrar a un miembro nacional de Eurojust que tendrá la calidad de fiscal, juez o policía (siempre que tenga competencias equivalentes a las de un juez o un fiscal). Eurojust es competente por lo que se refiere a las investigaciones y las actuaciones penales, siempre que se trate de la persecución

de formas graves de delincuencia que afecten al menos a dos Estados miembros. Para ello, se encarga de promover la coordinación entre las autoridades competentes y, con ello, de facilitar la aplicación de los instrumentos de cooperación judicial internacional. De forma más específica, puede solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros que incoen un proceso penal o que creen un equipo conjunto de investigación.

Finalmente, en 2017 se aprobó el Reglamento 2017/1939 por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, cuya entrada en funcionamiento se ha producido en junio de 2021. Según se ha visto ya en la lección 5, la Fiscalía Europea es competente para la investigación y la acusación de una serie limitada de delitos, centrados por el momento en aquellos que atentan contra los intereses financieros de la Unión Europea. La Fiscalía está organizada de forma jerárquica pero parcialmente descentralizada, con Fiscales Europeos Delegados en cada Estado miembro que asumen directamente las tareas de dirección de la investigación y de acusación penal en su territorio. La Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio establece, entre otros extremos, las especialidades del procedimiento cuando la persecución del delito corresponde a la Fiscalía Europea.

3. EXTRADICIÓN Y ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

El supuesto más habitual en que resulta procedente la cooperación judicial internacional se produce cuando el sujeto pasivo del proceso penal se ha colocado fuera del alcance de la autoridad judicial que tiene abierta la causa contra él y se encuentra en el territorio de otro Estado. La misma necesidad se plantea cuando ha sido ya condenado y la fuga se ha producido con el objeto de eludir el cumplimiento de la pena que se le haya impuesto.

En estos casos, resulta procedente acudir a la institución de la extradición, de modo que la persona sea detenida en el Estado en que se encuentre y entregada a las autoridades del Estado que la requiere.

Se habla de extradición activa para hacer referencia a la solicitud que formula la autoridad que tiene abierto el proceso penal o pendiente de ejecución la sentencia de condena, para conseguir que la autoridad del Estado donde se encuentre la persona investigada, acusada o condenada proceda a entregársela. Y se habla de extradición pasiva para designar el conjunto de actividades que deben realizar las autoridades del Estado en que se halla un sujeto cuya entrega es reclamada por las autoridades de persecución penal de otro país.

Son muchos los tratados y convenios, tanto bilaterales como multilaterales, que se ocupan de regular la extradición.

> En defecto de tratado, la extradición activa está regulada en nuestro ordenamiento por la propia LECrim (arts. 824 a 833), en unos términos bastante arcaicos.

Para la extradición pasiva –también en defecto de tratado– resulta de aplicación la Ley 4/1985 de Extradición Pasiva, que determina las condiciones a las que está sujeta la entrega de personas por parte de las autoridades españolas, cuando les es solicitada por autoridades extranjeras. Así, por ejemplo, se establece que se rechazará en todo caso la extradición de españoles, la extradición para la persecución de delitos que tengan previstas penas leves o la extradición para la ejecución de condenas dictadas en rebeldía, salvo que se ofrezcan garantías de celebración de un nuevo juicio; tampoco habrá extradición por delitos políticos, o en infracción del principio *non bis in ídem*; y es necesaria, en todo caso, la doble incriminación (es decir, que la conducta por la que se reclama al sujeto o por la que se le condenó esté tipificada también con arreglo a nuestra legislación penal). La LEP también regula el procedimiento que debe seguirse cuando se formula una petición de extradición a las autoridades españolas, con una singularidad: interviene en primer término el Gobierno, para efectuar una especie de «filtro», que tiene un contenido mucho más político (de «conveniencia» u «oportunidad») que jurídico; solo si el Gobierno consiente en la tramitación de la extradición, seguirán las actuaciones en manos de los jueces (en concreto, los jueces de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia y, sobre todo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

