

APROXIMACIÓN AL PROCESO PENAL

*Celso Rodríguez Padrón
Magistrado
Audiencia Provincial de Madrid*

_____o0o_____

Madrid, 2017

SUMARIO

- I. *LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL*
 - I.1 *Proceso y Procedimiento penal. Precisiones conceptuales.*
 - I.2 *Los principios del proceso.*
 - I.2.1 *La presunción de inocencia.*
 - I.2.2 *El principio acusatorio.*
 - I.2.3 *Oportunidad y conformidad.*
 - I.2.4 *“Ne bis in idem”.*
 - I.2.5 *La publicidad de actuaciones. El Secreto.*

- II. *CLASES DE PROCEDIMIENTOS PENALES.*
 - II.1 *El procedimiento ordinario (Sumario).*
 - II.2 *El llamado procedimiento Abreviado.*
 - II.3 *El juicio por delitos leves.*
 - II.4 *El proceso de menores.*
 - II.5 *El proceso ante el Tribunal del Jurado.*

- III. *LAS MEDIDAS CAUTELARES.*
 - III.1 *Cuestiones generales.*
 - III.2 *Medidas cautelares personales.*
 - La prisión preventiva.*
 - La orden de alejamiento*
 - III.3 *Medidas cautelares reales.*
 - III.4 *Medidas indeterminadas.*

- IV. *MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES*
 - IV.1 *La entrada y registro domiciliario*
 - IV.2 *Las intervenciones postales, telefónicas y telemáticas*
 - IV.3 *Los registros corporales y obtención de muestras*

- V. *LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO:
EL SOBRESEIMIENTO*
 - V.1 *Concepto y clases*
 - VI. *Efectos*

- VI. *LA PRUEBA.*
 - V.1 *Consideraciones generales sobre los sistemas probatorios.*
 - V.2 *Medios de prueba.*
 - V.3 *Valor de las diligencias sumariales.*
 - V.4 *La prueba ilícitamente obtenida.*

- VII. *LOS RECURSOS.*
 - VI.1 *Cuestiones generales.*
 - VI.2 *El recurso de apelación.*
 - VI.3 *El recurso de casación.*
 - VI.4 *Recursos contra resoluciones distintas de la sentencia.*

INTRODUCCION.

El conjunto de materias que constituyen el objeto de la presente exposición es en realidad un compendio de las bases, directrices y parámetros del proceso penal español. Cuestiones como la influencia del derecho constitucional a la presunción de inocencia, las consecuencias de la prueba ilícitamente obtenida, o el propio sistema de recursos, por no hablar del capítulo dedicado a los distintos tipos de procedimientos penales, ofrecen ya una idea de la extensión de la materia, que pasa a convertirse de este modo en un recorrido global por una de las parcelas más importantes de cualquier ordenamiento jurídico.

Estas consideraciones llevan a la clara conclusión de imposibilidad de agotamiento de los temas en una exposición como ésta, que pretende ser un mero resumen de contenidos generales; como dice su título, una mera aproximación. La extensión e implicaciones legales, doctrinales y jurisprudenciales de los diferentes aspectos que han de abordarse a propósito de cada cuestión sería objeto de todo un compendio que abarcase suficientemente la materia. Nos limitaremos por tanto, a dibujar en grandes rasgos, las cuestiones que hemos considerado esenciales para ofrecer un panorama claro sobre los principales aspectos de la materia objeto de este curso.

Como idea capital, que irá repitiéndose a lo largo de las siguientes páginas, baste resaltar el concepto de garantías. Partiendo del hecho de que el Derecho Penal es la parcela del ordenamiento jurídico que regula las conductas más graves e impone por Ley las sanciones más duras en un Estado de Derecho, es imprescindible revestir su aplicación de las garantías más firmes con la finalidad de evitar una aplicación punitiva basada en elementos de insuficiente consistencia.

Es en esta línea donde cobra plena virtualidad la teoría del garantismo penal, edificada necesariamente como complemento ineludible a la afirmación de que

"en el derecho penal, la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad".¹

En nuestro ordenamiento jurídico esta idea –ya clásica– encontró explícito reconocimiento a través del artículo 24 de la Constitución, cuando al enumerar los derechos fundamentales de los ciudadanos esencial aunque no solamente referidos al aspecto procesal, incluye el derecho al proceso “con todas las garantías”. Aunque muchos de los aspectos a los que se refiere ya venían contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el reconocimiento constitucional supuso un “plus” de exigencia reforzando la idea de que en la búsqueda de la verdad penal no todo vale.

¹ FERRAGOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1995.

I. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL.

I.1 Proceso y Procedimiento penal. Precisiones conceptuales.

El ejercicio del “*ius puniendi*” por parte del Estado es la más dura expresión del poder en un estado normal de la sociedad. Si dejamos al margen las situaciones excepcionales que pudieran ubicarse en el entorno de los conflictos bélicos o los estados de excepción, la privación a los ciudadanos de algunos de sus derechos fundamentales, como puede ser la libertad, constituye sin duda alguna, el ejercicio de autoridad más severo que puede concebirse. Naturalmente, esta manifestación del poder corresponde a la consumación por parte de los ciudadanos, de las conductas más intolerables que admite cualquier sociedad democrática: los delitos. Y por ello el marco jurídico en el que se desenvuelven las actuaciones que concluyen en la imposición de una pena, han de ser las más cuidadas.

Todas estas referencias giran en torno a dos conceptos íntimamente relacionados, pero que conviene distinguir: el proceso y el procedimiento penales, no siempre diferenciados con claridad en la práctica.²

La potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde en exclusiva a los Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial (Art. 117 CE). El proceso penal es la actividad judicial legalmente establecida para el enjuiciamiento de conductas delictivas. Esta actividad se desarrolla a través de una serie o sucesión de actos tendentes a un fin superior al de cada uno de ellos considerado en sí mismo. Como señala FENECH NAVARRO, los actos que lo integran sucesivamente, no pueden llevarse a cabo por un orden caprichoso o en el momento en que cada uno de los sujetos implicados pretendan escoger. Ha de seguirse un orden que viene predeterminado por la norma, y, precisamente, ese orden reglado es lo que constituye el procedimiento.³

I.2 Los principios del proceso.

La distinción expuesta con anterioridad no es una mera cuestión terminológica. Más allá de ello, influirá a efectos sistemáticos y de fondo, en la distinción de lo que pudieran ser principios del procedimiento penal (que inspirarían aspectos concretos de desarrollo de los actos procesales, en cuestiones como la inmediación, la oralidad, la escritura, la publicidad) y, por otra parte, los principios del proceso, que afectan directamente a las grandes directrices inspiradoras de las garantías en que se sustenta nuestro sistema punitivo a la hora de llevarlo a la práctica. A los principales de estos últimos nos referimos a continuación.

1.2.1 La presunción de inocencia.

² Puede citarse, a título indicativo, como ejemplo de esta confusión, el enfoque que lleva a cabo GOMEZ ORBANEJA, en su conocidísima obra *Derecho Procesal Penal*, (Décima Edición, Madrid, 1984) al señalar expresamente que “El proceso penal es un *proceder*, un procedimiento regulado por la ley”. Op. Cit. Pág. 2.

³ FENECH NAVARRO, Miguel: *El proceso penal*, Editorial Agesa, Madrid, 1978, Pág. 14.

El artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978, reconoce a toda persona, como derecho fundamental, el de la “presunción de inocencia”, consagrando por vez primera en la historia de nuestros textos constitucionales el más importante criterio que puede orientar la filosofía penal de un Estado democrático. La Constitución viene a plasmar, con este reconocimiento, el contenido del artículo 6.2 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, suscrita en Roma en el año 1950, que literalmente dispone que “*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”. A su vez, podemos encontrar antecedentes de este reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 (artículo 11), e incluso en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano del año 1789. No sólo estamos hablando de un principio informador del proceso penal, sino del propio Derecho Penal; pero es necesario referirnos a él por los efectos que despliega en el seno del proceso.

Conviene concretar, en el proceso, a qué conduce este reconocimiento general.

A) *Naturaleza Jurídica*. En primer término conviene precisar que el término “presunción”, que como vemos, utilizan los textos internacionales de Derechos Humanos que acabamos de citar, no se ajusta a lo que ha supuesto en la práctica la aplicación jurídica de este derecho. Pese a que el Tribunal Constitucional español haya llegado a calificar este criterio informador de la presunción de inocencia como una presunción jurídica “*iuris tantum*”, hemos de reconocer que el derecho fundamental que comentamos va más allá de las meras presunciones; se convierte en una verdadera garantía, una afirmación contundente a favor del imputado penal, para cuya destrucción, como veremos, se necesita una firme y completa actividad probatoria en contrario, que destruya sin género de dudas la protección constitucional apriorística. Es una auténtica “verdad” jurídica, aunque sea de modo eventualmente interino.

Su vigencia concluye con la sentencia, siempre que ésta se haya dictado sobre los elementos que hemos anunciado con anterioridad, por lo cual hasta ese momento (y sin perjuicio incluso de los recursos que con posterioridad quepa interponer) es un derecho fundamental que blindo a toda persona contra la consideración de culpable. A este enfoque responde la doble vertiente de la presunción de inocencia: ha de concebirse a lo largo del proceso como una regla de tratamiento en virtud de la cual el imputado tiene derecho a recibir la consideración y el trato propio de un “no autor”; asimismo es una regla de juicio (STC 128/1995, de 26 de julio). Como regla de juicio la presunción de inocencia despliega sus efectos en el momento de la valoración de la prueba, cobrando en este ámbito importante relevancia las teorías elaboradas en el seno de la jurisprudencia anglosajona y del garantismo penal.

De esta doble consideración se derivan consecuencias no sólo procesales. Al margen de la inmediata proyección de este derecho en el seno del proceso penal, también los textos sustantivos, y en particular el Código Penal, vienen obligados a respetar en su configuración, la “naturaleza inocente” de toda persona mientras no se pruebe lo contrario.⁴

⁴ En tal sentido puede consultarse el catálogo crítico de delitos que en el anterior Código Penal Español colisionaban con este planteamiento en el estudio de VAZQUEZ SOTELLO, José Luis: *La presunción de inocencia*, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1992, V, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

B) *Diferencia con otros conceptos*. Por otra parte, conviene separar este principio/derecho del conocido como “*in dubio pro reo*”. Este es una derivación moral de la equidad, que impone, en aquellos casos en los que el Juez o Tribunal no ha alcanzado la seguridad suficiente como para fundamentar un pronunciamiento de condena, después del desarrollo del oportuno proceso, con una normal práctica de prueba, pero que aún así, no logra formar una clara convicción. En este caso no estamos ante insuficiencia de prueba, sino ante el producto de la duda. No estamos ante un derecho constitucional que pueda invocarse o reclamarse con respaldo normativo. La diferencia, sobre todo a efectos de posibles recursos de amparo constitucional, es importante.

C) *Traducción práctica*. Tras las consideraciones anteriores, la concreción práctica de este derecho constitucional, que también participa de la condición de principio inspirador del proceso penal, ha de analizarse centrándonos en la necesidad de que para la obtención de un pronunciamiento de condena en un proceso penal, se lleve a cabo una prueba suficiente para destruir el respaldo de inocencia.

Requisitos de esta actividad probatoria.- La suficiencia (algo más que “mínima actividad” como dice el Tribunal Constitucional). La constancia en el proceso. La licitud. La práctica en juicio con todas las garantías. La expresión en la sentencia de manera motivada (razonada en Derecho).

1.2.2 El principio acusatorio.⁵

A) *Consideraciones generales*. Partiendo de la posición de imparcialidad que caracteriza a los miembros del Poder Judicial a la hora de ejercer su función de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, el proceso debe acomodarse a la salvaguarda de esa posición. En el proceso civil, el Juez debe situarse en una posición equidistante de las distintas pretensiones en litigio. En el proceso penal, debe estar también en una posición que le permita enjuiciar la pretensión punitiva del Estado, que se canaliza a través de la sanción penal de legalidad, y las pretensiones del imputado, en ejercicio de su legítimo derecho de defensa. El principio acusatorio, como uno de los pilares en que descansa el proceso penal, contribuye en buena medida al alcance de estos planteamientos.

Por otra parte, la evolución de los sistemas penales nos ha ido llevando desde un proceso de modelo inquisitivo al modelo acusatorio. En el primero, propio de una tradición medieval, no se requiere la existencia de un acusador para el inicio del proceso; los principios de escritura y secreto resultan dominantes; es legítimo el uso del tormento para obtener la confesión del reo. Por el contrario, en el principio acusatorio, el Juez no puede imponer condena alguna sin la existencia de acusación, el principio de oralidad cobra especial importancia –pese a la documentación escrita de las actuaciones- y no se puede establecer el secreto de las actuaciones más que en supuestos excepcionales y con limitación temporal. Entre ambos sistemas, bien es cierto que se sitúa el llamado acusatorio-mixto, o formal, que actualmente es el que preside el proceso penal español, y al que dedicaremos las siguientes líneas.

⁵ Vid. GOMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1984, Pág. 121 y ss. CABEDO NEBOT, Ricard: *Ley de Enjuiciamiento Criminal, comentarios y jurisprudencia*, Editoriales de Derecho Reunidas, comentarios al art. 733.

B) *Notas características.*- La vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (texto de 1882, con posteriores reformas) encomienda al Juez una posición imparcial que, por lo tanto deriva, por cuanto afecta a la definición de posiciones que impone el principio acusatorio en las siguientes características:

- Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez (Ministerio Fiscal, Acusación particular, Acción popular).
- División del proceso en dos fases distintas: la instrucción y el enjuiciamiento, sin que pueda corresponder al mismo órgano judicial el desarrollo de ambas fases.
- Relativa vinculación del tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes.

El principio acusatorio puede definirse genéricamente sobre la exigencia de una acusación procedente de persona distinta al titular de la potestad judicial, que al propio tiempo le sirve de límite. Tiene para su correcto desarrollo, diferentes implicaciones: en relación con su condición de requisito para la apertura del juicio oral; en relación con el ejercicio del derecho de defensa por el acusado en base a unos hechos concretos y conocidos debidamente; en relación con los límites que impone al tribunal a la hora de dictar condena; o en relación con la vinculación del tribunal a los hechos y no tanto a las calificaciones jurídicas. Nos referimos tan sólo a algunas de estas cuestiones.

El Tribunal Constitucional ha dedicado buen número de sentencias a la delimitación de este principio, como consecuencia del análisis de varios de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24: la proscripción de la indefensión, el derecho de defensa, o el derecho a conocer la acusación.

De las tres características generales enunciadas, la segunda es la que más atención ha merecido en su doctrina, que encuentra desarrollo en múltiples sentencias, entre las que cabe resaltar la 145/1988, de 8 de agosto, al declarar inconstitucional la acumulación de funciones que se venía ejerciendo en los procesos derivados de la Ley 10/1980, al amparo de la cual el mismo Juez de instrucción celebraba juicio oral por delitos castigados, como máximo, con pena de prisión hasta seis años. Según esta doctrina, el contacto que ha tenido el Juez a lo largo de la fase de investigación preliminar al juicio, con las partes, los medios de acreditación de los hechos, e incluso su toma de postura a la hora de acordar determinadas medidas cautelares, puede perjudicar “a priori” su absoluta imparcialidad, requisito imprescindible para llevar adelante un juicio con todas las garantías. En términos prácticos, esta doctrina condujo a la creación de órganos distintos de enjuiciamiento para los entonces llamados delitos menores, puesto que para los delitos de pena más elevada ya se producía la división de funciones. La participación de un Magistrado que haya sido instructor de la causa, en el tribunal que tenga competencia para juzgarla, produciría, sencillamente, la nulidad de esa sentencia.

A diferencia de cuanto sucede para que se inicie un proceso penal (que puede comenzar en base a una mera denuncia), ningún Juez o Tribunal puede acordar la apertura de la fase de juicio oral sin que se sustente formalmente acusación. Esta acusación se fundamenta obligatoriamente en unos hechos, que deben ser conocidos por el imputado, a fin de permitirle que articule su defensa. Y el relato fáctico por el que se considera que alguien ha cometido un delito, constituye ciertamente el objeto del proceso. Los hechos son esenciales.

