
La instrucción y la fase intermedia

PID_00266920

Teresa Armenta Deu

Con la colaboración de
Sílvia Pereira Puigvert*

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 10 horas



Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Girona.

Sílvia Pereira Puigvert*

Profesora agregada de la Universidad de Girona y profesora colaboradora de la UOC.

*Ha realizado el tratamiento didáctico, resumen, actividades, glosario y bibliografía.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por el profesor: Jordi García Alberó (2019)

Sexta edición: septiembre 2019
© Teresa Armenta Deu, Sílvia Pereira Puigvert
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción	9
Objetivos	11
1. La instrucción: fase preliminar	13
1.1. El procedimiento preliminar. Sumario o instrucción: finalidad general y variedades	13
1.1.1. Modalidades de instrucción en los procesos penales en España	13
1.1.2. Naturaleza jurídica de la instrucción	14
1.1.3. Normas generales de la instrucción	14
1.1.4. Contenido de la fase instructora	14
1.1.5. Competencia e intervención de las partes en la investigación inicial	15
1.2. Iniciación del procedimiento: la denuncia, la querrela y la iniciación de oficio	16
1.2.1. La denuncia	17
1.2.2. La querrela	18
1.2.3. La iniciación de oficio	20
1.2.4. Plazo para desarrollar la instrucción	21
1.3. Atestados por delito sin autor conocido	22
2. La instrucción (II): desarrollo del sumario o diligencias previas: los diversos actos de investigación. Valoración de las diligencias sumariales. Prueba anticipada y prueba preconstituida	24
2.1. La inspección ocular	24
2.2. El cuerpo del delito	25
2.3. Determinación del presunto delincuente y de sus circunstancias personales	26
2.3.1. Diligencia de reconocimiento	26
2.4. Declaraciones de testigos	28
2.4.1. Sujetos exentos	28
2.4.2. Sanción frente al incumplimiento	28
2.4.3. La determinación de los testigos	29
2.4.4. Procedimiento	29
2.4.5. Medidas de protección de testigos	30
2.5. Declaración del investigado-encausado	31
2.6. Careo	32
2.7. Informes periciales	32
2.7.1. Los peritos	32

2.7.2. El procedimiento del peritaje	33
2.8. Identificación del investigable o encausable y de sus circunstancias personales	34
2.8.1. La edad	34
2.8.2. La conducta y los antecedentes	35
2.8.3. La capacidad mental	35
2.9. Diligencias para determinar el daño y el responsable	35
2.10. Otros actos de investigación	36
2.10.1. Circulación o entrega vigilada de estupefacientes	36
2.10.2. Actuación de agentes encubiertos	36
2.11. Valoración de las diligencias sumariales. Prueba anticipada y preconstituida	37
2.12. Orden Europea de Investigación en materia penal	40
3. La instrucción (III): medidas limitativas de derechos fundamentales.....	44
3.1. Presupuestos para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales	44
3.1.1. Novedades destacables	45
3.1.2. Previsión legal de la medida con suficiente precisión ...	45
3.1.3. Resolución judicial motivada y valoración judicial de la concurrencia de los principios exigidos y los intereses en conflicto	45
3.1.4. Contenido formal de la petición y de la resolución	46
3.1.5. Principios de idoneidad, excepcionalidad y necesidad	47
3.1.6. Elemento temporal: duración determinada y prórroga	48
3.1.7. Secreto y afectación a terceras personas	48
3.1.8. Ejecución y control judicial de la medida: cese y destrucción de los registros	49
3.1.9. Utilización de la información obtenida en un procedimiento	49
3.1.10. Borrado y eliminación de las grabaciones originales una vez se haya terminado el procedimiento	49
3.2. Entrada y registro en lugar cerrado (arts. 545 a 572 LECrim)	50
3.2.1. Requisitos	51
3.2.2. Efectos probatorios de la entrada y registro	52
3.3. Detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica	54
3.3.1. El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los hallazgos casuales	54
3.4. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de	55

dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Aspectos generales (remisión)	
3.5. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas	55
3.5.1. Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad	57
3.5.2. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos	57
3.5.3. Utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen, seguimiento y localización	58
3.5.4. Registros remotos sobre equipos informáticos	59
3.5.5. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Necesidad de autorización expresa	59
3.6. Inspecciones e intervenciones corporales	60
3.6.1. Objeto	61
3.6.2. Presupuestos	61
3.6.3. Ejecución y control de la medida	62
3.6.4. Efectividad de la medida	63
3.7. Algunas medidas concretas	63
3.7.1. Las intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del investigado	64
3.7.2. Reconocimientos médicos, análisis de sangre y exploraciones ginecológicas	66
3.8. Incorporación al proceso de la denuncia de violación de derechos fundamentales	70
3.9. La denuncia de violación de un derecho fundamental en los procesos ordinarios y la prueba ilícita (remisión)	71
4. Medidas cautelares	72
4.1. Finalidad y presupuestos	72
4.1.1. La ausencia de una ordenación legal de medidas cautelares alternativas; el goteo legislativo	72
4.1.2. Presupuestos de adopción de las medidas cautelares	73
4.1.3. Características de las medidas cautelares	73
4.2. Medidas cautelares personales	74
4.2.1. La citación	74
4.2.2. La detención	75
4.2.3. Prisión provisional	79
4.2.4. La libertad provisional	88
4.2.5. Libertad provisional y medidas cautelares en la UE	91
4.2.6. Medidas de protección en los casos de violencia doméstica. Características generales	92
4.3. Medidas cautelares reales	97
4.3.1. La mal llamada fianza (en realidad caución)	97
4.3.2. El embargo	98

4.3.3.	El aval solidario de duración indefinida y otras medidas previstas en el artículo 591 de la LECrim	98
5.	Delimitación subjetiva de la acción penal: el auto de procesamiento y la imputación. Fin de la instrucción.....	100
5.1.	Delimitación subjetiva de la acción penal: imputación material e imputación formal	100
5.1.1.	El auto de procesamiento	101
5.1.2.	La imputación en el proceso abreviado	103
5.1.3.	La imputación en el enjuiciamiento rápido	104
5.1.4.	La imputación en el juicio de delitos leves y en el juicio ante jurado	104
5.2.	Fin de la instrucción	104
5.2.1.	En el procedimiento ordinario	105
5.2.2.	En el procedimiento abreviado	106
6.	La fase intermedia. El sobreseimiento. Escritos de acusación y defensa; calificaciones de las partes; auto de apertura del juicio oral.....	108
6.1.	Fase intermedia	108
6.1.1.	Funciones de la fase intermedia	108
6.1.2.	La fase intermedia en el proceso ordinario y en el procedimiento abreviado: diferente sede e instituciones comunes	109
6.1.3.	Extensión y contenido de la fase intermedia	109
6.2.	El sobreseimiento	111
6.2.1.	Concepto	111
6.2.2.	Clases y motivos de sobreseimiento	111
6.2.3.	Recursos y comunicación a las víctimas	113
6.2.4.	Efectos del sobreseimiento	113
6.2.5.	La vinculación del órgano jurisdiccional a las peticiones de apertura del juicio o sobreseimiento formuladas por las partes	114
6.3.	Trámites que preceden a la celebración del juicio oral	116
6.4.	Calificaciones provisionales; escritos de acusación y defensa	116
6.4.1.	Escritos de acusación	116
6.4.2.	Escritos de defensa	119
6.5.	Auto de apertura del juicio oral	119
Resumen.....		121
Actividades.....		123
Ejercicios de autoevaluación.....		123
Solucionario.....		125

Abreviaturas.....	127
Glosario.....	128
Bibliografía.....	129

Introducción

El proceso penal –en virtud del principio de oficialidad– se inicia cuando un órgano judicial o el Ministerio Fiscal tienen conocimiento de unos hechos que revisten el carácter de delito.

A partir de ese momento, empieza la actividad dirigida a la averiguación de todas las circunstancias acontecidas, con la finalidad de acopiar los datos que permitan, en la posterior fase de juicio oral, la determinación de la existencia de dichos hechos y la implicación de una o varias personas en ellos.

Para esto, son necesarias actividades investigadoras de índole diversa, algunas de las cuales pueden suponer, por su naturaleza, la limitación de uno o diferentes derechos fundamentales de quien deba soportarlas.

La reforma de 2015 ha incorporado un plazo para la investigación al objeto de limitar la duración excesiva de los procesos. Aspecto polémico que, a juicio de la Fiscalía, puede generar impunidad. También se ha abierto la investigación a la incorporación de determinado ejercicio de la discrecionalidad por el MF en determinadas condiciones.

Igualmente, puede ser necesario, para el aseguramiento del buen fin de la investigación y de la celebración del correspondiente juicio, la limitación de determinados derechos del investigado, con carácter temporal.

La reforma de 2015 ha acometido finalmente la regulación de las medidas limitativas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, mediante más de diez medidas que se analizan una a una. Incorporan, por otra parte, unas reglas generales para la adopción de cualquier medida limitativa de derecho fundamental.

Finalizada la investigación, es el momento de que los sujetos que intervienen en el proceso –el juez y las partes– se planteen la posibilidad y la necesidad del juicio. A esta fase, que tiene tratamiento distinto en función del proceso que se trate, se la denomina «fase intermedia» y su objetivo es centrarse en si corresponde o no el ejercicio de la acción penal.

El presente módulo se dedica al estudio de ambas fases: la fase de instrucción y la fase intermedia.

De la primera, como se ha apuntado, se estudian las actuaciones que puede contener, distinguiendo especialmente aquellas que suponen limitación de derechos fundamentales. Se analizan también con detenimiento las medidas

cautelares, aseguratorias del buen fin del proceso y la reforma y ampliación de los derechos del detenido (art. 520 LECrim), incluyendo la entrevista previa con el letrado.

Finalmente, se explora el tratamiento de la fase intermedia, distinguiendo la regulación que le dispensa la LECrim en el juicio ordinario y en el procedimiento abreviado.

Objetivos

Este módulo persigue los siguientes objetivos:

- 1.** Iniciar el estudio de la dinámica del proceso penal.
- 2.** Conocer las finalidades de la fase de instrucción, su naturaleza jurídica y las principales modalidades en los diferentes procesos.
- 3.** Conocer los mecanismos que permiten la iniciación del proceso penal.
- 4.** Familiarizarse con las diligencias de investigación previstas en la LECrim.
- 5.** Distinguir las diligencias limitativas de derechos fundamentales, sus requisitos y su valor probatorio.
- 6.** Comprender, en general, la diferencia entre actos de investigación y actos de prueba, y su valoración.
- 7.** Conocer los mecanismos que permiten denunciar la ilicitud probatoria.
- 8.** Aprender los fines de las medidas cautelares, y su regulación legal.
- 9.** Comprender los fines y el alcance de la fase intermedia.
- 10.** Comprender la importancia de los escritos de acusación y defensa.
- 11.** Destacar la importancia de la regulación europea, singularmente de las directivas, en su caso.

1. La instrucción: fase preliminar

En primer lugar, estudiaremos la fase preliminar de la instrucción.

1.1. El procedimiento preliminar. Sumario o instrucción: finalidad general y variedades

A tenor de la propia definición legal en el procedimiento ordinario por delitos graves:

"Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos".

(art. 299 LECrim)

Pueden, por tanto, diferenciarse tres finalidades:

- 1) Averiguar y hacer constar si se cometió o no el delito y cuál pueda ser su autor y su culpabilidad.
- 2) Preparar, en su caso, el juicio oral.
- 3) Asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles del hecho.

1.1.1. Modalidades de instrucción en los procesos penales en España

1) En el juicio ordinario por delitos graves

En el juicio ordinario por delitos graves, a partir del artículo 299 LECrim, no se diferencia una fase previa al inicio del sumario. Ello no impide, sin embargo, que los artículos 282 a 298 LECrim contemplen distintos quehaceres de la Policía Judicial. Ahora bien, precisamente porque no se trata de una fase procesal, el artículo 297 LECrim prescribe que las manifestaciones de la Policía Judicial vertidas en el atestado y el contenido de éste tendrán el valor de mera denuncia a efectos probatorios.

2) En el procedimiento abreviado y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido

La reforma de la LECrim del 2002 distingue dos situaciones:

a) Aquella en que la instrucción se entiende casi como innecesaria o extremadamente breve (art. 795 LECrim), en la que se seguirá el procedimiento de "enjuiciamiento rápido", a tenor de los artículos 795 y siguientes de la LECrim.

b) Aquellas cuestiones correspondientes al ámbito objetivo de aplicación del procedimiento abreviado que, por diferentes motivos, precisan de una instrucción más o menos compleja (arts. 757 a 779 LECrim).

3) En otros procedimientos

Otros procedimientos, como el juicio de delitos leves, carecen de fase instructora, en tanto el procedimiento ante el Tribunal del Jurado presenta una serie de peculiaridades que examinaremos en el módulo "Procedimientos especiales".

1.1.2. Naturaleza jurídica de la instrucción

Acerca de la naturaleza jurídica de la fase de instrucción, existen dos direcciones contrapuestas, claramente conectadas con las dos concepciones que se han mencionado: la que le asigna **carácter procesal** y la que la concibe como **una actividad administrativa**.

1.1.3. Normas generales de la instrucción

1) Cada delito debe ser objeto de un sumario, salvo los conexos que podrán acumularse e instruirse en un solo proceso (art. 17 LECrim).

2) La instrucción debe formarse ante el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ), como depositario de la fe judicial (art. 321 LECrim).

3) Como regla general, las actuaciones sumariales se desarrollarán en la sede oficial del juzgado, sin perjuicio de aquellas (bastantes) que sólo pueden realizarse fuera, incluso por delegación.

4) Son hábiles todos los días y horas (art. 201 LECrim).

5) Las diligencias sumariales son en principio secretas para terceros, con las excepciones previstas en la ley (art. 301 LECrim).

1.1.4. Contenido de la fase instructora

En términos generales y necesariamente sintéticos, puede recordarse que el contenido de la fase de instrucción es: **a)** comprobar la existencia de actividad delictiva y determinar el sujeto al que se le atribuye, garantizando de este modo el interés público en la persecución de los delitos; y **b)** preparar, si procede, la

fase de juicio oral en un doble sentido: haciendo acopio de material, que de otro modo desaparecería; y asegurando que la condena y las responsabilidades derivadas del delito, en su caso, podrán hacerse efectivas.

1.1.5. Competencia e intervención de las partes en la investigación inicial

Será juez competente el juez de instrucción del lugar del delito, el que corresponda por reparto (en los lugares donde hay varios) o aquel ante el que se acumulen procesos conexos (art. 17 LECrim). A ello habrá que añadir los supuestos especiales –por ejemplo, los delitos que instruyen los Juzgados Centrales de lo Penal (terrorismo, tráfico de drogas interterritorial) o el Tribunal Supremo (aforados)–, o aquellos en que tiene que actuar "el juez de prevención (art. 307 LECrim) o un "juez comisionado" (art. 310 LECrim).

En cuanto a la intervención de las partes, dependerá de cuál de ellas se trate y del modo en que se tenga conocimiento de la *notitia criminis*.

El Ministerio Fiscal ostenta, en la fase sumarial, una situación claramente privilegiada como órgano público y acusador oficial. De hecho, su estatuto orgánico le permite iniciar y dirigir la investigación hasta que intervenga el órgano judicial competente (art. 5 EOMF).

La Policía Judicial tiene por objeto la averiguación de los delitos públicos que se cometieren en su demarcación en los términos fijados en el artículo 282.1 LECrim. En este mismo párrafo, a renglón seguido, el Estatuto de la víctima le atribuye, asimismo, cumplir con el deber de información a las víctimas, en cuanto estas entren en contacto con alguno de sus miembros, valorando sus circunstancias particulares para determinar provisionalmente las medidas de protección adecuadas.

Como aspecto fundamental de su quehacer figura la obligación de informar inmediatamente a la autoridad judicial o al representante del MF, si pudieran hacerlo sin cesar en las diligencias de prevención o cuando hayan finalizado las mismas (art. 284.1.I LECrim).

Ahora bien, en el caso de que no hubiera autor conocido del delito, la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del MF y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción;
- b) que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y estas hayan tenido algún resultado; o

c) que el MF o la autoridad judicial soliciten la remisión.

La ausencia de esta remisión, con la obvia consecuencia de que no será perseguido, puede paliarse eventualmente si el denunciante, al cual la Policía Judicial debe comunicar esta circunstancia a tenor del artículo 6 del EV, si reitera la denuncia ante la Fiscalía o el Juzgado de Instrucción (art. 284.2.II LECrim).

Fuera de la excepción señalada y los casos de fuerza mayor, los funcionarios de la Policía Judicial no pueden dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al MF de las diligencias practicadas (art. 295 LECrim).

En otro plano, el de la colaboración comunitaria, es útil recordar el Reglamento UE 2016/794, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la cooperación policial (Europol).

El acusador popular y el particular, una vez constituidos como partes, solicitan también diligencias que deberán ser practicadas, salvo que se estimen inútiles o perjudiciales, pudiendo intervenir en las mismas (arts. 311.I; 312; 771.1.ªif y 776.3, todos de la LECrim), y siempre que no se haya declarado el secreto del sumario (art. 302.2 LECrim).

El actor civil ve limitada su intervención a la práctica de diligencias que se encaminen a asegurar la efectividad de la responsabilidad civil (art. 320 LECrim).

En cuanto al investigado, está obligado a comparecer si le cita el juez, pero no a declarar (arts. 24.2 CE y 520.2 a) y b) LECrim); y, si no comparece, se dictará orden de detención (requisitoria; art. 487 LECrim) en la vía nacional u orden europea de detención u orden internacional (arts. 835 y 784.4 LECrim y Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE).

1.2. Iniciación del procedimiento: la denuncia, la querrela y la iniciación de oficio

La *notitia criminis* puede llegar al conocimiento del juez por muy diferentes medios: proveniente de terceros –mediante la presentación de una denuncia o de una querrela– o por conocimiento del propio juez.

En cualquier caso, el órgano judicial está obligado a investigar, salvo casos excepcionales de manifiesta ausencia de conducta delictiva o en que la denuncia aparezca como manifiestamente falsa (art. 269 LECrim) y, si aprecia indicios racionales de delito, debe abrir la instrucción del proceso incoando el correspondiente auto de apertura del sumario o de diligencias previas, según el tipo de procedimiento que deba seguirse. Si, por el contrario, los hechos denuncia-

dos o que figuran en la querrela no son constitutivos de delito, o el juez no se estima competente para instruirlos, podrá desestimar la querrela (art. 313.I LECrim). Esta última resolución será recurrible (art. 313.II LECrim).

1.2.1. La denuncia

Es la declaración de conocimiento o ciencia, en virtud de la cual se ponen en conocimiento de la autoridad unos hechos que revisten los caracteres de delito.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal diferencia entre la forma en que hayan llegado a conocimiento del denunciante los hechos y la calidad de éste.

1) Si el denunciante conoce del hecho en ejercicio de su cargo, profesión u oficio, su traslado al instructor, fiscal o miembro de la policía constituye un deber, cuya única excepción se establece para los abogados y procuradores respecto de las instrucciones de sus clientes (arts. 262-263 y 772 y 773.2 LECrim y 5 EOMF).

2) Si el denunciante es testigo directo del hecho, debe denunciarlo bajo amenaza de sanción económica (art. 259 LECrim).

3) Si el denunciante no es testigo directo, no cabe obligarle a denunciar y, en tal sentido, el artículo 264 LECrim establece un mero "deber cívico", basado en el deber de colaboración del artículo 118 CE.

4) Finalmente, de manera especial, si nos encontramos ante un delito perseguible a instancia de parte, la denuncia del ofendido por el delito operará como un presupuesto procesal de inexcusable cumplimiento, sin el cual el juez no podrá iniciar el procedimiento.

Mediante la denuncia, simplemente, se da noticia a la autoridad de la comisión de un delito, pero no se ejercita la acción penal: por eso, no se requiere ningún otro acto del denunciante, una vez interpuesta la denuncia, ni que éste tenga que probar los hechos consignados en aquélla, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes a los delitos que hubiere cometido por medio de la propia denuncia o con su ocasión (art. 264.II LECrim).

La denuncia puede efectuarse:

1) Ante el órgano jurisdiccional: el competente u otro que deberá remitirle las actuaciones, sin perjuicio de poder llevar a cabo las más urgentes (art. 13 LECrim).

2) Ante cualquier miembro del MF (arts. 259; 262; 264 y 773.2 LECrim y art. 5 EOMF).

3) Ante funcionarios de la policía, sin distinción de la pertenencia a diferentes cuerpos.

Formalmente, podrá hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por mandatario con poder especial (arts. 265 a 268 LECrim).

Como consecuencia de la denuncia, amén de su consignación en un acta que deberá ser firmada por el declarante y por el funcionario o autoridad que la reciba, el juez, autoridad o funcionario hará constar la identidad de la persona del denunciante y, si éste lo exigiere, le dará un resguardo de haber formalizado la denuncia (arts. 266, 267 y 268 LECrim).

Más allá de estos efectos, más formales, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé otros de mayor trascendencia material, y singularmente la necesaria comprobación de la verosimilitud de los hechos denunciados y si merecen ser investigados.

1) Si la denuncia se ha presentado ante el órgano judicial y se cree que los hechos denunciados no son constitutivos de delito, o si la denuncia parece manifiestamente falsa, deberá dictarse resolución archivando las diligencias.

2) Si la denuncia se presentó ante la fiscalía, el artículo 5 del EOMF ordena su remisión al juzgado competente o, en su caso, su archivo por entenderla infundada, de lo que deberá dar noticia al denunciante, o, finalmente, la práctica de diligencias para comprobar los hechos y las presuntas responsabilidades. Recuérdese, no obstante, que las mismas deberán cesar así que se tenga conocimiento de que por la vía que sea se han iniciado diligencias judiciales (art. 773.2.III LECrim).

c) Si, en un último supuesto, la denuncia se presenta ante la policía, derivará en un atestado, al igual que si la policía conoce del hecho por sí misma.

Finalmente, recuérdese que la solicitud de una orden de protección integral actúa como acto de denuncia de un hecho aparentemente delictivo (art. 544 ter LECrim). El solicitante, empero, no se constituye en parte.

1.2.2. La querrela

Es un acto procesal por el que se pone en conocimiento de un órgano jurisdiccional la perpetración de unos hechos con caracteres de delito y, además, se ejerce la acción penal (arts. 100 y 270 LECrim), lo que hace que el querellante se constituya en parte.

El artículo 277 LECrim condiciona la eficacia de la querrela al cumplimiento de una serie de requisitos:

- 1) Deberá presentarse por medio de procurador con poder bastante y suscrita por letrado.
- 2) Deberá dejar constancia de:
 - a) el juez o tribunal ante quien se presente;
 - b) el nombre, apellidos y vecindad del querellante;
 - c) el nombre, apellidos y vecindad del querellado;
 - d) una relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora del hecho, si se sabe;
 - e) la expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho;
 - f) la petición de que se admita la querella, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable –o a exigirle fianza de la libertad provisional–, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda;
 - g) la firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiere firmar, cuando el procurador no tuviere poder especial para formular la querella.

La omisión de alguno de estos requisitos provoca varias consecuencias, según su naturaleza:

- 1) Si son meramente formales, son subsanables en aplicación de artículo 11.3 LOPJ, conforme al cual "los juzgados y tribunales, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto sea insubsanable o no se subsanase por el procedimiento establecido en las leyes".
- 2) Si son esenciales y se trata de un delito público, la querella tendrá el valor de una mera denuncia; si son esenciales y el delito es privado, la querella se inadmitirá.

Tienen capacidad para presentar la querella: el MF (arts. 124 CE, 3 y 4 EOMF y 271, 308 y 105 LECrim), las personas jurídicas y las físicas que estén legitimadas para ejercer la acción penal, es decir, para ostentar la condición de partes acusadoras.

La admisibilidad de la querrela se supedita a que se preste fianza (art. 280 LECrim), excepto si el querellante se encuentra en alguno de los casos de los artículos 281 LECrim (ofendido y sus herederos o representantes legales; viudo o viuda, ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado, herederos de la víctima, padre, madre e hijos naturales, en los casos de asesinato u homicidio). Asimismo, los extranjeros deberán o no prestar fianza con arreglo a lo suscrito en los convenios de La Haya y a la reciprocidad.

Examinada la concurrencia de los requisitos anteriores, si el juez estima procedente la querrela, la admitirá y mandará practicar las diligencias que se hayan solicitado, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querrela, que denegará en resolución motivada (art. 312 LECrim). Contra el auto denegatorio de las diligencias pedidas, cabe recurso de apelación en un solo efecto (art. 311.II LECrim).

Admitida la querrela, el particular queda sometido a todos los efectos al juez de instrucción o tribunal competente. Podrá, no obstante, apartarse de la misma, quedando sujeto a las responsabilidades resultantes de sus actos anteriores (art. 274.II LECrim).

La querrela se entiende abandonada cuando, por muerte o haberse incapacitado el querellante, no compareciese ninguno de los herederos o representantes legales, en los treinta días siguientes a la citación dándoles conocimiento de la querrela (art. 276 LECrim). Lo mismo acontece, en el supuesto de los delitos perseguibles a instancia de parte, si se dejase de instar el procedimiento en los diez días siguientes a la notificación del auto en que el juez o tribunal lo hubiere acordado (art. 275 LECrim).

La desestimación de la querrela procede en dos casos: porque el juez no se considere competente o porque los hechos no sean constitutivos de delito (art. 313 LECrim). Este rechazo no es contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (SSTC 61/1982, 148/1987, 238/1988, 175/1989, 297/1994).

La admisión, finalmente, ocasiona una serie de efectos, como la litispendencia, y la interrupción de la prescripción de los delitos (art. 114.2 CP).