3.1. La orden europea de detención y entrega

Con la finalidad de simplificar y acelerar los trámites de la extradición y, sobre todo, con el objetivo de eliminar la injerencia del poder ejecutivo en este ámbito, la Unión Europea diseñó en 2002 la llamada *«orden europea de detención y entrega»*, conocida habitualmente también como *«euro-orden»*. Esta figura, si se cumplen sus requisitos de aplicación, sustituye a la extradición. Dado que se funda en el principio del reconocimiento mutuo, el esquema de funcionamiento es el siguiente: la autoridad judicial de un Estado emite una orden europea de detención y entrega y se la remite directamente –sin pasar por el Ministerio de Justicia– a la autoridad judicial del Estado donde dicha persona se encuentre; la autoridad que recibe la orden europea debe darle cumplimiento, como si la hubiera dictado otro tribunal de su propio país, de modo que ha de proceder a la detención y a la entrega del sujeto afectado, salvo que concurra alguna de las causas legalmente previstas para rechazarla. Hay que destacar, en todo caso, una serie de elementos clave en el sistema, que aspiran a diferenciarlo del clásico esquema de la extradición:

— Se trata de un sistema de cooperación directa entre autoridades judiciales, en la que no puede intervenir el Poder Ejecutivo, de modo que la entrega se supedita únicamente a criterios jurídicos, no a criterios políticos.

— Aunque se mantiene una lista relativamente amplia de motivos para denegar la ejecución de una orden europea de entrega, desaparecen algunos de ellos que son habituales en las extradiciones clásicas, como los relativos a los delitos políticos o a la entrega de nacionales propios (que, a lo sumo, faculta al

Estado de ejecución para condicionar la entrega a que se den garantías suficientes de que la persona sea devuelta al Estado de su nacionalidad o al de su residencia para cumplir allí la pena o medida de seguridad que se le impusiere).

— Respecto de treinta y dos categorías delictivas (enunciadas en el art. 20.1 LRM) se suprime el control de doble tipificación o doble incriminación (siempre que se superen unos umbrales punitivos según la legislación del Estado de emisión de la orden): para un amplio elenco de delitos el Estado de ejecución de la orden no podrá oponerse a la entrega de la persona reclamada con el argumento de que el hecho no está tipificado como delito en su ordenamiento o que no supera un cierto umbral punitivo. Fuera de estas categorías delictivas, la doble tipificación se configura como una causa de denegación facultativa y, por tanto, se deja a la decisión del Estado de ejecución de la orden decidir si rechazar o no la entrega por este motivo.

— El procedimiento de entrega se agiliza, pues la remisión directa entre autoridades judiciales evita la intermediación de autoridades centrales. Además, se establecen unos plazos que pueden considerarse breves para que el Estado de ejecución decida si entrega o no a la persona reclamada, y para proceder a la entrega en sí. En concreto, si hay consentimiento en la entrega, la decisión ha de adoptarse en los diez días siguientes a la prestación del consentimiento y si no hay consentimiento, en los sesenta días siguientes a la detención (art. 54 LRM). En uno y otro caso, la entrega habrá de producirse normalmente en los diez días siguientes a la adopción de la decisión (art. 58.1 LRM).

La orden europea de detención y entrega, según se ha señalado antes, fue creada por la Decisión Marco 2002/584/JAI. Su trasposición a nuestro ordenamiento se contiene en la actualidad en la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, especialmente en los arts. 34 a 62.

En concreto, la orden de detención europea se define como la resolución judicial 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 o bien para el ejercicio de acciones penales (es decir, en el contexto de un proceso penal en fase de instrucción o de juicio oral) o bien para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores (art. 30 LRM).

La orden europea contendrá la información siguiente (art. 36 LRM): a) La identidad y nacionalidad de la persona reclamada; b) El nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial que emite la orden; c) La indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza; d) La naturaleza y tipificación legal del delito; e) Una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada; f) La pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de

penas que establece la legislación para ese delito; g) Si es posible, otras consecuencias del delito.

> Para que todas las órdenes europeas sean homogéneas existe un formulario común para todos los Estados miembros de la UE.

A partir de esta definición, es preciso distinguir entre lo que deben hacer las autoridades españolas para emitir una orden europea y lo que deben hacer cuando reciben una orden europea procedente de una autoridad judicial de otro país de la UE.