Por cuanto se refiere a esta “vinculación” del tribunal con los hechos y las pretensiones, hemos de añadir (como detalladamente argumentan, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 28 de febrero y 7 de marzo de 1991) que los tribunales penales españoles, no pueden castigar en sus sentencias por delito más grave que el que haya sido objeto de acusación (aunque sí puedan hacerlo por delito “homogéneo”, como señalan las STC 12/1981, de 10 de abril, y 105/1983, de 23 de noviembre); no pueden castigar tampoco infracciones sobre las que no se haya sostenido previamente acusación; no pueden imponer pena más grave que la que se haya solicitado por las acusaciones, ni pueden tampoco apreciar circunstancias agravantes que no hayan sido invocadas por la acusación en juicio.

C) *El debate sobre el alcance del modelo acusatorio.*

Al hilo de la división de funciones dentro del proceso penal, ha surgido en España, hace ya algunos años, un debate no cerrado sobre lo que algunos han llegado a concebir como el modelo de proceso penal o, cuando menos, de instrucción. Gira este intercambio de pareceres en torno, esencialmente, a la bondad del sistema actual (que concede a los miembros del Poder Judicial la facultad instructora) o a la conveniencia de modificar este modelo, para residenciar en los Jueces solamente las decisiones que afecten a la limitación de derechos de las personas sometidas a una investigación penal, confiando al Ministerio Fiscal el protagonismo en la investigación y su correspondiente desarrollo instructor.

El debate cobra fuerza a raíz de la declaración en 1988 por parte del Tribunal Constitucional de la improcedencia de acumular en el Juez de Instrucción funciones de investigación y fallo, basándose en la necesidad de separar ambos tipos de facultades con el fin de garantizar la imparcialidad en la toma de decisiones. Así se aviva la discusión doctrinal en torno a los poderes del Juez de Instrucción y la posible evolución al modelo acusatorio puro, construido especialmente por la jurisprudencia de los países del *Common Law*.

No se trata solamente de separar las mencionadas funciones. En un paso más de reflexión se plantea la conveniencia de convertir al Juez de Instrucción actual en el Juez de garantías, reservándole la decisión de todas aquellas cuestiones que afecten a derechos fundamentales del imputado, pero no el impulso y desarrollo de la investigación, que se encomendaría al Ministerio Fiscal, órgano al que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución le corresponde “promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad”, y según su Estatuto Orgánico, ejercer la acusación en los procesos criminales.⁶ Dada esta función, la acumulación de los elementos fácticos que permitan evaluar el grado de culpabilidad o implicación de las personas posiblemente responsables de un delito debe realizarse por el órgano llamado a ejercer la acusación, bajo el control judicial en cuanto a la práctica de aquellas diligencias de investigación que por su complejidad puedan invadir el terreno de los derechos fundamentales.

Las primeras muestras de esta formulación procesal se tomaron con la instauración del procedimiento abreviado, encomendándose al Fiscal tareas de impulso y aportación

⁶ Algunas referencias bibliográficas en *La prisión provisional. Notas para una mesa redonda* (Gimeno Sendra, Revista Poder Judicial, Num. Especial VI, Madrid, 1989; *

de pruebas, y llegándose a facultarle tras sucesivas reformas de la Ley para que, cuando tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, practique por él mismo o a través de la policía judicial las diligencias pertinentes para la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes en el mismo. Podrá hacer comparecer ante él a cualquier persona en los términos establecidos para la citación judicial. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto tenga conocimiento de la existencia de un proceso judicial sobre los mismos hechos. (Artículo 773.2 LECrim).

Visión crítica del sistema proyectado.- Las notas características del Poder Judicial en España, la estructura de nuestra Administración de Justicia y el contraste de evidencias que la realidad cotidiana nos proporciona, facilitan la visión de este pretendido modelo desde un punto de vista crítico. En este sentido entendemos que no existen tantas razones que avalen la reforma de nuestro vigente sistema penal y demuestren superior bondad a favor del que acabamos de esbozar. Haremos seguidamente referencia tan sólo a las más llamativas.

En primer lugar tendríamos que invocar la independencia del Poder Judicial como nota a favor del protagonismo del Juez de Instrucción. Su actuación debe basarse en exclusiva, en la Ley, sin consideración a motivos de oportunidad o conveniencia. Por el contrario todos los miembros del Ministerio Fiscal están sometidos al principio de dependencia jerárquica, y el Fiscal General del Estado –con poder para impartir instrucciones concretas y generales de obligada obediencia- es designado por el Gobierno. La relación de sumisión a los intereses del gobierno por parte del Ministerio Público es algo tan contrastado en nuestra sociedad que no precisa el menor detenimiento. Y dejar, por tanto, en manos de esta iniciativa el impulso de cada proceso penal (o su archivo), se aleja tanto del principio de legalidad que desvirtúa, en nuestra modesta opinión, la fortaleza del sistema.⁷

Además nos encontraríamos con una evidente desigualdad de partes. La posición del acusado y sus posibilidades de defensa se situarían en un plano de inferioridad incontestable ante la fortaleza de la acusación pública, que tendría en sus manos la ordenación de los recursos policiales y de investigación. Por el contrario, en el sistema actual, la imparcialidad del Juez y su equidistancia entre las partes del proceso penal, es una garantía esencial para dar cumplimiento al derecho de defensa, de acuerdo con el importantísimo espíritu reflejado en el artículo 2 de la LECrim, a cuyo tenor existe la obligación en el procedimiento penal de “consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo”.⁸

1.2.3 Oportunidad y conformidad.

⁷ Pueden consultarse sobre este viejo debate, las consideraciones contenidas en el Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en sesión ordinaria de 4 de octubre de 2006.

⁸ Ya en el *Libro Blanco de la Justicia*, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en 1997 se aborda brevemente la posible reforma del proceso penal, dejando constancia resumida de los argumentos a favor y en contra del modelo acusatorio puro o del mantenimiento del mixto. Aún apostando por el primero, se hace una velada llamada de atención a la diferencia entre el “ser” y el “deber ser”. *Libro Blanco de la Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997. Pág. 232.

A) *El principio de Oportunidad*. Tradicionalmente ha venido sosteniéndose en nuestro sistema jurídico penal que el objeto del proceso, el enjuiciamiento de una conducta posiblemente constitutiva de delito, una vez que se inician las correspondientes actuaciones, es indisponible, y por lo tanto sigue su curso legal hasta que concluya por enjuiciamiento o en un archivo anterior si así lo determina el Juez competente. Hace tiempo que entró en juego, en un principio a nivel doctrinal, la consideración del llamado principio de oportunidad, que puede definirse, según los términos de GIMENO SENDRA, como la “facultad, que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”.⁹

Esta definición enlaza con otras de formulación anterior, entre las que nos permitimos destacar la de KLAUS ROXIN, que resume este principio señalando que “permite al Fiscal elegir entre accionar o archivar cuando la investigación ha puesto de manifiesto que el acusado ha delinquido con una probabilidad rayana en la certeza”.

Como fundamento de la instauración de este principio en el orden penal se acude, normalmente, al desequilibrado perjuicio que puede causar la imposición de una pena ante hechos de mínimo reproche social, la previsión de que el castigo provoque males mayores que los que podría representar su impunidad, o la consideración puntual y concreta a las circunstancias del autor o de la víctima.¹⁰

La cuestión fundamental que suscita la entrada en escena del mencionado principio es la de su más o menos fácil compatibilidad con el principio de legalidad, en el sentido tradicional de que sólo el absoluto respeto a la legalidad garantiza la correcta realización de la justicia. No olvidemos que la Constitución Española garantiza el principio de legalidad en su artículo 9, y distintos preceptos de las leyes procesales encomiendan al Ministerio Fiscal la defensa de esta actuación de legalidad. En esta aparente contradicción radica el núcleo de cualquier enfoque que quiera darse a la vigencia o no de la oportunidad como principio, incluso en la versión matizada que ha dado en llamarse la “oportunidad reglada”.

En el vigente derecho penal español puede decirse que como regla general, rige el principio de legalidad. Cuestión distinta es que en determinadas ocasiones, se viniese atenuando su rigurosa aplicación, como por ejemplo sucede mediante las formas de sustitución de las penas privativas de libertad instauradas por el Código Penal de 1995 (actualmente regulada en el artículo 80 y siguientes), cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. En tales casos, la ejecución de la condena privativa de libertad puede ser suspendida siempre que se cumplan determinadas condiciones (la más conocida es que la pena de prisión no rebase los dos años de extensión), o sustituida por la expulsión del territorio nacional para los ciudadanos extranjeros no comunitarios.

⁹ GIMENO SENDRA, Vicente: *Los procedimientos penales simplificados (principio de “oportunidad” y proceso penal monitorio)*, Revista Poder Judicial, Num. Especial II. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1987.

¹⁰ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *el principio de oportunidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal*, Revista Poder Judicial, Num. Especial VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989.

La reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, comportó también modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y a raíz de esta profunda modificación, ha visto reflejo explícito legal el principio de oportunidad en nuestro sistema penal. El vigente artículo 963 LECr contempla el llamado *sobreseimiento de oportunidad para delitos leves*. Conforme a este precepto, el Juez de Instrucción dictará el sobreseimiento de aquellas causas por delito leve a solicitud del Ministerio fiscal, cuando éste entienda que procede en atención a la muy escasa gravedad del hecho (en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas), y a la inexistencia de un interés público relevante en la persecución. Se trata de una facultad, por lo tanto, reglada, cuyas pautas de ejercicio recoge la Circular 1/2015, de la Fiscalía General del Estado en su apartado 4.2.

B) *La conformidad*. Con una clara inspiración en el proceso penal americano, se ha planteado en el Derecho Español el alcance que puede tener la aceptación por parte de un procesado por delito, de una concreta acusación, a efectos de posible minoración de la pena que en abstracto podría resultar impuesta por el Juez o Tribunal. El reconocimiento de los hechos por parte del acusado, puede hacer innecesario el agotamiento de la investigación, y a cambio, en el acto del juicio, puede prosperar una especie de acuerdo entre acusado y Fiscal, para obtener una sentencia “de estricta conformidad” sin necesidad de práctica de prueba.

En el proceso penal español, se suscitó esta cuestión con verdadera actualidad a raíz de la instauración del denominado “procedimiento abreviado”, mediante la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, por la que se crea un tipo de procedimiento penal, basado según algunos autores tan sólo en el deseo de aligerar la actividad judicial, y a través de lo que llegó a calificarse como una regulación “técnicamente lamentable”.¹¹

Así, el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconoce expresamente la figura de la sentencia de “estricta conformidad” para penas que no excedan de seis años de prisión, cuando así lo soliciten defensa y acusación antes de dar comienzo a la práctica de la prueba y con la conformidad a los hechos y a la pena por parte del acusado presente. Esta posibilidad, lo cierto es que ya constaba en el artículo 655 del mismo texto legal y referida a un momento anterior al del juicio, cual es el del trámite de calificación por la defensa, después de conocer el escrito acusatorio del Ministerio Fiscal.

C) *Relación entre ambos principios*. El enunciado de estos dos principios en el mismo epígrafe se corresponde con la concepción doctrinal que sostiene que en el Derecho Español, después de un intenso debate sobre los riesgos de renunciar a la estricta aplicación del principio de legalidad en su vertiente jurisdiccional, el principio de oportunidad se aplica mediante la institución de la conformidad.¹²

1.2.4 El principio “Ne bis in idem”.

¹¹ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: *Oportunidad y conformidad*, en “Los principios del proceso penal”, Cuadernos de Derecho Judicial V, Consejo General del Poder Judicial, 1992. Pág. 43.

¹² ARMENTA DEU, Teresa: *la reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal*, Revista Poder Judicial, Num. 58, Consejo General del Poder Judicial, 2000. Pág. 287.

VIVES ANTON da comienzo a su trabajo sobre el “*Ne bis in idem*” procesal con una invocación expresa a la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos: *Nadie debe ser obligado a poner dos veces en peligro su vida o libertad por la misma ofensa.*¹³

Aplicado al Derecho Penal –donde encuentra su principal proyección este principio- puede resumirse como aquella prohibición constitucional de juzgar dos veces a una persona con el mismo objeto. Esta garantía, que encuentra su fundamento –con carácter general- en la necesidad de respetar el principio de seguridad jurídica, remonta su origen a una especie de exigencia hacia el Estado y por tanto hacia los tribunales de Justicia: que observen rigurosamente el ordenamiento jurídico, de tal forma que no sometan a juicio a ninguna persona hasta tanto no existan elementos suficientes como para poder discutir en plenitud su responsabilidad en relación con un hecho delictivo. Por eso mismo, una vez que se ha debatido esa responsabilidad, no puede “cerrarse en falso” algo tan importante en la vida de cada uno como es el sometimiento a un proceso penal, hecho que siempre, en mayor o menor medida, estigmatiza a una persona.

Partiendo de estos fundamentos encontramos en nuestro sistema penal una institución que cumple la finalidad de este principio: la denominada “cosa juzgada”.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (de 14 de septiembre de 1882) censuraba los “escandalosos procesos que, terminando en una absolución en la instancia, ... dejaban a los procesados por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonrosa, bajo al amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día en que por malquerencia se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo. Esta práctica ... es menester que cese para siempre, porque el ciudadano de un pueblo libre no puede expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia o el egoísmo del Estado”.

Ya en el terreno de su desarrollo concreto, el artículo 666 del invocado texto procesal contempla entre las cuestiones de previo pronunciamiento al inicio del juicio (en el momento de calificación de los hechos) la cosa juzgada, de forma que el Tribunal, en los días siguientes al de su alegación, dictará resolución declarando el sobreseimiento libre de las actuaciones si considera suficientemente acreditada la identidad de hechos por los que se pretende enjuiciar al procesado que la alega, ordenando a la vez su inmediata puesta en libertad si estuviese preso.

La identidad requerida para que prospere esta cuestión ha de reunir dos vertientes: subjetiva y objetiva, eliminándose de su alcance los supuestos de concurrencia de delitos siempre que haya sido alguno o alguno de ellos juzgado separadamente.

1.2.5 La publicidad de actuaciones. El secreto.

¹³ VIVES ANTON, Tomás: “*Ne bis in idem*” procesal, en Los principios del proceso penal”, Cuadernos de Derecho Judicial V, Consejo General del Poder Judicial, 1992.

Consideraciones generales.

Con carácter general, el artículo 120 de la Constitución determina que “Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”. Previamente, en el capítulo de los derechos fundamentales señalaba el artículo 24.2 el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Partimos, por lo tanto, de esta concepción general favorable al principio de publicidad, y sin embargo, hablando del proceso penal, la realidad nos conduce a un alcance matizado de esta regla genérica, con amparo pleno en las previsiones legales, y que nos llevará al análisis del tan conocido (y a veces mal invocado) concepto de “secreto del sumario”.

El principio de publicidad de las actuaciones judiciales es una manifestación más del marco general de garantías que debe encuadrar la función judicial. Propio de siglos pasados, arrastrando una concepción medieval, el proceso era secreto, inquisitivo, y despojado de los límites y garantías que hoy en día se deducen de un ordenamiento constitucional. Esta concepción ha sido hace mucho tiempo superada, pero pervive solamente en la fase de instrucción, una orientación distinta por motivos justificables.

En realidad, el acto principal del proceso penal, que nunca podemos olvidar que es el acto del juicio, goza de toda la garantía de publicidad que proclama la Constitución y, por coherencia con ella, el conjunto de leyes orgánicas y procesales que conforman nuestro ordenamiento. Esta apertura del juicio al público, se traduce en su celebración en “audiencia pública”, y además –como expresamente señala el artículo 680 de la LECrim- supone requisito esencial de validez.

Es verdad que en determinadas ocasiones puede limitarse esta publicidad: “razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia”. Suele recurrirse a esta “celebración a puerta cerrada” tan sólo en aquellos casos en los que la protección de determinados intereses, como por ejemplo la infancia, aconsejan adoptar esta modalidad, que debe ser siempre excepcional y motivada.

Pese a todo ello debe señalarse que en los últimos años se han producido notables avances en el terreno de la publicidad del juicio, al potenciar su conocimiento a través de los medios de comunicación, que podrán tomar imágenes en directo de la propia vista y retransmitirlas, en los términos finalmente acotados por el vigente artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Previamente a la redacción de este precepto, se había instaurado una línea de verdadera apertura a raíz de las STC 56/2004 y 57/2004 (Ponente Sr. Delgado Barrio).

Referencia al Secreto del Sumario.