1.2.3. La iniciación de oficio

Conforme al artículo 308 LECrim:

"Inmediatamente que los jueces de instrucción [...] tuvieran noticia de la perpetración de un delito, el Letrado de la Administración de Justicia lo pondrá en conocimiento del fiscal de la respectiva Audiencia [...] y dará, además, parte al presidente de ésta de la formación del sumario".

Esta norma ha sido objeto de resoluciones del Tribunal Constitucional, rechazando la interpretación conforme a la cual el citado artículo 308 LECrim es manifestación inquisitiva en la fase instructora de nuestro proceso penal (STC 41/1998, como anteriormente la 32/1994).

El artículo 308 LECrim faculta al órgano judicial para levantar el correspondiente testimonio sobre los hechos presuntamente delictivos de los que tiene conocimiento para que el Letrado de la Administración de Justicia lo remita al juzgado de guardia o, lo ponga en conocimiento, en su caso, del presidente de la Audiencia, pero dando traslado, en todo supuesto, al MF, a fin de que sostenga o no la acción penal, cometido este que se halla fuera de la competencia del órgano judicial (art. 102.3 LECrim).

1.2.4. Plazo para desarrollar la instrucción

Una de las novedades de la última reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal no es incluir un plazo para la instrucción, que siempre ha existido, concretamente un mes según figuraba en el artículo 324 LECrim. Su evidente inoperancia se pretende sustituir por otros plazos, de una parte, más realistas, y de otra, que aúnen las exigencias de la averiguación de los delitos con otras derivadas de instrucciones interminables difícilmente coherentes con exigencias del proceso debido. Claro que el peligro de cumplir estrictamente los mismos es la impunidad cuando la investigación quede cortada sin haber llegado a resultados que permitan abrir el juicio oral. Con el objetivo de aminorar dicho riesgo, se establece un plazo básico de seis meses para «asuntos sencillos» y la posibilidad de prórroga para los complejos con un límite máximo infranqueable, así como una «cláusula de plazos» (como denomina la exposición de motivos), excluyendo que su agotamiento dé lugar al archivo automático de las actuaciones, fuera de los supuestos en que proceda el sobreseimiento libre o provisional de la causa.

Como **regla general**, las diligencias de instrucción se practicarán durante el plazo máximo de seis meses desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas (art. 324.1 LECrim). Esta regla opera en las causas no complejas.

En las causas complejas existe la posibilidad de prórroga. Las **investigaciones son complejas** en los siguientes siete casos, cuando: a) recaigan sobre grupo u organizaciones criminales; b) tengan por objeto numerosos hechos punibles; c) involucre a gran cantidad de investigados o víctimas; d) exija la realización de pericias o colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación o complicados análisis; e) implique la realización de actuaciones en el extranjero; f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas; o g) se trate de un delito de terrorismo (art. 324.2.III LECrim).

En caso de investigación compleja el plazo se extiende a los dieciocho meses, que el instructor de la causa podrá prorrogar por igual plazo o uno inferior, siempre a instancia del MF y previa audiencia de las partes. La solicitud de prórroga deberá presentarse por escrito, al menos tres días antes de la expiración del plazo máximo.

Contra el auto que desestime la solicitud de prórroga no cabrá recurso, sin perjuicio de que pueda reproducirse esta petición en el momento procesal oportuno.

Los plazos previstos quedarán interrumpidos por dos tipos de cuestiones: a) en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la duración del mismo, o b) en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa.

Para evitar que el transcurso del plazo pueda acarrear situaciones de impunidad indeseadas, se prescribe que en ningún caso el mero transcurso de los plazos fijados dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas para que proceda el sobreseimiento libre o provisional (art. 324.8 LECrim).

Sobre la eventual inconstitucionalidad del artículo 324 LECrim, se planteó una cuestión de inconstitucionalidad, rechazada mediante Auto del pleno del Tribunal Constitucional (número de Registro 363-2017).

1.3. Atestados por delito sin autor conocido

Para que se inicie la instrucción y, en la mayoría de los casos, tras la práctica de las diligencias que veremos seguidamente y salvo que el conocimiento del delito llegue mediante la denuncia o la querrela, este llega a partir del atestado policial. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, a los efectos de asegurar dicho conocimiento, establece (art. 284 LECrim) la obligación de la Policía Judicial de informar al Juzgado de Instrucción sobre la llegada a su conocimiento de la comisión de un delito por cualquier vía que sea.

Pensando en estos y otros casos posibles, aquella regla general, que comporta la remisión al Juzgado de Instrucción o a la Fiscalía de las diligencias practicadas, es excepción en otros supuestos en los que se desconozca el sujeto, tras la práctica de diligencias durante setenta y dos horas; sin perjuicio de que el resultado de dichas actuaciones se conserven a disposición del órgano judicial o del MF (art. 284.2 LECrim) y de que se sigan practicando las diligencias de prevención (art. 284.1 LECrim).

Dicha posibilidad, que ciertamente constituye, por una parte, una forma innegable de aceleración de la justicia penal cuyos efectos ya se han dejado sentir en la estadística judicial, conlleva, por otra, una negación de uno de los fines del sumario conforme al citado artículo 299 LECrim, negación que el legislador valora positivamente.

Consciente, sin embargo, de los riesgos que puede entrañar la nueva excepción o para salvaguardar determinados delitos, el artículo 284.2 LECrim establece las siguientes excepciones, en cuyo supuesto sí se debe enviar noticia del resultado de las diligencias:

- Que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción.
- Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y estas hayan tenido algún resultado.
- Que el MF o la autoridad judicial soliciten la remisión del mismo.

A la obligación de remisión en estos tres supuestos se une, por imposición del contenido del Estatuto de la víctima, la comunicación al denunciante que sea víctima el delito de la no remisión a la autoridad judicial para que ejercite, en su caso, su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción (art. 284.2.II LECrim y 6 del EVD).

En tanto, por otra parte, se mantiene la obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial y del MF las diligencias practicadas en las primeras veinticuatro horas (art. 295.III LECrim).

2. La instrucción (II): desarrollo del sumario o diligencias previas: los diversos actos de investigación. Valoración de las diligencias sumariales. Prueba anticipada y prueba preconstituida

Acordada la formación del sumario, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica el libro II ("Del sumario") a la regulación de una serie de diligencias de muy distinta naturaleza, mezcladas sin mayor sistema con otros aspectos de la fase de instrucción.

Para procurar un planteamiento más clarificador, se efectuará en primer término una breve relación del contenido de cada una de las diligencias de investigación, para, seguidamente, acometer el espinoso tema de determinar el valor otorgado a las mismas en el orden probatorio.

Cuestión diferente, aunque conexas, es la necesidad de anticipar o preconstituir prueba en la fase instructora, aspecto que trataremos al final de esta lección. Antes, corresponde examinar las diferentes diligencias que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en la etapa instructora.

2.1. La inspección ocular

Esta diligencia, también denominada reconocimiento judicial, tiene por finalidad que el juez tome conocimiento *in situ* de todo aquello que pueda estar en relación con la existencia y naturaleza del hecho delictivo.

La inspección ocular guarda gran relación con las diligencias generales tendentes a conservar el cuerpo del delito, para su posterior utilización como prueba en el juicio oral (art. 326 LECrim). De hecho, al no poder reproducirse en el juicio oral, la inspección ocular se integra entre los casos típicos de prueba anticipada (arts. 326.2 y 333 LECrim). A ello contribuirá la exigencia legal de su documentación (por escrito, en el mismo acto de la inspección: art. 322 LECrim) y la necesidad de que, si existe ya alguna persona procesada o imputada en el momento de proceder a su práctica, pueda presenciarla sola o asistida por defensor (art. 333 LECrim y, en general, arts. 118 y 302 LECrim).

Esta diligencia, por su relevancia, se practicará con preferencia a las demás del sumario, no suspendiéndose su ejecución sino para asegurar la persona del presunto culpable o para dar auxilio a los agraviados por el delito (art. 366 LECrim). La ley diferencia el desarrollo de la diligencia según existan huellas en la perpetración del delito (arts. 326 II, 327 y 329 LECrim) o no (arts. 330 y 331 LECrim).

Se suele entender que la diligencia de "reconstrucción del hecho", no prevista expresamente en la LECrim, encuentra su apoyo legal en esta figura, en concreto a tenor de lo dispuesto en el artículo 331 LECrim (STS 2 de marzo de 1993).

2.2. El cuerpo del delito

Bajo la rúbrica de "cuerpo del delito", la ley regula una serie de diligencias muy relacionadas con la anterior, que se encaminan al conocimiento de si los hechos son constitutivos de delito, cómo y cuáles son los objetos utilizados en su comisión y las consecuencias que puedan derivarse.

Integrado por los elementos que se citan en el artículo 334 LECrim, el "cuerpo del delito" se identifica con la persona o cosa objeto del delito, distinguiéndose entre "cuerpo material" –sobre el que aquél recae– y "cuerpo accidental" (por medio del cual se incorpora a los autos como pieza de convicción; STS de 6 de febrero de 1982).

La ley diferencia entre diligencias directas de comprobación del cuerpo del delito, de carácter general, y otras específicas en atención al tipo de delito concreto.

Entre las primeras, figuran:

1) El reconocimiento y descripción del "cuerpo de delito" *stricto sensu* (art. 335 LECrim).

2) La recogida, descripción, retención, conservación o destrucción del instrumento delictivo: arma, droga o cualquier otro instrumento (art. 334 LECrim).

En el supuesto de delitos de tráfico de droga, debe tenerse en cuenta la Ley, de 6 de julio de 1994, que modifica el artículo 338 LECrim, preceptuando la destrucción de lo incautado, previa conservación de muestra suficiente para garantizar comprobaciones o posteriores investigaciones, quedando dicha muestra bajo custodia judicial.

A este respecto, conviene tener presentes varias disposiciones: nacionales e internacionales. En el primer sentido, el RD 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción; la Orden, de 14 de julio de 1983, sobre depósitos judiciales para conservar las piezas de convicción, y la Consulta 2/86 de la Fiscalía General del Estado, sobre ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal.

3) El reconocimiento e informe pericial del cuerpo del delito (arts. 336 y 339 LECrim).

4) La realización de análisis químicos o biológicos o la obtención de muestras biológicas, entre los que destaca, por su significación para la identificación, las del ADN (art. 363.II LECrim en relación con el art. 326.III LECrim).

5) Las declaraciones testificales (art. 337 LECrim).

Entre las diligencias de comprobación del cuerpo del delito, en atención al delito, la LECrim señala:

1) Si se trata de muerte violenta o sospechosa de criminalidad: se practicará el reconocimiento y descripción del *corpus criminis* (arts. 340 y 335 LECrim), la identificación del cadáver y su levantamiento (arts. 340-342 y art. 770.4.º LECrim) y la autopsia (art. 343 LECrim y arts. 8 Ley de Registro Civil y 274 de su Reglamento).

2) En caso de envenenamiento, heridas u otras lesiones: se proveerá a la asistencia facultativa a cargo del médico forense (arts. 350 a 352, 355 y 770.1.ª y 778.3 LECrim) y, en su caso, al internamiento u hospitalización de la víctima (art. 778.5 LECrim).

3) En caso de robo, hurto, estafa o similar, deberá aplicarse el artículo 364 LECrim, atemperado por la interpretación jurisprudencial, que lo reduce a los supuestos en que hubiere duda sobre la preexistencia de la cosa objeto de sustracción (arts. 331 y 785.2 LECrim).

Cabe, finalmente, que deban practicarse diligencias para determinar las consecuencias económicas del delito en aquellos supuestos en que el delito se configura a partir de una determinada cantidad (delito fiscal, por ejemplo) o para establecer el alcance de la pretensión civil de resarcimiento (examen de las declaraciones de renta, patrimonio o datos bancarios, por ejemplo).

2.3. Determinación del presunto delincuente y de sus circunstancias personales

Este bloque se ocupa en la determinación del presunto delincuente y de sus circunstancias personales.

2.3.1. Diligencia de reconocimiento

La diligencia de reconocimiento sirve para determinar si aquel a quien se atribuye participación en los hechos es, al menos a efectos de su posible imputación, merecedor de tal condición.

A este respecto, pueden utilizarse varios medios. Algunos de ellos, como la declaración del propio sujeto, la declaración de testigos o el reconocimiento en rueda, precisan de la presencia del investigado a disposición del instructor.

En caso de que el futuro investigado no esté presente, existen muy diferentes métodos para su identificación, como el empleo de grabaciones, huellas dactilares, escritura, datos antropométricos o genéticos, pruebas de voz, entre otros.

La técnica dactiloscópica consiste en contrastar la huella debitada, encontrada en el lugar del crimen, con las que se hayan en los archivos policiales de personas previamente fichadas, para valorar sus variedades morfológicas o puntos característicos. Para que la prueba tenga la eficacia deseada, al igual que las pruebas caligráficas, deberán poder ser sometidas a contradicción en el juicio oral.

En cuanto a **las grabaciones**, hasta la LO 4/1997, de 4 de agosto, nada disponía nuestro ordenamiento; sólo la jurisprudencia del TS, en una sentencia del 6 de mayo de 1993, había distinguido entre grabaciones en lugares públicos y grabaciones en lugares privados, supeditando en las primeras el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen a los intereses de la persecución penal. A partir del citado texto legal, se autoriza la instalación de videocámaras en determinadas condiciones (arts. 3.1 a 4). La utilización de este instrumento identificativo se somete al principio de proporcionalidad en su doble versión de idoneidad e intervención mínima (art. 6).

Prueba de ADN. Su alto grado de fiabilidad ha extendido su práctica. A partir de la reforma de los artículos 363.2 y 326.3 LECrim, se ha establecido la base legal para ordenar la obtención de muestras biológicas del sospechoso indispensables para determinar su perfil de ADN, permitiendo con tal fin los actos de inspección y reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados. Como medida limitativa de derecho fundamental que es, el análisis de los presupuestos que deben concurrir en su adopción, así como las garantías para su posterior incorporación al proceso se analizan posteriormente.

Recuérdese, por otra parte, la creación de una "Comisión Nacional sobre el Uso Forense del ADN" a la que se encomiendan una serie de funciones: 1) acreditar los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres; 2) establecer los criterios de coordinación entre tales laboratorios; 3) elaborar los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras; 4) determinar las condiciones de seguridad en su custodia; y 5) fijar las medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos.

Sobre la necesidad de autorización judicial para extraer muestras para análisis de ADN al detenido y otros pormenores, véase el Acuerdo de la Sala 2.^a del TS de 13 de julio de 2005.

Además, se requiere que la toma del ADN de los investigados se haga en presencia de su abogado, so pena de no poder utilizar el resultado como fuente probatoria.

Uso forense del ADN

La composición y las funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN viene regulada en el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre.

2.4. Declaraciones de testigos

Los testigos son las personas físicas, con la condición jurídica de terceros, que declaran en el proceso penal ante el juez sobre hechos y circunstancias pasadas.

Toda persona capaz tiene, en principio, el doble deber de comparecer al llamamiento del juez y de prestar declaración ante él, narrándole cuanto sepa acerca de un hecho delictivo. De forma excepcional, algunas personas se encuentran eximidas de alguno de estos deberes, o de ambos (art. 411 y ss. LECrim).

2.4.1. Sujetos exentos

1) Están exentos del deber de concurrir al llamamiento del juez y del deber de declarar: el rey, la reina, sus respectivos consortes, el príncipe heredero y los regentes del Reino (art. 411.I LECrim).

2) Están exentos del deber de concurrir al llamamiento judicial, pero no del de declarar (aunque podrán hacerlo de manera especial):

a) Quienes pueden declarar por escrito: demás personas de la Familia Real (412.1 LECrim).

b) Aquellos a quienes se permite también declarar por escrito sobre hechos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo: presidente y demás miembros del Gobierno, Congreso de los Diputados, Senado, comunidades autónomas, entre otros (art. 412.2 LECrim). Si se trata de hechos que no tienen que ver con el ejercicio de su cargo, la declaración se tomará por escrito en su domicilio o despacho oficial (art. 412.3 LECrim).

c) Aquellos que deben declarar pero pueden hacerlo en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros (art. 412.5 LECrim).

3) También están exentos de declarar, pero no por razón del estatus que ocupan en la organización del Estado:

a) Los parientes del investigado en el grado establecido en el artículo 416.1 LECrim, y su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la de su cónyuge.

b) El abogado del procesado respecto de los hechos que éste le confíe como defensor (art. 416.2 LECrim).

c) Los eclesiásticos y ministros de otros cultos sobre hechos revelados en el ejercicio de sus funciones (art. 417.1 LECrim).

d) Los funcionarios públicos en los términos señalados en el artículo 417.2 LECrim, bajo amenaza, además, de la comisión del delito contemplado en el artículo 367 CP.

e) Los incapacitados física o moralmente (art. 417.3 LECrim).

f) Los agentes diplomáticos u otros miembros de la carrera o a su servicio, también a tenor de lo prescrito en los artículos 411.II, 412.7 y 415, todos de la LECrim.

2.4.2. Sanción frente al incumplimiento

El incumplimiento de los deberes de comparecer y de declarar está sancionado de distintos modos. En primer término, con multa de 200 a 5.000 euros. De persistir el incumplimiento del deber, el testigo podrá ser conducido por la fuerza pública a presencia judicial y ser perseguido por el delito de obstrucción

a la justicia con arreglo al artículo 463 CP. Si se negara a declarar cabe, incluso, el procesamiento por desobediencia grave a la autoridad (arts. 556 CP y 420 LECrim).

2.4.3. La determinación de los testigos

El juez instructor podrá llamar a declarar en calidad de testigos, en primer lugar, a las personas señaladas en el atestado, en la denuncia o en la querrela como tales; y, por supuesto, a todas aquellas otras personas que, sin aparecer consignadas en dichos escritos, se estime en el curso de las investigaciones que puedan tener conocimientos relacionados con el hecho punible (art. 421 LECrim).

2.4.4. Procedimiento

La práctica de la declaración testifical se efectuará en la sede del juzgado, con algunas excepciones.

Excepciones

Las excepciones a la práctica de la declaración testifical en la sede del juzgado son:

- 1) Que el testigo resida fuera de la circunscripción del juzgado, supuesto en que cabrá comisionar al juez de la circunscripción de residencia del testigo (arts. 422 y 423 LECrim).
- 2) Que el testigo resida en el extranjero, supuesto en que cabrá su declaración por la vía de cooperación internacional (arts. 424 LECrim y 276 LOPJ).
- 3) Que el testigo precise ser examinado urgentemente o se encuentre físicamente impedido, casos en el que el juez podrá desplazarse (art. 430.III LECrim).

La citación a los testigos deberá efectuarse conforme a los artículos 166 a 182 LECrim, con las particularidades previstas en los artículos 430 a 433 LECrim. Su corrección presenta especial relevancia desde el punto de vista del derecho de defensa. En el proceso abreviado, rige la atenuación del artículo 762.3.^a LECrim.

En cuanto a la forma de la declaración testifical, se hará oralmente previo juramento/promesa (art. 434 LECrim), salvo que el testigo sea menor de 14 años (arts. 433 y 706 LECrim) o se trate de testigos menores de edad víctimas de determinados delitos (art. 707 LECrim). En caso de testigo sordomudo o que no supiere el castellano, se estará a lo dispuesto en los artículos 440 y 442 LECrim y 231.3 LOPJ. Si el testigo es extranjero, se aplicará el artículo 424 LECrim.

Las preguntas deberán ser claras y directas, prohibiéndose las capciosas o sugestivas (art. 439 LECrim).

Las primeras preguntas se encaminarán a identificar al testigo y su relación con el objeto y los sujetos del proceso penal ("preguntas generales de la ley": art. 436 LECrim); las restantes versarán ya sobre el objeto propio del testimonio (arts. 436.II y 445 LECrim).

Las contestaciones se harán valiéndose tan sólo de la memoria, pudiendo el testigo servirse de notas si los datos son complejos (arts. 437 y 438.II LECrim).

Al finalizar la declaración, se advertirá al testigo de su derecho a leer las declaraciones, o lo hará el Letrado de la Administración de Justicia en su defecto, firmando todos los intervinientes (arts. 443, 444, 446 y 447 LECrim). El Letrado de la Administración de Justicia debe informar al testigo de la obligación de comparecer para declarar de nuevo, en su caso, así como de la de poner en conocimiento los cambios de domicilio.

2.4.5. Medidas de protección de testigos

Para procurar que la colaboración con la Administración de justicia no depare consecuencias indeseables a quien depone testimonio en determinadas circunstancias o sobre aspectos concretos, la LO 19/1994, de 23 de diciembre, contempla la posibilidad de que, ya sea de oficio, ya a instancia de parte, se acuerden ciertas medidas de protección, frente a la concurrencia racional de peligro grave para la persona o bienes del testigo o de quienes estuvieren unidos a él por relaciones de parentesco o afectividad.

La intensidad de estas medidas varía en función de la fase del proceso. Así, durante la instrucción es posible mantener completamente oculta la identidad del testigo y su localización, además de procurarle la protección policial que requiera.

Sin embargo, abierta la fase de juicio oral, si se propone la declaración del testigo protegido, la parte contraria podrá solicitar la toma de conocimiento de la identidad del testigo: en caso contrario, se estima que el derecho de defensa se vería limitado en exceso, pues el acusado no podría nunca poner de relieve ciertas circunstancias personales del testigo, las cuales podrían desacreditar su declaración. Ahora bien, la revelación de la identidad del testigo no será óbice para el mantenimiento de las demás medidas de protección, como la ocultación de su imagen, la protección policial o, incluso, facilitar al testigo una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.

En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el juez de instrucción podrá acordar, cuando la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del MF en los términos señalados en el artículo 433.IV LECrim.

La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba (art. 448.III LECrim).

En todos los casos, el juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales (art. 433.V LECrim).

2.5. Declaración del investigado-encausado

Si bien el artículo 385 LECrim establece la facultad del juez instructor de requerir a los encausados para que presten cuantas declaraciones considere convenientes, y el artículo 387 LECrim precisa que cabe exhortarles a decir verdad, la incidencia de la Constitución obliga a entenderlos derogados, en cuanto "ninguna persona puede ser obligada a declarar" (art. 17.3 CE) aunque esté detenida o presa, en tanto se ostenta el derecho a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable (arts. 24.2 CE y 520 LECrim). Es más, el juez deberá advertir al investigado de que no está obligado a declarar en el sentido indicado. Asimismo, tras la reforma del artículo 302 LECrim, los acusadores particulares y los actores civiles tendrán derecho a presenciar la declaración del investigado o procesado, salvo que se haya declarado el secreto interno del sumario.

La declaración del investigado o sospechoso, si estuviere detenido, deberá realizarse en el término de veinticuatro horas, prorrogables (art. 386 LEC), pudiéndose repetir cuantas veces lo crean necesario el instructor, el fiscal, los demás acusadores o el mismo declarante (arts. 385 y 400 LECrim). No existe plazo para la indagatoria, sin embargo, cuando el investigado no está detenido (art. 386 LECrim).

El contenido de la indagatoria se determina en el artículo 388 LECrim: será preguntado por su nombre, apellidos y antecedentes, si los tuviere, lo que usualmente se conoce como "preguntas generales de la ley". Asimismo, deberá ser informado de la acusación o imputación que pese contra él, así como de su derecho al silencio, a no declarar y a no hacerlo como culpable.

Las preguntas deberán ser directas, claras, precisas y conforme a la verdad y encaminarse a la averiguación de los hechos y la participación del interrogado y demás copartícipes.

La duración del interrogatorio se contempla en el artículo 393 LECrim, en el sentido de ordenar su suspensión cuando su duración amenace la serenidad de juicio necesaria, y hasta tanto se recupere.

Se permitirá al declarante manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos (art. 396 LECrim).

Si no supiera el idioma español o fuera sordomudo, se observará lo dispuesto en los artículos 440, 441 y 442 (art. 398 LECrim).

El encausado podrá leer la declaración; de no hacerlo así, la leerá el LAJ en su presencia. La diligencia será firmada por todos los que intervengan en el acto.

Declaración del encausado

Si en las sucesivas declaraciones se producen discordancias o retractaciones, son interrogados sobre la razón de sus contradicciones y sobre las causas de su retractación (art. 405 LECrim).

La confesión del procesado, si bien no excluye que el juez siga investigando, en aplicación del principio de la búsqueda de la verdad material (art. 406 LECrim), puede no obstante servir como indicio para enervar la presunción de inocencia si el juez así lo valora en atención al conjunto de elementos de juicio (art. 741 LECrim).

2.6. Careo

Se trata de una medida excepcional, como se deduce claramente del artículo 455 LECrim, en virtud del cual "no se practicarán careos sino cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los encausados".

Se verifica ante el juez, quien manifestará las contradicciones e invitará a los careados a ponerse de acuerdo (art. 452 LECrim). El Letrado de la Administración de Justicia diligenciará lo actuado (art. 453 LECrim).

2.7. Informes periciales

El informe pericial es el dictamen realizado en torno a las circunstancias importantes para la investigación por personas con conocimientos científicos o artísticos especializados de los que el juez carece (art. 456 LECrim).

2.7.1. Los peritos

El perito puede ser una persona física o jurídica, pública o privada, titulada – como regla general– o sin titular (arts. 457 y 458 LECrim).

En concreto, resulta frecuente la intervención de determinados organismos oficiales con un alto grado de especialización e importantes medios técnicos, como el Instituto Nacional de Toxicología (art. 505 LOPJ y Orden de 3 de junio de 1987), el Instituto de Medicina Legal (art. 504 LOPJ) o los Servicios de Policía Científica (RD 59/1987 y Orden de 17 de febrero de 1998).