3.2. La emisión de una orden europea de detención y entrega

En España, la emisión de la euroorden es función que compete a cualquier juez o tribunal que conozca de un proceso penal, en el que, a su vez, resulte procedente tal clase de órdenes (art. 35.1 LRM). Cualquier juez o tribunal penal puede ostentar así la condición de «autoridad judicial de emisión», si se dan las circunstancias que permiten, de oficio o a instancia de parte, dictar una orden europea.

En concreto, se puede dictar una orden europea de detención y entrega en alguna de las dos siguientes situaciones (art. 37 LRM):

a) Para proceder al ejercicio de acciones penales, es decir, para hacer posible la persecución delictiva, siempre que se trate de hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses –, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo–. Será necesario, además, que concurran los requisitos previstos en la LECrim para acordar el ingreso en prisión preventiva del reclamado (art. 39.1 LRM).

b) Para proceder al cumplimiento de una condena a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad –o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo–. Será preciso, igualmente, que no sea posible la sustitución ni la suspensión de la pena privativa de libertad a que haya sido condenado el reclamado (art. 39.2 LRM).

Si se da alguna de estas circunstancias se emitirá una euroorden y se enviará a la autoridad competente del lugar donde se sospecha que se encuentra el sujeto buscado. En defecto de lo anterior, se incluirá una descripción de esa persona en una base de datos especial, llamada «Sistema de Información de Schengen» (SIS/SIRENE), que activa una especie de orden de busca y captura en todos los Estados miembros (art. 40 LRM).

En general, si la orden se emitió para el ejercicio de acciones penales, una vez que el reclamado sea puesto a disposición de la autoridad judicial emisora se celebrará una comparecencia («vistilla») para decidir si se adoptan o no medidas cautelares respecto del reclamado. Si se acuerda la prisión provisional habrá que

deducir del período máximo de duración cualquier período de privación de libertad que haya sufrido el reclamado derivado de la ejecución de la orden europea de detención y entrega (art. 45.1 LRM).

> Es posible, además, que la autoridad de ejecución condicione la entrega de un nacional o residente suyo a que sea devuelto al Estado de ejecución para el cumplimiento de la pena que pudiera imponérsele en España: en tal caso, tras oír a las partes, el juez o tribunal habrá de decidir si acepta o no la condición (art. 44 LRM); en caso de aceptar el compromiso, la decisión será vinculante para todas las autoridades judiciales que, en su caso, resulten competentes en las fases ulteriores del procedimiento penal español.

Si la orden se emitió para el cumplimiento de una pena privativa de libertad, en cuanto el reclamado le sea entregado la autoridad judicial de emisión acordará su ingreso en prisión. También en este caso se deducirá del período total de privación de libertad que haya de cumplirse en España cualquier período de privación de libertad derivado de la ejecución de una orden europea de detención

3.3. La ejecución en España de una orden europea de detención y entrega

En España, la competencia para ejecutar una orden europea de detención y entrega está centralizada y recae exclusivamente en los jueces de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia (art. 35.2 LRM).

> La única excepción se plantea cuando el reclamado sea un menor, en cuyo caso la competencia corresponderá a los jueces de la Sección de Menores del Tribunal Central de Instancia.

En general, si el delito en relación con el cual se emitió la euroorden pertenece a alguna de las 32 categorías contempladas en el art. 20 LRM y la pena prevista en el Estado de emisión de la orden tiene una duración máxima de al menos tres años, la entrega no estará supeditada al control de doble tipificación de los hechos (art. 47.1 LRM). Si no se cumplen estas condiciones, el tribunal español de ejecución podrá supeditar la entrega al requisito de que los hechos sean constitutivos de un delito conforme a la legislación española, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo, siempre que estén castigados con pena de prisión cuya duración máxima exceda de doce meses o, si se trata del cumplimiento de una pena, siempre que esta no sea inferior a cuatro meses de privación de libertad (art. 47.2 LRM).

> Cabe deducir de lo anterior que no se ejecutará una orden europea para perseguir delitos, sea cual sea su calificación, que estén castigados con una pena de prisión cuyo máximo no exceda de doce meses.

Recibida la orden europea, el juez de instrucción del Tribunal Central de Instancia habrá de verificar si concurre o no algún *motivo para denegar su ejecución*.

a) Algunas causas de denegación son obligatorias, esto es, no admiten margen discrecional alguno. Se trata de las siguientes:

— La infracción del principio *non bis in ídem*, algo que puede suceder cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, cuando se haya acordado el sobreseimiento libre en España por los mismos hechos, cuando sobre la persona reclamada 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 [arts. 32.1 a) y 48.1 b), c) y d) LRM].