Toda esta doctrina que hemos predicado del acto del juicio oral, encuentra una orientación distinta por lo que se refiere a la fase de instrucción. Expresamente el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que las diligencias del sumario serán secretas (“reservadas” dice la redacción actual) hasta que se abra el juicio oral. El mismo artículo contempla sanciones para el abogado o procurador que

incumpla este deber de sigilo, y se remite también a las previsiones del Código Penal para los funcionarios públicos que quebranten tal deber.¹⁴

Modalidades y fines.- La afirmación general contenida en el precepto invocado es indicativa, por sí misma, de la obligación existente de guardar reserva sobre las actuaciones que van formando la investigación judicial. Siempre. Por naturaleza. Ahora bien: en un paso más, el artículo 302 contempla la posibilidad de que el Juez de Instrucción, declare mediante auto, total o parcialmente secreto el sumario para las partes personadas, por tiempo no superior a un mes (prorrogable). Esto es lo que habitualmente se titula secreto del sumario, olvidando casi siempre que no supone más que un secreto “reforzado” al afectar ya no sólo a la generalidad de interesados, sino más concretamente a las partes, a quienes –con la excepción del Ministerio Fiscal- no se les permite conocer las diligencias que vayan practicándose a partir del momento de la declaración añadida de secreto.

Esta barrera especial ha de responder a un fin. El hecho de que ni siquiera el imputado pueda conocer qué datos concretos van accediendo a la causa –que en la mayor parte de las ocasiones pueden perjudicarle- parece que colisiona con un planteamiento abierto del derecho de defensa. Pues bien: esta medida se adopta en interés del éxito de la investigación, al pretenderse con ella la obtención de datos, indicios y elementos que puedan conducir al pleno esclarecimiento de los hechos delictivos por los que se sigue el sumario, evitando que el conocimiento por parte de los imputados de determinadas líneas de investigación pudieran permitirles la destrucción de pruebas o su coacción, poniendo así en peligro la propia actuación de la Justicia, la reparación del daño o la satisfacción de los derechos de las víctimas. Este cúmulo de intereses se sobreponen a los que tiene la persona o personas contra quienes se va desarrollando la investigación judicial.

Ha de ser en cualquier caso, una medida de aplicación restrictiva, interpretación rigurosa y que no debe extenderse más allá de los límites materiales imprescindibles. En todo caso tiene que ser motivada. (STC 100/2002, y STS de 15.10.1999).

II. CLASES DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Actualmente existen tres cuatro principales de procesos en nuestro sistema penal: el ordinario, el abreviado, el relativo a los delitos leves, y el que se desarrolla ante el tribunal del jurado. La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla también otros procesos mucho menos frecuentes en la práctica a los que no nos referiremos: el proceso contra senadores o diputados (art. 750), el proceso por aceptación de decreto (art. 803 bis), o el procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares (art. 804).

¹⁴ Concretamente, el artículo 466 del Código Penal castiga con pena de multa e inhabilitación al abogado, procurador, Jueces, Fiscales, Secretarios, funcionarios u otros particulares que intervengan en el proceso, que revelaren “actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial”. La extensión literal (en abstracto) del precepto no puede llevar a pensar que el delito se cometa en cualquier caso por la mera difusión o comentario del contenido de una diligencia sumarial. El límite aparece doble: declaración formal de secreto, y consecuencia perjudicial para la investigación.

Estadísticamente, el procedimiento abreviado es el más frecuente en la práctica. Los delitos que se investigan y juzgan a través de sus cauces son los más cometidos (castigados con pena de prisión que tenga, como máximo, una duración de nueve años). Este procedimiento comparte con el sumario la estructura básica: una fase de investigación (a lo largo de la cual el Juez de Instrucción practica las diligencias de indagación), una fase intermedia (en la que se formaliza la acusación y se plantea la defensa), y la fase de enjuiciamiento (la celebración de la vista oral). Es importante retener este esquema básico.

II.1 El procedimiento ordinario (Sumario).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, “*Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*”.

Esta definición general resume el concepto de lo que, en abstracto, constituye una fase procesal, cual es la fase de investigación llevada a cabo por parte del Juez de Instrucción. Recordemos que en el sistema penal español, la fase de investigación o instrucción, se separa de la fase de enjuiciamiento, no sólo en cuanto a su tramitación, sino también en cuanto al órgano competente para una y otra, por aplicación de las exigencias del principio acusatorio que hemos visto con anterioridad.

Interesa resaltar este diseño ya que las llamadas diligencias de instrucción van a practicarse de idéntica forma en los principales procesos penales; lo que ocurre es que, en la práctica han dado nombre también a un tipo de procedimiento, que es el denominado ordinario.

El procedimiento ordinario es el conjunto de actuaciones practicadas para averiguar, esclarecer y enjuiciar los delitos graves de nuestro Código Penal, los que tienen aparejada pena privativa de libertad superior a nueve años de prisión.

1.- *Inicio*.- La fase de investigación (diligencias del sumario) puede comenzar en virtud de denuncia o querrela, formulada por particulares o por el Fiscal, o por otros medios de conocimiento por parte del Juez sobre la comisión de un hecho que pueda ser constitutivo de delito: atestado policial o conocimiento de oficio. La incoación del sumario se pondrá inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, a quien se notificarán a partir de este momento, todas las diligencias de investigación que se practiquen, con el fin de que pueda estar presente en ellas, y también pueda pedir la práctica de aquellas otras que considere convenientes para el debido esclarecimiento de los hechos.

2.- En la fase de instrucción son diligencias de investigación:

- la inspección ocular y reconocimiento judicial
- el interrogatorio de inculpados y testigos

- el careo
- la petición de informes periciales y policiales
- el reconocimiento en rueda
- la entrada y registro en lugar cerrado
- la intervención telefónica

Todas estas diligencias se practican ante el Juez de Instrucción, y –salvo que el sumario se declare secreto- deben contar con la asistencia de las partes (acusación y defensa), o por lo menos con la oportunidad de que las presencien. En esto ha de consistir la contradicción anticipada. Pueden ser acordadas “de oficio”, por el propio Juez, pues no podemos olvidar que el procedimiento se impulsa sin necesidad de que nadie lo pida y es el Juez de Instrucción el auténtico rector del proceso. Aunque también pueden ser –y de hecho lo son continuamente- propuestas por las partes, de modo que cuando resulten útiles, necesarias o convenientes (pues no existe un derecho indiscriminado a la prueba) el Juez acordará que se lleven a cabo (art. 311 LECr).

Estas diligencias, aunque aparecen reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con relación al procedimiento ordinario (sumario) son las mismas sobre las que se instruye el procedimiento abreviado, y presentan otra cuestión común: el plazo a lo largo del cual han de completarse. Antiguamente la propia Ley contemplaba en el artículo 324 un plazo –verdaderamente ilusorio- de un mes para la conclusión del sumario, de tal modo que si en dicho plazo no se había terminado, el Juez debía emitir un parte semanal explicativo de las razones por las que no había sido posible. La previsión era puramente testimonial. Lo cierto es que en la reforma de la LECrim lleva a cabo por la Ley 4/2015, de 5 de octubre, se otorga al artículo 324 una nueva redacción, más explícita y compleja que fija el plazo máximo ordinario de tramitación de la fase de instrucción en seis meses. Dicho plazo tiene posibilidad de verse prorrogado a instancia del Ministerio Fiscal cuando y previa audiencia de las partes cuando haya de declararse la causa compleja por circunstancias “sobrevenidas” o cuando concorra alguna de las que prevé el apartado 2 de tal precepto (organizaciones criminales, diligencias de investigación en el extranjero, gran cantidad de investigados o víctimas...). La reforma ha suscitado una intensa polémica dada la sobrecarga de asuntos que soportan los órganos judiciales y la escasez de medios con los que cuentan para el desarrollo de su función. La pretensión de un proceso sin dilaciones indebidas, dentro de un plazo razonable, es sentida por los propios Jueces con la misma intensidad que por los justiciables. La consecución de este objetivo no se logra simplemente por imposición legal.

3.- *Conclusión del sumario.*- Una vez completada la fase de investigación, en esclarecimiento de los hechos, identificación de los posibles autores, y determinación de responsabilidades pecuniarias, el Juez de Instrucción debe resolver la conclusión del sumario. Si las diligencias practicadas le han llevado a la convicción de que existen indicios racionales de criminalidad contra una o varias personas determinadas, habrá dictado contra ellas el llamado Auto de Procesamiento, que equivale a la formalización de la imputación. Si no ha llegado a esta convicción, concluirá el sumario sin procesar. Si considera que, de todo lo actuado se deduce que no existe delito, sino una simple falta, así lo declarará, comunicándoselo al tribunal competente (así se dispone todavía en el artículo 624 LECrim, aunque habrá que entender referido el concepto de “falta” al de delito leve tras la derogación del Libro III del CP por virtud de la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo).

En cualquier caso concluso el sumario, debe remitirse, con todos los objetos recogidos como piezas de convicción, a la Audiencia Provincial, donde se iniciará la llamada fase intermedia.

4.- *Fase intermedia.*- Tiene por objeto la determinación de la acusación si del resultado de las diligencias practicadas a lo largo del sumario existe base suficiente para ello. Recibidas las actuaciones en el tribunal competente, se entregan al Magistrado ponente (el que será encargado de redactar la resolución que proceda) y se concede audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes (imputado y acusación) para que aleguen lo que consideren oportuno sobre la correcta conclusión, y, en su caso soliciten la apertura de la fase de juicio oral o el sobreseimiento de la causa (su archivo). Con las alegaciones de las partes, el tribunal dictará un auto acordando el sobreseimiento o la continuación del procedimiento.

5.- *Fase de juicio oral.*- En este último caso se da traslado al Ministerio Fiscal y partes acusadoras si las hubiere, para que formulen sus escritos de acusación, en los que se concretarán los hechos por los que debe ser enjuiciado el acusado, y la pena que se solicita para él. (649 y ss LECrim). Seguidamente se dará traslado de las actuaciones y de estos escritos a la defensa, para que formule su escrito correlativo. En ambos casos se expondrán en los escritos las pruebas que proponen para el acto del juicio. Estas peticiones serán resueltas por el Magistrado ponente, que señalará la fecha del juicio oral (plenario).

II.2 El llamado procedimiento abreviado.

La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, se promulgó como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988 por la que se declara inconstitucional la acumulación en un mismo órgano judicial de las funciones de instruir y juzgar. Como en el procedimiento ordinario esta cuestión ya estaba resuelta (al instruir el Juez de Instrucción y enjuiciar la Audiencia Provincial), para los delitos castigados con pena privativa de libertad inferior a nueve años se instauró un nuevo procedimiento, denominado Abreviado, que instruye igualmente el Juez de Instrucción, pero enjuicia el Juez de lo Penal (en los casos de delitos con pena de prisión no superior a cinco años) o la Audiencia Provincial (en delitos con pena de prisión de seis a nueve años). Aparece regulado en los artículos 757 y ss de la Lecrim.

La denominación de este procedimiento indica una intención evidente de “aligerar” los trámites ordinarios de instrucción, teniendo en cuenta que los delitos propios de este cauce tienen, en muchas ocasiones, menos dificultades de tramitación. La realidad demuestra, sin embargo, que ni se ha producido un acortamiento de la duración del procedimiento, ni los delitos castigados con pena inferior son los de más fácil investigación y resolución.

A) Principios Generales.

- Es un procedimiento ordinario, no especial, con simplificación de algunos trámites, por cuanto las diligencias de investigación son las mismas que las del

procedimiento ordinario sumario y se siguen las tres fases clásicas de instrucción, intermedia y enjuiciamiento.

- Simplificación de actuaciones, pudiendo incluso en determinadas ocasiones (cuando las investigaciones policiales o del Ministerio Fiscal sean suficientes) entrar directamente en la fase intermedia (Art. 762 y ss LECrim).

- Reforzamiento del papel del Fiscal y de la Policía Judicial (Arts. 770 y 773)

B) Estructura del procedimiento.

1.- Inicio del procedimiento.- Al igual que hemos visto en el procedimiento ordinario, el llamado abreviado puede comenzar en virtud de denuncia, querrela, de oficio, o mediante las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. Las actuaciones desarrolladas en esclarecimiento de los hechos reciben el nombre de “*Diligencias Previas*”, y el catálogo de estas diligencias es el mismo que hemos señalado antes para el procedimiento ordinario. Si las actuaciones practicadas inicialmente por la Policía Judicial y plasmadas en sus correspondientes informes (llamados “*Atestados*”) resultan suficientes, el Juez puede prescindir de la práctica de nuevas diligencias, y así podrá celebrarse antes el correspondiente juicio oral, que sigue siendo la fase esencial, como en todo proceso penal.

2.- Determinación del procedimiento.- Desarrolladas las “*Diligencias previas*” que el Juez de Instrucción haya considerado necesario practicar, debe decidir si por su resultado existen o no indicios racionales de la existencia de un delito que puede atribuirse a persona determinada. Para ello dictará resolución (Auto) adoptando algunos de los acuerdos previstos en el artículo 779: sobreseimiento o archivo (provisional o libre), declaración de los hechos como delito leve (la LECr sigue hablando de “*falta*”), o calificación de los mismos en función de su gravedad.

Si acordase que se prosiga la causa por los trámites del procedimiento abreviado, dará traslado entonces de las actuaciones al Fiscal y a las acusaciones personadas para que formulen su acusación. La resolución en que se concreta este acuerdo (un Auto) debe basarse en la existencia de indicios suficientes contra alguna persona determinada de la comisión de unos hechos que aparentemente tienen caracteres de delito (con pena inferior a nueve años de prisión). En el Auto de acomodación de las diligencias previas al procedimiento abreviado el Juez de Instrucción ha de llevar a cabo una primera reflexión, un primer filtro: si de lo actuado resultan verdaderos o suficientes indicios para entender que nos hallamos ante un delito, y atribuir su comisión a persona o personas determinadas. El contenido de este auto viene determinado en la propia ley y reviste notable importancia: han de hacerse constar los hechos que resultan de la investigación, los indicios en los que se basa la conclusión judicial, y la identificación del probable autor (art. 779.1.4º). Naturalmente, como de toda resolución que se adopte a lo largo de la tramitación de la causa, se dará copia mediante la oportuna notificación a la defensa del imputado¹⁵.

¹⁵ “Imputado” era la denominación común con la que se conocía a la persona en contra de la que se tramitaba el proceso penal. 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 medidas de investigación tecnológica, modificó la expresión por la de investigado o encausado. Según su Exposición de Motivos, con el fin de evitar connotaciones negativas y estigmatizadoras en la fase previa del proceso. Técnicamente sostenemos que sí se podrá hablar de imputado desde el Auto de transformación a Procedimiento Abreviado, pues se le imputa ya un hecho concreto con indicios de delito.

Podrán pedirse entonces por parte de las partes acusadoras la continuación de la tramitación de la causa, o bien el sobreseimiento (por no quedar acreditados los hechos inicialmente perseguidos, o desconocerse quién pudiera ser su autor). Si solicitan la continuación de la causa, deben hacerlo mediante la presentación del correspondiente escrito de acusación, sobre hechos concretos y con petición de enjuiciamiento y pena. De no existir acusación, el Juez de Instrucción no podrá continuar con la tramitación de la causa.

3.- *Fase intermedia.*- Si el Juez de Instrucción considera que existen suficientes indicios de racionalidad como para proseguir la tramitación de la causa, dictará Auto de apertura de Juicio Oral, en el que debe explicitar en base a qué hechos y por qué motivos estima que resulta procedente esta continuación. Acordará en el mismo el traslado de las actuaciones, con los escritos de acusación al imputado, para que presente su correspondiente defensa. Se diferencia de la fase seguida con el mismo nombre en el procedimiento ordinario, básicamente en que en el procedimiento abreviado se desarrolla este trámite ante el mismo Juez de Instrucción.

Contra el auto de apertura de juicio oral no cabe interponer recurso alguno, excepto en lo que pueda afectar a la situación personal del (ya) acusado (art. 783.3 LECr).

4.- *Fase de Juicio Oral.*- Presentado el escrito de defensa, el Juez de Instrucción remitirá las actuaciones al órgano de enjuiciamiento, al que pasa la competencia para celebrar el juicio oral. Este órgano (Juez de lo Penal o Audiencia Provincial, en función de la pena) resolverá sobre la pertinencia de las pruebas solicitadas para su práctica en juicio, y señalará la fecha de inicio de las sesiones.

II.3 El juicio por delitos leves.

Se regula en los artículos 962 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y está destinado al enjuiciamiento de los ilícitos penales calificados como delitos leves (determinados en los artículos 13 y 33 CP). Este tipo de procedimiento es heredero del antiguo juicio de faltas, y se ve nominado a raíz de la derogación de la categoría de las faltas, que se incluían en el Libro III del Código Penal con anterioridad a la reforma operada mediante Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que las suprime.