Organismos oficiales

Como veremos en su momento, acudir a estos organismos oficiales supone, amén de determinadas garantías de veracidad, un eficaz instrumento a efectos de prueba si se consideran como "diligencias objetivas de valor incontestable" (prueba preconstituida) y, por ende, no necesitadas de reproducción en el juicio oral, si no se impugnaron por las partes y entran en el juicio oral como prueba documental, leyéndose en el juicio oral conforme al artículo 730 LECrim. De no ser así, deberían someterse a contradicción

en la fase de juicio oral, citando a quienes actuaron como peritos en el informe que se impugna, o articulándose contraprueba (SSTC 100/1985 y 24/1998, entre otras). En tal sentido, el artículo 788.2 LECrim señala:

"En el ámbito de este procedimiento (sic: abreviado) tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por los correspondientes normas".

El número mínimo de peritos es de dos en el proceso ordinario por delitos graves y de uno en el abreviado, si el juez lo estima suficiente (arts. 459 y 778.1 LECrim).

El nombramiento se hace por oficio que se entrega al designado (arts. 460 y 461 LECrim).

Del nombramiento se deriva una doble obligación: acudir al llamamiento judicial, salvo excepción (art. 462 LECrim) y prestar el informe pericial. Su incumplimiento, por tanto, genera responsabilidades (arts. 420 LECrim y 459 y 460 CP). De manera simultánea, se crean derechos, fundamentalmente a la percepción de una cantidad en calidad de honorarios e indemnizaciones que habrán de fijarse, si no recibiesen ya retribución fija del Estado u otra corporación pública (art. 465 LECrim y arts. 9 y 10 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal).

2.7.2. El procedimiento del peritaje

El procedimiento para la elaboración del informe pericial se inicia por la determinación judicial de su objeto (art. 475 LECrim).

La posibilidad de contradicción no se contempla en la LECrim, salvo en el supuesto de que, por no poder reproducirse en el juicio oral, se configure como prueba anticipada (art. 476 en relación con el 467, ambos de la LECrim). A tales efectos, la práctica de la pericia se modifica incorporando la posibilidad de recusar a los peritos (arts. 467 a 470 LECrim); además, cada parte podrá nombrar a su costa un perito para que intervenga en el acto (arts. 471 a 473 LECrim); y tanto el encausado como las partes acusadoras podrán estar presentes con sus representantes, sometiendo a los peritos a las observaciones que estimen oportunas (STS de 23 de febrero de 1994).

Finalmente, para la elaboración del informe, los peritos declararán bajo juramento o promesa, no proponerse más fin que el descubrimiento de la verdad y llevar a cabo fielmente sus operaciones (art. 474 LECrim). Asimismo, para preservar su imparcialidad, se contemplan causas de inhabilidad que coinciden con las que, en su caso, eximirían de la obligación de deponer como testigos (art. 464 LECrim).

2.8. Identificación del investigable o encausable y de sus circunstancias personales

Si, a pesar de las diligencias practicadas, el juez tiene dudas respecto a la identidad del investigable o encausable, la LECrim contempla la posibilidad de la denominada "diligencia de reconocimiento", más conocida como reconocimiento en rueda.

Esta medida une para su práctica, a los requisitos señalados en los artículos 369, 370, 371 y 372 LECrim, otros derivados del derecho de defensa:

- La necesidad de que se desarrolle en presencia judicial, con asistencia del Letrado de la Administración de Justicia y de letrado, salvo en los casos de alcoholemia (art. 520 LECrim).
- La exigencia de que se practique con determinadas garantías: formarla con personas semejantes y repetirse a presencia judicial, si la primera se realizó en comisaría.
- El reconocimiento debe ser inequívoco.

Eficacia de la diligencia

La eficacia de la diligencia es la propia de su práctica sumarial; en consecuencia, deberá ser objeto de declaración testifical en el juicio oral, sometiéndose a contradicción y sirviéndole como complemento. Sin embargo, su legitimidad no se ve afectada por la muestra previa de fotografías a quien debe efectuar el reconocimiento (SSTS de 20 de junio de 1986, de 4 de octubre de 1986, de 11 de febrero de 1987 y de 11 de marzo de 1987, entre otras).

2.8.1. La edad

En ocasiones, la edad del investigado puede ser trascendente para el proceso, especialmente cuando no está claro si éste es o no menor, pues de ello depende la aplicabilidad de un marco penal y procesal muy diferente. Para la acreditación de la edad, el Letrado de la Administración de Justicia traerá certificación de la inscripción de nacimiento del investigado en el Registro Civil o la partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro (art. 375 LECrim).

En el procedimiento abreviado, el artículo 762.7.^a LECrim exime de presentar el certificado de nacimiento cuando la identidad no ofrezca dudas, e incluso ofreciéndolas, se prescribe que no se demorará la conclusión de la instrucción por su falta, sin perjuicio de que cuando se reciban se aporten a las actuaciones. Asimismo, se permite la identificación por el DNI.

Si la edad no pudiera determinarse por ninguno de estos medios y fuese necesario conocerla, se efectuará pericialmente mediante las características físicas del investigado (arts. 375 y 762.7.^a LECrim).

2.8.2. La conducta y los antecedentes

Más que aportar datos para la identificación, existen ciertas diligencias que tienden a establecer la verdadera personalidad del investigado, a efectos de la pena que pudiera recaer en su caso.

El artículo 379 LECrim faculta para la solicitud de certificación del Registro Central de Penados y Rebeldes.

2.8.3. La capacidad mental

Dado que la enajenación y el trastorno mental transitorio son circunstancias eximentes de la responsabilidad penal (art. 20, n.º 1.º, 2.º y 3.º CP), el órgano judicial puede acordar la práctica de informes periciales dirigidos a determinar tales extremos. La pericia seguirá el procedimiento establecido en los artículos 456 a 485 LECrim.

Si la demencia sobreviniera con posterioridad a la comisión del delito, concluido el sumario, se mandará archivar la causa hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además el internamiento (arts. 383 LECrim y 20.1, 21.1 y 60 CP).

Finalmente, si la demencia sobreviene acordada la apertura del juicio oral, deberá éste celebrarse, adoptándose las medidas procedentes en sentencia firme, sin que sea posible hacerlo por auto de sobreseimiento libre: así lo aconseja el estado procesal en que se halla la causa y, sobre todo, lo exige el hecho de que los tribunales puedan declarar respecto a los enajenados los efectos previstos en el artículo 20.1 CP, observándose las garantías de los artículos 24 CE, 1 LECrim y 3 CP.

Duración del internamiento psiquiátrico

Aspecto práctico importante es el de la duración del internamiento psiquiátrico, que debería ser señalado por el juez, como garantía de que no se exceda más de lo preciso (ved STC 319/1987 y SAP de Cantabria, de 21 de marzo de 1991 y, a mero título orientativo, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/1987).

2.9. Diligencias para determinar el daño y el responsable

Si no se ha hecho reserva de la acción civil para su ejercicio por medio de un proceso civil diferenciado del penal, la fase de investigación también habrá de encaminarse a determinar el daño originado y la responsabilidad civil que de él deriva.

Estas diligencias, que abren la llamada "pieza de responsabilidad civil", no se contemplan de forma específica en la LECrim. Únicamente, el artículo 365 LECrim se refiere a la peritación de los daños en los supuestos de delitos patrimoniales.

2.10. Otros actos de investigación

Seguidamente, estudiaremos otros actos de investigación.

2.10.1. Circulación o entrega vigilada de estupefacientes

La Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, incorpora la "Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas", de 20 de diciembre de 1988, y con ella un incremento de la reacción penal frente a las conductas citadas, estableciendo, entre otras esta medida.

Por otra parte, nuestro ordenamiento también incorpora el Convenio de Schengen (art. 73), que regula el régimen de las entregas vigiladas de las sustancias citadas.

La medida consiste, sustancialmente, en permitir que remesas ilícitas de las repetidas sustancias circulen por territorio español o salgan y entren de él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes, pero bajo su vigilancia, con la finalidad de conocer a sus destinatarios y poder así perseguir de forma más eficaz estas formas de delincuencia.

Acordada por el juez de instrucción, el MF o los jefes de las unidades orgánicas de la Policía Judicial, su práctica se acordará caso por caso, y su adopción deberá transmitirse inmediatamente a la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas. Asimismo, si hubiere procedimiento penal incoado, deberá darse inmediata cuenta al juez de instrucción.

2.10.2. Actuación de agentes encubiertos

En la misma línea de promover una persecución más eficaz de la delincuencia organizada, se introdujo en 1999 el artículo 282 bis LECrim, que regula la investigación de agentes encubiertos.

La medida está reservada para la investigación de ciertos tipos de delito (art. 282 bis 4 LECrim), siempre que se cometan de forma organizada, esto es, por una asociación de tres o más personas organizadas para delinquir de forma permanente o reiteradamente.

En esencia, se permite que agentes de la Policía Judicial actúen bajo identidad supuesta –facilitada por el Ministerio de Interior– y se infiltren en las organizaciones delictivas, para obtener información con la que lograr su desarticulación y la condena de sus miembros.

El **agente encubierto informático** necesitará una autorización específica para intercambiar o enviar por sí mismo archivos ilícitos por razón de su contenido y analizar los resultados de los algoritmos aplicados para la identificación de dichos archivos ilícitos (art. 282 bis.6 LECrim).

En el curso de una investigación llevada a cabo mediante agente encubierto, el juez competente podrá autorizar la obtención de imágenes y la grabación de las conversaciones que puedan mantenerse en los encuentros previstos entre el agente y el investigado, aun cuando se desarrollen en el interior de un domicilio (art. 282 bis.7 LECrim).

La información que vaya obteniendo el agente encubierto deberá ser puesta, a la mayor brevedad posible, en conocimiento del juez que autorizó la investigación; asimismo, esa información habrá de aportarse al proceso en su integridad y se valorará en conciencia por el tribunal competente en el juicio oral.

Como única forma de hacer posible la labor del agente encubierto, se diseña un sistema de exención de responsabilidad penal respecto de las actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación (art. 282 bis 5 LECrim) y también se disponen medidas especiales de protección y ocultación de su verdadera identidad (art. 282 bis 2 LECrim).

2.11. Valoración de las diligencias sumariales. Prueba anticipada y preconstituida

Como se ha señalado desde un principio, la instrucción o fase sumarial se encamina a averiguar y comprobar las circunstancias objetivas (hecho presuntamente delictivo y circunstancias) y subjetivas (presunto culpable) de la acción penal. Si concurren, y siempre que alguien sostenga dicha acción, deberá abrirse el juicio oral para, en él, desarrollar la actividad pública y contradictoria precisa a la hora de enervar la presunción de inocencia y pronunciar una sentencia condenatoria; o, de no ser así, absolver.

Configurado de este modo el proceso penal, la prueba de la existencia de la acción penal sólo puede producirse en el enjuiciamiento, esto es, en la fase de juicio oral.

Los actos de la investigación, en definitiva, se encaminan a fundar suficientemente la imputación, la adopción de medidas cautelares y la petición de apertura de juicio oral o de sobreseimiento; pero nada más. En otros términos, los actos de investigación llevados a cabo durante la instrucción no están encaminados a fundar la sentencia penal. Sólo los actos de prueba practicados en el juicio oral servirán de fundamento a la sentencia (art. 741.I LECrim).

Actos de investigación

Sobre unos principios, sustancialmente correctos, sentados por la LECrim en el artículo 741 LECrim –sólo pueden ser valoradas como prueba las practicadas en juicio–, la propia ley cita una serie de excepciones (prueba anticipada) y la necesidad y la práctica han ido

desarrollando una aplicación extensiva del mismo (prueba preconstituida), cuyo riesgo es la desnaturalización del repetido principio básico y la vuelta de hecho a que las actividades de la instrucción devengan determinantes (ved la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882).

La llamada "prueba anticipada", sobre la que volveremos al analizar la fase probatoria, consiste esencialmente en la práctica de un medio de prueba en fase de instrucción, esto es, en un momento previo anterior al que le corresponde, frente a la fundada previsión de que no podrá realizarse en el marco del juicio oral.

Ejemplos

Ejemplos claros de este tipo de pruebas son los previstos en el artículo 718 LECrim (declaración en el domicilio de testigo imposibilitado para comparecer en el local del juicio), en el artículo 727 LECrim (inspección ocular que haya de realizarse fuera de la capital donde tenga su sede el tribunal), en el artículo 727.II LECrim; en el artículo 719 LECrim (testigo residente en el extranjero); o en el artículo 777.2 LECrim.

Consulta recomendada

Arts. 675 III, 777.2; 797.2, 350, 356, 467.II, 471 y 476, todos de la LECrim.

Junto a estos casos de "prueba anticipada", surgen otros denominados de "prueba preconstituida" en los que la excepción aparece ante la necesidad de coherencia varios intereses: por una parte, evitar la impunidad y la búsqueda de la verdad material, garantizando simultáneamente que la prueba se practicará en el juicio y con todas las garantías; y por otra, articular un remedio ante determinadas diligencias que, siendo de imposible reproducción, se han desarrollado en la etapa instructora y, naturalmente, sin observar muchas de las garantías de una actividad encaminada a enervar la presunción de inocencia.

En esta materia, la cuestión ofrece una doble perspectiva. Por una parte, decidir hasta dónde puede ceder el ordenamiento en la excepcionabilidad de esta prueba, y por otra, establecer qué mecanismos son ineludibles para compensar la relajación de exigencias.

En el plano del derecho positivo, los artículos 777.2 y 797.2 LECrim incorporan la esencia de la doctrina recaída en materia de prueba anticipada, señalando una triple exigencia:

- 1) La documentación necesaria del medio de prueba (arts. 777.2.II y 797.2.II LECrim).
- 2) La necesidad de su reproducción adecuada en el juicio oral (arts. 777.2.III y 797.2.III LECrim).
- 3) La ya repetida incorporación de un segundo párrafo al artículo 788.2 LECrim (informes emitidos por laboratorios oficiales).

Una jurisprudencia más actualizada resuelve:

- 1) El material obtenido en diligencias de investigación es susceptible de valoración a efectos de enjuiciamiento siguiendo las reglas generales, y en la medida en que pasen el filtro del juicio oral en el que se dará plena efectivi-

dad al principio de contradicción (STC, de 1 de enero de 2003, Sala 1.ª, núm. 206/2003). Como se señala en dicha sentencia, «es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que haya podido observarse en la fase sumarial. STC 155/2002, de 22 de julio, FJ.10 y la STS de 26 de junio de 2012 (Pleno, núm. 165/2014, de 29 de octubre)».

2) El contenido de la diligencia, la declaración del funcionario, por ejemplo, deberá incorporarse al juicio oral mediante la correspondiente declaración testimonial, salvo aquellas irrepetibles (reconocimientos oculares, test de alcoholemia, autopsia, etc.) en las que la práctica probatoria consistirá en que la persona que ha recogido la prueba o practicado la pericia se ratifique en la vista oral, debiendo ser sometida a la contradicción del plenario (STS 21 de abril de 2015, Sala 2.ª, 228/2015). En esta última resolución se recoge la evolución y doctrina actual del TS y del TC sobre las declaraciones prestadas por una misma persona en la Policía, la Fiscalía y los juzgados.

3) La declaración en sede policial carece de valor probatorio en sí misma, pero puede ser objeto de prueba, puede ser objeto de contraste con las declaraciones judiciales posteriores y puede contener datos cuya veracidad resulte comprobada mediante verdaderos medios de prueba. No es totalmente inutilizable (STS, de 14 de mayo de 2015, y STC 33/2015, de 2 de marzo).

4) Las diligencias practicadas por la Fiscalía gozan de una presunción *iuris tantum*, de modo que acreditan que se practicaron con las personas que se mencionan, con intervención del MF y en la fecha y lugar que se dicte, pero sin tener carácter probatorio.

Las diligencias sumariales o de investigación no pueden ser invocadas como prueba, sino que deben practicarse en juicio mediante la declaración de quien recogió la prueba o la pericia ratificada sobre la apreciación alcanzada y la veracidad de los documentos gráficos obtenidos, debiendo someterse a contradicción (STS de 21 de abril de 2015).

Las diligencias de investigación del Fiscal, conforme al artículo 5 EOMF y 773.2 LECrim no son actos susceptibles de generar prueba. La limitación de sus efectos proviene de agotar su funcionalidad cuando sirven de respaldo a la decisión del fiscal de archivar las denuncias o promover el ejercicio de la acción penal. No pueden convertirse en actos de prueba por impedirlo el concepto mismo de acto procesal, ligado a los principios constitucionales que informan el ejercicio de la función jurisdiccional (STS 980/2016, de 11 de enero de 2017).

5) El reconocimiento de prueba documental a los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas: artículo 788.2.II LECrim; arts. 479 480 LOPJ, RD 386/1966, de 1 de marzo, por el que se aprue-

ba el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal y el RD 862/1988, de 8 de mayo por el que se aprueba el Instituto de Toxicología. También la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Los denominados informes de inteligencia policial, muy frecuentes en la lucha contra la criminalidad organizada y carente de regulación legal resultan paradigmáticos sobre la fluctuación de la jurisprudencia. De una parte, se reconocen como pericial por alguna jurisprudencia (SSTS2084/2001 y de 19 de julio de 2002) y de otra, se duda sobre tal carácter pericial (SSTS 1029/2005, de 26 de septiembre y de 16 de febrero de 2007), seguidas de otras en las que se vuelve a aceptar su carácter pericial (SSTS 1215/2006, de 4 de diciembre y de 19 de enero de 2007 y 25 de junio de 2007 y de 31 de marzo de 2009) o no (STS de 13 de octubre de 2009), negándole su carácter de medio probatorio (SSTS 156/2011, de 21 de marzo y 1097/2011, de 25 de octubre) o, en todo caso, estar prevista legalmente como tal (STS 697/2012, de 2 de octubre).

6) Recuérdese, finalmente, el atestado (y todas las diligencia que constan en el mismo: de identificación o reconocimiento, entre otras) al que se niega valor probatorio alguno pero que exige alguna matización en cuanto pueda contener los llamados datos objetivos de valor incontestable (dictámenes o informes de gabinetes, a los que se ha hecho referencia, u otros, como la aprehensión *in situ*, ocupación y recuperación de efectos e instrumentos del delitos o los obtenidos en una entrada o registro, por ejemplo, sobre los que la jurisprudencia discute en torno a la ausencia de contradicción en el momento de su obtención y de haberse practicado en presencia judicial.

2.12. Orden Europea de Investigación en materia penal

A partir del Programa de Estocolmo se creaba un sistema general para obtener pruebas (en realidad diligencias o medidas de investigación) en los casos de dimensión transfronteriza, sustituyendo los instrumentos existentes, entre ellos el Exhorto europeo, un único instrumento denominada Orden europea de investigación penal (OEI) (Directiva 2014/41/CE, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal).

La OEI es una resolución judicial emitida y validada por la autoridad judicial (estado de emisión) para llevar a cabo una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro (Estado de ejecución) para obtener fuentes de prueba o pruebas que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado de ejecución.

La OEI se ejecuta sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y puede ser solicitada por una persona sospechosa o acusada (o por un abogado en su nombre) en el marco de los derechos de defensa del proceso penal nacional.

1) Ámbito de aplicación, tipo de procedimientos y contenido y forma de la OEI

El ámbito se extiende a todas las medidas de investigación con la única excepción de un equipo conjunto de investigación y la obtención de prueba en dicho equipo, regulado específicamente. Los tipos de procedimiento a los que se aplica están definidos en el artículo 4.

La forma se acomoda al formulario que figura al final de la Directiva: órgano emisor, objeto y motivo de la OEI, información sobre la persona afectada, descripción de la conducta delictiva objeto de la investigación o proceso y las disposiciones aplicables en el Estado emisor, descripción de las medidas que se solicitan y de las prueba que se puedan obtener. Se indicará la lengua que cabe utilizar y acompañará en su caso la traducción (art. 4).

2) Procedimientos y salvaguarda en el Estado emisor y en el Estado receptor

El modelo funciona con un doble control de garantía:

a) el primero en el Estado emisor, que analiza la necesidad y proporción de la OEI, y que transmite la OEI si entiende superada la valoración (art. 6 y 7);

b) el reconocimiento y la ejecución en el Estado de ejecución, que ponderará, a su vez, que la OEI se adecua a la Directiva y a sus principios fundamentales (art. 9).

Cabe acudir a medidas de investigación distintas si la medida no existe en el Estado de ejecución o en un caso interno similar (art. 10,1). Si se cumplimenta y acepta se transmite conforme al artículo 7. El control de garantía en el Estado de ejecución comprende el reconocimiento y la ejecución, la posible negativa o adopción de medidas distintas, la práctica en tiempo fijado y el traslado de pruebas. El reconocimiento puede aplazarse por los motivos contemplados en el artículo 15. La autoridad de ejecución deberá informar, en todo caso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16.

El Estado de ejecución puede denegar la OEI, conforme a lo previsto en el artículo 11, pero también a determinadas medidas cuando no existan en el derecho nacional del Estado de ejecución (art. 10.2). La autoridad de ejecución podrá adoptar otras medidas de igual resultado; en este caso y el anterior, debe comunicarlo al Estado emisor, que podrá retirar o completar la OEI.

Cuando se adopte la resolución de reconocimiento y ejecución de la medida de investigación se llevará a cabo con tiempos similares al derecho interno con un máximo de treinta días, salvo la excepción contemplada en el artículo 12.5. El traslado de las pruebas se efectuará sin demora ajustándose a lo dispuesto en el artículo 13.

3) Recursos

Deben existir los mismos recursos que en el derecho interno, salvo los motivos de fondo que se impugnarán en el Estado de emisión. La confidencialidad puede frenar eventualmente la información sobre el recurso y su interposición (art. 14.1.2 y 3). El recurso no tiene efectos suspensivos.

4) Confidencialidad y responsabilidad de los funcionarios

Deberán adoptarse medidas que garanticen la confidencialidad de la investigación, así como el fondo y los hechos de la OEI, salvo en lo necesario para ejecutar la medida de investigación, comunicándolo a la autoridad de emisora en otro caso. Se efectúa mención expresa a la garantía de que los bancos no revelen al cliente bancario interesado ni a terceros el hecho de haber transmitido información en los casos contemplados en los artículos 26 y 27 (art. 19).

Los artículos 17 y 18 regulan la responsabilidad civil y penal de los funcionarios que participen en las labores de investigación.

5) Protección de datos personales y costes

En aplicación de la Directiva OEI debe respetarse los datos personales de acuerdo con la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, y con arreglo a los principios del Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y su protocolo adicional.

El acceso estará limitado, sin perjuicio de los derechos del interesado, pudiendo acceder las personas autorizadas (art. 20). Los costes de ejecución corren de cuenta del Estado de ejecución, salvo pacto contrario con el Estado emisor (art. 21).

6) Disposiciones específicas para determinadas medidas de investigación

Caracteriza a la OEI establecer unas normas concretas según la medida de investigación de que se trate, especificadas en los artículos 22 a 31.

7) Medidas cautelares

Se prevé la posibilidad de emitir una OEI para adoptar medidas cautelares que preserven la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de un objeto que pudiera emplearse como prueba (art. 32.1). El procedimiento se desarrolla en los cuatro apartados siguientes de este precepto.

3. La instrucción (III): medidas limitativas de derechos fundamentales

En este apartado se agrupan una serie de diligencias, de finalidad similar a las de investigación o las cautelares, pero cuya característica propia reside en conllevar actuaciones limitativas de derechos catalogados como fundamentales.

Esta circunstancia, por imperativo de la Constitución (art. 18.2 CE), de sus normas integradoras (art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre; arts. 17 PIDCP y 8 CEDH) y, más específicamente, del principio de proporcionalidad, implica que la adopción de la medida concreta se someta a determinados presupuestos: a) la previsión normativa (principio de legalidad formal y material); b) adoptarse en el marco de un proceso, es decir, la jurisdiccionalidad, así como la necesidad cualificada de motivación; y finalmente, c) la sujeción al principio de proporcionalidad *stricto sensu*.

3.1. Presupuestos para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales

La modificación del artículo 588.bis.a a 588.bis.k de la Ley de enjuiciamiento criminal persigue conformar un "cuerpo general de presupuestos generales" aplicable a toda medida limitativa de derecho fundamental. Entre los mismos destacan los siguientes aspectos:

- Se consagra la necesidad de sujeción a formalidad estricta de la solicitud y de la resolución habilitante.
- Se modulan algunos aspectos según la medida, como aquellos que por su mayor injerencia obliga a reducir y determinar expresamente los delitos para cuya investigación podrá solicitarse la medida, variando según el tipo de medida (detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica o registros remotos sobre equipos informáticos).
- Se incorpora la ponderación judicial sobre la gravedad del hecho investigado y el alcance de la injerencia del Estado a la hora de emitir o rechazar la resolución habilitante.
- Se contempla la utilización del resultado de la diligencia en otro proceso penal distinto, en particular en cuanto al tratamiento de los llamados "hallazgos casuales".

- Se regula el secreto y afectación a terceras personas.
- Se consagra la obligación de colaboración y el deber de guardar secreto de los prestadores de servicios de comunicaciones y sus excepciones.
- Se contemplan medidas de aseguramiento, orden y conservación de datos.
- La ejecución y control judicial de la medida y el cese y destrucción de los registros.

Incorpora, con idéntico objetivo general una serie de normas comunes que se exponen a continuación, cuya aplicación no impide la necesaria singularización en según qué tipo de delitos o medidas, bien por la relevancia de los primeros, bien por la mayor injerencia de las segundas y que será expuesta al hilo de la medida específica.

3.1.1. Novedades destacables

Acogiendo la copiosa doctrina y jurisprudencia sobre el tema (STC 253/2006, de 11 de septiembre, por todas), las disposiciones comunes informan con dicho carácter todas las medidas sujetándolas a los principios de especialidad, de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, que se definen al tratar la resolución judicial habilitante, donde deben quedar suficientemente justificados, determinando así la naturaleza y extensión de la medida, en relación con la investigación concreta y los resultados esperados (Principios rectores recogidos en el artículo 588 bis.a LECrim). Algunos coinciden con los ya expuestos como régimen general aplicable hasta la reforma; otros han ido decantando una doctrina y jurisprudencia más garantista. A partir de ahí se contemplan hasta diez aspectos, cuyo contenido es el que se expone en los subapartados siguientes.