— La prescripción del delito o de la pena, con arreglo a Derecho español, siempre que la orden se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento también sean o hubieran sido competentes las autoridades españolas [art. 32.1 b) LRM].

— El formulario o el certificado que ha de acompañar a la solicitud está incompleto o es manifiestamente incorrecto, siempre que no se haya subsanado el defecto [art. 32.1 c) LRM].

— Existe una inmunidad que impida la ejecución de la resolución [art. 32.1 d) LRM].

— La persona reclamada ha sido indultada en España de la pena impuesta por los mismos hechos en que se funda la orden, siempre que el delito también hubiera sido perseguible por la jurisdicción española [art. 48.1 a) LRM].

— La persona reclamada es menor de edad penal con arreglo al Derecho español [art. 48.1 e) LRM].

— La sentencia para cuya ejecución se pretende la entrega ha sido dictada en ausencia del acusado, siempre que esa ausencia no le sea atribuible en los términos definidos por los arts. 33 y 49 LRM.

b) Las restantes causas de denegación, en cambio, son facultativas, lo que significa que corresponde al juez de instrucción del Tribunal Central de Instancia decidir en cada caso si con base en ellas deniega o no la ejecución. Son las siguientes:

— La ausencia de doble tipificación, en los términos antes señalados (arts. 32.2 y 47.2 LRM).

— Los hechos se han de considerar cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español: la denegación, en este caso, comporta la inmediata apertura de una causa penal en España (art. 32.3 LRM).

— La litispendencia, esto es, que la persona reclamada ya esté sometida a un procedimiento penal en España por el mismo hecho que haya motivado la orden europea de detención y entrega [art. 48.2 a) LRM].

— La orden europea se ha 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. Si se deniega la ejecución por este motivo, la persona reclamada deberá cumplir la pena en España [art. 48.2 b) LRM].

— La orden europea se refiere a hechos cometidos fuera del Estado emisor y el Derecho español no permita la persecución de dichas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio [art. 48.2 c) LRM].

c) También existen unos motivos de condicionamiento de la entrega, que se puede supeditar al cumplimiento de ciertas garantías por parte de la autoridad de emisión.

— Si la infracción en que se basa la orden está castigada con prisión perpetua, la ejecución por la autoridad judicial española estará sujeta a la condición de que el Estado miembro de emisión tenga dispuesto en su ordenamiento una revisión de la pena impuesta o la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con vistas a la no ejecución de la pena o medida (art. 55.1 LRM).

— Si la persona reclamada a efectos de entablar una acción penal fuera de nacionalidad española o residente en España, su entrega se podrá supeditar, después de ser oída al respecto, a la condición de que sea devuelta a España para cumplir la pena o medida de seguridad privativas de libertad que pudiere pronunciar en su contra el Estado de emisión (art. 55.2 LRM).

d) La decisión de entrega puede quedar suspendida si la persona reclamada tiene algún proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto del que motive la orden europea: en tal caso, se acordará cumplimiento a la orden, pero se podrá suspender la entrega hasta la celebración de juicio o hasta el cumplimiento de la pena impuesta. Ahora bien, si así se lo pide la autoridad judicial de emisión, la autoridad española acordará la entrega temporal de la persona reclamada –en tal caso, se formalizarán entre ambas autoridades unas condiciones que tendrán carácter vinculante para todas las autoridades del Estado miembro emisor (art. 56 LRM).

En cuanto al *procedimiento* para articular la ejecución de una orden europea, cabe imaginar dos supuestos, en función de que el Estado de emisión incluyera la orden en el Sistema de Información Schengen (SIS/SIRENE) o no. En el primer caso, es posible que la policía española la detenga *motu proprio* y la ponga a disposición del juez de instrucción del Tribunal Central de Instancia. En

el segundo caso, será el juez de instrucción que reciba la euroorden quien ordene a la policía proceder a su detención.

Una vez esté a disposición del juez, el reclamado detenido será informado de la existencia de la orden europea de detención y entrega, de su contenido, de su derecho a designar a un abogado en el Estado emisor – 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 los derechos que le asisten (art. 50.3 LRM).