Es un procedimiento simple y rápido, en atención a la escasa gravedad de las conductas castigadas como delito leve, para cuyo conocimiento es competente (como órgano de enjuiciamiento) el Juez de Instrucción.

Procedimiento.- Es muy sencillo. En tanto el Juez de Instrucción reciba una denuncia particular, o atestado policial (que tiene el mismo valor) y considere que los hechos a que se refieren no alcanzan la entidad de un delito grave o menos grave, sino que pueden ser constitutivos de un delito leve, dictará Auto declarándolo así, y si resulta competente por razón del territorio, señalará fecha para la celebración del juicio, comunicándoselo a las partes (denunciante, denunciado, responsables civiles y, según la materia, al Fiscal) a quienes directamente se cursarán las oportunas citaciones.

Lo esencial (en todos los procedimientos penales, pero en éste de forma más gráfica) es la celebración del juicio, que, como en los casos anteriores, es público, salvo

que, por razones de orden público, el Juez decida su celebración a puerta cerrada. Da comienzo por la lectura de la denuncia o de la querrela, y a continuación se concede la palabra, por orden, al fiscal, denunciante y abogado defensor si concurre, para el interrogatorio de las partes. Denunciante y denunciado deben acudir a juicio valiéndose de las pruebas que intenten desarrollar en defensa de sus respectivas posiciones (testigos, peritos, documentos..).

No es necesaria la intervención de abogado, salvo en aquellos casos en los que la pena prevista para el delito que provoca el juicio tenga límite máximo superior a seis meses multa (art. 967 LECr).

La sentencia que se dicte, podrá recurrirse en apelación ante la Audiencia provincial (que a estos efectos funciona con un solo Magistrado).

II.4 El proceso de menores.

Si en un Estado de Derecho, el Código Penal puede ser considerado como la norma más importante después de la Constitución, la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores de edad, ha de merecer también un examen destacado. Y ello por dos motivos evidentes. En primer término porque se trata de una norma penal que afecta a un gran número de personas. En segundo lugar, porque este colectivo, destinatario específico de la ley, presenta unas características singulares por razón de su edad: cronológicamente son muy jóvenes, intelectualmente se dice que no están maduros, y en la sociedad son objeto de enjuiciamiento muchas veces contradictorio.

Sobre esta base, sin duda alguna uno de los acontecimientos legislativos más importantes producidos a lo largo del pasado año ha sido la promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Lo primero que nos llama la atención es la disparidad de criterios que pueden contrastarse en la doctrina en torno a la filosofía y resultado de esta ley. Podemos encontrar ejemplos que traducen el articulado de la norma a una serie de alabanzas fundadas en la acomodación de dicha norma a las exigencias de las normas internacionales protectoras de los derechos del niño, en la instauración de un proceso que se inspira en principios de naturaleza educativa, y que constituye un instrumento legal adecuado para dar respuesta a cuestión de tan alta transcendencia social como es la llamada delincuencia juvenil. Frente a estos encontramos asimismo comentarios que califican la ley de “eufemismo”, atribuyendo al autor de la norma una deficiente respuesta al debate entre un verdadero modelo educativo-asistencial por una parte, y un auténtico sistema penal juvenil, alternativo y paralelo al de adultos, por otra.¹⁶ No entra en las pretensiones de estas páginas el análisis doctrinal de la filosofía de esta Ley. Baste tan sólo destacar que, dentro de sus novedades, se encuentran algunas dignas de consideración, como la introducción en nuestro sistema jurídico penal de instituciones

¹⁶ Si resultase oportuno, podría ilustrarse cada una de estas tendencias, a título de ejemplo con referencias de artículos y autores. Dentro de la primera línea doctrinal destaca el artículo de Manuel Richard González, *El nuevo proceso de menores*, Revista Jurídica La Ley, Num. 5085; en la segunda tendencia puede recomendarse la lectura del artículo de Gerardo Landrove Díaz, *La nueva Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, La Ley, Num. 5083.

como la mediación, que tal vez muestren el camino para el futuro estudio de las posibilidades de encaje que tiene, a nivel general, el principio de oportunidad, siempre en eterna disputa con los partidarios de la legalidad estricta, y cuya compatibilidad es ciertamente un tema complejo.

A) Cuestiones Generales. La mencionada Ley regula el proceso a seguir para exigir la responsabilidad penal en que incurrieren los jóvenes comprendidos entre los 14 y los 18 años por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal. Cuando el autor de tales hechos sea menor de 14 años, será puesto, en su caso, a disposición de las instituciones administrativas protectoras de los menores.

Entre sus Principios Generales, por la incidencia de la ley en la educación del menor para su corrección o reforma como objetivo esencial, hay quien llega a sostener que no estamos ante un verdadero proceso penal, sino ante un procedimiento de naturaleza especial. En cualquier caso, mantiene plena vigencia el principio acusatorio, la separación de funciones instructora y decisoria, se establece la publicidad limitada de las actuaciones (prohibiendo que los medios de comunicación obtengan datos o imágenes que puedan identificar al menor encausado), y la asistencia del equipo técnico en la tramitación del expediente es constante.

B) Tramitación.- La competencia corresponde a los Jueces de Menores del lugar de comisión de los hechos, cuyas sentencias serán recurribles en apelación ante la Audiencia provincial.

1.- *Incoación del expediente.*- El procedimiento se iniciará de oficio o mediante denuncia ante el Ministerio Fiscal de cualquier persona que tuviera conocimiento de la comisión de los hechos. El Fiscal, admitirá la denuncia a trámite si considera que los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta, y dispondrá la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para la comprobación de los mismos. Si resulta, tras estas primeras diligencias, que no revisten naturaleza delictiva o no hay autor conocido, acordará el archivo del expediente. En caso contrario, acordará la verdadera incoación, dando cuenta al Juez de Menores.

2.- *Fase de Instrucción.*- El Fiscal, por sí mismo o a través de la Policía Judicial, practicará cuantas diligencias de instrucción resulten necesarias para la completa comprobación de los hechos, delimitación de responsabilidades y establecimiento de la responsabilidad civil. Los perjudicados podrán asimismo personarse en las actuaciones y proponer la práctica de diligencias. Finalizada la instrucción, resolverá el Fiscal la conclusión del expediente, remitiendo las actuaciones al Juzgado de Menores, con un escrito de alegaciones, en el que hará constar los hechos, la valoración jurídica, la participación del menor, una reseña de sus circunstancias personales y sociales, y, finalmente, la petición al Juez de Menores de apertura de la fase de audiencia o de sobreseimiento del expediente.

3. *Fase Intermedia.*- Se dirige –como en otros procedimientos- a delimitar si existe base suficiente para la apertura del juicio oral. El Juez de Menores dará traslado de las actuaciones al menor, a fin de que en plazo de cinco días presente su escrito de alegaciones, en correlación al que ha presentado previamente el Fiscal, pudiendo también proponer las diligencias de comprobación pedidas antes y denegadas por el Fiscal. A la vista de estos escritos, el Juez de Menores decidirá la celebración de la

audiencia, el sobreseimiento de las actuaciones o su archivo o la práctica de las actuaciones antes denegadas por el fiscal y que puedan resultar relevantes para la investigación.

4.- *Audiencia.*- Si el Juez de Menores adopta esta resolución, o una vez practicadas las diligencias de investigación acordadas, se celebrará una audiencia, con publicidad restringida, que viene a desarrollarse con trámites muy similares a los del acto del juicio oral en el proceso ordinario, y con intervención obligatoria del equipo técnico (de psicólogos y asistentes sociales) que informarán sobre las circunstancias personales, familiares y sociales del menor, a efecto de las medidas pertinentes. Esta audiencia concluye con el pronunciamiento de la sentencia por parte del Juez de Menores, en la que indicará los hechos acreditados, las valoraciones jurídicas y la imposición de las medidas sancionadoras y su duración.

5.- *Ejecución de la sentencia.*- Las medidas que pueden ser impuestas por el Juez de Menores en este procedimiento se orientan a la reeducación del menor, y constituyen la principal innovación de la Ley. Se enumeran en su artículo 7, según la siguiente relación:

“1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero realizarán fuera del mismo actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

e) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

d) Internamiento terapéutico. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo.

Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

f) Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

g) Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez.

h) Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1ª Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el interesado está en el período de la enseñanza básica obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2ª Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3ª Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4ª Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5ª Obligación de residir en un lugar determinado.

6ª Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7ª Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

i) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con

otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

j) Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad. Se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor.

k) Realización de tareas socio-educativas. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

l) Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

m) Privación del permiso de conducir ciclomotores a vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

2. Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en el art. 9. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.

3. Para la elección de la medida o medidas adecuadas, tanto por el Ministerio Fiscal y el letrado del menor en sus postulaciones como por el Juez en la sentencia, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y, en su caso, de las entidades públicas de protección y reforma de menores emitidos conforme a lo dispuesto en el art. 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar la sentencia, expresando con detalle las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

II.5 El proceso ante el Tribunal del Jurado.

A) Cuestiones generales.- El artículo 125 de la Constitución española determina que los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y procedimientos que la ley determine. En desarrollo

de este precepto se promulgó la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, reinstaurando así en nuestro ordenamiento jurídico una institución que, ciertamente, encuentra poco arraigo histórico en la sociedad española.

Con esta Ley asistimos a una de las polémicas más vivas de nuestra reciente historia jurídica, siendo un síntoma elocuente de su complejidad social el hecho de que desde la Constitución tardase nada menos que diecisiete años en promulgarse la Ley. Esencialmente dos cuestiones motivaron la polémica: el modelo de jurado elegido por el legislador español (puro en lugar del escabinado) y el carácter obligatorio para los ciudadanos de formar parte del jurado (llegando a contemplar la Ley sanciones económicas para quienes eludan esta obligación sin causa debidamente justificada). Por último, se rechazó también la posibilidad de que los ciudadanos sometidos a juicio pudieran elegir entre el enjuiciamiento por jurado o por Jueces profesionales. En fin, no se trata en estas páginas de reflexionar sobre el fundamento de cada una de estas críticas; pero resulta imprescindible su constancia a la hora de abordar una institución de tanta consideración como es el tribunal popular.

B) Examen de la Ley.

1.- **Ámbito material.**- De los varios sistemas posibles con los que contó el legislador para la implantación del enjuiciamiento por Jurado, optó por el llamado sistema de lista, de modo que el proceso por Jurado tan sólo se aplica en España, según el artículo 1 de esta Ley a los delitos de: homicidio, amenazas, omisión del deber de socorro, allanamiento de morada, incendios forestales, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios e infidelidad en la custodia de documentos.

Expresamente se acogió este limitado catálogo, evitando someter al Jurado delitos especialmente sensibles en la sociedad como los relacionados con el terrorismo o la libertad sexual, por ejemplo. Tal vez con el tiempo se amplíe esta relación.

2.- **Composición del Jurado.**- El Jurado se compone de nueve miembros, y un Magistrado de la Audiencia provincial, que lo presidirá. Los jurados emitirán el veredicto declarando probados o no los hechos justiciables y expresando en base a ello la culpabilidad o no del acusado. El Magistrado redactará la sentencia con arreglo a las determinaciones que han llevado a cabo los jurados.

Podrán ser jurados los españoles mayores de edad que sepan leer y escribir, y no estén impedidos física o psíquicamente, ni hayan sido condenados por delito doloso o estén incurso en proceso penal, detenidos o presos. Otros supuestos de incompatibilidad y prohibición en función de la profesión o relaciones familiares de las personas, se contemplan en los artículos 10 y 11 de la Ley del Jurado.

Se les designa por sorteo de entre los ciudadanos que integran el censo electoral, formándose así unas listas en las Audiencias Provinciales, de las cuales se formarán los jurados para cada causa con treinta días de antelación al comienzo de juicio.

3.- Tramitación del proceso.-

A) Fase de instrucción. Da comienzo por resolución motivada del Juez de Instrucción que se encuentre ante un delito de los que corresponden al ámbito de enjuiciamiento del Jurado, “*previa valoración de su verosimilitud*” (art. 24 LJ). En la práctica, esta necesaria valoración previa de la verosimilitud, lo que provoca es que el Juez de Instrucción lleve a cabo las diligencias habituales de investigación en el seno de unas Diligencias Previas (como si de un procedimiento abreviado se tratase) y, una vez practicadas, acomoda la instrucción a los trámites del Jurado.

B) Comparecencia.- Una vez ordenada la incoación de proceso por Jurado, el Juez trasladará esta resolución al imputado, convocándole, junto con el Fiscal y las otras partes personadas, a una comparecencia cuyo objeto es concretar la imputación. Oídas las partes en esta comparecencia, el Juez decidirá la continuación del proceso o su sobreseimiento. Podrá también acordar la práctica de diligencias complementarias solicitadas por las partes. Una vez practicadas, o inmediatamente si no se practica ninguna, el Juez instará a las partes a que presenten escrito de calificación y solicitud de juicio oral, del que se dará traslado al imputado para que presente su escrito de defensa.

C) Audiencia preliminar.- Presentado el escrito de defensa, el Juez convocará a todas las partes a una Audiencia Preliminar, en la que habrá de decidirse sobre la procedencia de apertura de juicio oral, salvo que la defensa renuncie a esta audiencia. En el acto de esta audiencia, podrán practicarse diligencias propuestas por las partes “imprescindibles para la adecuada decisión sobre la procedencia de la apertura de juicio oral” (art. 31). En la práctica es lo cierto que, después de la fase de instrucción llevada a cabo por el Juez, y después de la celebración de la comparecencia de concreción de la imputación, donde las partes han podido proponer diligencias de investigación complementarias a las anteriores, esta Audiencia Preliminar es un trámite sin contenido relevante alguno, innecesario y dilatorio.

D) Apertura de Juicio oral.- Celebrada la Audiencia anterior, el Juez dictará auto de apertura de juicio oral o de sobreseimiento. En el primero determinará los hechos justiciables sobre los que estime que procede el enjuiciamiento, las personas que podrán ser juzgadas, la motivación y el órgano competente para el juicio. A la vez ordenará que se haga copia de lo más importante de las actuaciones, y la remitirá a la Audiencia Provincial. También emplazará a las partes ante el Tribunal.

E) Juicio.- Por el Magistrado Presidente se dictará Auto de hechos justiciables, en el que queda ya perfilado con carácter definitivo el contenido del juicio: los hechos y delitos sobre los que deberá pronunciarse el Jurado. Señalará también día y hora para el comienzo de juicio. Si comparecen veinte candidatos a jurado (de los previamente sorteados) se seleccionará el Jurado procediendo nuevamente a sorteo de nueve, y dos suplentes. Se les recibirá juramento de imparcialidad y secreto, y a continuación dará comienzo el acto del juicio, que se desarrolla según las normas ordinarias, salvo una introducción de las partes al Jurado, en la que expondrán sus alegaciones y la finalidad de los medios de prueba que han propuesto.

3.- Deliberación, veredicto y sentencia.-

El Magistrado-presidente, finalizado el juicio, someterá al Jurado, en párrafos separados los hechos y cuestiones que el Jurado deberá declarar probados o no, separando los favorables y los contrarios al acusado; precisará el hecho delictivo por el

que el acusado debe ser declarado culpable o no. El Jurado se retirará a una sala para deliberar, a puerta cerrada, y sin comunicación alguna con el exterior. Se necesitan siete votos para que prospere el veredicto de culpabilidad, y cinco para el de inculpabilidad. Se recogerá el veredicto en acta, redactada por el jurado, que se entregará posteriormente al Magistrado presidente, quien podrá devolverla si aprecia defectos formales. El Magistrado redactará el acta de conformidad con el contenido del veredicto del Jurado.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES.

III.1 Cuestiones generales.

La acción penal se encamina a hacer efectiva la responsabilidad del inculcado (o inculcados) mediante la actividad desplegada en el proceso. Esta actividad, entre otros aspectos, supone un conjunto de medidas en cuya virtud el sujeto pasivo del proceso penal puede ver limitada su libertad personal y el derecho de disposición de sus bienes como garantía de la eficacia de la justicia: garantía de su presencia en juicio eliminando su riesgo de fuga o destrucción de pruebas, garantía de que no atentará contra los bienes jurídicos de la víctima, y garantía de que la responsabilidad civil derivada del delito va a poder satisfacerse al evitar que “desaparezcan” los bienes del encausado. Estas medidas son la detención, la prisión preventiva, la orden de alejamiento, las fianzas y los embargos. A ellas nos referimos a continuación.

III.2 Medidas cautelares personales.

A) La Detención.