3.1.2. Previsión legal de la medida con suficiente precisión

La regulación contenida en el título VIII, artículo 545 sigs. LECrim atiende a las reclamaciones internacionales de la doctrina y de los tribunales (por todas, STC 49/1999 y TEDH caso Valenzuela (STEDH de 30 de julio de 1998)).

3.1.3. Resolución judicial motivada y valoración judicial de la concurrencia de los principios exigidos y los intereses en conflicto

Debe adoptarse por un órgano jurisdiccional, generalmente el que ha iniciado la instrucción. Dicha autorización judicial (reserva jurisdiccional), se adoptará previa valoración de los principios que examinaremos seguidamente, empezando por el de especialidad, que exige que la medida esté relacionada con la investigación del delito concreto, sin que puedan adoptarse medidas tecnológicas que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos o despejar sospechas

sin base objetiva (art. 588 bis.a 1 y 2 LECrim). Y siguiendo porque la adopción sea conforme al principio de proporcionalidad, conforme al cual la resolución judicial habilitante tomará en consideración todas las circunstancias del caso, de manera que el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en los aspectos siguientes:

- la gravedad del hecho,
- su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción,
- la intensidad de los indicios existentes,
- la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.

3.1.4. Contenido formal de la petición y de la resolución

La solicitud del MF o de la Policía Judicial deberá contener todos los pormenores requeridos en el artículo 588 bis.b, esto es:

- 1) descripción del hecho objeto de investigación e identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que los datos resulten conocidos;
- 2) exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios del artículo 588 bis.a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud;
- 3) datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida;
- 4) extensión y contenido de la medida;
- 5) unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención;
- 6) forma de ejecución de la medida;
- 7) duración;
- 8) sujeto obligado que llevará la medida a cabo, si se conoce (art. 588 bis.b LECrim).

La resolución será mediante auto motivado, habiendo oído al Ministerio Fiscal, y en un plazo no superior a veinticuatro horas desde que se presente la solicitud (art. 588 bis.c LECrim). Dicho plazo podrá interrumpirse para ampliar o aclarar los términos de la solicitud siempre que resulte necesario resolver sobre la solicitud de autorización judicial (art. 588 bis.c.if LECrim). Se deduce de este último aspecto que el auto resolutorio deberá atender al contenido que regula la solicitud de autorización judicial (art. 588 bis.b LECrim). En todo caso, se prescribe que debe concretar al menos los siguientes extremos:

- 1) el hecho punible objeto de investigación y su calificación jurídica, con expresión de los indicios racionales en los que se funde la medida;
- 2) la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado por la medida, de ser conocido;
- 3) la extensión de la medida de injerencia, especificando su alcance así como la motivación relativa al cumplimiento de los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis.a;
- 4) la unidad investigadora de Policía Judicial que se hará cargo de la intervención;
- 5) la duración de la medida;
- 6) la forma y la periodicidad con la que el solicitante informará al juez sobre los resultados de la medida;
- 7) la finalidad perseguida con la medida;
- 8) el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse, con expresa mención del deber de colaboración y de guardar secreto, cuando proceda, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia (art. 588 bis.a LECrim).

3.1.5. Principios de idoneidad, excepcionalidad y necesidad

Siguiendo con los principios rectores comunes ya citados, el **principio de idoneidad** servirá para definir el ámbito objetivo y subjetivo y la duración de la medida en virtud de su utilidad. Son manifestaciones de estas valoraciones:

- el que solo quepa por delitos graves o por delitos específicos,
- la necesaria limitación temporal en el artículo 588 bis.e LECrim incluso en casos excepcionales.

Este último aspecto ha suscitado no pocas cuestiones respecto a la compatibilidad de la medida y de sus sucesivas prórrogas, conforme al artículo 588 bis LECrim, con la declaración de secreto del sumario en virtud del artículo 302 LECrim.

3.1.6. Elemento temporal: duración determinada y prórroga

En cuanto al **elemento temporal**, tanto la solicitud como la resolución judicial prescriben que la duración estará determinada, señalándose posteriormente que las medidas reguladas tendrán la duración que se especifique para cada una de ellas y no podrán exceder del tiempo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y finalizando todos sus efectos en cuanto trascorra aquel, salvo solicitud y concesión de prórroga (art. 588 bis.e LECrim). La medida podrá ser prorrogada, mediante auto motivado por el juez, de oficio o previa petición razonada del solicitante, siempre que subsistan las causas que la motivaran. También se contempla la posibilidad de solicitud de prórroga en los siguientes términos: la solicitud de prórroga se dirigirá por el MF o la Policía Judicial al juez competente con la antelación suficiente a la expiración del plazo concedido.

Deberá incluir, en todo caso:

- un informe detallado del resultado de la medida,
- las razones que justifiquen la continuación de la misma.

En el plazo de los dos días siguientes a la presentación de la solicitud, el juez resolverá sobre el fin de la medida o su prórroga mediante auto motivado, pudiendo solicitar, con anterioridad, aclaraciones o mayor información. Concedida la prórroga su cómputo se iniciará desde la fecha de expiración del plazo de la medida acordada (art. 588 bis.f LECrim). Aspecto también discutido y conexo es el de la notificación a los interesados de la medida adoptada, en cuanto a que supone un conflicto entre la evidente necesidad de que el intervenido desconozca la situación para garantizar una eficacia mínima y el hecho de que, constituyéndose el intervenido en la condición de investigado, como parte procesal, se le deberá dar conocimiento de las actuaciones (arts. 118.I y II y 302.1 LECrim).

3.1.7. Secreto y afectación a terceras personas

La solicitud y las actuaciones posteriores relativas a la medida solicitada se sustanciarán en una pieza separada y secreta, sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa (art. 588 bis.d LECrim).

Cabe acordar las medidas de investigación limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones aun cuando afecten a terceras personas en los casos y con las condiciones que se regulen en las disposiciones específicas de cada una (art. 588 bis.h LECrim).

3.1.8. Ejecución y control judicial de la medida: cese y destrucción de los registros

Finalmente, la efectividad de la medida exige un **control judicial** en la ordenación, **desarrollo** y **cese de la intervención**. El control se efectúa mediante los informes que la Policía Judicial efectuará al juez de instrucción sobre el desarrollo y los resultados de la medida, en la forma y con la periodicidad que este determine, y en todo caso, cuando se ponga fin a la misma (art. 588 bis.g LECrim).

El juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte que mediante la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada (art. 588 bis.k LECrim).

3.1.9. Utilización de la información obtenida en un procedimiento

En el caso de los datos electrónicos de tráfico o asociados (art. 588 ter.j), se acoge el criterio fijado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, imponiéndose la preceptiva autorización judicial para su cesión a los agentes facultados, siempre que se trate de datos vinculados a procesos de comunicación. La incorporación al proceso solo se autoriza en los términos que señala el citado artículo 588 ter.j LECrim.

3.1.10. Borrado y eliminación de las grabaciones originales una vez se haya terminado el procedimiento

Para evitar toda posible difusión posterior e impedir el daño irreparable que cabría producir en la intimidad del afecto por la medida, se prescribe que una vez se ponga fin al procedimiento mediante resolución firme, se ordenará el borrado y la eliminación de los registros originales que consten en los sistemas electrónicos e informáticos utilizados en la ejecución de la medida. Se conservará una copia bajo custodia del letrado de la Administración de justicia.

Transcurridos cinco años, se acordará la destrucción de las copias conservadas desde que la pena se haya ejecutado o cuando el delito o la pena hayan prescrito o se haya decretado el sobreseimiento libre o haya recaído sentencia

absolutoria firme respecto del investigado, siempre que no sea precisa su conservación a juicio del Tribunal. A tal efecto, se dictarán las órdenes oportunas a la Policía Judicial (art. 588 bis.k LECrim).

3.2. Entrada y registro en lugar cerrado (arts. 545 a 572 LECrim)

Aunque la entrada y registro son, en rigor, dos diligencias distintas que pueden tener un sentido diferente –la entrada para buscar a alguien o algo localizado y el registro para localizar a alguien o algo–, en la práctica suelen ir unidas, consistiendo en la penetración en un recinto aislado del exterior para buscar y recoger fuentes de investigación o la propia persona del procesado.

El análisis de la medida parte del derecho contemplado en el artículo 18 CE con el siguiente tenor: "El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse sin el consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito".

Una lectura de este precepto constitucional, del artículo 553 LECrim y de la amplia jurisprudencia recaída en torno a esta diligencia, permite distinguir hasta cinco casos en que la entrada en lugar cerrado no constituye delito, ni precisa de orden judicial:

- 1) Cuando el titular consienta la entrada y/o el registro en su domicilio. Para ello, se exige que la autoridad que vaya a realizar la diligencia solicite el permiso de manera expresa y formal; que lo preste persona capaz (art. 566 LECrim) de manera consciente y libre, sea de manera expresa, tácita o presunta (art. 551 LECrim); y siempre que quien consienta sea el titular del domicilio.
- 2) Cuando exista mandamiento de prisión contra una persona y se trate de su captura.
- 3) Cuando alguien sea sorprendido en flagrante delito.

Las dificultades de aplicación práctica de este último supuesto se derivan de la difícil interpretación del término "delito flagrante".

- 4) Cuando una persona inmediatamente perseguida por la policía judicial se oculte o refugie en alguna casa.
- 5) Cuando se trate de la persecución de terroristas o rebeldes.

A los mismos cabe añadir, de manera excepcional, la posibilidad de efectuar entradas y registros sin autorización judicial durante los estados de alarma, excepción y sitio, conforme al artículo 13.2 a) LO 4/1981, de 1 de junio.

Fuera de estos supuestos, y con matices diversos según se trate de domicilios o edificios o lugares públicos, toda entrada y registro deberá reunir una serie de requisitos.

3.2.1. Requisitos

Este subapartado está dedicado a los requisitos.

Competencia

La competencia para autorizar la entrada y registro corresponde, por regla general, al órgano competente para instruir la causa (art. 18.2 CE).

Excepcionalmente, puede adoptarla el órgano enjuiciador (arts. 546 y 550 LECrim) o la propia policía, si concurren los presupuestos de urgencia y excepción (art. 553 LECrim; art. 55.1 CE; arts. 17, 32.3 y 34 LO 4/1981).

Formales

La resolución judicial deberá, en razón del bien jurídico afectado, adoptar la forma de auto.

Si la entrada fuera en edificio o lugar público, no siempre es necesaria la autorización, bastando en ocasiones el mero aviso (arts. 564 y 565 LECrim). Incluso en cuanto a la necesidad de auto, salvo en el supuesto de existir causa pendiente (arts. 546, 564.II y 565 LECrim), la jurisprudencia admite que se practique sin autorización judicial.

Temporales

Se practicará de día, salvo circunstancia urgente (arts. 546 y 550 LECrim) y siempre que el interesado preste el consentimiento para continuar el registro que comenzó de día o de noche. De no mediar éste, se suspenderá la diligencia, adoptándose las medidas de los artículos 570 y 571 LECrim.

Debe recordarse, a este último respecto, la doctrina del TS, señalando que la expresión "horas diurnas" no debe interpretarse en el sentido cronológico, sino en cuanto se persigue "no resentir aún más la intimidad de los moradores por el hecho de que su práctica se desarrolle cuando estén descansando" (STS de 28 de enero de 1994).

Si se trata de edificios o lugares públicos, puede practicarse de día o de noche indistintamente (art. 546 LECrim).

De procedimiento

1) Objeto

El objeto del acto puede ser, según lo dicho, un edificio o lugar cerrado o un domicilio.

Casuística sobre el objeto

La determinación de que debe considerarse como "domicilio" ha sido objeto de una casuística jurisprudencial enorme. Así se ha planteado y resuelto en torno a los siguientes casos: caravanas (STS 21 de abril de 1994); piso deshabitado (STS de 27 de noviembre

de 1993); celda de la cárcel (STS 24 de noviembre de 1995); oficina de despacho (STS 19 de enero de 1995).

2) Práctica

La primera garantía es la notificación de la resolución decretando la medida. El destinatario varía según el lugar en que haya de practicarse la diligencia.

Lugar de la práctica

Si se trata de un domicilio particular, será destinatario de la notificación la persona interesada, el encargado o cualquier persona mayor de edad, dando preferencia a los familiares (arts. 550 y 566 LECrim). Si se trata de un edificio o lugar público de los comprendidos en el artículo 547.1.º y 3.º LECrim, la notificación se dirigirá a la autoridad o jefe de que dependan. Desde el momento en que se acuerde la medida, podrán adoptarse las medidas de vigilancia a que hace referencia el artículo 567 LECrim.

El registro se hará en presencia del interesado o de la persona que legítimamente lo represente y, si no concurrieran, en presencia de un individuo de su familia mayor de edad o dos testigos, que pueden ser vecinos (art. 569.I, II y III LECrim).

Si el interesado está detenido, su ausencia determina la nulidad radical e insubsanable de la diligencia a efectos de prueba preconstituida (SSTS de 29 de febrero de 1996 y de 8 de mayo de 1996).

Deberá estar presente el LAJ del juzgado que autorizó la medida o el del Juzgado de Guardia, salvo que concurran las circunstancias excepcionales previstas en los artículos 283 y 483 de la LOPJ y 128 y 129 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia, en cuyos supuestos podrá ser sustituido (art. 569.4 LECrim).

Las actuaciones que se lleven a efecto en ejecución de la autorización de entrada y registro deberán ser aquellas comprendidas en el auto judicial, no pudiendo ir más allá, salvo ampliación jurisdiccional expresa.

Se levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias (hora, relación de lo actuado y del resultado, circunstancias conexas). El acta se firmará por los asistentes.

3.2.2. Efectos probatorios de la entrada y registro

En la mayoría de supuestos, la medida en general busca, amén de la investigación o comprobación de un hecho determinado, poder fijar posteriormente el hecho de que se trate, de forma que lo obtenido por medio de la diligencia pueda ser valorado como prueba preconstituida (así, por ejemplo, la existencia de una cantidad determinada de droga en el domicilio para cuya entrada se solicitó la autorización).

Esta posibilidad, plenamente aceptada por la jurisprudencia mediante la vía del artículo 730 LECrim, se condiciona al estricto cumplimiento de los requisitos marcados por la ley a la hora de realizar la correspondiente medida. Ahora bien, en caso de incumplimiento, las consecuencias negativas de éste varían, alcanzando mayor trascendencia cuando se trata de una medida limitativa de derecho fundamental, a la que se reserva la aplicación de la doctrina sobre la ilicitud probatoria.

Podría decirse que el quebrantamiento de las normas reguladoras de la adopción de la medida abarca un grado de ineficacia que va desde nulidad a la mera irregularidad, según qué tipo de requisito se vulnere. Hay que citar, por tanto, dos variantes: según la medida limite un derecho fundamental o no sea así, entre los que la entrada y registro se comprende en el primer grupo.

1) Resultando una medida limitativa de derecho fundamental, y afectando la vulneración a un requisito esencial para su adopción –como la existencia de resolución judicial motivada–, su ausencia determina la ilicitud de la medida, circunstancia que acarrea la prohibición de su valoración por el ordenamiento, y su exclusión del proceso, en el que naturalmente no podrá ser valorada a la hora de entender fijado el hecho. Incluso todo conocimiento que derive de esa actuación será considerado nulo (lo que se conoce como efectos indirectos o reflejos o doctrina de los frutos del árbol envenenado (art. 11.2 LOPJ)).

2) Cuando no se ha vulnerado un derecho fundamental, o aun siendo así, no se ha quebrantado un requisito esencial, los efectos serán la nulidad de las actuaciones practicadas, con arreglo al artículo 238 y siguientes de la LOPJ.

3) Finalmente, se reserva la categoría de prueba o diligencias irregulares a la vulneración de requisitos que se estiman no esenciales y que, por ende, resultan bien subsanables, bien irrelevantes, por no implicar indefensión: así, por ejemplo, el requisito de identificación del domicilio y titular, conforme al artículo 558 LECrim, cuya falta no invalida ni la resolución, ni el registro que autoriza; o los llamados requisitos formales, como el procedimiento en que ha de ser acordado o la documentación de la diligencia o las firmas, cuya infracción o falta tampoco suele estimarse como causa de nulidad o puede subsanarse.

Entrada y registro

En este caso de la entrada y registro, cabría diferenciar: la falta de auto o su motivación suficiente; la falta de presencia del inculpado detenido; o del auto autorizando la entrada en atención a delito distinto, constituyen un supuesto de prueba ilícita, de forma que la nulidad es radical en sus efectos directos e indirectos (SSTS de 28 de octubre de 1992; de 8 de septiembre de 1993; de 15 de febrero de 1995, o de 16 de enero de 1995, entre otras muchísimas). En tanto la ausencia del interesado no detenido es valorada como prueba ilícita por algunas resoluciones (STS de 29 de febrero de 1996), otras la estiman como mera "prueba nula" (STS de 20 de septiembre de 1996); o la presencia del Letrado de la Administración de Justicia, que sólo incide en la falta de virtualidad probatoria de las diligencias, pero no impide la convicción del juez por otros medios (STS 15 de febrero y 29 de abril de 1995). Finalmente, la ausencia de firma en el acta suele interpretarse como una mera irregularidad.

3.3. Detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica

El juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal, telegráfica, fax o burofax y giro que el investigador remite o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancias relevante para la causa.

La adopción de esta medida limita su **ámbito objetivo de aplicación** a los siguientes delitos: 1.º) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2.º) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y 3.º) delitos de terrorismo (art. 579.1 LECrim).

Como en el supuesto de entrada y registro, la medida que nos ocupa ahora se encamina no solo a investigar o comprobar el delito y su autor, sino que en la mayoría de las ocasiones se busca preconstituir una prueba que, por la naturaleza de los hechos sobre los que versa, no podrá practicarse en la fase de juicio oral.

En todo caso, los efectos de los resultados obtenidos de la ejecución de la medida se diferencian en un doble plano: la investigación instructora, por una parte, y la acumulación de fuentes de prueba de utilidad en el futuro juicio oral, por otra.

La eficacia de esta diligencia vendrá condicionada, en todo caso, por la vulneración o no de la legalidad constitucional y de la legalidad ordinaria.

3.3.1. El uso de las informaciones obtenidas en un procedimiento distinto y los hallazgos casuales

El resultado de la detención y apertura de la correspondencia podrá ser utilizado en otro proceso penal, así como los descubrimientos casuales si se cumplen los siguientes presupuestos:

a) Se deducen testimonio de los particulares necesarios para acreditar la legitimación de la injerencia. Se incluirán, entre los antecedentes indispensables, en todo caso: la solicitud inicial para la adopción, la resolución judicial que lo acuerda y todas las peticiones y resoluciones judiciales de prórroga recaídas en el procedimiento de origen.

b) La continuación de esta medida para la investigación del delito casualmente descubierto requiere autorización del juez competente, para la cual este comprobará la diligencia de la actuación, evaluando en el marco en el que se produjo el hallazgo casual y la imposibilidad de haber solicitado la medida que lo incluyera en su momento. Asimismo, se informará si las diligencias continúan

declaradas secretas, a los efectos de que tal declaración sea respetada en el otro proceso penal, comunicando el momento en el que dicho secreto se alce (art. 579 bis por remisión del 588 bis i) LECrim.

3.4. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Aspectos generales (remisión)

Como ya se adelantó en la introducción, la reforma de la LECrim ha acometido, finalmente, una regulación en profundidad de las medidas limitativas del artículo 18 CE en sus muy diversas modalidades: las que figuran en el título de este epígrafe que se unen a las tratadas.

La reforma de los artículos 588.bis.a a 588bis.k LECrim contemplan con el carácter general ya señalado “un cuerpo de doctrina” aplicable a toda medida limitativa de derecho fundamental en los términos ya expuestos y a los que nos remitimos.

Seguidamente se desarrollan las diferentes medidas.

3.5. Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

La autorización solo cabe cuando la investigación tenga por objeto alguno de los siguientes delitos: 1.º) delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión; 2.º) delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; y 3.º) delitos de terrorismo o los cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación (art. 588 ter a) LECrim).

Las medidas son sobre terminales o medios de comunicación objeto de intervención utilizados habitual u ocasionalmente por el investigado, autorizándose el acceso en los términos del artículo 588 ter b) LECrim.

Como sujeto natural figura el investigado, pero junto con él puede serlo, en primer lugar, la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o intimidad (art. 588 ter b) 2.II LECrim).

En segundo lugar, se prevé la afectación a tercero, a tenor del artículo 588 ter c) LECrim.

Además de los requisitos generales de toda autorización de medida limitativa, esta deberá contener los siguientes **requisitos específicos**:

a) identificación del número del abonado, del terminal o de la etiqueta técnica; b) identificación de la conexión objeto de la intervención o; c) los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate.

La solicitud de autorización judicial podrá extenderse en los términos del artículo 588 ter d) 1 y 2 LECrim.

En caso de urgencia, cuando las investigaciones afecten a delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, y existan razones fundadas que hagan imprescindible el registro o cualquiera de las medidas acabadas de citar, podrá ordenarla el ministro del Interior o, en su defecto, el secretario de Estado de Seguridad, comunicándolo inmediatamente al juez competente, y en todo caso en el máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justifican la adopción de la medida y la forma en que se ha efectuado, así como su resultado.

El juez competente revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fuera ordenada la medida (art. 588 ter d) 3 LECrim).

La duración máxima inicial de la intervención, computada desde la fecha de autorización judicial, será de tres meses prorrogables por periodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses (art. 588 ter g) LECrim).

La Policía Judicial pondrá a disposición del juez, con la periodicidad que este señale y en soportes digitales distintos, la transcripción de los pasajes que considere de interés y las grabaciones íntegras realizadas. Se indicará el origen y destino de cada una de ellas y se asegurará, mediante sellado o firma electrónica avanzado o sistema de adveración fiable, la autenticidad e integridad de la información volcada desde el ordenador central a los soportes digitales en que las comunicaciones hubieran sido grabadas (art. 588 ter f) LECrim).

Los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual, están obligados a prestar al juez, MF y agentes de la Policía Judicial designados para la práctica de la medida la asistencia y colaboración precisas (art. 588 ter e) 1 LECrim).

Los sujetos requeridos para la colaboración tendrán la obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas por las autoridades, pudiendo incurrir en delito de desobediencia (art. 588 ter e) 2 y 3 LECrim).

Alzado el secreto y expirada la vigencia de la medida de intervención, se entregará a las partes copia de las grabaciones y de las transcripciones realizadas. Si hubiera datos referidos a aspectos íntimos, solo se entregará transcripción de lo que no se refiera a ellos. La no inclusión de la totalidad se hará constar de modo expreso (art. 588 ter i) LECrim).

3.5.1. Acceso a los datos necesarios para la identificación de usuarios, terminales y dispositivos de conectividad

Si en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, la Policía Judicial tiene acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión de un delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración (art. 588 ter e) la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso (art. 588 ter l LECrim).

Obtenidos los códigos que permitan identificar el aparato o alguno de sus componentes, la Policía Judicial podrá solicitar del juez competente la intervención de las comunicaciones en los términos establecidos en el artículo 588 ter l.I LECrim, informándole de los artificios a los que se ha recurrido. El tribunal la otorgará o denegará motivadamente en un máximo de veinticuatro horas desde que se presente la solicitud (art. 588 ter I.II LECrim).

3.5.2. Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos

Se trata de la colocación y utilización de dispositivos electrónicos que permitan la captación y grabación de las comunicaciones orales directas que mantenga el investigado en la vía pública u otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados. Los dispositivos podrán ser colocados tanto en el exterior como en el interior del domicilio o lugar cerrado (art. 588 quáter a) LECrim).

Si fuera necesaria la entrada en el domicilio o algún espacio destinado a la privacidad, la resolución deberá extender su motivación a la procedencia del acceso a dicho lugares.

La escucha y grabación de las conversaciones privadas se podrá completar con la obtención de imágenes cuando expresamente lo acuerde la resolución que lo autorice cerrado (art. 588 quáter a) 3 LECrim).

La utilización de los dispositivos debe estar vinculada a comunicaciones que puedan tener lugar en uno o varios encuentros concretos del investigado con otras personas y sobre cuya previsibilidad haya indicios puestos de manifiesto por la investigación, pudiendo autorizarse si concurren los requisitos previstos en el artículo 588 quáter b) LECrim.

Además de las exigencias comunes (art. 588 bis c), la resolución judicial de esta medida deberá mencionar concretamente el lugar o dependencia, así como los encuentros del investigado que van a ser sometidos a vigilancia.

La Policía Judicial pondrá a disposición de la autoridad judicial el soporte original o copia electrónica auténtica de las grabaciones e imágenes, acompañada de una transcripción de las conversaciones que considere de interés. El informe identificará, además, los agentes que hayan participado en la ejecución y seguimiento de la medida.

Cesada la medida por que desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción, cualquier grabación nueva por nuevos encuentros precisará de una nueva autorización judicial (arts. 588 quáter c), d) y e) LECrim).

3.5.3. Utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen, seguimiento y localización

Se trata en realidad de dos objetivos: la captación de imágenes y el seguimiento y localización, cuya finalidad es facilitar la identificación, localizar instrumentos o efectos del delito u obtener datos relevantes para esclarecer los hechos (art. 588 quinquies a) LECrim).