Tras este primer acto de información, y en el plazo máximo de 72 horas desde la puesta disposición judicial, se celebrará la audiencia del reclamado detenido (art. 51 LRM), con asistencia del fiscal y del abogado de aquel. En esta audiencia se decidirá también sobre la situación personal del detenido (art. 53 LRM) –esto es, funciona a modo de «vistilla»–. En primer lugar, se oirá a la persona detenida sobre la prestación de su consentimiento irrevocable a la entrega; si fuera español o residente en España, se le oirá también sobre si solicita ser devuelto a España para cumplir la pena privativa de libertad que pudiera pronunciar en su contra el Estado de emisión. Si la persona detenida consintiera en su entrega, se comprobará antes que nada si el consentimiento es libre y con pleno conocimiento de sus consecuencias y de su carácter irrevocable. De ser así, si el juez de instrucción del Tribunal Central de Instancia no advierte causas de denegación o condicionamiento de la entrega, acordará mediante auto su entrega al Estado de emisión. Contra este auto no cabrá recurso alguno.

En caso de que no haya consentimiento, el juez de instrucción del Tribunal Central de Instancia convocará a las partes para la celebración de una vista, en la que podrán practicarse los medios de prueba admitidos relativos a la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega. Al término de la vista, el juez decidirá por medio de auto si acuerda o no la entrega. Su decisión será directamente apelable ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Una vez acordada la entrega, la autoridad española encargada de ejecutar la orden, deberá realizarla en el lugar y fecha fijados y comunicados a la autoridad judicial de emisión, en un plazo que como regla general no podrá ser superior a diez días (art. 58.1 LRM). Transcurridos los plazos máximos de entrega sin que la persona reclamada haya sido recibida por el Estado de emisión, debe ser puesta en libertad (o se le impondrán otras medidas asociadas a otros procesos penales pendientes en España), lo que no será óbice para que posteriormente pueda emitirse –y ejecutarse– una nueva euroorden por los mismos hechos (art. 58.5 LRM).

4. OBTENCIÓN DE PRUEBAS A TRAVÉS DE LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN

Otro de los sectores en que más visibles resultan los avances derivados de la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea es el de la obtención de pruebas penales en el extranjero. El instrumento específico para canalizar la solicitud y la obtención de pruebas es la llamada «orden europea de investigación», creada por la Directiva 2014/41 de 3 de abril de 2014 y desarrollada a nivel interno en los arts. 186 a 223 LRM.

Una orden europea de investigación es una resolución penal que emite o valida la autoridad competente de un Estado miembro y que puede perseguir alguno de los siguientes objetivos:

— Solicitar la realización de una o de varias medidas de investigación en otro Estado miembro conducentes a la obtención de pruebas para usarlas en un proceso penal: se les pide a las autoridades de otro Estado que lleven a cabo una o varias diligencias de investigación, para incorporar sus resultados a un proceso penal nacional en el que poder usarlas como pruebas válidas.

— Solicitar a las autoridades de otro Estado miembro que le remitan pruebas o diligencias de investigación que ya obren en su poder: en este caso no es necesario que se lleven a cabo diligencias de investigación, pues las fuentes de pruebas ya están en manos de las autoridades de otro Estado miembro, de modo que solo se necesita que se remitan para poder usarlas como pruebas válidas.

Ya se ha visto que la eficacia de las pruebas –más aún, de las pruebas de cargo– está condicionada por el modo en que se han obtenido: carecen de eficacia las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales. A través de la orden europea de investigación se articula la obtención de pruebas en un Estado para que sean eficaces en otro, asumiendo que los ordenamientos procesales de uno y otro son distintos y que, tal vez, ciertas garantías establecidas en uno de ellos para la realización de una determinada medida de investigación no se contemplan en la legislación del otro. Dado que los sistemas procesales nacionales no son uniformes y tampoco están armonizados de forma relevante, se siguen en este punto los postulados del principio de reconocimiento mutuo. En consecuencia, el art. 186.2 LRM señala que «Se considerarán válidos en España los actos de investigación realizados por el Estado de ejecución, siempre que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español ni resulten contrarios a las garantías procesales reconocidas en éste». En otros términos, como regla general se confía en que el modo de operar de las autoridades extranjeras es compatible con nuestros estándares, pero no de forma ciega: si la manera en que la prueba se obtuvo en el extranjero habría sido incompatible con nuestros principios fundamentales, esta no podrá utilizarse en nuestro proceso penal.