El artículo 17 de nuestra Constitución reconoce a toda persona el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad, señalando que “*Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y formas previstos en la ley*”. Posteriormente determina como plazo máximo de la detención preventiva “el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto a disposición de la autoridad judicial”. Se garantiza en este mismo artículo el derecho a ser informado de las razones de la detención, a no declarar y a la asistencia de abogado.

La detención es, por tanto, la primera de las medidas cautelares personales que cabe adoptar contra una persona a quien se imputa la comisión de un hecho delictivo, mejor dicho, de un delito, puesto que por la comisión de simples faltas no se puede detener. Puede ser practicada por cualquier persona o por los agentes de la autoridad, pero siempre en los casos determinados taxativamente por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cualquier persona puede detener (art. 490 LECrim):

1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
2. Al delincuente “in fraganti”.
3. Al que se fugare del establecimiento penal en el que estuviere cumpliendo condena.
4. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.
5. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

El particular que detuviere a otro deberá justificar haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se encontraba en alguno de los supuestos determinados en el artículo anterior. De lo contrario estará incurriendo en un verdadero delito de detención ilegal.

La autoridad o agentes de Policía Judicial tendrán obligación de detener (art. 492):

1. A cualquiera que se halle en alguno de los supuestos del artículo 490.
2. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código Penal pena superior a la de prisión de tres años (duración de la antigua “prisión menor” del CP).
3. Al procesado por delito que tenga pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial.
4. Al que, aún no esté procesado pero concurren dos circunstancias: la existencia de un hecho con apariencia y caracteres de delito y existan motivos racionales para creer que la persona en cuestión tuvo participación en él.

B) La prisión preventiva.

1. Cuestiones generales.- Es la medida más drástica que puede adoptar el Juez de Instrucción contra la persona del investigado, y que tiene por finalidad principal asegurar la presencia del mismo en juicio, evitando su fuga; también son fines legítimos de la prisión provisional el evitar la destrucción de pruebas o que el encausado atente contra bienes jurídicos de la víctima si permanece en libertad.

Su configuración, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, ha merecido múltiples pronunciamientos relativos a la motivación del auto por el que se decide, los requisitos necesarios para adoptar esta medida, el juicio de ponderación de los bienes en juego, y sus fines, y puede resumirse en el contenido de la STC (entre muchas otras) de 15.4.1996 (Sala 1ª Ponente Sr. Gimeno Sendra). Analiza la necesaria motivación de las resoluciones recurridas, en cuanto según el recurso -y como reconoce el TC- no se efectúa un minucioso análisis ni motivación de las circunstancias que respaldan en la causa la participación de la acusada en hecho punible de especial gravedad, como es exigencia formal derivada del principio de proporcionalidad constitucional. Además ha de analizarse siempre con igual intensidad la concurrencia de los dos presupuestos que, según la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional, deben concurrir en la adopción de cualquier medida cautelar: la existencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, presupuestos que deben ser examinados sin perder de vista que la adopción de esta singular medida cautelar supone una limitación particularmente gravosa del derecho fundamental a la libertad personal, lo que impone unos requisitos añadidos, determinados por la concepción de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de fines constitucionalmente legítimos. Así ha de contarse en primer lugar con la existencia de razonables sospechas de la comisión de un

delito por el eventual destinatario de la medida, el riesgo de sustracción a la acción de la justicia (ponderado en función de variados parámetros); de acuerdo con la doctrina del TEDH la intensidad del juicio de ponderación entre la necesidad de la medida y la concurrencia de estos motivos es diferente según el momento procesal en que se deba disponer o ratificar la prisión provisional, sin que deban operar como fundamentos mecánicos en cualquier caso datos como la gravedad de la pena aparejada al delito por el que se sigue la causa. Es aquí donde entran en juego necesarios elementos como la posible destrucción de pruebas, el entorpecimiento de la instrucción, el arraigo personal o el cumplimiento por parte del encausado de otras medidas cautelares de posible adopción”.

2. *Requisitos.*- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para decretar la prisión provisional serán necesarias las circunstancias siguientes:

- 1ª. Que conste en la causa la existencia de un hecho con caracteres de delito.
- 2ª. Que tenga señalada pena superior a la de prisión por tiempo de dos años, o bien aún teniendo pena inferior, cuando el Juez considere necesaria la prisión en atención a los antecedentes penales del imputado, que no pueden estar cancelados.¹⁷
- 3ª. Que se persigan, a través de esta medida, alguno de los siguientes fines: asegurar la presencia del imputado en juicio cuando pueda inferirse racionalmente riesgo de fuga; evitar la ocultación de fuentes relevantes de prueba; evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

También podrá acordarse la prisión provisional concurriendo los dos primeros requisitos contemplados en el apartado anterior, y con el fin de evitar que el inculpado cometa nuevos hechos delictivos.

En la redacción otorgada a este precepto por la reforma de 25 de noviembre de 2003, podría comentarse la “confusión” sistemática que se une en el mismo artículo al insertarse tanto los requisitos para acordar esta medida con los fines perseguidos por la misma.

3. *Procedimiento para su adopción.* Tradicionalmente, la medida de prisión preventiva (preferimos esta terminología por considerarla más acorde a su finalidad constitucional de evitar la destrucción de pruebas o la fuga del inculpado) podía ser acordada por el Juez de Instrucción cuando concurriesen las circunstancias expuestas. La Ley de Enjuiciamiento Criminal fue modificada por la Ley del Jurado, añadiéndosele el artículo 504 bis 2, en el que se traspa la iniciativa imprescindible para que el Juez pueda decretar prisión provisional al Fiscal o a la acusación particular (que en los primeros momentos del proceso normalmente no existe), de forma que, una vez puesto el detenido a disposición del Juez de Instrucción, éste, en el plazo de setenta y dos horas, salvo que decrete la libertad provisional, ha de convocar al Fiscal y al imputado a una comparecencia en la que se resolverá sobre la posible situación de prisión provisional. Si el Fiscal (o la acusación particular, en su caso) no solicitan la adopción de la medida, el Juez habrá de acordar de inmediato la libertad provisional. Hoy esta comparecencia se contempla en el artículo 505.

¹⁷ Antiguamente se contemplaban también en este supuesto de pena inferior a dos años como circunstancias justificativas de la prisión provisional las circunstancias del hecho, la alarma social producida, o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos. Hace tiempo que se han visto suprimidas de la redacción de la LECr.

4. *Límites temporales.* Según las reglas del artículo 504 de la LECrim, la situación de prisión provisional durará el tiempo “imprescindible”, reforzando con esta previsión el carácter excepcional de la medida. De forma más concreta establece este precepto que no podrá durar más de un año en caso de delito que tenga pena señalada de duración máxima de tres años. Dos años en casos de delitos que tengan señalada pena privativa de libertad superior a tres años. De todos modos, transcurridos estos plazos máximos, puede ser prorrogada, excepcionalmente por otro plazo igual concurriendo circunstancias que hagan prever que la instrucción no podrá concurrir antes, y siempre que el inculpado previsiblemente vaya a sustraerse a la acción de la justicia.

C) Las órdenes de alejamiento y protección.

El alejamiento.- Ante determinados delitos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla como medidas cautelares lo que el CP prevé como penas de posible imposición. Concretamente nos referimos a los delitos incluidos en el artículo 57 CP: homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, contra la libertad sexual... En estos casos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 544 bis LECr, tras un juicio de necesidad y proporcionalidad (“cuando resulte estrictamente necesario” dice la ley) se podrá imponer al encausado la prohibición de residir o acudir a determinados lugares, o de aproximarse a determinadas personas (a la distancia mínima que se determine en el Auto correspondiente) o de comunicarse con ellas por cualquier medio.

Siempre habrá de adoptarse esta medida previa audiencia de las partes y de forma motivada, teniendo en cuenta esencialmente dos parámetros: la necesidad y la situación tanto de la víctima del delito como del destinatario de la medida. Si se adopta y se infringe por el encausado, éste podrá incurrir en un delito de quebrantamiento de medida cautelar, del artículo 468 del Código Penal.

La orden de protección.- A raíz de las reformas introducidas en el CP y en el proceso penal tras la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, se ha visto incorporada al catálogo de medidas cautelares personales la denominada Orden de Protección, que se regula en el artículo 544 ter de la LECr. Puede ser decretada de oficio por el Juez de Instrucción o bien a instancia de la propia víctima o del Ministerio fiscal.

Dicha medida –que puede ser adoptada en el curso de la investigación de un delito de violencia doméstica o de género- exige como presupuesto que de las actuaciones resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima. Para su adopción se requiere la celebración urgente (normalmente en el servicio de guardia) de una comparecencia a la que deben acudir el Ministerio fiscal, la víctima y el presunto agresor asistido de Letrado.

El contenido y alcance de la Orden de protección es mayor que el de la medida de alejamiento. Confiere a la víctima un estatuto especial, y se inscribe en el Registro Central para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género. Además de la prohibición de acercamiento y comunicación que se impone al presunto agresor con relación a la víctima, se deducen también consecuencias temporales de otro tipo, como las que afectan al uso del domicilio familiar o a la custodia de los hijos menores.

III.3 Medidas cautelares reales.

De conformidad con lo dispuesto en el Código Penal español (arts. 109 y ss), la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos por las leyes, los daños y perjuicios por él causados. Esta reparación, según las pautas determinadas en el propio Código, se extiende a la restitución de los efectos objeto de delito, la reparación de los daños ocasionados, y, en general, la indemnización de los perjuicios materiales y morales producidos. Pues bien: para garantizar desde los primeros momentos de la investigación penal que estos perjuicios puedan ser reparados efectivamente si, una vez celebrado el correspondiente juicio oral, recae sentencia condenatoria, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla una serie de medidas, conocidas como las cautelares reales, que se encaminan a impedir que el imputado se desprenda de sus bienes con objeto de alcanzar una posición de insolvencia y así no atender las obligaciones económicas que llevase aparejada la condena.

Estas medidas se contemplan generalmente con el nombre “De las fianzas y embargos” (artículos 589 y ss), y –según el texto de la propia Ley- resultan procedentes “cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, de modo que el Juez mandará que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, acordándose asimismo que, en el supuesto de que no preste la fianza exigida, se procederá al embargo de los bienes propiedad del referido imputado, para, en su caso, poder ejecutarlos en su día, y abonar con su producto las indemnizaciones procedentes.

Generalmente las fianzas se exigen y constituyen en dinero (aunque la Ley prevé algunas otras formas de constitución), ingresando a tal efecto en la entidad bancaria designada por el Juzgado, la cantidad exigida, que el Juez determine como bastante para hacer frente a las responsabilidades de que se trata.

El embargo de bienes del imputado resulta en aquellos casos en que, al día siguiente de la notificación de exigencia de la fianza, no la hace efectiva, ocupándose entonces, y por el orden determinado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, los bienes que se acredite que son propiedad del inculcado (Dinero, efectos mercantiles, bienes muebles, inmuebles, etc...). Los bienes muebles se ponen en manos de la persona del depositario (salvo el dinero en efectivo, que se ingresa en la entidad bancaria) y éste tendrá la obligación de custodiarlos hasta el momento en que puedan ser ejecutados. En el supuesto de embargo de inmuebles, se expide mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que se tome la oportuna anotación en los Libros del Registro.

Supuesto especial, centrado en los casos de delincuencia económica, es el embargo de empresas. En estos casos, una administración fraudulenta podría conducir con facilidad a un estado de insolvencia para el acusado, desprendiéndose de activos a través de cualquiera de las fórmulas hoy en día conocidas con esa desafortunada expresión de la “ingeniería financiera”. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactada en este punto muchos años antes del panorama delictivo-económico actual, estableció las correspondientes previsiones, entre las que destaca el nombramiento de un

interventor judicial, que, por orden del Juez de instrucción, podrá hacerse cargo de la administración de la empresa. (Art. 605 y ss).

III.4 Medidas indeterminadas.

En determinadas ocasiones, en los primeros momentos de la investigación, al margen de las medidas, sobre todo personales, vistas con anterioridad, el Juez debe adoptar algunas otras, que no se acomodan estrictamente a un catálogo reconocido en el texto de la Ley, pero resultan de todo punto necesarias para dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y custodiar cuanto pueda contribuir a su esclarecimiento, y a identificar a los posibles responsables o, en su caso, lograr su detención. Son las medidas que contempla el artículo 13 de la Ley de enjuiciamiento Criminal, y se conocen con el nombre de indeterminadas.

Entre ellas podríamos enunciar, sólo a título de ejemplo, la orden de elaboración de abandono del domicilio por parte del inculcado, en beneficio y protección de sus familiares; la elaboración de inventarios o registros; *

Dado el carácter un tanto “flexible” de las medidas que estamos comentando, y su carácter abierto, resultan esenciales en el momento de su adopción, dos consideraciones: el respeto al principio de proporcionalidad entre la medida y los hechos de los que trae causa, y la motivación adecuada de su procedencia para la consecución de los fines que persigue.

IV. MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Aunque ya nos hemos referido a la prisión provisional como la medida (cautelar) más drástica que se puede adoptar en el seno del proceso, vamos a citar ahora resumidamente otras medidas invasivas de derechos fundamentales, que no tienen el carácter cautelar de la anterior, sino que son propiamente instrumentos de investigación del delito, cuya práctica exige –dada la naturaleza de los bienes que se invaden- unas especiales garantías. No procede su empleo ante la investigación de cualquier clase de delito, sino tan sólo de aquellos que por su gravedad se corresponden –desde la óptica de la proporcionalidad- con el recurso a la invasión de derechos fundamentales. Los resultados que se obtienen a través de estas diligencias, van a tener un valor fundamental en todo el proceso penal, preconstituyendo prueba para el acto del juicio, y por tanto cobrando una especial significación en el esquema general del proceso, donde ya hemos dicho que el juicio oral es el acto rey.

IV.1 La entrada y registro en lugar cerrado.

El artículo 18 de la Constitución, en el marco del reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, determina en su párrafo 2 que “El

domicilio es inviolable. Ninguna entrada y registro podrá hacerse en él sin consentimiento de su titular o resolución judicial, salvo caso de flagrante delito”.

Esta es la proclamación positiva del reducto físico donde toda persona puede desarrollar su vida privada, en consonancia con las declaraciones que podemos encontrar desde hace tiempo en los textos internacionales declarativos de los derechos humanos. La protección de este derecho, en el desarrollo legislativo español encuentra su máximo exponente en el Derecho Penal, al configurarse como delito la invasión ilegal del domicilio, lo que se traduce en la figura del Allanamiento de Morada (arts. 202 a 204, para particulares, y 534 para funcionarios públicos). También se ve complementado con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al regularse los requisitos y condiciones que han de concurrir para que ceda el derecho fundamental, y pueda, mediante resolución judicial, llevarse a cabo la diligencia judicial llamada “de entrada y registro”. Los artículos 545 a 578 de la LECrim se dedican ya desde hace tiempo a esta diligencia de instrucción, y la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, han venido perfilando las circunstancias de necesaria observación para que una entrada en domicilio ordenada en el curso de una investigación penal sea respetuosa con los derechos e intereses en juego y no se convierta en acto nulo.

Pero en el curso de la investigación penal, no sólo se ve reducido al domicilio el conjunto de garantías que han de observarse para invadir el ámbito reservado de la actividad humana. En efecto, mientras el artículo 545 se dedica a proteger el domicilio, el artículo 546 se refieren a los “edificios y lugares públicos” donde lo más importante no resulta ya la acción de entrar, sino la actividad de registro.

Concepto de domicilio.- La primera de las cuestiones que deben afrontarse a la hora de estudiar esta figura es el concepto de espacio físico que se encuentra protegido por la legislación reseñada. Las versiones más comunes que podemos representarnos no ofrecen la menor duda: una vivienda común (un apartamento, un piso, una casa) de las que normalmente utilizamos como lugar delimitado de residencia. Pero a lo largo del tiempo este concepto ha ido ensanchándose, bien por la aparición de nuevos espacios que sirven de residencia, o por los matices establecidos por los tribunales.

En primer lugar podríamos recordar que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, mediante Sentencia 10/2002, de 17 de enero el antiguo artículo 557 de la LECrim, que excluía del concepto de domicilio a las “tabernas, casas de comidas, posadas y fondas”, viniendo a consolidar lo que ya era una línea constante que puso – desde mucho antes que esta sentencia- el acento conceptual en el espacio delimitado donde una persona desarrolla su vida privada, bien sea de modo permanente o transitorio ... sin que la humildad o modestia del habitáculo pueda servir de excusa para negar tal condición, ... y sin que resulte determinante la legalidad o ilegalidad de la ocupación.