Como en otros supuestos, se contempla el deber de colaboración de los prestadores, agentes y personas al MF y a la Policía Judicial, así como la posibilidad de que en casos de urgencia y peligro para el seguimiento y localización, se podrá proceder a su colocación sin esperar a la autorización, sin perjuicio dar cuenta a la mayor brevedad (máximo de veinticuatro horas) a la autoridad judicial, quien ratificará o decretará su inmediato cese. En este último caso, la información obtenida a partir del dispositivo carecerá de efectos en el proceso (art. 588 quinquies b) 4 *if* LECrim).

La duración de la medida de seguimiento y localización tendrá una duración máxima de tres meses a partir de la fecha de su autorización. Cabe prórrogas excepcionales por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses, por razones suficientemente justificadas (art. 588 quinquies c) 1 LECrim).

3.5.4. Registros remotos sobre equipos informáticos

La utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permita, 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 bases de datos.

Solo podrá adoptarse si se persiguen los siguientes delitos contemplados en el artículo 588 septies a) 1 LECrim.

La resolución judicial que autorice el registro deberá contener cinco puntos concretados en el artículo 588 septies a) 2 LECrim.

Atendidas las características de la medida, se hace especial hincapié en el deber de colaboración de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red o de servicios de la sociedad de la información (los citados en el art. 588 ter e) y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro, los cuales están obligados a facilitar la colaboración precisa para el acceso, el examen y su visualización. Cabrá ordenar dicha colaboración a quien conozca el acceso o los datos de protección en los términos del artículo 588 septies b) 1 y 2 LECrim. De ese deber de colaboración queda excluido el investigado o encausado y las personas dispensadas por razón de parentesco o por secreto profesional (art. 588 septies b) 1 y 2.II LECrim).

Los sujetos requeridos de colaboración tendrán obligación de guardar secreto acerca de las actividades requeridas, y quedarán sujetos a la responsabilidad regulada en el artículo 588 ter e) 3 LECrim.

3.5.5. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. Necesidad de autorización expresa

Se acomete en este subapartado, entre otros casos, lo que tradicionalmente había recibido el nombre de hallazgos casuales planteando problemas en cuanto a la extensión del contenido de la resolución habilitadora de la medida, prevista, en principio para la entrada y registro. Si bien limitado a los dispositivos de almacenamiento masivo de información, la regulación centra la especialidad en la necesidad de motivación individualizada, previendo que los dispositivos se encuentren en el domicilio en el que se realice la entrada y registro o que tales dispositivos sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario.

Se parte de que la simple incautación de cualquiera de los citados dispositivos hallados en una entrada y registro no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente (art. 588 *sexies a.2* LECrim). Se requiere autorización previa con el contenido en el artículo 588 *sexies a.1* LECrim).

La resolución fijará los términos y el alcance del registro, así como las condiciones necesarias para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación, para hacer, en su caso, un dictamen pericial. También se puede autorizar la realización de copias de los datos informáticos (art. 588 *sexies* apartado *c* LECrim). Cabe la extensión de la orden de registro, cuando se tenga razones fundadas para considerar que los datos buscados están almacenados en otro sistema informático o una parte de él, siempre que los datos sean lícitamente accesibles por medio del sistema inicial o resulten disponibles para este.

En caso de urgencia, la Policía Judicial o el fiscal podrán efectuarlo, informando al juez inmediatamente o, en todo caso, en el plazo máximo de veinticuatro horas, de la actuación realizada y el resultado. El juez resolverá, revocando o confirmando en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la interceptación (art. 588 *sexies c.4* LECrim).

Idéntica necesidad de motivación individualizada se requiere para los casos en que los ordenadores, instrumentos de comunicación o dispositivos de almacenamiento masivo de datos, o el acceso a repertorios telemáticos de datos, sean aprehendidos con independencia de un registro domiciliario. En tales casos, los agentes pondrán en conocimiento del juez la incautación de tales efectos y si este considera indispensable el acceso a la información otorgará la correspondiente autorización (art. 588 *sexies b* LECrim).

Las autoridades y agentes encargados de la investigación podrán ordenar a cualquier persona que conozca el funcionamiento del sistema informático o las medidas aplicadas para proteger los datos que facilite la información necesaria, siempre que no derive una carga desproporcionada para el afectado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

3.6. Inspecciones e intervenciones corporales

A falta de una configuración legal concreta, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y muy concretamente, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, diferencia entre: inspecciones e intervenciones corporales, como actos de investigación que afectan, en el caso de las inspecciones y registros corporales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y en el de las intervenciones corporales al derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE).

3.6.1. Objeto

1) Actuaciones, denominadas inspecciones y registros corporales –electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, inspecciones anales, etc.– en las que, en principio, no resulta afectado el derecho a la integridad física, pero en las que sí puede verse afectado el derecho a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad.

2) Actuaciones, calificadas como intervenciones corporales, consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (como los análisis de sangre, orina o pelos) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC) que, con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible, implican una lesión o menoscabo del cuerpo.

Esta clasificación no es acertada del todo; los reconocimientos anales y vaginales, por ejemplo, no sólo restringen la intimidad corporal, sino a la integridad física, en la medida que suponen una entrada en partes internas del cuerpo. Su utilidad, sin embargo, la hace preferible en esta sede.

Atendiendo al grado de sacrificio que impongan a este derecho, tales intervenciones pueden calificarse de leves cuando, vistas las circunstancias concurrentes, no sean objetivamente consideradas susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud, ni ocasionar sufrimientos a la persona afectada (análisis de pelos o de sangre) o graves, en caso contrario (como las punciones lumbares o la extracción de líquido cefalorraquídeo). Sin embargo, esta clasificación, que sirve para atemperar las garantías con que se efectúa una intervención leve, no es adecuada desde el momento en que un corte de pelo o una radiología no afecta ciertamente a la integridad física, pero incide gravemente en la intimidad, tanto la corporal, en el primer caso, como la afectada por la información que se obtiene.

La relevancia de estas medidas deriva del hecho de que, gracias a ellas, se obtienen materiales con los que llevar a cabo pruebas periciales que resultan de una gran fuerza incriminatoria –quizás resultando las únicas–, a la par que pueden conllevar la flagrancia del delito o incluso resultar imprescindibles en el curso de una investigación (como sucede con los cacheos o la prueba de alcoholemia).

3.6.2. Presupuestos

Como toda medida limitativa de derechos fundamentales, debe someterse a la concurrencia de:

1) Previsión normativa (principio de legalidad)

A partir de la SSTC 207/1996 y 49/1999, al tiempo que se requiere al legislador para que cubra el vacío legal para adoptar estas medidas, señalan que, a pesar del mismo, la práctica coactiva de las mismas resulta lícita siempre y cuando se hayan cumplido los demás presupuestos de legitimidad constitucional.

La reciente regulación de las intervenciones, para la obtención del perfil de ADN, alienta la confianza en una pronta regulación general.

2) Jurisdiccionalidad

La medida se adoptará en el seno de un proceso abierto y por una resolución jurisdiccional, cuya motivación suficiente cuente con el juicio de proporcionalidad, en el sentido que seguidamente se señala.

3) Proporcionalidad

Conocidos ya los requisitos sobre el juicio de idoneidad: que no exista otro medio igualmente o más adecuado pero menos lesivo, y que se supera el juicio en atención al cual la adopción medida responde a un equilibrio entre interés general alcanzado y la lesión producida (proporcionalidad *strictu sensu*), cabe destacar, para esta medida específica, lo siguiente:

a) La idoneidad objetiva y subjetiva determinará que la medida sólo se adopte sobre aquel sobre el que recaen fundadas sospechas, aunque no se exija una imputación formal. Y que lo sea en el marco de la investigación ya abierta, sin que quepan actuaciones preventivas con tal contenido.

b) La adecuación vendrá dada tanto por la relevancia de la información que se obtenga para la resolución del caso investigado como por que idéntico objetivo no se obtenga con menor lesión a través de otro medio.

c) Para que la medida adoptada guarde proporción entre la intromisión en el derecho fundamental afectado y la finalidad perseguida, se utilizan referencias como los indicios que recaen sobre el sujeto concreto o la gravedad de la pena, no sólo, en este último caso, en cuanto delito perseguido con pena muy alta, sino en atención al bien jurídico protegido o la alarma social que origine.

3.6.3. Ejecución y control de la medida

La ejecución de las medidas debe respetar los derechos fundamentales en juego y la dignidad de la persona, sin que pueda ocasionar en todo caso riesgo para la salud del sujeto pasivo de la misma, ni implicar un trato vejatorio o degradante (SSTC 7/1994 y 207/1996).

Por el mismo fundamento, algunas sólo podrán practicarse por personal sanitario, en centros médicos y con arreglo a la *lex artis*.

El control corresponderá al órgano jurisdiccional que la haya acordado o a quien se hagan llegar las actuaciones conjuntas, en su caso.

3.6.4. Efectividad de la medida

Tratándose, en la inmensa mayoría de los supuestos de diligencias, para determinar la existencia del hecho punible y la participación del investigado, se tratarán de pruebas preconstituidas, de manera que tendrán que haberse practicado conforme a las exigencias de contradicción e inmediación, de forma que podrán incorporarse al juicio oral mediante la lectura de su documentación. De no ser así, en el juicio oral se procederá a la exposición contradictoria de los informes periciales.

Si las medidas no son proporcionadas con los derechos afectados, vulnerándolos, la propia fuente de prueba será ilícita y la información que proporciona no podrá ser tenida en cuenta, ni cabrá su reproducción a través de otro medio de prueba.

Cuestión distinta es la eficacia de los análisis periciales o los efectos ocupados. La conclusión dependerá de entender la intervención ilícita, y aplicar la doctrina de la nulidad de los efectos directos e indirectos (art. 11.1 LOPJ), o de si puede apreciarse la existencia o inexistencia de conexión de antijuridicidad.

A los efectos señalados, resulta de interés recordar el sentido de la jurisprudencia sobre aspectos específicos, como los siguientes:

- No utilizar la vía compulsiva (STC 37/1989).
- Exigir la intervención de abogado, cuando no concurre la nota de urgencia (STC 303/1993).
- Recurrir a la medida menos lesiva del derecho fundamental, evitando en todo caso todo trato vejatorio o degradante (STC 137/1990; STS de 5 de octubre de 1989).
- Inspecciones ginecológicas y derecho a la intimidad personal (STC 37/1989).
- Intervenciones corporales para la investigación de la paternidad (STC 7/1994); "pruebas sanguíneas" para la investigación civil de la paternidad (AATC 221/1990; 27/1992 y STC 17-1-1994).
- Extracción de sangre (STS 211/1996).
- Asistencia médica obligatoria y el derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario (STC 120/1990); práctica de flexiones para expulsión de droga (STS 446/1996); alimentación asistida a presos (SSTC 120, 137/1990 y 11 y 67/1991).
- Observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad (STC 35/1996).
- Cacheos (STS 683/1996).

3.7. Algunas medidas concretas

La novedad legal incorporada y la especificidad de algunas medidas aconsejan dedicar un apartado específico donde se destaquen aquellos de sus aspectos más novedosos o discutidos.

3.7.1. Las intervenciones corporales para la determinación del perfil del ADN del investigado

Este bloque incide en las intervenciones corporales.

Presupuestos

a) Previsión legal

Acogiendo, finalmente, el llamamiento al legislador ordinario para rellenar la laguna legal existente, la reforma del Código penal de 25 de noviembre del 2003 añadió un segundo párrafo al artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporando la previsión legal que exigía el principio de legalidad formal, si bien referido estrictamente al marco de las intervenciones para determinar el perfil del ADN del investigado.

Sentencias relacionadas

Sobre el acogimiento a la previsión legal, ved SSTC 37/1989, F. J. 7 y 207/1997, F. J. 4, entre otras muchas.

Mediante dicha previsión legal, se habilita al juez de instrucción para acordar la obtención de muestras biológicas del sospechoso, decidiendo la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionabilidad y razonabilidad.

Finalmente, la LO 10/2007 regula la creación, el uso y las medidas de protección de la base de datos policial de ADN.

b) Resolución judicial motivada

La resolución por la que se adopte la medida debe ser una resolución motivada, esto es, adoptada por un órgano jurisdiccional, previa incoación de un procedimiento y para los efectos investigadores del delito que se investigan en el mismo (especialidad del hecho delictivo) y formalmente adecuada al artículo 245 LOPJ.

c) Proporcionalidad

Deben concurrir acreditadas razones que justifiquen la necesidad de obtención de muestras biológicas del sospechoso, que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN (necesidad, idoneidad y proporcionalidad *strictu sensu*).

Ejecución y control de la medida

La previsión legal se completa con la reforma del artículo 326 LECrim, al que se añade un tercer párrafo, en orden a salvaguardar la recogida, custodia y examen de las muestras que se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad.

El juez de la instrucción adoptará u ordenará, a la Policía Judicial o al médico forense, la adopción de las medidas tendentes tanto a la obtención como a recoger, custodiar y, en definitiva, salvaguardar su autenticidad a efectos de su posterior incorporación al proceso por la vía de la prueba anticipada o preconstituida.

Sobre la necesidad de autorización judicial para extraer muestras para el análisis de ADN al detenido y otros pormenores, ved el Acuerdo de la Sala 2.^a del TS, de 13 de julio del 2005.

Además, se requiere que la toma del ADN de los investigados se haga en presencia de su abogado, so pena de no poder utilizar el resultado como fuente probatoria. En otros términos, la policía no podrá recoger muestras biológicas de personas detenidas si no está presente su abogado, incluso aunque el interesado haya prestado su consentimiento. En el caso de que se produzca una negativa del interesado a la recogida de muestras biológicas, y siempre que se trate de delitos graves, la policía deberá recabar autorización judicial (Acuerdo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014).

No obstante, el mismo Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 2014, señala que, sin embargo, es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación de consentimiento no conste la asistencia de letrado cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción. Con todo, conviene tener presente la falta de carácter normativo o vinculante de estos acuerdos, sin perjuicio de su eventual influencia en la jurisprudencia posterior.

La Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN

La Disposición Adicional Tercera de la LECrim ordenaba regular al Gobierno, reglamentariamente, una comisión nacional sobre el uso forense del ADN.

Esta comisión, de innegable importancia señalaba la Disposición que da la comisión, tendría entre otras funciones:

- 1) Acreditar los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres.
- 2) Establecer los criterios de coordinación entre tales laboratorios.
- 3) Elaborar los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras.
- 4) Determinar las condiciones de seguridad en su custodia.
- 5) Fijar las medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos.

(Apartado cuarto de la Disposición Final primera de la LO 15/ 2003, de 26 de noviembre, de reforma del Código penal).

En cumplimiento de lo dispuesto en la citada disposición adicional 3.^a de la LECrim, el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre regula la composición y las funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN.

Inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN

Hasta la fecha, en virtud de la LO10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, se inscriben los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras y fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o investigado.

A partir de ahora, y dando cumplimiento a lo previsto en el Convenio de Lanzarote, se prevé la **anotación de los perfiles genéticos de condenados en la base de datos policial**, en los supuestos de delitos graves contra la vida, la integridad física, la libertad o la libertad e indemnidad sexual, cuando además se confirma por el tribunal la existencia de un riesgo relevante de reiteración delictiva

3.7.2. Reconocimientos médicos, análisis de sangre y exploraciones ginecológicas

A continuación, estudiaremos los reconocimientos médicos, los análisis de sangre y las exploraciones ginecológicas.

Reconocimientos médicos

Tienen el mismo contenido y finalidad de los cacheos y proceden ante el resultado infructuoso de aquél. Siendo actos de investigación de naturaleza pericial, integran el atestado y, por ende, tienen el mismo valor probatorio de aquél. Se exige, en todo caso, consentimiento expreso y libre, si no media la correspondiente autorización judicial.

Reconocimientos médicos

Sobre el carácter pericial de los reconocimientos médicos, ved el artículo 297 LECrim; ved, a efectos de la falta de cobertura legal, las SSTC 37/1989 y 7/1994.

Deben existir indicios suficientes en la conducta del sujeto pasivo. La medida debe resultar imprescindible (no existir otro medio), ser practicada por personal sanitario adecuado y con arreglo a la *lex artis* (STC 35/1996).

Análisis de sangre y exploraciones radiológicas

Los análisis de sangre, como medida limitativa que es, exigirán de una resolución judicial motivada, así como del consentimiento del sujeto (SSTC 114/1984; 103/1985; y 241/1992, y STS de 21 de junio de 1994).

Las exploraciones radiológicas, en cuanto se considera que no afectan a la intimidad de la persona, han originado una jurisprudencia contradictoria que, en alguna resolución, exige de la previa resolución jurisdiccional (STS de 10 de junio de 1998) en tanto en otra la entiende perfectamente prescindible (STC 37/1989).

Las llamadas "intervenciones leves": cacheos y prueba de alcoholemia

El cacheo

El cacheo supone una actuación externa sobre el cuerpo humano, llevada a cabo generalmente por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Práctica. Debe practicarse por alguien del mismo sexo, en un lugar íntimo, asistiendo sólo quienes lo efectúan y sin provocarse posturas ni situaciones humillantes. La necesaria presencia de abogado derivará del hecho de la previa detención (arts. 17.3 CE y 118 y 520. 5 y 6 LECrim) y de la urgencia de la medida, pudiendo renunciar a ella el cacheado. Si no hay previa detención, no será precisa.

La abundante doctrina recaída en casos de transporte de droga en el recto y en materia penitenciaria recuerda la prohibición de obligar a realizar flexiones para su expulsión (SSTS, de 5 de octubre de 1989 y entre otras, de 26 de junio de 1998).

Desde el punto de vista de sus efectos procesales, el valor será el que corresponde al atestado (de denuncia), alcanzando valor probatorio sólo por medio de la deposición testimonial correspondiente en el acto de la vista de quien realizó la intervención (art. 717 LECrim). No debe constituir prueba anticipada ni preconstituida, por lo que no cabe su lectura (ex art. 730 LECrim) ni su valoración como prueba documental (art. 726 LECrim; STC 37/1989).

La prueba de alcoholemia

Las actuaciones en que esta prueba consiste se encaminan a la prevención y comprobación de delitos cometidos con ocasión del uso y circulación de automóviles (art. 379.2 CP). La diligencia en cuestión consiste en la comprobación del aire espirado para determinar la tasa de alcohol en el mismo por medio de etilómetros, y subsidiariamente, la constatación de la tasa de alcohol en sangre mediante alcoholímetros.

Si el resultado de la primera espiración es positivo, o si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se somete al sujeto a una segunda prueba pasado un intervalo de diez minutos. El interesado puede optar por contrastar estas pruebas con análisis de sangre, orina o la que estime el personal facultativo más adecuado.

Si se tratase de las restantes sustancias mencionadas en el artículo 379 CP, deberán llevarse a cabo los análisis correspondientes, sin perjuicio de las restantes medidas: inmovilización del vehículo, advertencia del posible contraste de resultados mediante análisis de sangre.

Sobre la práctica de la prueba de alcoholemia, resulta ilustrativa la Circular n.º 2 /1986, de la Fiscalía General del Estado.

El Tribunal Constitucional, en su STC 107/1985, de 7 de octubre, declaró la adecuación constitucional de la previsión normativa de la prueba.

Resoluciones del TC

Han sido bastantes las resoluciones del TC sobre diferentes derechos fundamentales que se sometieron a su consideración por entender que quedaban vulnerados con la realización de la citada prueba.

1) **El derecho a la libertad de movimientos** (art. 17 CE): vulneración negada inicialmente (STC 107/1985 y 22/1988) y que, en la actualidad, debe ser objeto de matices. En efecto, si no se limita el derecho a la libertad de movimientos, la normativa vigente debe entenderse adecuada; si, por el contrario, se admite que su práctica precisa de una "detención", aunque sea especial (algo similar a una "retención"), exigiría una cobertura legal más amplia.

2) **El derecho a la integridad física** (art. 15 CE). Violación negada por el TC, por tratarse de una intervención corporal de carácter leve y por considerarla admisible si media resolución judicial motivada y se respeta el principio de proporcionalidad, aun a pesar de la falta de cobertura legal.

3) **Derecho a no declarar contra sí mismo y derecho a la presunción de inocencia**. El TC ha negado, reiteradamente, que el sometimiento a la prueba equivalga a una autoinculpación, lo que impide la vulneración del primer derecho citado; la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia es la única posibilidad admitida por el TC respecto de la prueba alcoholométrica, y ello en un único supuesto: cuando, siendo la prueba determinante de la condena, no se haya obtenido con las garantías de contradicción necesarias para enervar aquella presunción, esto es, cuando no se hubiera advertido al que va a someterse a la prueba de espiración de su derecho a contrastarla mediante el correspondiente análisis sanguíneo.

La práctica de la medida no necesita de las garantías que para el detenido fija el artículo 17.3 CE, ya que la situación de la persona sometida a la prueba de alcoholemia no es equiparable a la situación del detenido (STC 107/1985).

La obligatoriedad de someterse a la prueba se adoptó en la Resolución (73) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 22 de marzo de 1973. Y criterio semejante es el mantenido en la jurisprudencia del TEDH (S de 17 de diciembre de 1966 ("caso Saunders frente al Reino Unido") y la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos 968/1961 y 8239/1978).

En el plano legislativo interno, el Código penal de 1995 ha ampliado los términos obligatorios que existían anteriormente, de manera que en el vigente artículo 385 CP (redactado según ley 15/2007, de 30 de noviembre) se prescribe que el conductor requerido por el agente de la autoridad, si se negare a someterse a este tipo de pruebas, será castigado con pena de prisión de 6 meses a un año.

Efectos de la medida como prueba preconstituida

La propia naturaleza de la medida hace que sea irreproducible en el juicio oral. Dicha circunstancia, unida a que la medida se realiza con instrumental técnico especializado, pone sobre la mesa las cuestiones ya citadas respecto a "diligencias de valor incontestable" y "prueba preconstituida". En este sentido, debe reseñarse de manera resumida la doctrina jurisprudencial existente al respecto.

La primera doctrina constitucional sostenía que el resultado del "test alcoholométrico", al comprenderse en el atestado policial, participaba de sus efectos, y por ende, debía considerarse como una mera denuncia, exigiéndose la declaración de los policías que la practicaron en el juicio oral como prueba testifical (STC 148/1985). En cambio, en resoluciones más recientes, se la hace partícipe de la naturaleza de los "actos policiales de constatación", lo que supone su plena eficacia, siempre que se practique correctamente y sea ratificada por la declaración de los agentes en la fase oral (SSTC 22/1988; 24/1992, entre otras muchas). A tales efectos, su correcta práctica exigirá que se haya salvaguardado el derecho de defensa, informando debidamente al interesado del derecho a someterse a un análisis de sangre, para integrar la contradicción. La ausencia de contradicción impide cualquier efecto sobre la presunción de inocencia (STC 241/1992).

Finalmente, la incorporación del resultado de la prueba de alcoholemia al proceso debe hacerse en condiciones de garantizar al juzgador el examen por sí mismo de las circunstancias de su práctica, ya sea por medio de la ratificación de quienes la efectuaron, ya de otros elementos: testigos que la presenciaron (AATC 797/1985; 1421/1987; y 191/1988); resultados de la prueba de extracción de sangre (ATC 304/1985); la declaración del perjudicado (ATC 305/1985) o la del propio acusado (SSTC 145/1987 y 89/1988).

Las intervenciones corporales en el ámbito penitenciario (breve apunte)

Varián notablemente de las analizadas hasta ahora, en la medida en que no sirven a ninguna investigación, sino que obedecen más bien a la necesidad de seguridad en los centros penitenciarios.

No es este el lugar para profundizar en las mismas. Baste destacar, no obstante:

1) que si existe previsión legal, concretamente el artículo 23 Ley General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, y el artículo 68 del Reglamento Penitenciario, de 9 de febrero de 1996; y

2) que de la jurisprudencia constitucional cabe entender innecesario el presupuesto de la orden judicial, lo que no excluye que la motivación y el juicio de proporcionalidad que ahí se contiene se traslade a la resolución administrativa en virtud de la cual se adopte la medida (SSTC120 y 1371990; 57/1994; y 35 y 36/1996, entre otras).

La videovigilancia: filmación de lugares públicos

La filmación de lugares públicos, regulada por LO 4/1997, de 4 de agosto, se concibe como una medida de carácter preventivo para proteger la seguridad ciudadana. Ello no obstante puede convertirse en acto de investigación cuando, a raíz de la misma, se detecta la comisión de un delito o se contribuye a identificar a su autor.

La videocámaras se instalan con el informe preceptivo de una comisión presidida por un magistrado (art. 3.1), mediante resolución motivada (art. 3.4) recurrible administrativamente (art. 11). Cabe que, por motivos de urgencia, se instalen cámaras móviles, debiendo darse cuenta al responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (FCS) en un plazo de 72 horas (art. 5.2.III).

Práctica de la medida

Informada, en todo caso, por el principio de proporcionalidad (idoneidad e intervención mínima), si la grabación de imagen y sonido muestra apariencia de delito, deberá ser remitida mediante el correspondiente atestado y el soporte original íntegro (art. 7.1).

Si la grabación es de un lugar privado, se deberá contar con la necesaria autorización judicial, con los requisitos de motivación y especificidad de los que se trató en la intervención de las comunicaciones, o con la autorización del interesado (art. 6.5).

Efecto probatorio

Por aplicación de la doctrina general ya señalada respecto de otras medidas, el resultado de la grabación en sí, incorporada al atestado, tendrá el mero valor de denuncia. Para alcanzar eficacia probatoria deberá llevarse al juicio oral y propiciar la necesaria contradicción por medio, por ejemplo, de la declaración de los agentes que la realizaron.

3.8. Incorporación al proceso de la denuncia de violación de derechos fundamentales

La especial relevancia que alcanza el hecho de que alguna de las citadas medidas pueda violar un derecho fundamental origina la difícil cuestión del momento del proceso en el que puede ser puesta de relieve dicha eventualidad.