> El problema, por supuesto, son los límites, esto es, determinar qué se considera «principio fundamental». Está claro, por ejemplo, que no sería

aceptable en España la declaración de un testigo o de un investigado obtenida bajo tortura o tras la administración de un «suero de la verdad» en el Estado miembro en que la diligencia se llevó a cabo. Puede ser más discutible, en cambio, si sería válido lo hallado en un registro domiciliario en caso de que no hubiera intervenido en él un fedatario equivalente al letrado de la A. de J.

4.1. La emisión y transmisión desde España de una orden europea de investigación

En principio, cualquier juez o tribunal que esté conociendo de un proceso penal puede emitir una orden europea de investigación, cuando la considere necesaria. Lo habitual será que se trate de un juez de instrucción, que la necesite para el avance de la investigación. Pero tampoco cabe descartar que la orden sea emitida por un tribunal enjuiciador que haya admitido una prueba para cuya ejecución sea necesaria una orden europea (cabe pensar, sobre todo, en la declaración de testigos por videoconferencia).

La ley también permite la emisión de órdenes europeas de investigación a los fiscales –o Fiscales Europeos Delegados– en los procedimientos que dirijan, siempre que la medida que contenga la orden europea de investigación no sea limitativa de derechos fundamentales.

El juez o tribunal que esté conociendo del proceso podrá emitir, de oficio o a instancia de parte, una orden europea de investigación cuando concurran los siguientes requisitos:

a) Que la orden sea necesaria y proporcionada, teniendo en cuenta los derechos del investigado o encausado.

b) Que las medidas de investigación solicitadas se hayan acordado ya en el proceso penal español en el que se emite la orden europea de investigación y pudieran haberse ordenado en las mismas condiciones para un caso interno similar.

En relación con esto último, debe tenerse en cuenta que la orden europea de investigación no altera el catálogo de medidas disponibles: los jueces españoles solo podrán emitir órdenes europeas de investigación para la ejecución de medidas que podrían ordenar o ejecutar conforme a las disposiciones de la LECrim, pero: i) no pueden «inventar» una concreta medida para pedírsela a las autoridades de otro Estado miembro; y ii) tampoco pueden solicitar a las autoridades de un Estado miembro una medida que la legislación de ese Estado sí que permite, pero que no es posible con arreglo a nuestro Derecho.

En cualquier caso, la emisión de una orden europea de investigación se realiza cumplimentando unos formularios y certificados, en los que se especificarán todos los datos y detalles del proceso penal, de su objeto y, sobre todo, de la medida o actividad que se solicita. La orden será remitida directamente a la autoridad competente para su reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro. De hecho, justificando las razones por las que lo considera

conveniente, el juez podrá solicitar la participación en la ejecución de la orden europea de investigación de una o varias autoridades o funcionarios españoles, en la misma forma en que hubieran podido estar presentes en su ejecución en territorio nacional. La autoridad o funcionario español que participe en la ejecución de la orden europea de investigación podrá recibir directamente las pruebas obtenidas por la autoridad del Estado de ejecución, siempre que así se hubiera solicitado y lo permita el Derecho del Estado de ejecución.

De forma especial, la Directiva y la LRM contienen reglas especiales para la emisión de órdenes europeas de investigación con medidas específicas de investigación, que sirven también como catálogo o ejemplos de aquello para lo que puede utilizarse este instrumento:

— Traslado temporal a España de personas privadas de libertad en el Estado de ejecución (art. 195 LRM), para un fin distinto de su enjuiciamiento (v.g., declarar como testigo, participar en una reconstrucción de hechos).

— Organizar una comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual (art. 197 LRM), para oír al investigado o encausado o a un testigo o perito que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro.

— Obtención de información sobre cuentas bancarias y otro tipo de cuentas financieras y obtención de información sobre operaciones bancarias y otro tipo de operaciones financieras (arts. 198 y 199 LRM).

— Realización de investigaciones encubiertas (art. 201 LRM).