Bajo este prisma no cabe duda del pleno acomodo dentro del concepto de domicilio de las habitaciones de un hotel, una tienda de campaña, un automóvil autocaravana, e incluso otros enclaves más llamativos como una construcción

abandonada, consistente en “unos muros semiderruidos, sin apenas protección contra la intemperie”. (STS de 23 de septiembre de 1997). 18

Por el contrario, el TC ha declarado que no tienen condición de domicilio a estos efectos lugares como los trasteros (STC 82/2002) o los almacenes (STC 283/2000).

Presupuestos y Requisitos.- El artículo 546 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos proporciona los más elementales condicionantes que determinan la procedencia de esta diligencia de investigación: la existencia de indicios de que en el lugar cuya entrada o registro se pretende se encuentre un procesado (concepto extensible al investigado) o efectos o instrumentos del delito, u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación.

1.- El primero de los elementos que destaca en la redacción del precepto es uno de los más importantes en el curso de la instrucción de diligencias penales: *los indicios*. Se trata de un concepto garantista, que actúa a modo de límite de contención para el Juez, que ha de ponderar, ante una petición de entrada (por parte de la policía judicial) o bien ante su propia iniciativa, si de los datos concluyentes de que se dispone, existen motivos de suficiente entidad como para acordar la práctica de una diligencia invasora de tanta importancia como es la entrada domiciliaria, puesto que estamos dejando sin efecto nada menos que un derecho fundamental. Por ello, este juicio de ponderación ha de ser lo suficientemente sólido como para garantizar –al margen del éxito del resultado- que no se conculcan los derechos del imputado, y que no podrá tacharse de nulidad esa actuación.

Se ha dicho por la Jurisprudencia muchas veces que el “indicio” no es una mera sospecha. Desde el importante Auto de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18.6.92 (Ponente Sr. Ruiz Vadillo; caso Naseiro) al que luego tendremos ocasión de referirnos con mayor detalle, se afirma que dada la grave vulneración que significa para derechos fundamentales como la intimidad y el secreto de las comunicaciones personales, han de existir no meras sospechas por parte de la policía acerca de la comisión de hechos presuntamente delictivos, sino que ha de contarse con verdaderos “Indicios”, datos que sin la plenitud de la prueba pero con fundamento razonable, permitan atisbar la responsabilidad criminal. No estaremos, por lo tanto, en condiciones de autorizar la entrada y registro domiciliaria, si no se ofrece como causa una elaborada presentación de indicios, dato que en muchas ocasiones ha llevado a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a la perplejidad cuando se deniega por parte del Juez de Instrucción una petición de investigación apoyada en esta diligencia procesal.

2.- En segundo lugar, también a raíz de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, no podemos acudir a esta fórmula de invasión de la intimidad si no estamos ante la comisión de *delitos verdaderamente graves*. Por delitos menos graves no resulta aconsejable esta vía de investigación, y ante la convicción de comisión de meros delitos leves sería del todo impensable.

3.- *Motivación*. Este requisito (que al igual que los anteriores es predicable para todas estas diligencias de investigación judicial) debe recordarse que resulta común y

18 RODRÍGUEZ PADRÓN, Celso: *La protección penal del domicilio*. Ponencia para el Plan estatal de Formación del Consejo General del Poder Judicial 1998. Publicada en la colección Cuadernos de Derecho Judicial, volumen I-1998. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

obligado con carácter general para todas las resoluciones judiciales (Art. 120 CE). La LECrim recoge esta concreta exigencia en el artículo 558. Ahora bien: como ha tenido ocasión de poner de manifiesto la jurisprudencia, en aquellos supuestos en los que se hace ceder un derecho fundamental en aras del fin de la Justicia, los razonamientos a través de los cuales el Juez de Instrucción valora los indicios presentados, realiza el juicio de ponderación, y decide –en su caso- decretar la entrada domiciliaria, deben explicitarse con una profundidad y precisión mayor que en aquellos otros supuestos en los que una resolución judicial no sustenta decisiones de tan grave entidad.

Para definir la necesaria motivación del Auto en que se acuerden estas medidas no puede acudirse a un criterio estereotipado.

Práctica del registro.- Art. 558 y ss. Normalmente la diligencia de entrada se llevará a cabo de día, aunque puede proseguirse o realizarse también de noche si las circunstancias lo justificasen.

Como reglas generales de la práctica del registro podríamos resumir:
A presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente (Art. 569)
De no ser posible, con asistencia de familiar o testigos (Art. 569)
Con notificación expresa del Auto en el que se haya acordado (Art. 566)
Preferentemente por parte del Juez de Instrucción (Art. 574)
Podrá delegar expresamente en funcionarios de la Policía Judicial (Art. 558)
Siempre con asistencia del Secretario Judicial y extensión de acta (Art. 570)

Es descuido de las reglas establecidas anteriormente determinarán la nulidad de la diligencia de entrada y registro, y por lo tanto los efectos o instrumentos que pudieran obtenerse de su práctica, no podrán ser tenidos en cuenta en juicio al convertirse en prueba obtenida sin las precisas garantías, y por lo tanto de consideración ilícita.

IV.2 Intervención de correspondencia y comunicaciones. Injerencias telemáticas.

El párrafo 3 del artículo 18 de la Constitución establece la protección de otro de los ámbitos más perceptibles de la intimidad personal, al garantizar el secreto de las comunicaciones, y en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dedicaba mucha menor extensión en su articulado a la intervención de las comunicaciones personales, habiéndose ocupado la Jurisprudencia, una vez más, de aquilatar los términos en los que esta invasión provocada en el curso de una investigación judicial ha de discurrir para resultar válida. Gran parte de las afirmaciones realizadas con ocasión de la diligencia de entrada y registro eran plenamente aplicables a esta otra importante invasión de la privacidad, que aparece recogida en el artículo 579 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La materia, precisamente por esta regulación que muchos sectores doctrinales tildaron reiteradamente de escasa, fue objeto de especial atención en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECr para el fortalecimiento de las garantías procesales y regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Intervención de correspondencia.-

Objeto de la diligencia.- Al igual que en el epígrafe anterior hicimos unas breves consideraciones sobre el concepto de domicilio a los efectos del proceso penal, haremos ahora algunas precisiones sobre el concepto de comunicación a los mismos efectos.

El artículo 579 de la LECrim, en una terminología clásica, habla de la correspondencia privada, postal y telegráfica (ya no de comunicaciones telefónicas) que el investigado remita o reciba.

Estamos, por lo tanto, refiriéndonos a comunicaciones escritas propias o ajenas. La precisión es importante, puesto que nada impide que una persona, participante en una conversación como interlocutor, o receptor de correspondencia postal o telegráfica, desvele el contenido de esas comunicaciones para impulsar o ilustrar un proceso penal. En la medida en que es partícipe y protagonista de la comunicación, no necesitaría de la decisión invasiva que supone la resolución judicial para hacer valer el contenido de esas comunicaciones, cartas o telegramas.

Por otra parte, pese a la concepción tradicional de la norma procesal a la hora de catalogar los instrumentos que pueden servir de cauce para la comunicación humana, la creación desde las nuevas tecnologías de otros medios de contacto interpersonales, llevan a la inclusión en estos mismos parámetros de medios como el correo electrónico, los mensajes SMS o la videoconferencia.

Una de las evoluciones jurisprudenciales más interesantes se centró en la definición de qué había de entenderse por correspondencia postal, distinguiendo los tribunales ya desde hace tiempo lo que el sentido común identifica con un “sobre” de aquellos otros paquetes postales que por sus características (dimensiones, forma, presentación) excedían del concepto clásico o usual. En no pocas ocasiones servían este otro tipo de recipientes para el tráfico de sustancias ilegales. La vigente redacción del artículo 579.4 excluye de la necesidad de autorización judicial aquellos envíos postales que por sus características externas no sean usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías.

Intervención telefónica.

En primer lugar debemos reiterar los comentarios realizados en la introducción a este apartado, en cuanto a la escasa regulación con que contaba esta decisiva diligencia en la LECr. La ya citada Ley Orgánica 13/2015 procedió a su desarrollo en los artículos 588 bis a y siguientes, incorporando de forma detallada y sistemática a la norma el acervo de elementos que había venido elaborando la jurisprudencia al respecto.

Durante algunos años éste fue un medio especialmente eficaz para la investigación judicial de determinados delitos cometidos en el seno de organizaciones. Su reiteración por ejemplo en los supuestos de tráfico de drogas, y la difusión general que tuvieron algunos casos basados principalmente en este medio de averiguación, llevaron a este medio de investigación a cotas que siguen siendo elevadas en determinada delincuencia y a una cuidada elaboración doctrinal para conciliar los fines de la instrucción y la limitación tan fuerte de un derecho fundamental relacionado directamente con la intimidad. Llamativa fue en muchas ocasiones la jerga acuñada para

referirse a los objetos de delito, especialmente en el ámbito del narcotráfico, donde la cocaína se convertía por ejemplo en “vino blanco” y cada kilo pasaba a encargarse como botella. También sobre el contenido de las llamadas “conversaciones crípticas” se ha pronunciado en numerosas ocasiones nuestro Tribunal Supremo.

Su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal adolecía de una clara insuficiencia, que fue colmándose a base de elaboraciones jurisprudenciales, tanto por parte del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. La reforma operada en el texto procesal por la Ley Orgánica 13/2015, para el fortalecimiento de las garantías procesales y desarrollo de medidas de investigación tecnológica introdujo una normativa sistemática que viene a recoger el contenido de ese largo desarrollo jurisprudencial al que nos referimos.

Los principios rectores (art. 588 ter a) que enmarcan la intervención telefónica responden a la excepcionalidad, necesidad, gravedad, proporcionalidad, existencia de indicios y motivación, pues insoslayablemente ha de ser articulada inicialmente a través de una resolución judicial fundada en la que se analicen todos estos elementos.

Por otra parte ha de destacarse que la intervención telefónica cuenta con una limitación inicial, cronológica, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No puede ser una medida que se adopte indefinidamente, sino que debe concretarse a un período que ha de ser especificado en el auto que la acuerde, aunque el Juez, en función de las circunstancias, pueda prorrogarlo por iguales períodos (588 bis e) siempre que subsistan los motivos que la sustentaron.

Esta limitación tiene como fundamento la precisión que debe perseguirse en la investigación judicial, y la relación indiciaria sobre la que descansa la medida. Cuando se acuerda es porque todo apunta racionalmente a que las personas investigadas están cometiendo algún delito, y por lo tanto no cabe autorizar la intervención como simple prospección de sospecha, para tratar de abrir una vía que eventualmente nos conduzca a demostrar la responsabilidad criminal.

En este ámbito conviene recordar que la medida de interceptación telefónica debe responder a un proceso concreto, y a la investigación de un delito concreto, acordada específicamente por una resolución judicial previa, resultando insostenibles las prospecciones generales así como los barridos aleatorios del espacio radioeléctrico como modo de incriminación.

Una vez que es acordada por el Juez, mediante Auto, es evidente que no se notifica al encausado, sino que se ordena su ejecución a la Policía Judicial, para que en colaboración con las empresas de servicio telefónico correspondiente, inicie las escuchas. En sede policial se procede a la grabación de las conversaciones, de las que debe darse cuenta permanentemente al Juez instructor, haciéndole entrega de los soportes de audio en los que se registren, para que –ya en sede judicial- puedan ser trascritas a presencia del Secretario Judicial y valoradas por el Juez. En función de esta valoración, la medida podrá mantenerse o por el contrario, ser dejada sin efecto.

Referencia al hallazgo casual.- (Doctrina caso Naseiro). Si la intervención ha tenido que ser despachada en el marco de un proceso penal por delito concreto (por ejemplo de narcotráfico) surgió la duda sobre la utilidad y validez del descubrimiento a

través de las mismas escuchas, de otro u otros delitos. Si no resultan delitos conexos, la validez de las pruebas obtenidas exigirá la apertura de otro proceso mediante la deducción de testimonio con los particulares necesarios para acreditar la legitimidad de la injerencia, en cuyo seno se practiquen y adopten las medidas de instrucción oportunas para la imputación con todas las garantías.

La vulneración de alguna de las garantías y presupuestos que rodean a la intervención telefónica determinará su nulidad y por lo tanto la de los datos obtenidos a través de esta injerencia. Si de las conversaciones escuchadas se derivan otras pruebas, habrá que examinar si se extiende la contaminación a éstas (teoría de la conexión de antijuridicidad).

Otras escuchas

Si la intervención telefónica fue hasta hace muy poco el mecanismo disponible para la captación de las conversaciones, la modificación experimentada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal a raíz de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, al regularse las medidas de investigación tecnológica, incorpora otras vías de captación y grabación de comunicaciones orales. Son las de instalación de dispositivos electrónicos de escucha al investigado, ya en la vía pública o en su domicilio u otros espacios cerrados. Se regulan en el artículo 588 quater a) y siguientes; responden a un principio de proporcionalidad sometido a concretos requisitos y necesitan ineludiblemente también autorización judicial motivada, que es posible que se combine con la autorización de entrada domiciliaria cuando éste es el lugar donde pretenden instalarse los dispositivos de grabación de sonido.¹⁹

Las intervenciones telemáticas.

La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica supuso una relevante innovación en la investigación judicial del delito. Parte de la constatación (reconocida en la exposición de motivos) de que la ley no ha podido sustraerse al paso del tiempo, y determinadas formas de criminalidad de nuevo cuño tropezaban en su dinámica comisiva con una carencia de cobertura que no podía dejarse al albur de una integración analógica.

Dentro de este apartado, en una breve síntesis, destacaremos cuatro importantes novedades, todas ellas basadas en los principios comunes de necesidad de autorización judicial, limitación temporal de la medida, proporcionalidad de la injerencia, gravedad del delito y tramitación en pieza separada y secreta, bajo control judicial.

1.- *La regulación de dispositivos técnicos de seguimiento y localización.* Art. 588 quinquies b. Básicamente consiste en la instalación en objetos (por ejemplo un vehículo) que resulten utilizados por la o las personas contra quien se dirige la

¹⁹ La misma Ley en los artículos siguientes al citado regula otros medios de investigación tecnológica acordes con los tiempos actuales pero hay que reconocer que llamativos en el momento de su incorporación al texto legal: los dispositivos técnicos de captación de imágenes, los de seguimiento y localización, o los tan sofisticados registros remotos de equipos informáticos, que pueden llegar a la instalación de un software que permita el examen a distancia y sin conocimiento del usuario, del contenido de un ordenador o sistema informático.

investigación, de localizadores telemáticos (chinchetas, en el argot forense) que permita dotar a aquélla de una mayor eficacia que el seguimiento personal, nunca exento de riesgos notorios que pueden abocar al fracaso de la operación en curso.

2.- *El registro de dispositivos informáticos de almacenamiento masivo.* Art. 588 sexties a. Viene a regular este precepto lo que hasta ahora había sido una construcción jurisprudencial, y que se daba en aquellos supuestos en los cuales con ocasión de un registro domiciliario, era necesaria la incautación de ordenadores o repositorios informáticos que almacenaban una notable cantidad de datos que resultaba necesario examinar para –discriminando los que no tenían relación con el objeto de la investigación- verificar la existencia de información que contribuyese al esclarecimiento de los hechos, o incluso en muchas ocasiones, verdaderos elementos de prueba. La dificultad con la que tropezaba la selección de la información útil para el proceso era la limitación horaria de la diligencia de registro. La jurisprudencia llenó el vacío legal que ahora se ve contemplado con expresa regulación en los preceptos citados.

3.- El registro remoto de equipos informáticos. De acuerdo con los términos del artículo 588 septies a), en la persecución de determinados delitos (sistema de *numerus clausus*), el Juez de Instrucción podrá autorizar 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. Se trata de lo que se conoce como “programas espía”. La complejidad y especialidad de la medida de injerencia comporta determinados requisitos especiales en el auto judicial que la autoriza específicamente detallados en el artículo citado.

4.- La orden de conservación de datos almacenados en un sistema informático. Se prevé en el artículo 588 octies como una medida de aseguramiento que puede impartir el Ministerio Fiscal o la Policía Judicial hasta que se obtenga la correspondiente autorización judicial para su cesión. La vigencia de esta conservación tiene un límite temporal de noventa días y el titular del sistema tiene la obligación de guardar secreto sobre esta actuación, bajo advertencia de incurrir en un delito de desobediencia.

IV.3 Las intervenciones corporales.