Paralelamente a la importancia de dicha cuestión, aparecen varias dificultades: por un lado, la diferente estructura procesal de los **procesos ordinario** y **abreviado**; por el otro, la ausencia absoluta de previsión legislativa al respecto en la configuración ordinaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tal circunstancia conduce a que, en lo relativo al procedimiento ordinario por delitos graves, el conocido "sumario", el planteamiento sea hipotético y diferente al del aplicable al procedimiento abreviado.

Proceso ordinario

En términos generales, y en la medida que no exista un cauce legal previsto, se señala la siguiente alternativa:

- 1) La declaración de ilicitud se realizará en la sentencia, precisando que no se ha valorado el medio de prueba que incorpora al juicio la fuente obtenida ilícitamente, y de manera eventual, tampoco aquellas obtenidas de modo indirecto.
- 2) La fuente de prueba con tal ilicitud no debe llegar siquiera a incorporarse al proceso, lo que, al hecho de impedir que sea tenida en cuenta en la sentencia, añade el que no pueda originar prejuicio alguno en el juzgador.

Procedimiento abreviado

En el procedimiento abreviado, cuya regulación corresponde a un momento histórico en el que se es más consciente de este problema, el artículo 786.2 LECrim señala que el juicio oral comienza con la lectura de los escritos de acusación y defensa, abriéndose posteriormente un turno de intervenciones para que las partes expongan lo que estimen oportuno: entre otros posibles temas, la eventual vulneración de algún derecho fundamental.

El juez o tribunal resolverá, en el mismo acto, mediante resolución contra la que cabe recurso, sin perjuicio de que el tema pueda ser reproducido, en su caso, frente a la sentencia.

Si se estima la vulneración de algún derecho fundamental, debe procederse a su subsanación, a dejar sin efecto una determinada diligencia instructoria o incluso a decretar la nulidad de actuaciones y la consiguiente remisión de la causa al estadio de diligencias previas.

3.9. La denuncia de violación de un derecho fundamental en los procesos ordinarios y la prueba ilícita (remisión)

La limitación de derechos fundamentales suele constituir una fuente probatoria, para cuya eficacia es preciso, no solo haber preservado los límites requeridos para aquélla, sino, además, preservar la cadena de custodia" e incorporar el correspondiente "medio probatorio adecuadamente.

Sobre esta cuestión, se volverá al tratar de la prueba ilícita, principal efecto enervante. Ahora nos debe servir como recordatorio de este importante aspecto.

4. Medidas cautelares

Este apartado gira en torno a las medidas cautelares.

4.1. Finalidad y presupuestos

La obtención de la tutela judicial no resulta generalmente inmediata; tampoco en el proceso penal. Para que la resolución incida en la esfera jurídica de las partes, se precisan una serie de actos impuestos por el ordenamiento que, previo desarrollo de un proceso, conduzcan a una resolución que debe hacerse efectiva. El tiempo, mayor o menor, pero en todo caso ineludible que se necesita para alcanzar el citado efecto, pone en riesgo la efectividad de la sentencia, a la par que puede ser utilizado para convertir aquélla en inejecutable u ocultar elementos necesarios para fundar la acción penal. Además, en el proceso penal la ausencia del acusado, con alguna excepción, impide celebrar el juicio. Para conjurar dichos riesgos, se articulan las medidas cautelares.

Fundamento específico de las medidas cautelares

El fundamento específico de las medidas cautelares que se adoptan, en el proceso penal, coincide en lo sustancial con el de las que se utilizan en el ámbito civil: se busca, con ellas, combatir el peligro en la demora que acarrea ineludiblemente el desarrollo del proceso y asegurar la ejecución de la resolución que en él recaiga. Sin embargo, no deja de haber algunas especificidades, derivadas fundamentalmente de la relevancia constitucional que presentan determinadas medidas de carácter personal cuando inciden en derechos fundamentales, del principio de oficialidad y de la necesaria presencia del acusado en el juicio.

En el proceso penal, a título de ejemplo, se reconoce que, junto al riesgo de fuga, las medidas cautelares personales también pueden servir—sobre todo, en los casos de medidas limitativas de la libertad— a otros fines, como asegurar la presencia del investigado a efectos de prueba y evitar la suspensión del proceso, o prevenir la comisión de más delitos; fines todos estos que, difícilmente, encajan dentro de la idea de contrarrestar un *periculum in mora* concebido como se señala más adelante.

4.1.1. La ausencia de una ordenación legal de medidas cautelares alternativas; el goteo legislativo

Una de las cuestiones que se echa en falta, en nuestro ordenamiento procesal penal, es una configuración legal de carácter general de las medidas cautelares, así como la ampliación de las previstas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las posteriores modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han ido contemplando diferentes medidas: la LO 13/2003, de 24 de octubre, de prisión provisional regu-

la el arresto domiciliario como medida sustitutiva de la prisión provisional (art. 508 LE-Crim) y la retención del pasaporte, como medida complementaria en orden a garantizar la efectiva personación de quien ha sido puesto en libertad provisional (art. 530 if LECrim).

Otras, como se ha señalado, se incluyen en la Ley del Menor: el internamiento en centro, la libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, y la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (art. 28 LORPM) o aquellas otras contenidas en el artículo 7 de la LORPM: prestaciones a la comunidad; realización de tareas socioeducativas, amonestaciones, etc., si bien con el carácter específico ya mencionado.

Medidas en relación con la violencia de género

La llamada violencia de género ha originado una serie de medidas, contenidas en modificaciones específicas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, asimismo aplicables exclusivamente a este ámbito. Se trata de la "prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o comunidad autónoma", o la "prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, etc."; medidas contenidas en el artículo 544 bis LECrim, y la denominada "orden de protección integral" del artículo 544 ter LECrim.

Se percibe, en conclusión, la necesidad de una ordenación legal general de este relevante ámbito, que incorpore tanto unas reglas con el citado carácter como la relación de un catálogo no exhaustivo de las medidas que cabe adoptar, en atención al concreto aspecto que se persiga garantizar.

Buen ejemplo de lo afirmado es el instituto al que se dedican las últimas líneas de este epígrafe.

4.1.2. Presupuestos de adopción de las medidas cautelares

Tradicionalmente, se contemplan dos, definidos como sigue:

- Existencia de *fumus boni iuris*, que consistirá en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal y civil del sujeto sobre el que recae la medida.
- Existencia de *periculum in mora*, encaminado a garantizar la efectividad del proceso y de la sentencia.

Que exista peligro durante la duración del proceso se infiere de distintas circunstancias, según la naturaleza de la medida. Si se trata de medida patrimonial, el peligro en la demora se calculará según el riesgo de insolvencia o de indisponibilidad de algo específico (dinero, la cosa que hay que restituir), mientras que, en una medida de carácter personal, el *periculum in mora* se infiere bien del peligro de fuga del investigado, bien de la ocultación de fuentes de prueba, bien excepcionalmente, de la reiteración delictiva.

4.1.3. Características de las medidas cautelares

De las medidas cautelares se predica la:

- **jurisdiccionalidad**; la medida debe ser adoptada por un órgano dotado de jurisdicción, ya que es una manifestación más de la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado);
- **instrumentalidad**; las medidas no pueden configurarse como un fin en sí mismas, sino como mero instrumento para hacer efectivo el proceso y la ejecución de la sentencia que eventualmente se dicte;
- **idoneidad**; considerada por algunos más como presupuesto, supone la adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable. Dicho en otros términos: la medida debe ser idónea para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia. Se dice, en tal sentido, que las medidas cautelares deben ser homogéneas pero no idénticas;
- **proporcionalidad**; supone, que si son varias las medidas que se pueden acordar, se debe adoptar la menos perjudicial, la que suponga un menor sacrificio de los derechos del investigado, siempre que se garantice una efectividad semejante.

4.2. Medidas cautelares personales

A continuación, se detallan las medidas cautelares personales.

4.2.1. La citación

A tenor del artículo 486 LECrim, la persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que proceda su detención.

Citación encomendada a la Policía Judicial

Esta citación es diferente a la encomendada a la Policía Judicial en el seno del enjuiciamiento rápido, en función de los artículos 796.1.3.ª, 4.ª y 5.ª y 796.2 LECrim. En tal supuesto, en que las citaciones pueden hacerse por cualquier medio de comunicación – incluso verbalmente, aunque deberá constar en acta–, no cabe aplicar el artículo 487 LECrim. Según lo dispuesto en los artículos 175.5.º y 420 LECrim, desoír la citación genera responsabilidad de carácter pecuniario.

Esta orden de comparecencia, si no se alega causa justificada, deviene orden de detención cuando así lo decreta el órgano jurisdiccional (art. 487 LECrim).

La obligación de comparecer que genera la citación judicial se extiende a cuantas personas convenga oír en el proceso, a criterio del órgano instructor, por resultar contra ellas algún indicio de responsabilidad (art. 488 LECrim).

4.2.2. La detención

La detención es aquella privación de libertad, contemplada en la ley, que se efectúa para poner a una persona a disposición judicial.

Consulta recomendada

Arts. 489 a 501 LECrim.

Siempre se parte del derecho a la libertad de movimientos reconocido en la CE (arts. 17 y 55 CE) y en los textos internacionales (art. 3 DUDH y art. 9 PIDCP).

Existe un derecho fundamental a no ser detenido, salvo en los supuestos previstos legalmente. Estos supuestos son los enumerados en los artículos 490 y 492 LECrim, en términos generales. A ellos cabe añadir algunos dispersos en disposiciones de variada índole e imposible de reproducir aquí (en aplicación de la legislación sobre extranjería, por ejemplo).

La detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio. Se deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el respeto a sus derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen en el momento de practicarse, así como en los traslados ulteriores (art. 520.1.I LECrim).

La **detención preventiva** no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 520.1.II LECrim).

La **detención** puede ser comunicada o incomunicada.

La **retención para la identificación de las personas** es una situación que la ley quiere diferenciar claramente de la detención; la identificación de personas por parte de la policía se contempla en el artículo 16 de la LSC, señalando dos supuestos: a) cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción, y b) cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito.

La práctica de la identificación respetará los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación, debiendo informar de manera inmediata y comprensible a la persona cuya identificación se requiera de las razones.

Si la identificación no es posible (ni telefónica ni telemáticamente), o si la persona se niega a identificarse, se podrá requerir a la persona para acompañarle a las dependencias judiciales más próximas, por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

En las dependencias policiales se llevará un libro-registro en el que solo se practicarán asientos relacionados con la seguridad ciudadana y donde constarán las diligencias de identificación practicadas. A las personas desplazadas a las citadas dependencias se les expedirá un volante acreditativo del tiempo de permanencia, la causa y la identidad de los agentes actuantes.

Presupuestos para la adopción de la medida

La detención, a diferencia de otras medidas, constituye una excepción a la aplicación de uno de los requisitos de adopción de toda medida cautelar que afecte a derechos fundamentales: la jurisdiccionalidad. En efecto, con tal carácter de excepción, la detención puede realizarse tanto por particulares cuanto por las fuerzas de orden público, si concurren las circunstancias del artículo 490 LECrim, en el primer supuesto, y del artículo 492 LECrim, en el segundo.

1) Detención por particular

Conforme al citado artículo 490 LECrim, cualquier persona puede detener:

- al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo;
- al delincuente in fraganti;
- al que se fugare del establecimiento penal en que se halle cumpliendo condena;
- al que se fugase de la cárcel en que espere traslado;
- al que se fugase al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el punto anterior.
- al que se fugase estando detenido o preso;
- al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

2) Detención por autoridad o agente de la Policía Judicial

Configurado, no ya como una facultad sino como un deber, prescribe esta medida en los siguientes supuestos el artículo 492 LECrim:

- Respecto de cualquiera que se hallare en los casos del artículo 490 LECrim.
- Al procesado por delito para el que se contemple pena a partir de tres años de prisión.
- Al procesado por delito perseguido con pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuera llamado, salvo que preste fianza bastante.
- Al que estuviere en el caso anterior, aunque todavía no esté procesado si la autoridad o agente tiene motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho delictivo, o para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

De todos estos supuestos, sólo tienen carácter cautelar aquellos casos en que la detención se practica durante el proceso; la detención posterior es una medida de ejecución de la pena impuesta.

Debe existir en todo caso una imputación, aunque no esté formalmente formulada.

Si lo investigado al sujeto es un delito leve, procede la detención en el único supuesto en que, concurriendo alguno de los presupuestos ya señalados, no existiera domicilio conocido o no se prestara fianza al comparecer (art. 495 LECrim).

Duración de la medida

El plazo máximo de duración de la detención es de 72 horas (arts. 17 CE y 520 LECrim), sin olvidar que debe durar el mínimo imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y, tendencialmente, un máximo de 24 o 48 horas, como en Francia, Alemania e Italia (ved STC 31/1996).

La entrega del detenido deberá hacerse al juez más próximo (art. 496.I LECrim) y, si hay varios, al que estuviera de guardia.

Sobre la puesta a disposición

Esta puesta a disposición debe efectuarse a un órgano concreto en dos casos: si la orden de detención fue judicial, entregándose al detenido a dicho órgano; y si se trata de banda armada o terrorismo, entregándose al detenido a los Juzgados Centrales de Instrucción.

Puesto el detenido a disposición judicial, siempre que sea el juez competente y ya exista proceso en marcha, el instructor dispone de 72 horas para decretar la libertad o la prisión provisional (art. 497 LECrim), salvo que el detenido fuera un fugado, en cuyo caso ordenará el inmediato traslado al centro penitenciario (art. 500 LECrim).

Si, existiendo proceso abierto, el juez a quien se entrega el detenido no es el que esté conociendo de aquél, se remitirá la documentación de la detención y al detenido al órgano competente (art. 499 LECrim).

Si no existiese proceso y el juez se considera competente, dictará auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y, en el plazo de las 72 horas, resolverá sobre la situación personal del detenido.

Derechos del detenido

Contemplados en los artículos 17 CE y 520 LECrim, los derechos del detenido se refieren básicamente a la detención efectuada por la policía u ordenada por el órgano judicial y su contenido resulta idéntico al expuesto al tratar del derecho de defensa y los derechos del detenido en el primer módulo, al que me remito.

Detención incomunicada

La modificación de los artículos 509 y 527 adecúan la detención y prisión incomunicada al derecho europeo. Cabrá dictar la detención o prisión incomunicada, excepcionalmente, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- necesidad urgente de evitar consecuencias graves que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona;
- necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal (art. 509.1 LECrim).

En los casos de detención incomunicada, el detenido podrá ser privado de los siguientes derechos si las circunstancias del caso lo justifican:

- Designar abogado de su confianza.
- Comunicarse con todas o algunas de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el MF y el Médico Forense.
- Entrevistarse reservadamente con su abogado.
- Acceder él o su abogado (art. 527 LECrim) a las actuaciones, salvo los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención.

La incomunicación o cualquiera de las restricciones citadas deberán acordarse mediante auto, debiendo motivar las razones que justifican cada una de las restricciones señaladas. El juez controlará las condiciones en que se desarrolle la incomunicación, pudiendo requerir información a fin de constatar el estado del detenido y el respeto de sus derechos (art. 527.2 LECrim).

Los reconocimientos médicos al detenido a quien se le restrinja el derecho a comunicarse con todas o algunas de las personas con que tiene derecho a hacerlo se realizarán con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada 24 horas, según criterio facultativo (art. 527.3 LECrim). Nunca podrá ser objeto de detención incomunicada los menores de dieciséis años (art. 509,4 LECrim).

La orden de detención europea (recordatorio)

La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio del 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE, 18 de julio del 2002), persigue la extradición activa del investigado. Allí, se señalan las características más relevantes de esta norma.

La citada Decisión Marco es incorporada formalmente a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de Detención y Entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior.

4.2.3. Prisión provisional

Procede, seguidamente, el análisis de dos de las medidas cautelares más relevantes para el proceso penal, en torno a las cuales tanto el Tribunal Constitucional como la doctrina ha recordado que la libertad provisional debe ser la primera que tienda a adoptarse y, sólo cuando no resulte adecuado, podrá acudir a la prisión provisional.

Exposición de Motivos de la Ley 13/2003

Así se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional:

"La excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del investigado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente que la privación de libertad ha de ser la excepción".

Naturaleza y características de la prisión provisional

La prisión provisional supone la privación de libertad de un sujeto mediante su ingreso en un centro penitenciario, mientras se encuentra pendiente un proceso penal frente a él, y siempre que se cumplan los presupuestos señalados en la ley. Constituye la medida cautelar más efectiva y, a la vez, más criticada, lo que no impide reconocer simultáneamente la dificultad de sustituirla por otra; ved Resoluciones del Consejo de Europa 11 (65) y 80 (80).

Su naturaleza corresponde a la de una medida cautelar, de particulares perfiles, en tanto incide sobre el derecho fundamental a la libertad de movimientos (art. 17 CE).

Como tal medida cautelar, le son predicables las notas de jurisdiccionalidad, instrumentalidad, idoneidad y proporcionalidad, si bien con especial incidencia en determinados aspectos que inmediatamente se señalan. Así, por ejemplo, la oficialidad, por razones como la máxima atención a la garantía de imparcialidad del órgano que adopta la medida, resulta excepcionada.

Constituyen características generales de la prisión provisional: la excepcionalidad, la instrumentalidad y la proporcionalidad, que comprende, a su vez, la idoneidad, la necesidad y proporcionalidad *strictu sensu* o razonabilidad.

La excepcionalidad significa que la ley procesal opta, decididamente, por la libertad provisional como regla general y primera opción que se debe acoger frente a la prisión provisional, en tanto concurren, claro está, los presupuestos legales al efecto. De ahí las palabras de la Exposición de Motivos de la ley de reforma citada:

"No puede haber más supuesto de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea".

La instrumentalidad evita que la prisión provisional sea un fin en sí misma y obliga a configurarla como mero instrumento para hacer efectivos los fines cuya obtención la justifican. Se proyecta sobre múltiples aspectos conexos a la exigencia de proporcionalidad y, asimismo, adquiere significado en la temporalidad, como veremos después.

La proporcionalidad exige que la norma restrictiva del derecho a la libertad de movimientos tenga un contenido proporcionado a los fines que, con la prisión provisional, se pretende alcanzar. Expresado en otros términos, para privar de libertad a alguien, debe exigirse un fin constitucionalmente legítimo. Así, junto con la necesidad e idoneidad de la medida, se requiere que concurra la proporcionalidad *strictu sensu*, es decir, el juicio de ponderación entre los intereses en juego, de manera que el sacrificio de la libertad de la persona resulte razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

Presupuestos de la prisión provisional

A partir de tres perspectivas: subjetiva, objetiva y teleológica, el artículo 503 LECrim sujeta a acordar la prisión provisional a la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) Subjetivo

Que aparezcan, en la causa, motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar auto de prisión (art. 503.1.2.º LECrim).

2) Objetivo

Que conste, en la causa, la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delitos sancionados con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión (art. 503.1.1.º LECrim).

Los delitos castigados con penas inferiores a dos años no quedan excluidos, radicalmente, de la posibilidad de prisión provisional. La regulación legal contempla cuatro casos en que sí será posible:

a) Cuando el investigado tenga antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de delito doloso (art. 503.1.1.ºif LECrim).

b) Cuando, estimándose riesgo de fuga, se hayan dictado contra la persona imputada al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca en los dos últimos años anteriores (art. 503.1.3.º a) III LECrim).

c) Cuando se trate de evitar que el investigado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de las personas contempladas en el artículo 173 CP (art. 503.1.3.º, c) LECrim).

d) Cuando, buscando evitar la reiteración del delito de que se trate, de los antecedentes y otros datos disponibles, pueda inferirse que el investigado actúa concerta y organizadamente o con habitualidad (arts. 503.2.III if LECrim).

3) Teleológico

A partir del mandato constitucional conforme al cual debían perseguirse fines constitucionalmente legítimos, la consecución de estos objetivos constituye el parámetro que evita caer en la automaticidad, vinculando la decisión sobre la prisión provisional con la pena prevista (STC 47/2000).

A tenor de la doctrina constitucional, la reforma recoge dos fines ordinarios: asegurar la presencia del investigado cuando pueda inferirse riesgo de fuga; o evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba; y otro excepcional: evitar la reiteración delictiva.

Junto con ellos, se ha incorporado la finalidad de evitar que el investigado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima en los supuestos de violencia de género. Esta especificación debe interpretarse en el marco de la lucha contra este tipo de delincuencia a través de medidas como la ampliación de medidas cautelares del artículo 544 bis y 544 ter LECrim, y de las que no se ha querido pudiera excluirse la prisión provisional, incluso en el supuesto de delitos de este tipo perseguidos con penas inferiores a dos años.

a) Asegurar la presencia del investigado cuando quepa pensar en un riesgo de fuga

Para evaluar la existencia y el grado del riesgo, el legislador señala una serie de pautas: la naturaleza del hecho; la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado; la situación familiar, laboral y económica de éste; y la inminencia de la celebración del juicio oral, especialmente si se trata de un procedimiento para el enjuiciamiento rápido.

b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, siempre que éstas sean relevantes para el enjuiciamiento y exista un peligro fundado y concreto.

El fin no es preservar las fuentes de prueba en general. Dicha configuración atentaría contra la exigencia de proporcionalidad. El objetivo se circunscribe a aquellas relevantes para el enjuiciamiento, y sobre las que se aprecie, además, la existencia de un peligro fundado y específico.

Para efectuar estas valoraciones, se atenderá a la capacidad del investigado para acceder por sí o mediante terceros a las repetidas fuentes o para influir sobre otros investigados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) Se añade, como apartado de este ordinal tercero, el hecho de **evitar que el investigado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima**, en especial cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173 CP.

Como ya se adelantó, se trata de un supuesto extravagante desde un punto de vista metodológico, en la medida en que constituye un supuesto especial insertado en una norma de carácter general.

d) "También podrá acordarse la **prisión provisional**, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado cometa otros hechos delictivos".

Provisionalidad de la medida: duración de la prisión provisional

El artículo 17.4 CE exige que la ley prevea un plazo máximo de duración de la prisión provisional, garantía que se completa doblemente con la también garantía constitucional, a un plazo razonable, y el respeto a la característica de instrumentalidad de la medida cautelar que nos ocupa.

Atendiendo a este mandato, el artículo 504 LECrim señala, en su apartado primero:

"La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en los artículos anteriores (los constitucionalmente legítimos) y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción".

1) Plazos máximos de duración de la medida: la doctrina del "plazo razonable"

Complemento y manifestación de la instrumentalidad de la medida y exigencia constitucional es la necesidad de señalar los plazos máximos de la prisión provisional. En esta dirección, el artículo 504 LECrim vincula la duración de la prisión provisional a dos parámetros:

a) La duración de la pena que corresponda al delito en cuestión.

b) El tipo de fin constitucionalmente legítimo de la medida.

Artículo 504.1 LECrim

El artículo 504.1 LECrim, al prescribir que la medida "durará el tiempo imprescindible", consagra la doctrina constitucional del "plazo razonable", con arreglo a la cual, si bien deben fijarse unos máximos, las circunstancias concretas del caso conducirán a que la situación de limitación del derecho fundamental sea la mínima imprescindible a tenor de los objetivos concretos. Toda situación cautelar (prisión o detención preventiva) que exceda estos límites vulnera el derecho a la libertad del artículo 17 CE, como sucedería con los plazos máximos a los que inmediatamente se hace referencia.

a) Cuando la medida se dicte para asegurar la presencia del investigado, evitar que el investigado actúe contra bienes jurídicos de la víctima; o evitar la reiteración delictiva, tendrá una duración máxima de un año si el delito tiene pena señalada igual o inferior a tres años.

Si el delito tiene señalada una pena superior a tres años, la medida podrá durar, como máximo, dos años (art. 504.2 LECrim).

b) Cuando la prisión provisional se haya acordado para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, la duración máxima se reduce a seis meses.

Si, en dicho plazo, se decreta el secreto del sumario o la prisión incomunicada, deja de estar justificada la prisión provisional para evitar el fin señalado. Ahora bien, si cualquiera de estas dos circunstancias desaparece, es decir, se levanta el secreto del sumario o se decreta la prisión comunicada, el artículo 504.3.II LECrim exige que el juez motive, nuevamente, la subsistencia de este presupuesto específico para la prisión provisional.

La diferencia de plazos máximos obedece a la proporcionalidad que debe imperar, también, en esta materia de duración de la medida. Proporcionalidad que exige en el supuesto b) una drástica reducción, por cuanto la duración de la instrucción no puede justificar, en modo alguno, una limitación más extensa del derecho a la libertad.

2) Prórroga del plazo: necesidad de celebrar la audiencia del artículo 505 LECrim

El artículo 504 LECrim prevé dos tipos de prórrogas:

a) Cuando se haya acordado para asegurar la presencia del investigado, proteger bienes jurídicos de la víctima o evitar la reiteración delictiva.

b) Cuando se haya recurrido la sentencia condenatoria.

3) Cómputo del plazo

El artículo 504.5 LECrim incorpora la esencia de la doctrina constitucional en este aspecto. Con arreglo a la misma, para el cómputo de los plazos establecidos se tendrá en cuenta el tiempo que el investigado hubiera estado detenido o sometido a prisión provisional, siempre que se trate de la misma causa.

Por otro lado, del cómputo se descontará el tiempo que la causa sufriera dilaciones no imputables a la Administración de Justicia, de manera que también se tenga en cuenta el tiempo que la causa haya estado paralizada por actos de mala fe imputables a las partes y aquellos que pudieran constituir fraude procesal.

4) Libertad por expirar el plazo máximo: cautelas ante tal situación

Consecuencia inmediata del transcurso del plazo máximo para permanecer en prisión provisional en los términos señalados (plazos previstos legalmente, más prórroga, en su caso) es la cesación en la situación excepcional de privación de libertad, esto es, la inmediata puesta en libertad.