— Intervención de telecomunicaciones (art. 202 LRM).

— Adopción de medidas de aseguramiento de prueba o de diligencias de investigación en relación con los medios de prueba, con la finalidad de impedir de forma cautelar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como medio de prueba (art. 203 LRM).

Si la orden de investigación se lleva a término de forma eficaz en el Estado miembro requerido, las pruebas se acabarán trasladando al proceso penal pendiente en España y podrán surtir efectos en él –salvo que, según se ha visto ya, en su obtención se hayan vulnerado principios fundamentales o garantías procesales básicas con arreglo a nuestros propios parámetros.

4.2. Reconocimiento y ejecución en España de una orden europea de investigación

En caso de que la autoridad competente de otro Estado miembro necesite que se lleve a cabo en territorio español una medida de investigación, emitirá una orden europea de investigación, que remitirá a la autoridad competente en nuestro país para su recepción.

En este punto, la LRM ha establecido en su art. 187.2 el siguiente sistema:

a) Todas las órdenes europeas de investigación serán recibidas de forma centralizada por el Ministerio Fiscal, que las registrará y acusará recibo.

b) Si la orden europea de investigación no contiene ninguna medida limitativa de derechos fundamentales, el Ministerio Fiscal será competente para reconocer y ejecutar la orden europea de investigación: serán, por tanto, miembros de la Fiscalía los encargados de llevar a cabo las actuaciones solicitadas por la autoridad extranjera.

c) Si se solicita alguna medida restrictiva de derechos fundamentales, se abren dos opciones:

i) Si la medida solicitada puede ser sustituida por otra que no restrinja derechos, el Ministerio Fiscal ordenará la sustitución y se encargará de su reconocimiento y ejecución.

ii) Si la sustitución no es posible, o si se ha pedido expresamente que la ejecución se lleve a cabo por un juez, la Fiscalía habrá de enviársela al juez que resulte competente y que será:

— El juez de instrucción del lugar donde deban practicarse las medidas de investigación o, subsidiariamente, donde exista alguna otra conexión territorial con el delito, con el investigado o con la víctima. Si no hubiera ningún elemento de conexión territorial para poder concretar la competencia, serán competentes los jueces de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia.

— Los jueces de la Sección de Instrucción del Tribunal Central de Instancia, si la orden europea de investigación se emitió por delito de terrorismo u otro de los delitos cuyo enjuiciamiento competa a la Audiencia Nacional.

En virtud del principio de reconocimiento mutuo, la autoridad competente española que reciba una orden europea de investigación dictará auto –si es un juez– o decreto –si es un fiscal– de reconocimiento y ejecución de la orden, en los términos indicados en el art. 206 LRM. La decisión de reconocer y ejecutar la orden europea de investigación o, en su caso, denegar su ejecución deberá ser tomada cuanto antes y, a más tardar, en el plazo de treinta días desde su recepción por la autoridad competente.

En principio, la ejecución se hará siguiendo lo previsto en la legislación española para el desarrollo de la medida en cuestión, siempre que exista en nuestro ordenamiento y esté prevista en ella para un caso similar.

Incluso aunque las dos exigencias anteriores no se cumpliesen, la ejecución será obligatoria si se hubiera solicitado alguna de las siguientes medidas de investigación:

a) La obtención de información o de pruebas que obren ya en poder de la autoridad competente española siempre que, de conformidad con el Derecho nacional, esa información o esas pruebas hubieran podido obtenerse en el contexto de un procedimiento penal o a los fines de la orden europea de investigación;

b) La obtención de información contenida en bases de datos que obren en poder de las autoridades policiales o judiciales y que sean directamente accesibles en el marco de un procedimiento penal;

c) La declaración de un testigo, un perito, una víctima, un investigado o encausado o un tercero en territorio español;

d) Una medida de investigación no restrictiva de los derechos fundamentales y garantías procesales prevista en el Derecho español;

e) La identificación de personas que sean titulares de un número de teléfono o una dirección IP determinados.

Fuera de estos casos, si la medida de investigación solicitada no existiera en Derecho español o no estuviera prevista para un caso interno similar, la autoridad competente española ordenará la ejecución de una medida de investigación distinta a la solicitada, si dicha medida fuera idónea para los fines de la orden solicitada.