La aparición de nuevas técnicas científicas de análisis de muestras biológicas ha proporcionado desde hace unos años una ayuda importantísima a la investigación de delitos. Ante el fracaso de otros medios para demostrar la relación de una persona con un escenario criminal, con otra persona, o con objetos empleados en la comisión de determinados hechos, los análisis biológicos ha experimentado un considerable progreso sobre las clásicas pruebas de obtención de evidencias dactiloscópicas o de constatación de los grupos sanguíneos.

Todo este campo de apertura científica suele identificarse con la frase mágica de las pruebas de ADN, en algunas ocasiones invocadas con más espectacularidad que fundamento. Ha de recordarse que no es la única muestra ni vestigio de utilidad en el curso de la investigación penal, y la doctrina en torno a las intervenciones corporales tampoco nace con este elemento. Ello no obstante, ha de reconocerse su evidente

repercusión, desde la premisa de que al referirnos a las intervenciones corporales no sólo estamos pensando en la famosa cadena, sino que giramos en torno a toda posible recogida de muestras biológicas, sobre cuya proyección procesal gira el breve comentario que se expone a continuación.

La reforma del Código Penal operada por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, que también incorporó algunas modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadió un párrafo segundo al artículo 363 (incluido en el capítulo correspondiente al objeto del delito). De conformidad con esta nueva redacción:

“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”.

Como decimos, la obtención de muestras biológicas ya se practicaba con anterioridad a la “explosión del ADN”, y al respecto tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional ante la más que parca regulación legal, analizando esta problemática con especial cautela. Si en las diligencias de investigación anteriores estábamos hablando de invasiones del terreno de la intimidad, en los supuestos de obtención de muestras biológicas (sangre, saliva, orina, pelos, uñas, etc) estamos entrando de lleno en el campo de la integridad personal. En cualquier caso, esta obviedad no debe conducirnos a desmesurar su enfoque.

Los primeros supuestos.- Ya en el año 1989 el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse (STC 37/1989, de 15 de febrero) sobre la posibilidad de someter a una imputada a una exploración ginecológica en el curso de un proceso penal. También en la STC 35/1996 se abordó la exploración radiológica de reclusos penitenciarios.

Pero es la STC 207/1996 la que trata de establecer unos criterios generales sobre las intervenciones corporales, a propósito de la obtención mediante rasurado, del cabello de la axila de un procesado para detectar si era o no consumidor de drogas. Según esta sentencia, entonces se carecía de cobertura legal para esta intervención, de modo que, sin el consentimiento del afectado, no cabía autorizarla, por infracción del principio de legalidad.

Esta doctrina, sin embargo, fue evolucionando ya desde la STC 161/1997, donde a propósito de la extracción de sangre para una prueba de alcoholemia, el Tribunal entendió que nos encontrábamos ante simples pericias de resultado incierto, que no significaban el reconocimiento por parte del imputado de ningún hecho ni su valoración; por ello no existía el derecho a no someterse a las mismas, sino por el contrario la obligación de soportarlas.

La facilidad que hoy proporciona el análisis de presencia de ADN reduce enormemente el dramatismo con que a veces podíamos enfocar determinadas formas de intervención corporal. Baste pensar que con la mera extracción de un cabello disponemos ya de la cadena genética, y es evidente que semejante agresión corporal no

puede sostenerse que alcance cotas de dolor ni sufrimiento capaces de enfrentarse con suficiencia a la finalidad perseguida: el esclarecimiento de un delito grave.

Pero es que además ahora contamos con la habilitación legal que en su día echó en falta el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, ningún obstáculo teórico a la figura.

Presupuestos y modo de realización.- Una vez más tenemos que acudir a la tabla general de requisitos que venimos defendiendo en todas estas diligencias: existencia de indicios, autorización judicial, proporcionalidad, con ocasión de delitos graves, mediante resolución motivada ...

En cuanto al desarrollo doctrinal de las cuestiones más importantes que suscita esta medida (concepto de invasión agresiva, cualificación pericial, empleo de la fuerza física, aseguramiento de la identidad de muestras no obtenidas de modo directo, etc..) nos remitimos a la lectura de la interesante Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006 (Ponente Sr. Berdugo de la Torre), resaltando especialmente la diferencia que existe entre las muestras forzosas y las voluntarias. Para las primeras son de especial observancia los presupuestos apuntados en el párrafo anterior. Con relación a las segundas, se suscitó una interesante polémica con motivo de la recogida de muestras como la saliva o las colillas, surgiendo matices de suma importancia, entre los que destaca la verificación segura de la cadena de custodia ante la importancia de acreditar la concreta procedencia.

Los resultados obtenidos a través de las muestras de AND integran la base de datos policial regulada por la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre.

V. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.

El esquema general del proceso penal nos sitúa ante la fase de investigación del delito, la fase intermedia y la fase reina, que es la del juicio oral que concluye por sentencia. Ahora bien: en determinados supuestos (estadísticamente numerosos) no se completa este recorrido. En ocasiones, y dejando al margen los casos en los que una denuncia merece el archivo directo por no referirse a hechos verdaderamente delictivos, el resultado de la fase de instrucción pone de manifiesto insuficiencias o incertidumbres que no permiten avanzar en la causa. El juicio no es un fin en sí mismo. Es el escenario final del proceso, pero al que tan sólo se puede llegar cuando existe base bastante para sentar a un acusado en el banquillo.

La figura por la cual se produce esta conclusión anticipada (que puede ser definitiva o no) es el sobreseimiento.

V.1 Clases de sobreseimiento.

El sobreseimiento puede ser libre o provisional. Los supuestos que determinan una u otra calificación aparecen especificados en los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente.

En la doctrina se ha venido sosteniendo que pese a la denominación común que lleva a cabo la Ley de ambas figuras, en puridad tan sólo debería hablarse de sobreseimiento para el libre, pues es el que verdaderamente implica una forma de terminación definitiva del proceso, mientras que el meramente provisional es una paralización o suspensión temporal derivada de la insuficiencia de resultados de la investigación, que no permite excluir su continuación y desarrollo futuro. La seguridad y firmeza que exige la declaración primera no resulta equiparable, por tanto, a la provisional, como evidencia la equiparación del sobreseimiento libre a la sentencia absolutoria al permitir –por ejemplo- el ejercicio del recurso de casación.

Procede el sobreseimiento libre (art. 637):

1.º Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.

2.º Cuando el hecho no sea constitutivo de delito.

3.º Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.

Procede el provisional (art. 641):

1.º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.

2.º Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores.

V.2 Efectos.

Por una parte ha de reseñarse que las peticiones de sobreseimiento no vinculan al Juez. Es frecuente que la defensa, en un legítimo ejercicio del derecho a la participación activa en el proceso, considere tras la práctica de determinadas diligencias de instrucción que el proceso ha de abortarse y así lo solicite al Juez de Instrucción. En puridad, el momento para hacer valer esta pretensión en el procedimiento abreviado debe ser el marcado por el artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (una vez completada la instrucción), si bien nos encontramos en la práctica con multitud de peticiones anteriores, que deben ser decididas mediante resolución motivada y que luego –en un ejercicio tantas veces abusivo del derecho al recurso- sustentan la impugnación mediante reforma/apelación dilatando la duración de la causa.

La literalidad de los preceptos enfrentados, la proximidad aparente de ambas figuras, la propia estructura de la investigación oficial, son factores que conducen en no pocas ocasiones a pretendidas confusiones, que incluso se ha planteado el Tribunal Constitucional aludiendo a la constatación de que, en la práctica se ha venido vaciando de contenido la figura del sobreseimiento libre del artículo 637.1 (STC 34/1983, de 6 de mayo de 1983). Como señala la misma Sentencia, “una cosa es la falta de indicios racionales de haberse cometido el delito, a la que alude la L.E.Cr., y otra muy distinta que se halle probada la inexistencia del delito imputado”.

Un intento de aportar razones para la resolución del recurso sometido a esta alzada, entendemos que pasa por las siguientes consideraciones.

1.- Desde el punto de vista puramente procesal, el sobreseimiento provisional es un acto de suspensión del proceso, que no excluye la posibilidad de reanudar la

actividad investigadora, porque el hecho sigue manteniendo caracteres de delito, si bien no está debidamente justificado o acreditado, a diferencia del sobreseimiento libre, que es un acto de terminación definitiva del proceso con efectos de cosa juzgada material.

2.- Desde el punto de vista de la acción, el sobreseimiento provisional implica un juicio por parte del instructor que estima que no está suficientemente fundada a efectos de poder mantener acusación. El sobreseimiento libre llega mucho más lejos: niega definitivamente la naturaleza penal de los hechos.

3.- En cuanto a la base fáctica, el sobreseimiento provisional objetivo (641.1) procede cuando no resulta debidamente justificada la perpetración del delito. El sobreseimiento libre, cuando “no existan” indicios, o bien cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

VI. LA PRUEBA.

VI.1 Consideraciones generales sobre los sistemas probatorios.

A) Delimitación del concepto de prueba.- La finalidad del proceso penal ya hemos visto que no es otra que la verificación más exacta posible de las circunstancias de comisión de unos hechos que tienen la consideración de delito o falta en el Código Penal, así como la determinación del grado de participación que tienen en ellos las personas contra quienes se dirige el proceso en calidad de imputados. A lo largo de la fase de instrucción se recogen los materiales que sirven para sustentar la celebración del juicio con una base de cierta entidad; durante las sesiones del juicio oral se practican las pruebas que han de servir para combatir la presunción de inocencia de que goza toda persona como derecho fundamental, y a la vista del resultado de estas pruebas, se dictará la correspondiente sentencia.

Hemos creído conveniente recordar la finalidad de cada una de las grandes fases en que se divide el proceso penal español como punto de partida de la delimitación del concepto de prueba. En puridad, como ha señalado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, no todo acto procesal constituye un acto de prueba (STC de 25 de septiembre de 1989), sino que por actos de prueba tan sólo cabe entender los practicados en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de contradicción e inmediación del órgano judicial decisor, y reitera que las pruebas a que se refiere el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son tan sólo las practicadas en el acto del juicio oral, exceptuándose exclusivamente la denominada prueba anticipada preconstituída, que se asegura en fase sumarial (STC 31/1981, 80/1986, 150/1987, entre otras muchas).

Como ha señalado tan acertadamente RUIZ VADILLO, “tantos años de práctica judicial girando alrededor del sumario, sin apenas prestar atención al juicio oral o al menos sin prestarle la atención debida en el sentido que actualmente se exige, han pesado mucho, tal vez demasiado”. La exigencia de protagonismo del juicio oral, en términos del mismo autor, “no es un simple formalismo, sino que encarna la esencia y la medida misma del proceso en cuanto institución encargada de realizar adecuadamente el Derecho. Toda la prueba está destinada a demostrar la existencia o inexistencia del

delito, de su grado de perfeccionamiento y de la participación en él de una o varias personas, así como de las circunstancias que en el hecho penal concurren. Cada una de las pruebas exige un trámite de depuración: el testigo puede mentir o estar equivocado, del documento aportado puede o no obtenerse la consecuencia que sostiene quien acusa o defiende... Si quienes mantienen posiciones distintas no pueden cruzar sus argumentos, preguntas y contrapreguntas ante el Juez, la verdad puede quedar escondida bajo una apariencia de realidad”²⁰.

B) Valoración.- Partiendo de este concepto de prueba, como actividad contradictoria que se desarrolla a lo largo de las sesiones del Juicio oral, a través de los medios establecidos en la Ley, bajo la dirección del Juez o Tribunal y con objeto de acreditar en forma veraz los hechos, las circunstancias y la participación personal que sustentan la apariencia de delito, dejaremos constancia de tres sistemas históricos sobre su valoración:

- El de la libre apreciación.
- El de la denominada prueba tasada.
- El sistema mixto.

En el primero, el Juez o Tribunal no se sujeta a reglas determinadas que concedan preferencia a unos medios probatorios sobre otros, sino que los aprecia y valora en conciencia, con ajuste a las reglas de la interpretación lógica, con una evaluación motivada deduciendo de todos y cada uno de los elementos expuestos en el juicio, la consecuencia de certeza, veracidad y fundamento que permitan defender con seguridad una conclusión, que en el caso de condena, debe ser contundente y suficiente para sostenerse como producto lógico más fuerte que la presunción de inocencia inicial.

El segundo determina ya en la ley el valor que ha de concederse a cada medio de prueba en concreto. El último sigue la libre valoración para unos medios (testigos, peritos) y concede valor tasado a otros (documentos, confesión).

En el proceso penal español rige el principio de libre valoración de la prueba, aunque esta expresión no puede desligarse, como es natural, de los cauces hermenéuticos establecidos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. No puede entenderse como sinónimo de falta de pauta o control, sino tan sólo como ausencia de prueba tasada (superior a las demás).

VI.2 Medios de prueba.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla los medios de prueba a la hora de regular “El modo de practicar las pruebas durante el juicio oral” (arts. 688 y ss). Como tales se refiere a:

- La confesión de los procesados y personas civilmente responsables.
- El examen de los testigos.
- El informe pericial.

²⁰ RUIZ VADILLLO, Enrique: *Algunas anotaciones sobre la construcción de la sentencia penal desde la perspectiva constitucional*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Num. 1550-1551, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990. Pág. 164.

- La prueba documental.
- La inspección ocular.

VI.3 Valor de las diligencias sumariales.

Si hemos insistido tanto en la importancia de la práctica de las pruebas en el acto del juicio oral, cabe preguntarse razonablemente por la importancia que puede atribuirse a las diligencias practicadas a lo largo de la fase de instrucción a efectos de prueba. De hecho, la instrucción se convierte muchas veces en la más “espectacular”, por la repercusión de las decisiones cautelares que fundamentan, por su mayor duración que las sesiones del juicio, y también frecuentemente, se convierten ante la opinión pública, en lo determinante. Ante esta generalizada desviación, no debemos olvidar en ningún momento que el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, define el sumario como aquellas actuaciones “encaminadas a preparar el juicio oral”. Se construye a base de diligencias de investigación, pero que no alcanzan el valor de prueba, al ser ésta una categoría reservada en exclusiva al acto del juicio, donde puede verse sometida a contradicción.

En el artículo 730 del mencionado texto legal se determina que “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan reproducirse en el juicio oral”. Esta reproducción servirá como elemento complementario en juicio siempre que la declaración de la que se trata se hubiese prestado en la fase de instrucción como si fuese una prueba anticipada, con posibilidad de contradicción entre las partes. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TEDH ha sido muy restrictiva a la hora de su toma en consideración.

No se producirán mayores problemas de valoración si el contenido del sumario resulta coincidente con el resultado del juicio. Si es conforme el contenido de las manifestaciones que procesados, víctimas, testigos hicieron ante el Juez de Instrucción y ante el Tribunal que luego les juzga, el problema del valor que alcanzan las diligencias del sumario se minimiza. La cuestión verdaderamente relevante surge en aquellos supuestos en que existe una contradicción clara entre el contenido de algunas diligencias sumariales, sobre todo de origen personal (declaraciones) y lo que luego se dice en juicio. Aquí pervive el principio de soberanía del tribunal para la valoración de la prueba. Al fin y al cabo el sumario pretendía preparar el juicio, y verificar la existencia de suficientes y razonables indicios como para juzgar a una persona. Pero su valor es indudable.

En primer término porque las declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción se llevan a cabo de forma más o menos inmediata a la producción de los hechos, pudiendo de esta forma resultar más precisas que lo que, pasado el tiempo, la memoria puede debilitar. Por otra parte, muchas veces las víctimas o los testigos se sienten en cierto modo “cortados” a la hora de declarar “cara a cara” con el acusado, que tal vez en este momento se encuentre en situación de libertad mientras en el momento posterior a la comisión de los hechos soportaba una medida cautelar de prisión preventiva. En cualquier caso, la existencia de posibles contradicciones ha de ser zanjada con carácter exclusivo por el Tribunal que desarrolla el juicio, concediendo más o menos

credibilidad, sobre las reglas de la lógica interpretación a que antes aludimos, a unos u otros datos, en función de su coherencia, respaldo con otros medios, actitudes personales, valoración de posibles influencias, situación personal de cada uno de los intervinientes, etc...

VI.4 La prueba ilícitamente obtenida.

A) *Planteamiento general.*- En un sistema garantista, la verdad no puede perseguirse a cualquier precio, el fin no justifica los medios, y cualquier procedimiento de investigación de un delito que no respete unas reglas terminantes de legalidad no podrá servir de fundamento a una condena penal, aunque llevase a la demostración de la comisión de un hecho ciertamente delictivo. Permitir lo contrario elevaría a la tortura a método infalible, legitimaría la lucha contra el delito a través de la comisión de otros delitos, y, al final, reduciría el Estado de Derecho a la nada.