Por otro lado, la puesta en libertad originada por el transcurso del tiempo previsto legalmente no impide un nuevo acuerdo de privación de libertad, siempre que éste derive de la falta de personación sin motivo legítimo a una llamada judicial (art. 504.4 LECrim).

Procedimiento para la adopción o prórroga de la prisión provisional: tribunal competente; la preceptiva audiencia; resolución y recursos

1) Tribunal competente

Podrán decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias y el juez de lo penal o el tribunal que conozca de la causa (art. 502.1 LECrim). La misma regla de atribución de competencia se contempla en el artículo 505.1 LECrim.

2) La audiencia y solicitud de una parte acusadora

El juez a quien se pone a disposición el detenido debe resolver sobre su situación personal, tanto si es aquel a quien corresponde su instrucción (art. 505.1 LECrim) como si no lo es, y el detenido no puede ser puesto a disposición del competente en el plazo de 72 horas (art. 505.6 LECrim). En este último supuesto, una vez que el juez o tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al investigado, asistido de su abogado, tan pronto le sea posible y dictará la resolución que proceda.

Salvo que la decisión consista en ponerle en libertad sin fianza, la convocatoria de la audiencia es preceptiva. Dicho de otra manera, debe celebrarse la audiencia si se prevé resolver la prisión provisional, la libertad provisional con fianza y tanto si se está detenido como si no (art. 505.1 y 2 if LECrim).

La audiencia convocada de forma inminente deberá celebrarse en el plazo más breve posible, pero en todo caso antes de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial. Es decir, en un plazo equivalente al de la detención.

Se cita al investigado que deberá acudir asistido del letrado que haya nombrado o de otro designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas.

El carácter preceptivo de la audiencia en los términos señalados, por una parte, y el que los retrasos puedan resultar justificados, por otra, unido a la necesidad de adoptar una resolución sobre la situación personal del investigado, condu-

ce a permitir acordar la medida, siempre que concurran los presupuestos del artículo 503 LECrim y en las 72 horas siguientes se convoque nuevamente la audiencia, adoptando las medidas.

3) Resolución sobre la prisión provisional

La resolución, mediante auto, deberá motivar la concurrencia de los presupuestos y elementos valorativos que han conducido a la adopción de la medida.

El auto será notificado al investigado y a los directamente ofendidos y perjudicados por el delito, cuya seguridad pueda verse afectada por la resolución (art. 506.3 LECrim).

4) Recursos contra la adopción de la medida

El artículo 507.1 LECrim señala que, contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del investigado (con o sin fianza), podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766 LECrim, que gozará de tramitación preferente.

5) La resolución en caso de que se haya decretado el secreto del sumario

La declaración de secreto del sumario no incide a la hora de los presupuestos para adoptar la resolución, pero sí lo hace en lo relativo a dos extremos concretos: el contenido del auto y, derivado de ahí, el recurso contra la citada resolución.

a) Para salvaguardar la finalidad de la declaración de secreto del sumario, y, simultáneamente, no enervar las garantías exigibles en la resolución que limita un derecho fundamental, el artículo 506.2 LECrim contempla que la copia que debe notificarse omita aquellas cuestiones imprescindibles para preservar la finalidad del secreto. Ahora bien, junto con ello se señalan las siguientes medidas:

- El auto deberá expresar los particulares que se han omitido por tal causa.
- La copia deberá dejar constancia, en todo caso, de una sucinta descripción del hecho investigado, así como de los fines constitucionalmente legítimos que se persiguen; es decir, alguno de los contemplados en el artículo 503 LECrim.
- Deberá notificarse al investigado el auto íntegro tan pronto se alce el secreto del sumario (art. 506.2 if LECrim).

b) En la hipótesis de declaración de secreto del sumario, si al tiempo de la interposición del recurso no se había notificado el auto en su totalidad, la posibilidad de interponer recurso contra los extremos desconocidos por tal circunstancia conduce a permitir el recurso contra los mismos a partir de la notificación de su contenido íntegro (art. 507.2 LECrim).

6) Ejecución de la resolución: mandamientos a la policía judicial y al director del establecimiento penitenciario

El artículo 511 LECrim señala la necesidad de unir al auto de prisión dos mandamientos: uno a la Policía Judicial y otro al director del establecimiento.

Clases de prisión provisional: comunicada e incomunicada

Se prevé la posibilidad de dictar prisión provisional incomunicada, más como una clase posible de prisión de este tipo que como un grado de ésta. Así, el artículo 509 LECrim contempla tal eventualidad.

"Para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión o que se cometan nuevos hechos delictivos y evitar que estas mismas personas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima".

Las consecuencias de esta modalidad son el establecimiento de un plazo máximo notablemente reducido: "Al tiempo máximo para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros" que condujeron a adoptar la incomunicación, y como plazo máximo, el de cinco días.

El arresto domiciliario como medida sustitutiva por enfermedad del investigado

La falta de un auténtico cuerpo legal de medidas cautelares penales en el ordenamiento procesal penal español dejan el arresto domiciliario, no como una medida cautelar autónoma, sino únicamente como sustitutiva de la prisión provisional cuando, por razón de enfermedad, el internamiento entraña grave peligro para su salud.

Como complemento del arresto domiciliario, podrán adoptarse las medidas de vigilancia que resulten necesarias; así, por ejemplo, las pulseras empleadas en el marco de ejecución de pena con permiso de fin de semana.

Si el tratamiento debe realizarse fuera del domicilio, el juez autorizará la salida con la vigilancia precisa (art. 508.1if LECrim).

El ingreso del drogadicto sometido tratamiento de desintoxicación

También como alternativa a la prisión provisional y, específicamente, por la ausencia de una previsión general de esta medida, el artículo 508.2 LECrim prevé de forma específica el ingreso del investigado sometido a desintoxicación o deshabituación, cuando el ingreso en prisión provisional pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento.

El tratamiento debe haberse iniciado con posterioridad a la comisión de los hechos que originan el procedimiento.

El investigado internado no podrá salir del centro sin autorización del órgano judicial que adoptara la medida.

Los centros que pueden acoger este régimen son los oficiales o aquellos que pertenezcan a una organización reconocida legalmente (art. 508.2 LECrim).

Abono de condena e indemnización de daños y perjuicios

Si el preso preventivo resulta condenado, el tiempo que se haya visto privado de libertad se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión (art. 58 CP).

Si, por el contrario, resulta absuelto o condenado a pena inferior a la cumplida en régimen de prisión provisional, se puede producir vulneración del artículo 17.4 CE y el investigado puede tener derecho a una indemnización conforme a los artículos 121 CE y 294 LOPJ.

En concreto, tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho investigado o, por esta misma causa, haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

La cuantía de la indemnización variará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

Para obtener dicha indemnización, habrá que dirigir una petición al Ministerio de Justicia, que se tramitará con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado.

El derecho a reclamar la indemnización prescribirá en el plazo de un año, a partir del día en que pudo ejercitarse.

Registro Central de medidas cautelares, Requisitorias y sentencias no firmes

Las medidas cautelares de prisión provisional, su duración máxima y su cesación entre otras, así como las demás medidas cautelares adoptadas en el proceso penal, se inscribirán en el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisi-

torias y Sentencias No Firmes, salvo que se traten de medidas cautelares adoptadas en procedimientos de violencia doméstica o de género, en cuyo caso se inscribirán en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica (podéis ver el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia).

4.2.4. La libertad provisional

La libertad provisional consiste en una limitación de la libertad del investigado, quien queda sujeto al cumplimiento de determinadas prestaciones, que pueden garantizarse mediante distintos mecanismos, únicos o conjuntos. Por ejemplo, la libertad provisional puede acordarse con o sin fianza y, en ambos casos, cabe señalar la obligación de comparecer en días acordados; para asegurar esta última obligación, puede ordenarse la retención del pasaporte.

Dado que se encuentra encaminada a la misma finalidad que la prisión provisional, debe preferirse su adopción a la de aquélla, pues constituye una medida cautelar que incide en menor medida sobre el derecho fundamental a la libertad ambulatoria.

De hecho, la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, parece acoger la idea con arreglo a la cual la medida preferente es la libertad provisional, y cuando ésta no sea posible, la prisión provisional.

Presupuestos

El artículo 529 LECrim establece que, cuando no se haya acordado la prisión provisional del investigado, se decretará la libertad provisional, con o sin fianza, con arreglo a lo señalado en el artículo 505 LECrim.

En este último precepto, se contempla la necesidad de una audiencia en idénticos términos a los señalados para la adopción de la prisión provisional (art. 506 LECrim).

Si la pena prevista para el delito excede de dicho límite, pero el investigado no estuviere comprendido en el número 3 del artículo 492 LECrim, ni procediera decretar su prisión por aplicación de los artículos 503 o 504 LECrim.

Piénsese, no obstante, que la doctrina constitucional ha reiterado que la gravedad del delito en sí, y exclusivamente, no constituye presupuesto constitucional habilitante.

Se exigirá la prestación de fianza (mejor caución) al investigado, como presupuesto para poder decretar esta medida en vez de la prisión, cuando se acuerde la libertad provisional aun a pesar de que la pena del delito perseguido supere los dos años; también podrá exigirse la prestación de fianza cuando, siendo

inferior la pena, así lo decida el juez, en atención a las circunstancias personales del investigado y de la comisión del hecho (arts. 503.1, regla 1.ª y 529 LECrim).

La cuantía de la caución se fijará de acuerdo con la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y otras circunstancias que puedan influir (arts. 531 y 591 a 596, por remisión del art. 533 LECrim).

La provisionalidad de la medida

La situación de libertad provisional, como la propia caución, manifiesta su carácter instrumental en la propia provisionalidad. Si las circunstancias que configuran sus presupuestos varían, se pueden modificar una y otra a lo largo de todo el transcurso del proceso (art. 539 LECrim).

En otras ocasiones, el cambio se produce por imperativo legal, como sucede con el paso de la situación de prisión a la libertad provisional, una vez se han agotado los plazos máximos de duración de la prisión fijados en el artículo 504 LECrim.

Procedimiento: la necesidad de celebrar la audiencia y que se solicite por un acusador

La resolución adoptará, como en el supuesto de la prisión provisional, la forma de auto, esto es, habrá de estar motivada, y tendrá el contenido que se señala en los artículos 529.I y II, 530 y, en su caso, 529 bis, todos de la LECrim.

Si se trata de acordar la libertad con fianza de quien estuviere en libertad, o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por libertad provisional con fianza, se requerirá que lo solicite el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora, resolviéndose previa la celebración de la audiencia prevista en el artículo 505 LECrim y que se ha analizado al estudiar la prisión provisional.

Si el investigado estaba detenido o preso, deberá excarcelársele, previa constitución de la caución –si se le hubiere exigido–, y teniendo que comparecer periódicamente ante el órgano jurisdiccional en las fechas señaladas en la propia resolución.

Cuando no esté detenido ni preso, el cumplimiento de la medida se circunscribe a la obligación de comparecencia reseñada y, dado el caso, a la necesidad de constitución de caución.

El auto decretando la libertad provisional es recurrible mediante reforma y posterior apelación en un solo efecto, si fue dictado por el juez de instrucción (art. 529 III LECrim) y mediante súplica, si lo dictó la Audiencia. En el proceso abreviado, los recursos son, asimismo, el de reforma y apelación, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 766 LECrim.

La comparecencia y retirada de pasaporte

Tanto si se ha decretado la libertad con o sin fianza, se constituirá *apud acta* la obligación de comparecer en los días que se señalen en el auto respectivo. Idéntica obligación de comparecencia tendrá cada vez que sea citado por el juez o tribunal que conozca de la causa (art. 530 LECrim).

Para garantizar el cumplimiento de la obligación de comparecencia, cabe acordar motivadamente la retención del pasaporte (art. 530if LECrim).

Otras medidas; en especial, la privación del permiso de conducción de vehículos a motor

Para terminar, cabe hacer referencia a unas medidas de naturaleza cautelar o preventiva caracterizadas por conllevar una restricción provisional del mismo bien jurídico o derecho que se verá afectado por una pena de inhabilitación, de suspensión o de privación del permiso de conducir (arts. 41, 42, 43, 44, 47.1, 55, 56, 57, todos del CP).

Y, sobre todo, también forma parte de estas medidas la privación cautelar del permiso de conducir y del de circulación a la persona a la que se han imputado hechos delictivos cometidos con motivo de la conducción de vehículos a motor o ciclomotores. La ejecución de tal medida se produce recogiendo, materialmente, del poder del investigado e incorporándolo a los autos, a la par que comunicándolo a la Jefatura Provincial de Tráfico que lo hubiere expedido (art. 529 bis LECrim; también art. 770.6.ª LECrim). Junto con dicha medida, este último precepto contempla la intervención del vehículo.

Las medidas del agresor respecto de la víctima

El artículo 544 bis LECrim recoge un conjunto de medidas cautelares que tienen como fin la protección de la víctima, aplicables a los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 CP.

Estas medidas consisten en la prohibición de residir en un determinado lugar, de acudir a determinados lugares y la de aproximarse o comunicarse con determinadas personas.

En caso de que el inculpado incumpla la medida impuesta, el juez o tribunal podrá adoptar nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de la libertad personal: prisión provisional –siempre que se cumplan sus presupuestos–; la orden de protección prevista en el artículo 544 ter u otras

medidas. Para esto, deberá celebrarse la comparecencia prevista en el artículo 505 LECrim. La elección de la medida cautelar a adoptar deberá tener en cuenta la incidencia del incumplimiento de la medida de alejamiento, sus motivos, gravedad y circunstancias.

A estas medidas, la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, incorpora otras como: la salida de domicilio, el alejamiento o la suspensión de comunicaciones (art. 64); la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores (art. 65); la suspensión del régimen de visitas (art. 66); y la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.

4.2.5. Libertad provisional y medidas cautelares en la UE

El título V de la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales se dedica a la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional, que permite que un estado distinto al que impuso la medida de vigilancia pueda supervisar su cumplimiento cuando así le sea solicitado y siempre que se cumplan los requisitos legalmente establecidos. De este modo, se consigue una mejor ordenación de la actuación de los estados en este ámbito penal y se evita que un residente en un estado miembro se vea sacado de su entorno como consecuencia de la comisión de una infracción penal durante el tiempo que transcurra hasta la celebración del juicio. Con ello también se logra una mayor seguridad pública al permitir que una persona sometida a actuaciones penales en un estado miembro distinto al de su residencia sea vigilada por las autoridades de este último en espera de la celebración del juicio, evitando acudir a institutos más represivos como la prisión provisional o más inseguros como la libertad provisional no vigilada (apartado IX, preámbulo). En esta línea, el artículo 87 regula las "medidas cautelares restrictivas de la libertad del condenado cuando se encuentre en España".

Medidas alternativas a la prisión provisional en el ámbito de la UE

Mediante el reconocimiento que se consagra en la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales cabe ejecutar en España las siguientes medidas alternativas a la prisión provisional de las resoluciones adoptadas en un proceso penal por la autoridad competente de un Estado miembro, por las que se imponen a una persona física una o más medidas de vigilancia en sustitución de la prisión provisional.

- a) la obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir citaciones a comparecer en las diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales;
- b) la prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución;

- c) la obligación de permanecer en un lugar determinado durante el período de tiempo señalado;
- d) la obligación de respetar las limitaciones impuestas en relación con la salida del territorio del Estado de ejecución;
- e) la obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica;
- f) la prohibición de aproximarse a determinadas personas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos;
- g) la inhabilitación para ejercer determinadas profesiones o actividades ligadas con el delito presuntamente cometido;
- h) la obligación de no conducir vehículos de motor;
- i) la obligación de depositar una fianza o prestar otra garantía, ya sea en determinados plazos o en un pago único;
- j) la obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones;
- k) la prohibición de tenencia y porte de armas o de otros objetos específicos relacionados con el delito enjuiciado.

La resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional dictada por una autoridad extranjera podrá incluir estas medidas u otras previstas en su ordenamiento jurídico cuyo reconocimiento haya sido objeto de notificación por España.

4.2.6. Medidas de protección en los casos de violencia doméstica. Características generales

Pueden adoptarse de oficio o a instancia de la víctima, sus hijos o personas que convivan con ella, el MF o la Administración especializada. Constituyen presupuestos para su adopción: la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito de violencia de género y que resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna medida de protección.

Procedimiento

Se adoptarán las medidas tras una audiencia, urgente si es ante el Juzgado de Guardia, sin perjuicio de poder adoptarse cualquiera otra a lo largo de la tramitación. Las medidas son diversas, algunas ya citadas: prohibición de acudir a determinados lugares y barrios, municipios u otras entidades locales o co-

munidades autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación precisa. Para la adopción de estas medidas, se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización (art. 544.bis.II y III LECrim).

Pueden mantenerse tras la sentencia hasta la firmeza de la resolución, advirtiéndose al efecto. En caso de incumplimiento por el inculpado, este convocará la comparecencia del artículo 505 para adoptar la prisión provisional del art. 503 o la OPI prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique mayor limitación de su libertad personal (art. 544.bis.IV LECrim).

La Orden de Protección Integral (OPI)

Con esta medida se persigue incorporar a nuestro ordenamiento una acción integral y coordinada que aúne el conjunto de medidas cautelares necesarias sobre el agresor, es decir, tanto aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad. A tenor del artículo 544 ter la OPI se aplica a las víctimas de violencia doméstica pudiendo solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el MF, o ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, oficinas de atención a la víctima o servicios sociales o instituciones dependientes de las administraciones públicas. Las medidas, penales o civiles son muy amplias y pueden ser solicitada por la víctima o el MF (art. 544 ter, 6 y 7 LECrim). La OPI será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género.

A) La legitimación para solicitar la medida. El artículo 61.2 LVG establece que las medidas se pueden solicitar: de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos o de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del MF o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida.

B) La víctima como parte en la Orden de Protección Integral (OPI). Siendo como es la medida más frecuente y aquella cuya regulación es más paradigmática examinaremos seguidamente la configuración del derecho a ser parte mediante la solicitud de una "orden de protección integral". La legitimación para solicitar una OPI se atribuye a:

- la víctima,
- la persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el artículo 173.2 CP,

- el MF exclusivamente.

También cabe que la solicite la "Administración de la que dependen los servicios de atención a las víctimas o su acogida".

La OPI puede solicitarse mediante un procedimiento sencillo que se inicia por solicitud a la policía o el juez, oficinas de atención a la víctima, servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Recibida la solicitud, el juez convoca a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante, al agresor (asistido por letrado) y al MF (que puede intervenir mediante videoconferencia, artículo 306 LECrim). La falta de asistencia del agresor o de su abogado origina consecuencias diversas. La CIR 3/2003, de 30 de diciembre, FGE considera que si el agresor ha sido citado y no asiste injustificadamente, pueden adoptarse las medidas.

En cambio, si el abogado no está presente, sea justificada o no la asistencia, debe suspenderse la audiencia, sin perjuicio de designar un abogado de -oficio. La CIR 4/2005, de 18 de julio, FGE, sostiene que cuando las circunstancias del caso no permitan esperar a la celebración de la audiencia, o se prevea que esta no se celebrará en el plazo de 72 horas, pueden adoptarse las medidas de (Prohibición de residir en un lugar, barrio, municipio, provincia o CA; prohibición de acudir a determinados lugares; prohibición de acercarse, y prohibición de comunicarse), que no requieren de la comparecencia, así como las medidas de carácter civil del artículo 158.4 CC.

Celebrada la audiencia, el juez decidirá acerca de la procedencia de la OP mediante auto motivado sobre su contenido y duración (art. 61.2 LOVG). Caracteriza esta medida que pueda incorporar medidas penales (orden de alejamiento, prohibiciones, etc.) y civiles (atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinación del régimen de custodia, de visitas, etc.) y, desde luego solo penales, resultando más discutido si cabe adoptar medidas civiles sin dictar medidas penales. La OP incorpora dos consecuencias de relevancia: la inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; y el nacimiento del deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado o encausado, así como del alcance y vigencia de las MMCC adoptadas, singularmente de la situación penitenciaria del agresor, a cuyos efectos se dará cuenta a la Administración penitenciaria (art. 544 ter, núm. 9 LECrim).

El incumplimiento de la OP es constitutivo del tipo penal de quebrantamiento previsto en el artículo 468 CP. Si el incumplimiento acarrea, además, una nueva infracción de violencia doméstica, será aplicable el subtipo agravado de los artículos 153 o 173 CP.

C) La orden de alejamiento y otras medidas. La orden de alejamiento recoge tres posibilidades diferentes:

- la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o CA;
- la prohibición de acudir a determinados lugares;
- la prohibición de comunicarse, con la graduación precisa, con determinadas personas.

Esta medida ha sido expresamente incorporada al ámbito de la justicia de menores en la reforma de 2006: prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez (art. 28.1 LORPM).

Entre las medidas civiles, el artículo 65 LVG dispone que el juez acuerde la suspensión de la patria potestad o de la guardia y custodia, así como la suspensión del régimen de visitas del inculcado a sus descendientes (art. 66 LVG). Como complemento, el artículo 544 ter 7 LECrim señala que las medidas de carácter civil solo procederán cuando no hubieran sido previamente acordadas por un tribunal civil y tendrán una vigencia de 30 días tras la presentación de la demanda por el juez de lo civil. Ahora bien, en violencia de género como el juez conoce también de los aspectos civiles, será el mismo juez de vigilancia quien resolverá (artículos 771 y 772 LEC).

La protección a la víctima de violencia doméstica y de género

En el sistema procesal penal español cabe hablar de diversos tipos de protección para las víctimas de violencia de género:

- una protección común u ordinaria de la víctima de cualquier delito (art. 13 y 544 bis LECrim);
- una protección específica para las víctimas de violencia doméstica (art. 544ter LECrim);
- una protección reforzada para las víctimas de violencia de género (Circular de la Fiscalía General del Estado (CFGE 4/2005).

La víctima de violencia de género obtiene un arco de protección integral: no judicial y judicial, conforme al cual se le reconocen los derechos siguientes:

- recibir plena información y a un asesoramiento adecuado, a cargo de instituciones públicas;
- recibir información sobre su situación personal como víctima de un acto contra la violencia de género, especialmente si es una mujer discapacitada;

- recibir asistencia social integral, a cargo de instituciones de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales, que se desglosa en derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo, de acogida y de recuperación integral en los términos explícitos del artículo 19;
- derechos laborales y de prestaciones de seguridad social;
- derechos de carácter económico, consistentes en la posibilidad de percibir ayudas sociales específicas o incluso prioridad en para acceder a una vivienda protegida.

Y entre los de derecho judicial, las normas específicas de asistencia jurídica gratuita, que otorgan una especial rapidez en la obtención del beneficio del abogado defensor gratuito. A estos efectos resulta esencial la información que debe proporcionar la policía cuando reciba la denuncia.

Descendiendo ya al plano de la tutela penal, al amparo del capítulo IV, título V, el juez puede:

- acordar la orden de protección a que se refiere el artículo 544 ter LECrim (art. 62 LOVG),
- proteger la intimidad de la víctima, especialmente sus datos personales y establecer limitaciones a la publicidad de las actuaciones (art. 63 LOVG),
- acordar la salida del domicilio, el alejamiento o la suspensión de las comunicaciones (art. 64 LOVG),
- suspender la patria potestad o la custodia de los menores (art. 65 LOVG),
- suspender el régimen de visitas (art. 66 LOGV),
- suspender el derecho a la tenencia, porte y uso de armas (art. 67 LOVG).

Medidas para la protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, en caso de investigar alguno de los delitos mencionados en el artículo 57 CP el juez o tribunal (orden de protección de menores)

En los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 CP y resulte necesario para la protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada cabrá la adopción motivada de alguna de las siguientes medidas:

- suspender la patria potestad de alguno de los progenitores, pudiendo fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada;

- suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento;
- establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con capacidad judicialmente modificada;
- suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada (art. 544 *quinquies* LECrim).

Estas medidas podrán imponerse, modificarse o alzarse en situación de riesgo o posible desamparo del menor o persona con capacidad judicialmente modificada, bien por las entidades que tengan encomendada su protección, así como al MF, en los términos del artículo 544 *quinquies* 2 y 3 LECrim.

4.3. Medidas cautelares reales

Tradicionalmente, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla dos medidas de naturaleza estrictamente patrimonial: la fianza y el embargo (art. 589.I LECrim). A ellas deben añadirse las contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a partir de la remisión del art. 764.2 LECrim en el ámbito del procedimiento abreviado y del enjuiciamiento rápido.

La fianza puede ser personal, pignoratícia o hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio que, a juicio del juez o tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad que se trate (artículo 591 LECrim).

Se admite, además, el aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, por ejemplo (art. 529.3.II LEC).

4.3.1. La mal llamada fianza (en realidad caución)

Esta medida pretende asegurar la ejecución de cualquier pronunciamiento de contenido patrimonial que pueda contener la resolución que ponga fin al proceso, lo que incluye:

- 1) El contenido de la pretensión civil acumulada a la penal;
- 2) una eventual pena de multa; y
- 3) la condena en costas.

La prestación de fianza se exigirá mediante resolución motivada –auto–, en la que se fijará su importe. Para determinar la calidad y cantidad, se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste por darse a la fuga (art. 531 LECrim). No podrá ser inferior a la tercera parte del total que pretenda cubrir.

El auto calificando la suficiencia de la fianza es recurrible en apelación (art. 596 LECrim). Asimismo, los autos de fianza son reformables durante todo el curso de la causa (art. 539.1 LECrim). La falta de presentación o de ampliación de la fianza conduce *ex lege* a la adopción de la prisión provisional (art. 540 LECrim).