Con arreglo al principio de proporcionalidad, si el resultado perseguido por la orden europea de investigación pudiera conseguirse mediante una medida de investigación menos restrictiva de los derechos fundamentales que la solicitada en la orden europea de investigación, la autoridad competente española ordenará la ejecución de esta última. Si lo anterior no fuera posible –la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación no existe en el Derecho nacional o, existiendo, no hubiera podido ser adoptada en un caso interno similar y, además, no existe ninguna otra medida de investigación que pudiera obtener el mismo resultado que la medida de investigación solicitada– la autoridad española competente notificará a la autoridad del Estado de emisión que no ha sido posible proporcionar la asistencia requerida.

Al margen de las vicisitudes anteriores, el reconocimiento y la ejecución se denegarán o se suspenderán si concurren determinadas circunstancias.

Son causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de una orden europea de investigación las siguientes (arts. 32.1 y 207 LRM):

a) Que se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in ídem.

b) Que la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, el delito o la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español.

c) Que el formulario o el certificado que ha de acompañar a la solicitud de adopción de las medidas esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no responda a la medida, o cuando falte el certificado –una vez constatado que estos defectos formales no han sido subsanados.

d) Que exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución.

e) Que exista un privilegio procesal que haga imposible ejecutar la orden europea de investigación o normas sobre determinación y limitación de la responsabilidad penal en relación con la libertad de prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación que imposibiliten a la autoridad competente española su ejecución.

f) Que la ejecución pudiera lesionar intereses esenciales de seguridad nacional, comprometer a la fuente de información o implicar la utilización de información clasificada relacionada con determinadas actividades de inteligencia.

g) Que la resolución se refiera a hechos que se hayan cometido fuera del Estado emisor y total o parcialmente en territorio español, y la conducta en relación con la cual se emite la orden europea de investigación no sea constitutiva de delito en España.

h) Que existan motivos fundados para creer que la ejecución de la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación es incompatible con las obligaciones del Estado español de conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

i) Que la conducta que dio origen a la emisión de la orden europea de investigación no sea constitutiva de delito con arreglo al Derecho español y no esté recogida en las categorías de delitos en relación con los cuales no se permite el control de doble incriminación.

j) Que el uso de la medida de investigación indicada en la orden europea de investigación esté limitado, con arreglo al Derecho español, a una lista o categoría de delitos, o a delitos castigados con penas de a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la orden europea de investigación.

k) Que la orden europea de investigación se refiera a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea por la comisión de hechos tipificados como infracciones administrativas en su ordenamiento cuando la decisión pueda dar lugar a un proceso ante un órgano jurisdiccional en el orden penal, y la medida no estuviese autorizada, con arreglo al Derecho del Estado de ejecución, para un caso interno similar.

Y se suspenderá el reconocimiento y ejecución de una orden europea de investigación en los siguientes casos (art. 209 LRM)

a) Si su ejecución pudiera perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que se considere necesario.

b) Si los objetos, documentos o datos de que se trate están siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con este fin.

Una vez dejen de existir las causas que provocaron la suspensión, la autoridad competente española adoptará las medidas necesarias para la ejecución de la orden europea de investigación, informando sin dilación a la autoridad competente del Estado de emisión.

Si no procede denegar o suspender el reconocimiento, la autoridad competente ordenará la ejecución, que se realizará sin demora y, a más tardar, en el plazo de noventa días desde que se adopte la resolución de reconocimiento y ejecución.

Las pruebas obtenidas se trasladarán de manera inmediata a la autoridad del Estado de emisión y se indicará si deben ser devueltas a las autoridades competentes españolas tan pronto dejen de ser necesarias en el Estado de emisión (art. 211.1 LRM).

De forma singular, los arts. 214 a 223 LRM establecen reglas especiales para la ejecución de determinadas medidas de investigación, que en algunos casos representan motivos adicionales para denegar su ejecución: así sucede, v.g., si se ha solicitado el traslado temporal al Estado de emisión de una persona privada de libertad en España y esta no da su consentimiento o puede prolongar su privación de libertad; o si se pretende una investigación encubierta pero no se ha llegado a un acuerdo con la autoridad de emisión acerca de las condiciones para llevarla a cabo (v.g., acerca del status de los investigadores extranjeros).