Sobre esta idea gira el derecho constitucional a un proceso “con todas las garantías” (artículo 24 de la Constitución Española), de tal forma que aquellas diligencias probatorias obtenidas con vulneración de lo establecido en la Ley, no pueden producir efectos, y sus consecuencias quedan asimismo contaminadas (como en el derecho americano se definió en forma muy gráfica por la teoría del árbol envenenado).²¹

Son abundantes en este terreno los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español.

B) Otros aspectos. Una vez sentada la doctrina marco, convendría referirse a determinados aspectos que precisan algunas de las dudas suscitadas al amparo del planteamiento general. Por ejemplo, los requisitos de la ilicitud, el alcance de la ilicitud, el efecto contagio, y las consecuencias personales de la obtención de pruebas ilícitas.

Requisitos de la ilicitud.- Como punto de partida, no encontramos una delimitación general demasiado explícita en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 11 señala tan sólo que “*1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”.

Sin entrar en los supuestos de más grave relevancia, como pudieran ser los de atentado a la integridad física o moral (confesión bajo tortura, por ejemplo), de atentado a la libertad (bajo coacción o amenaza) o la inviolabilidad del domicilio (entrada y registro sin observar las garantías legales), que entrarían de lleno en el apartado de

²¹ Un interesante recorrido por el derecho comparado sobre las muchas teorías que han ido construyéndose en torno a esta compleja problemática podemos encontrarlo en el trabajo de FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús: *las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida*, Cuadernos de Derecho Judicial “La prueba en el proceso penal”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996. Particularmente conocidos son, como estudiosos de esta línea jurisprudencial los “mitos de la magistratura norteamericana” Benjamin Nathan Cardozo, y Oliver Wendel Holmes. Por lo que a la jurisprudencia española se refiere, no podemos dejar de recordar el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1992, del que fue ponente D. Enrique Ruiz Vadillo, sobre un supuesto de escuchas telefónicas.

violación directa, podemos encontrar ejemplos de violación indirecta, cuales serían los de conculcación de los derechos que reconocen al imputado los artículos 118 o 520 de la LECrim (no declararse culpable, asistencia letrada...) ya que estarían afectando indirectamente los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución (el proceso con todas las garantías).

Consecuencias de contagio.- Por expresa indicación del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las pruebas obtenidas con violación directa o indirecta de los derechos fundamentales no pueden ser tenidas en cuenta en absoluto para el enjuiciamiento de los hechos que sostienen el proceso. Esta afirmación resulta evidente, y por tanto no precisa desarrollo. Ahora bien: ¿qué sucede con los elementos derivados de esta prueba ilícita?. Se trata de analizar el alcance de la nulidad de la fuente de prueba a los datos conexos que tengan su origen en ella. Por ejemplo: a través de una intervención telefónica practicada violentando el derecho al secreto de las comunicaciones se tiene conocimiento del lugar donde se oculta una significativa cantidad de droga, y se lleva a cabo en este lugar una entrada y registro con todas sus garantías específicas. ¿Podrían separarse ambos elementos y resultar por tanto válida la incautación de la droga y la eventual detención de su poseedor?.

Podemos encontrar en la doctrina y en el Derecho comparado diversas y complejas interpretaciones, muy interesantes desde el punto de vista dialéctico, surgidas en desarrollo de la conocida doctrina de los “frutos envenenados”.²²

La jurisprudencia es constante y coherente con el principio general de prohibición de la obtención ilícita directa o indirecta, y predica el “arrastre” de la consecuencia de nulidad par aquellos datos o elementos de convicción que traigan su causa en mecanismos ilícitos y no hayan accedido al proceso por otras vías independientes, de tal modo que el Tribunal no puede basar su convicción en estos elementos, sin perjuicio de que si existen en el juicio otros medios que amparen la misma conclusión, puedan servir para fundamentar un pronunciamiento de condena.

VII. LOS RECURSOS

VII.1 Cuestiones generales.

Toda actividad judicial aspira a constituir el punto final de una determinada situación jurídica producida en un proceso. El horizonte perseguido de la seguridad jurídica, el deber de resolver los asuntos que se someten al conocimiento de los Jueces y Tribunales sin dilaciones indebidas, y la esencia misma de la función judicial, justifican la aseveración anterior. Ahora bien: la interpretación jurídica que llevan a cabo los titulares del poder judicial, la valoración de los hechos que han considerado probados tras la actividad desarrollada a lo largo del proceso, y su incardinación en las previsiones sustantivas del ordenamiento jurídico penal, puede estar afectada por algún error de apreciación, algún vicio procesal o por una incorrecta aplicación de las normas.

²² Cfr. En este sentido las páginas 161 y ss de la ponencia Las reglas del juego. Prohibido hacer trampas: la prueba ilícitamente obtenida, de Jesús Fernández Entralgo, en “La prueba en el proceso penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

De ahí que se contemplen diversas posibilidades para que la parte que se considere injustamente gravada por una decisión judicial, pueda provocar un nuevo examen de la cuestión, bien por el mismo titular del órgano judicial que la dictó, o bien por otro superior en el orden jerárquico, a fin de que la resolución sea sustituida por otra.

Así se justifican los recursos, cuya clasificación inicial distingue entre los Ordinarios (los que no exigen una motivación tasada o concreta, englobándose en tal categoría los de reforma, súplica, apelación y queja) y el Recurso de Casación, limitado a unas causas determinadas taxativamente en la Ley, y del que conoce el Tribunal Supremo.

En nuestro proceso penal no existe una regulación armónica de los recursos, pudiendo encontrarse a lo largo del texto de la Ley distintas posibilidades que, con arreglo al criterio básico, permiten una impugnación inicial de las resoluciones distintas de la sentencia ante el propio Juez de Instrucción, y, contra la desestimación de este recurso inicial, la apelación ante el órgano superior. Son los recursos de reforma y apelación, respectivamente. Pero también se contempla al lado de éstos, el recurso de casación, como recurso extraordinario, contra sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales y por motivos tasados. Las mayores disputas doctrinales a lo largo de las variadas reformas que ha ido experimentando el proceso penal español giran en torno a la necesidad de instaurar con carácter general y regular el llamado principio de la doble instancia.

VII.2 El recurso de apelación.

Es el recurso tipo, mediante el cual se pretende la revisión de una decisión judicial por el órgano inmediato superior, materializándose así el principio de la doble instancia penal. Procede contra resoluciones motivadas: autos interlocutorios y sentencias.

- Contra los autos del Juez de Instrucción en la fase de instrucción (ya sea directamente o de manera subsidiaria al recurso de reforma); Art. 766 LECrim.

- Contra sentencias dictadas en juicio por delitos leves por los Jueces de Instrucción y contra las dictadas por los Jueces de lo Penal en el Procedimiento Abreviado (en ambos casos se resuelve el recurso por la Audiencia Provincial). Desde hace mucho tiempo se vino criticando que las sentencias dictadas por las Audiencias provinciales admitían únicamente recurso de casación (que es un recurso extraordinario y tasado), y con ello se vulneraba el contenido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto garantizaba el derecho a que una condena pudiese ser revisada por un tribunal superior. Es lo que se denominaba el derecho a la doble instancia penal, sobre el que luego volveremos. Aunque el Tribunal Supremo, en vía casacional había venido ampliando notablemente el ámbito de conocimiento, no se consideró plenamente regulada la doble instancia hasta que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 41/2015 estableció el recurso de apelación para las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, en este caso ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Cabe asimismo el recurso contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado (ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia).

Se interpone por escrito ante el propio Juzgado que dicta la resolución recurrida, y puede ampararse en el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal. Una vez que se da traslado a las otras partes, se elevan los autos a la Audiencia provincial, que puede citar a las partes a una vista o no. Lo hará necesariamente cuando admita la práctica de pruebas propuestas en el recurso que, o bien el recurrente no pudo practicar en primera instancia, o aún habiéndolas propuesto le fueron indebidamente denegadas.

La sentencia que se dicte puede entrar en el análisis de los hechos así como de su interpretación jurídica, pero ese carácter tradicional que se otorgó a la apelación como recurso amplio, prácticamente referido a un *novum iudicio*, se ha visto notoriamente limitado; en especial en cuanto respecta a las sentencias absolutorias, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 790.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no podrán ser revocadas (para condenar a quien ha sido absuelto en primera instancia) cuando el recurso descansa en la valoración de la prueba. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido sosteniendo con reiteración que no procede la revocación de este tipo de sentencias sin oír (el tribunal superior) a quien resultó absuelto en la sentencia apelada, pues dentro del proceso con todas las garantías se impone inexorablemente que la modificación de los hechos probados deba ir acompañada de la oportunidad del acusado de ser oído por el tribunal que le juzga. Se ve limitada también la apelación por la regla conocida como prohibición de la “*reformatio in peius*”, conforme a la cual, en aquellos casos en que el recurso resulta estimado, total o parcialmente, no puede nunca perjudicar a la parte que lo interpuso.

VII.3 El recurso de casación.

Es el medio de impugnación que se reconoce en nuestro proceso penal contra las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las salas de lo civil y penal del Tribunal Superior de Justicia, y contra las dictadas en apelación por la Sala de apelación de la Audiencia Nacional. De forma residual contra determinados autos.

La competencia para su conocimiento corresponde a la Sala Segunda del Tribunal Supremo. No se califica como recurso ordinario en base a su catálogo cerrado de motivos. Sus modalidades, motivos, tramitación y efectos pueden estudiarse por simple remisión a la lectura de la Ley procesal.

Básicamente se clasifican sus motivos en 1º) Infracción de ley (artículo 849 Ley de Enjuiciamiento Criminal); 2º) Quebrantamiento de forma; 3º) Infracción de precepto constitucional (elevado ámbito estadístico al cuestionar esencialmente el recurrente la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia).

Interesa insistir en cuanto a su naturaleza jurídica se refiere, en sus principales notas configuradoras, que desde hace muchos años aspiran a diseñarlo como un recurso esencialmente generador y unificador de doctrina; no como una instancia penal más.

Durante largo tiempo se sostuvo una intensa polémica en torno a la posible falta de acomodación de este recurso a las exigencias internacionales de la garantía de la doble instancia en el proceso penal. En efecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, emitió Dictamen, de fecha 20 de julio de 2000, en relación con la queja

presentada por un abogado español centrada en la vulneración del derecho a la revisión de la sentencia y la condena por un tribunal superior, reconocido en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El comunicante, condenado por la A.P. de Toledo como autor de un delito de asesinato, consideraba que el Recurso de Casación interpuesto ante el Tribunal Supremo no cumplía con las exigencias del referido derecho, al no permitir al Alto Tribunal una nueva valoración de las pruebas.²³

Para la valoración de esta problemática, debía tenerse en cuenta, en primer lugar, como señala FENECH, el origen histórico de la casación.²⁴ Se encuentra en la Revolución Francesa. La separación de poderes era perfectamente compatible con la defensa a ultranza de la sumisión de todos ellos a la Ley. Por ello se creó un órgano de naturaleza política, encargado de velar por el escrupuloso respeto de la Ley, incluso por parte de los tribunales de Justicia, que se denominó Tribunal de Casación, y al que le correspondía declarar la nulidad de las sentencias que se opusieran a la Ley o la infringieran. Así, se limitaba a examinar, en los supuestos de sentencias firmes, la validez o nulidad de la sentencia, pero no dictaba nuevas sentencias, sino que declaraba el reenvío a un Tribunal de Justicia, en su caso, para el supuesto de nulidad. Posteriormente, al encomendarse también al Tribunal de Casación el que velase por la uniformidad de la jurisprudencia, se acentuó el carácter de recurso de la vía impugnatoria que le correspondía.

Con estas características se introdujo posteriormente en España, confiándose la competencia para conocer del recurso de casación al Tribunal Supremo, implantándose en un principio el requisito de “intangibilidad” de los hechos, puesto que lo que se pretendía en esta vía impugnatoria era velar por la correcta aplicación de la Ley, si bien, en posteriores reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permitió una intervención del Tribunal Supremo más profunda que la inicialmente diseñada.²⁵

Ahora bien: aún reconociendo que la casación española no fue nunca una segunda instancia plena, había quien sostenía que no llegaba a conculcar los tratados internacionales de referencia. Así, el contenido del artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, exige que “*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto, sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la Ley*”. Esta finalidad revisora, máxime si tenemos en cuenta que puede alegarse asimismo en casación la vulneración de preceptos constitucionales (art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) como fundamento impugnatorio, entendemos que resulta suficiente para atender las exigencias del derecho a una revisión de condenas.

Hoy en día, tras la modificación de la apelación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que ya hemos reseñado, la polémica es cuestión del pasado. Con ocasión de la reforma introducida por la Ley 41/2015 en el expresado texto procesal, se ha querido

²³ Vid. JAEN VALLEJO, Manuel: *La compatibilidad de la casación española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales*, Actualidad Jurídica Aranzadi, Num. 453, de 21 de septiembre de 2000, y 464, de 23 de noviembre 2000.

²⁴ FENECH NAVARRO, Miguel, Op. Cit. Pág. 352.

²⁵ Vid, en tal sentido, MARTINEZ ARRIETA, Andrés: *Algunos aspectos del Recurso de Casación: la doble instancia y el control casacional*, en “Recursos en el Orden Jurisdiccional Penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995. Pág. 29.

potenciar el camino hacia un verdadero recurso de casación unificador de la doctrina penal. Si hasta ahora la inadmisión del recurso se decidía mediante auto (que aborda la variada gama de materias relacionadas con la impugnación concreta) se instauró en esta reforma la posibilidad de inadmisión del recurso mediante providencia sucintamente motivada cuando la impugnación “carezca de interés casacional” y así lo considere la Sala II por unanimidad (Art. 889 LECr)

VI.4 Recursos contra resoluciones distintas de la sentencia.

- *El Recurso de reforma.*- Cabe contra Providencias y Autos de los Jueces unipersonales. Se trata de un recurso ni devolutivo ni suspensivo, pues está llamado a ser resuelto por el mismo Juez que dictó la resolución que se recurre sin paralizar el curso del proceso. Una vez presentado el recurso (con tantas copias como partes se hayan personado en el proceso) se dará traslado del mismo a las otras partes a fin de que puedan formular alegaciones en el plazo de dos días, transcurridos los cuales, el Juez resolverá mediante Auto motivado.

- *El Recurso de súplica.*- Similar configuración al anterior tiene el recurso de súplica, que procede contra las resoluciones de los Tribunales, tramitándose conforme a las mismas reglas que el recurso de reforma (artículo 238 Ley de Enjuiciamiento Criminal)

-*El Recurso de queja.*- Se ha calificado en algunas ocasiones como un recurso residual por cuanto cabe contra aquellas resoluciones que no admiten apelación (modalidad verdaderamente residual) o bien contra aquellas por las cuales se inadmiten a trámite otros recursos (modalidad instrumental). Se interpone ante el tribunal superior al órgano que hubiere dictado la resolución recurrida. Una vez presentado el recurso, dicho tribunal ordenará al órgano del que procede la resolución impugnada que emita informe en el corto plazo que se le señale. Recibido el informe se pasará la causa al Ministerio fiscal para alegaciones, y una vez verificado, se resolverá el recurso.

VI.5 El mal llamado recurso de aclaración.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 161 de la LECrim:

“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.

Las aclaraciones a que se refiere el párrafo anterior podrán hacerse de oficio, por el Tribunal o Secretario judicial, según corresponda, 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 por quien hubiera dictado la resolución de que se trate 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 Secretarios judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento...”

Más que un recurso se trata, como ha destacado tradicionalmente la doctrina, de un “remedio” que a la par que limitaciones cuenta con determinadas ventajas puestas incluso de manifiesto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a fin de evitar la

declaración de nulidad de sentencias, especialmente en los supuestos en los que el recurso se basa en motivo de incongruencia omisiva.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, entre los distintos supuestos contemplados en la ley como modalidades de la aclaración (explicación, corrección o complemento) cabe introducir aquellas variaciones que ni supongan una alteración de la fundamentación jurídica ni una modificación sustancial del sentido del fallo.

Con cierta frecuencia se recurre al uso de las peticiones de aclaración pretendiendo un pronunciamiento de la Sala que excede de la limitada finalidad que tiene este “remedio”. Se materializa en auto motivado y no es apto para ejercitar un ulterior intento en la obtención de un pronunciamiento que no cabe dentro de los conceptos de omisión o error.

_____o0o_____