La fianza se destina a responder de la comparecencia del procesado cuando fuere llamado por el juez o tribunal que conozca la causa. Su importe servirá para satisfacer las costas causadas en el ramo separado formado para su constitución (art. 532 LECrim).

El artículo 764.2 LECrim especifica que la prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la LEC y podrá ser realizada por la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida.

Consultas recomendadas

Sobre fianza pignoratícia, ved: arts. 591 y 600 LECrim.
Sobre fianza hipotecaria, ved: arts. 593, 594 y 595 LECrim.

4.3.2. El embargo

Se configura en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como una medida subsidiaria de la fianza y consiste, al igual que en el ámbito civil, en la afección provisional y anticipada de bienes del investigado para el supuesto de que la fianza no fuera prestada. Aunque la LECrim se refiera al "embargo", sin adjetivos, su naturaleza jurídica es la de un embargo preventivo, que no permite el paso a la vía de apremio en tanto no exista sentencia de condena.

A este embargo le resultan de aplicación los artículos 589 y siguientes LECrim y, supletoriamente, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 614).

4.3.3. El aval solidario de duración indefinida y otras medidas previstas en el artículo 591 de la LECrim

El aval solidario de duración indefinida constituye una garantía que establece vínculos de solidaridad entre avalante y avalado con una duración sin plazo establecido, es decir, un sistema con un mínimo riesgo.

En cuanto a quienes otorgan estas garantías, puede tratarse de entidades de crédito (bancos, cajas, cooperativas de crédito, etc.) o, según señala el propio artículo 529.3.II LEC y el artículo 591 LECrim, de sociedades de garantía recíproca; se trata, en este último caso, de sociedades mercantiles especiales que tienen por objeto social "el otorgamiento de garantías personales, por aval o cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios –necesariamente empresarios– para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de las que sean titulares.

Cabe, asimismo, una medida adicional, consistente en la aprehensión y secuestro de bienes no pertenecientes al investigado. Esta medida, en algunos supuestos, carece de carácter cautelar; sí lo tiene, no obstante, cuando se prolonga una vez terminada la vista y dictada sentencia, en aseguramiento de la ejecución de la pena de comiso que pueda recaer sobre dichos objetos (art. 127 CP).

El decomiso cautelar, localización, conservación, administración y realización de determinados efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de determinados delitos

Fruto de la trasposición de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, se incorporó a la realización anticipada de los efectos del delito la posibilidad de un decomiso cautelar, esto es, que el juez o tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia Oficina de Recuperación y Gestión de activos, encomendaba la localización, la conservación y la administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. La organización y funcionamiento de dicha Oficina se regularán reglamentariamente (art. 367 sexies).

El artículo 127 octies CP prevé, a fin de garantizar la efectividad del decomiso que eventualmente se pueda imponer en la sentencia de condena que los bienes, medios, instrumentos y ganancias relacionados con el delito puedan ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

Podrá, además, autorizarse la utilización provisional de los bienes o efectos decomisados cautelarmente en los siguientes supuestos: que su propietario los abandone, que los gastos sean superiores a su valor, que su conservación resulte peligrosa para la salud, que se deprecien con el tiempo o cuando debidamente requerido, el propietario no haga manifestación alguna, y se añada que se trate de efectos especialmente idóneos para la prestación de un servicio público. El juez o tribunal, de oficio o a instancia del MF o de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos, podrá encomendar la localización, conservación y administración de los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal a la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (art. 367 septies LECrim).

5. Delimitación subjetiva de la acción penal: el auto de procesamiento y la imputación. Fin de la instrucción

Este bloque está dedicado a la delimitación subjetiva de la acción penal.

5.1. Delimitación subjetiva de la acción penal: imputación material e imputación formal

Imputar es atribuir a otro la comisión de un hecho presuntamente delictivo.

Tal atribución puede efectuarse, en un sentido amplio, de dos maneras:

1) formalmente;

2) materialmente.

En un sentido amplio, existen en el proceso penal muchos actos que, materialmente, significan imputación en la medida en que su ejecución presupone que se considera a una persona como sospechosa o responsable de una conducta: esto es lo que sucede con la detención policial o con la admisión a trámite de una querrela (nunca la mera interposición). Sin embargo, no existirá imputación formal hasta que el órgano judicial pase de esa atribución, más o menos fundada de un delito, a la clara incriminación de una persona, que procede del resultado de una serie de actividades instructoras y que es presupuesto de apertura del juicio oral.

Debe recordarse, por otra parte, que no todo investigado será acusado y, en tal sentido, que no todo investigado formará parte de la delimitación subjetiva de la acción penal. Sí sucederá lo contrario, es decir, que todo acusado debe haber sido investigado o acusado formalmente.

La configuración originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en esta materia, hacía hincapié en preservar al máximo el anonimato del sujeto pasivo hasta alcanzar la máxima constancia posible (dentro siempre del nivel indiciario) de la efectiva atribución subjetiva del presunto delito, momento en que se dictaba el auto de procesamiento. Se pensaba en no imputar a alguien hasta tanto no existiera fundamento suficiente para ello. Con todo, esta concepción presentaba la dificultad de propiciar una instrucción de la que el sujeto pasivo

no formaba parte ni, por ende, tenía noticia o posibilidad de actuación alguna. Especialmente ilustrativas de las críticas al respecto son las SSTC de 15 de febrero y de 19 de julio de 1989.

Las corrientes contrarias al auto de procesamiento, y a la forma de proceder a la imputación formal en el procedimiento ordinario por delitos graves, se impusieron en la reforma de 1988 por la que se introdujo el procedimiento abreviado, y se expandieron al máximo en la ley de 1995, que incorporó el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Con ambas normas, se quisieron erradicar los defectos señalados (instrucción *inaudita parte*) y se concibió la imputación como acto procesal que debe producirse en cuanto la propia actividad instructora lo haga posible, propiciando la constitución como parte del sujeto a quien se atribuye la comisión del delito instruido. La concreta fórmula utilizada para alcanzar este resultado fue la eliminación formal del auto de procesamiento en el procedimiento abreviado, lo que puso de manifiesto, sin embargo, evidentes carencias, pues el sujeto pasivo del proceso penal no sabía cuál era su *status* en el proceso.

Exigencia de imputación formal

Estas dudas e incertidumbres condujeron a varias resoluciones del TC, en las que se vino a exigir una imputación formal a cargo del órgano judicial, esto es, una resolución judicial que otorgase al sospechoso la condición de investigado a todos los efectos (STC 44/1985, 135 y 186/1990).

El último paso de esta evolución ha sido el ya citado artículo 24 de la LOTJ, que exige la existencia de un investigado para iniciar, no ya el juicio oral, sino la instrucción del proceso. Esta articulación presenta la dificultad, empero, de propiciar la tendencia a imputar con excesiva ligereza y/o a desarrollar actividades instructoras –que, precisamente, se adoptaron por el desconocimiento del sujeto pasivo– bajo fórmulas procesales no previstas (diligencias previas en el procedimiento ante el jurado, o indeterminadas en otros procesos).

La reforma del 2002 modificó el criterio imperante en el procedimiento abreviado, imponiendo la imputación formal a partir de la primera comparecencia ante el juez, tal como veremos.

5.1.1. El auto de procesamiento

Como ya se ha dicho, en el procedimiento ordinario por delitos graves la imputación formal se articula por medio del auto de procesamiento (art. 384 LECrim). Al exigirse el dictado de un auto, se pone de relieve cómo la resolución por la que se imputa formalmente a una persona el delito investigado ha de estar motivada (arts. 141 LECrim y 248 LOPJ); en consecuencia, en ella el instructor deberá pronunciarse suficientemente sobre los concretos hechos y la calificación jurídica por lo que se atribuye al investigado dicha condición (orden de 5 de septiembre de 1906).

Según la propia doctrina constitucional, para decretar el procesamiento de una persona, se precisan tres condiciones, que el artículo 384 LECrim con la fórmula "indicios racionales de criminalidad":

- 1) la presencia de unos hechos o datos básicos;
- 2) que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta;
- 3) que dicha conducta resulte calificada como criminal o delictiva.

Ahora bien, ha de quedar claro que el auto de procesamiento no tiene más finalidad que la de atribuir a un sujeto la condición formal de investigado, de sujeto frente al que se dirige la acusación y frente al que podrá abrirse el juicio oral; pero ni los indicios en que el procesamiento se funda suponen una afirmación de los hechos que pueda servir de base a una eventual sentencia, ni, por ende, el procesamiento supone acusación que pueda vincular fáctica ni jurídicamente.

El auto de procesamiento suele incorporar la adopción de medidas cautelares personales y reales, lo que se manifiesta en la apertura de piezas separadas: una de responsabilidad civil y otra de situación personal. La primera incluye las actuaciones tendentes a garantizar posibles consecuencias civiles del proceso; la segunda, aquellas que buscan asegurar la presencia del investigado.

Sólo en supuestos específicos, el auto de procesamiento produce efectos extraprocesales: así sucede en el caso de los funcionarios públicos, que pueden quedar suspendidos provisionalmente en su cargo, o si se trata de jueces y magistrados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (art. 383.1 LOPJ), o si se trata de los miembros del CGPJ (art. 119.1 LOPJ), y cualquier funcionario en los casos previstos en el artículo 384 bis LECrim.

La resolución en la que el juez de instrucción se pronuncia sobre el procesamiento es susceptible de recurso, aunque el régimen será variado en función de su contenido:

1) La resolución por la que se deniega el procesamiento podrá ser recurrida en reforma por la parte que hubiera solicitado dicho procesamiento (cabe imaginar que el MF o las acusaciones particulares), en los tres días siguientes a la notificación, sin que quepa ulterior recurso, y dejando únicamente la posibilidad de reproducir la petición ante el órgano sentenciador cuando se persone ante el tribunal, si hace uso de ese derecho y evacúa el traslado a que se refiere el artículo 627 LECrim. En tal caso, el tribunal, al dictar el auto que ordena el artículo 630 LECrim, resolverá fundadamente lo que proceda (art. 384.VI LECrim).

2) Si la resolución acuerda el procesamiento y fue adoptada por el juez instructor, se concede frente a ella el recurso de reforma por tres días y, contra la resolución desestimatoria del recurso de reforma, cabrá recurso de apelación en los cinco días siguientes. Este recurso puede interponerse conjunta y subsidiariamente con la reforma, quedando admitida la apelación al denegarse la

reforma. Si, por el contrario, se estima el recurso de reforma, los acusadores podrán reproducir la petición de procesamiento ante la Audiencia, en los términos vistos en el párrafo anterior (art. 384.V LECrim).

5.1.2. La imputación en el proceso abreviado

La necesidad de adquirir la condición de investigado, antes de que se formule la acusación en este procedimiento, fue apreciada por la STC 186/1990, primera del TC que interpretaba el entonces nuevo procedimiento abreviado, frente a la negativa incidencia sobre el derecho de defensa que había originado la supresión del auto de procesamiento.

En la primera comparecencia, el juez informará al investigado en la forma más comprensible de los hechos que se le imputan, lo que equivale, de hecho, a la celebración de una comparecencia *ad hoc* en la fase instructora para proceder a una imputación expresa.

No cabe cerrar la instrucción sin cumplimentar dicha exigencia. El artículo 779.1.4.^a LECrim recuerda que el auto mediante el que el juez decide que deben seguirse los trámites del procedimiento abreviado –y que contiene la determinación del hecho y la identificación de la persona a que se imputan– no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos del artículo 775 LECrim. O lo que es lo mismo, sin haberle informado previamente de la adquisición de la condición de investigado. Esta exigencia abarca también haberle informado de sus derechos, lo que efectuará el Letrado de la Administración de Justicia, en su caso, como también tendrá que haberlo hecho –si se apercibió de su condición– la Policía Judicial en la fase previa de diligencias policiales, claro está, si ha existido (art. 771.2.^a LECrim).

La exigencia de una comparecencia, para informar de la imputación, se extenderá también a los casos en que se esté declarando como testigo, de manera que si una persona ha comparecido habiendo sido citada como testigo –habida cuenta del diferente régimen a que se someten la declaraciones del testigo (obligado a decir verdad) y del investigado (en el que concurre el derecho a mentir)– y durante el interrogatorio el juez percibe que debe otorgársele el tratamiento de investigado, habrá que suspender dicha declaración para que comparezca asistido de letrado y declare como investigado.

5.1.3. La imputación en el enjuiciamiento rápido

El enjuiciamiento rápido se caracteriza por la concentración de actividades instructoras ante el juzgado de guardia, que propicia una rápida remisión al órgano enjuiciador y, con ello, una resolución acelerada. En esta línea, el artículo 797.1.3.^a LECrim prescribe, como primera diligencia, lo siguiente:

"Tomar declaración al detenido puesto a disposición judicial o a la persona que resultando imputada por los términos del atestado, haya comparecido a la citación judicial".

Y se añade: en los términos del artículo 775 LECrim, esto es, informándole de los hechos que se le imputan y permitiéndole antes o después la entrevista previa con su abogado.

Imputación expresa

Deberá procederse, por tanto, a una imputación expresa en tal momento, si bien, en aras a la celeridad, esta exigencia no se ve reforzada, como ocurre en el procedimiento abreviado, con la prohibición de cerrar la instrucción si dicha declaración no tuvo lugar. El artículo 800 LECrim no contempla mandato semejante al del artículo 779.1.4.^a LECrim.

5.1.4. La imputación en el juicio de delitos leves y en el juicio ante jurado

A falta de fase instructora, los artículos 962.2 y 964 LECrim prescriben que al denunciado se le informará, sucintamente, de los hechos en que consista la denuncia y del derecho a comparecer asistido de letrado. Asimismo, el artículo 967 LECrim señala que a la citación deberá acompañarse copia de la denuncia o de la querrela presentada.

Y en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, el artículo 24 LOTJ hace depender su propia incoación de los términos de la denuncia o la relación circunstanciada del hecho, o de que de cualquier actuación procesal resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito que resulte verosímil.

5.2. Fin de la instrucción

El juez concluirá la instrucción cuando entienda que ha cumplido su finalidad. Transcurrido el plazo máximo al que se hace referencia en el artículo 324 LECrim, el instructor dictará auto de conclusión del sumario, o en el procedimiento abreviado, la resolución que corresponda conforme al artículo 779 LECrim.

Si el instructor no hubiere dictado alguna de estas resoluciones, el MF instará al juez que acuerde la decisión oportuna. En tal caso, el juez de instrucción deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de quince días (art. 324.5 LECrim).

Cuando el MF no hubiere hecho uso de la facultad de instar el final de la instrucción, no podrán interesar las diligencias de investigación complementarias previstas en los artículos 627 y 780 LECrim.

5.2.1. En el procedimiento ordinario

Cuando el juez de instrucción estime practicadas todas las diligencias necesarias para comprobar el delito y averiguar la responsabilidad criminal, dictará resolución en forma de auto declarando concluido el sumario (art. 622.I LECrim).

Terminado el sumario, puede suceder que el juez entienda que el hecho es constitutivo de delito leve, en cuyo supuesto mandará remitir el proceso al juez competente, consultando el auto en que lo acuerde con la Audiencia Provincial competente (art. 624 LECrim). Si la Audiencia Provincial competente aprueba el auto de remisión, o si se hubiere desestimado el recurso de casación que se hubiera interpuesto frente a dicha aprobación, se emplazará a las partes para que, en cinco días, comparezcan ante el juez competente para la celebración del juicio por delito leve (art. 625.1 LECrim).

Cabe, asimismo, que el instructor considere que el proceso debe seguir los cauces del procedimiento abreviado. En tal supuesto, debe dictar auto acordando el cambio de procedimiento, al amparo del artículo 760 LECrim. Este cambio de procedimiento no implica el de instructor, debiendo notificarse inmediatamente al Ministerio Fiscal, al investigado y a las partes personadas.

El auto de conclusión del sumario lo dicta el juez de instrucción de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal, si se dan dos condiciones: a) que no haya acusador particular en la causa o, habiéndolo, no haya instado la práctica de nuevas diligencias; b) que el Ministerio Fiscal considere que el sumario ha reunido suficientes elementos para calificar los hechos y pasar a la fase de enjuiciamiento oral (art. 622.II LECrim).

Dictado auto de conclusión del sumario, el juez de instrucción remitirá los autos y piezas de convicción al tribunal competente para conocer del delito –la Audiencia Provincial, dada la gravedad de las conductas que se enjuician por los cauces del procedimiento ordinario–, notificará dicho auto a las partes y las emplazará para que comparezcan ante la respectiva Audiencia en el plazo de diez días, o de quince días, si el emplazamiento es ante el Supremo (arts. 622.I y 623 LECrim).

Conclusión del sumario

Puede que, en el momento en que el juez de instrucción dé por concluido el sumario, existan aún pendientes de resolución recursos de apelación interpuestos frente a resoluciones adoptadas durante la fase instructora. Tal situación no impide la terminación del sumario, pero cuando el Letrado de la Administración de Justicia remita los autos a la Audiencia deberá expresar cuáles son los recursos de apelación en un efecto que hayan pendientes y, una vez recibidos los autos y las piezas de convicción, se suspenderá el pase a la fase intermedia hasta la resolución de los mismos. Si éstos son desestimados, una

vez devenga firme la resolución desestimatoria, continuará la fase intermedia. Si, por el contrario, se da lugar a la apelación, se revocará el auto del juez declarando concluso el sumario y el Letrado de la Administración de Justicia le devolverá este, con testimonio del auto resolutorio de la apelación, para la práctica de las diligencias que sean consecuencia de tal resolución (art. 622.III y IV LECrim).

Contra el auto de conclusión del sumario, no cabe recurso alguno. Se dice, en este sentido, que dictado dicho auto el juez de instrucción ha perdido la competencia sobre la causa. Lo que sí puede hacer la parte que se muestre disconforme con la conclusión del sumario es solicitar a la Audiencia la revocación del auto, pero ya en el marco de la llamada fase intermedia.

5.2.2. En el procedimiento abreviado

Adviértase, de antemano, que en el proceso abreviado no hay una resolución expresa de cierre de la fase instructora. Y que, al ser competencia del mismo juez instructor, no se produce envío alguno de los autos al juez de lo Penal o a la Audiencia, hasta tanto se dicte auto de apertura del juicio oral.

El artículo 779 LECrim establece que, una vez practicadas las diligencias pertinentes, el juez adoptará, mediante auto, una de las siguientes resoluciones:

- 1) Decretar el sobreseimiento libre, si se estima que el hecho no es constitutivo de delito o, aún siéndolo, no está suficientemente justificado; o el sobreseimiento provisional y archivo, si no hubiere autor conocido.
- 2) La remisión de las actuaciones al órgano competente, en el supuesto de que estime que los hechos investigados son constitutivos de delito leve.
- 3) La inhibición a favor de los órganos de la Justicia Militar o de Menores, si considera que los hechos investigados se encuadran dentro del ámbito de competencia de unos u otros.
- 4) La conversión del procedimiento abreviado en procedimiento ante el Tribunal del Jurado, acomodando los trámites a los de la LOTJ (art. 760.II LECrim).
- 5) Ordenar que se sigan los trámites del procedimiento abreviado. El auto debe determinar los hechos punibles y la determinación de la persona a quien se le imputan. La resolución, además, no puede adoptarse sin haberse tomado declaración al investigado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 775 LECrim, es decir, sin que se haya producido la comparecencia y comunicación de la adquisición de la condición de investigado.

Este auto es conocido en la práctica como "auto de transformación" porque, se dice, por medio de ella las diligencias previas "se transforman" en procedimiento abreviado; aunque lo cierto es que las diligencias previas forman parte del procedimiento abreviado.

En todos los casos, deberá informarse del procedimiento acordado al fiscal, al investigado y a las partes personadas.

Régimen de los recursos

En cuanto al régimen de los recursos, se ha optado finalmente por conservar el sistema instaurado por la reforma de 1988, que consideró recurrible este auto y declaró, de manera expresa, la irrecurribilidad del auto que declara la apertura del juicio oral.

En la redacción definitiva de la ley, el artículo 766.1 LECrim señala que, contra el auto que declara la finalización de la fase instructora, cualquiera que sea su contenido, cabe recurso de reforma y apelación, sin que el primero deba preceder al segundo y sin que se suspenda el curso del procedimiento.

6. La fase intermedia. El sobreseimiento. Escritos de acusación y defensa; calificaciones de las partes; auto de apertura del juicio oral

A continuación, estudiaremos la fase intermedia.

6.1. Fase intermedia

Es habitual, en la doctrina, utilizar la expresión "período o fase intermedia" para referirse a la serie de actuaciones procesales que tienen lugar desde que concluye la fase de instrucción hasta la apertura del juicio oral.

Período o fase intermedia

Esta expresión –período o fase intermedia– también es asumida y habitualmente utilizada por nuestros tribunales (ved, entre otras muchas, STC 186/1990, de 15 de octubre y STS de 12 de noviembre de 1993); aunque, de hecho, no se menciona como tal en el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

6.1.1. Funciones de la fase intermedia

Desde un punto de vista procedimental, la fase intermedia es una fase bifronte que mira, de un lado, a la instrucción, para resolver sobre su correcta clausura, y de otro, a la fase de juicio oral, determinando si debe desarrollarse.

Si alguno de estos juicios obtiene un resultado negativo –lo efectuado no pone de manifiesto la existencia de un hecho delictivo o lo incorporado no justifica el ejercicio de la acción penal–, determina el sobreseimiento del proceso, con los contenidos que veremos después, o la remisión de las actuaciones para que se completen debidamente.

En primer lugar, por tanto, esta fase cumple una misión de integración y revisión del material instructor.

En segundo lugar, comprende la decisión sobre el ejercicio de la acusación, lo que equivale a resolver, por una parte, si hay elementos suficientes para entender fundada la acción penal con arreglo a lo esclarecido y aportado en la instrucción o no; y por otra, si con arreglo a aquél resulta fundado ejercitar la acción penal, debiendo abrirse el juicio oral, o por el contrario, sobreseer o remitir, a la hora de recabar los elementos necesarios para el citado ejercicio.

La diferente estructura articulada para esta fase, en el procedimiento ordinario y en el abreviado, aconseja una exposición diferenciada de ésta en ambos procesos.

6.1.2. La fase intermedia en el proceso ordinario y en el procedimiento abreviado: diferente sede e instituciones comunes

La reforma por Ley de 28 de diciembre de 1988 afectó sustancialmente la configuración de esta fase, de manera que, si bien las instituciones procesales (cierre de la instrucción, eventual transformación en otro procedimiento, sobreseimiento, auto de apertura del juicio y formulación del escrito de acusaciones) son comunes, se desarrollan ante órganos diferentes.

La diferencia estriba en que el proceso ordinario se construye atribuyendo la decisión de cierre de la instrucción al juez de instrucción, quien transforma el procedimiento, en su caso, o remite los autos al órgano enjuiciador, comunicándolo a las partes; de manera que es ante éste donde tiene lugar toda la revisión de lo actuado en la instrucción, el sobreseimiento, o la apertura de juicio oral y elaboración de los escritos de calificaciones provisionales. En tanto en el abreviado, amén de situar la fase intermedia ante el juez de instrucción, se hace depender la apertura de juicio oral de su expresa petición en el escrito de acusación, y no es hasta tanto el juicio oral ha sido abierto y se ha formulado escrito de defensa o ha transcurrido el plazo a tal efecto, que se remiten las actuaciones al órgano enjuiciador (juez de lo Penal o la Audiencia Provincial, según el delito sea superior a los cinco años).

6.1.3. Extensión y contenido de la fase intermedia

Procedimiento ordinario

La mayor parte de la doctrina procesal entiende que la fase intermedia del procedimiento ordinario comprende todas las actuaciones, desde el auto de conclusión del sumario hasta el auto de apertura del juicio oral o aquel en que se sobresee.

Dictado por el juez instructor auto de conclusión del sumario, y remitidos a la Audiencia Provincial los autos y las piezas de convicción, se notifica la terminación del sumario al procesado, al querellante particular, si lo hubiere, y al Ministerio Fiscal, emplazando a todos ellos ante la Audiencia (arts. 622 y 623 LECrim).

Personadas las partes ante el tribunal sentenciador, el Letrado de la Administración de Justicia pasará los autos para instrucción por término, que no bajará de tres días ni excederá de diez, al Ministerio Fiscal, si la causa versa sobre delito en el que deba tener intervención, después al procurador del querellante, si se hubiere personado, y por último a la defensa del procesado o encausados, que al devolver la causa podrán: bien instar la práctica de nuevas diligencias, bien hacer constar su conformidad con el auto de conclusión del sumario. En este último caso, manifestarán lo que estimen conveniente acerca de la procedencia de abrir el juicio oral o de acordar el sobreseimiento (Art. 627 LECrim).

Esta configuración no hace sino cumplir el mandato de la STC 66/1989, de 17 de abril, que prescribía la incorporación del investigado a esta fase a efectos de solicitar nuevas diligencias, el sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

Si el tribunal estima que el sumario no se concluyó correctamente, revocará el auto de conclusión y ordenará al instructor que practique las diligencias que considere oportunas (art. 631 LECrim).

Si, por el contrario, confirma el auto de conclusión, porque entienda que no es necesaria la práctica de nuevas diligencias o porque éstas hayan sido ya practicadas y el instructor haya dictado nuevo auto de conclusión del sumario, el tribunal decidirá, en el plazo de tres días, si procede abrir el juicio o decretar el sobreseimiento (art. 632 LECrim).

La fase intermedia es también momento adecuado para solicitar del tribunal sentenciador el procesamiento del investigado: lo que acontecerá si, previamente, el juez de instrucción dictó auto denegatorio del procesamiento y desestimó la reforma intentada frente a esta resolución (art. 384.VI LECrim).

Procedimiento abreviado

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1988 modificó, sustancialmente, la fase intermedia.

El periodo intermedio en el procedimiento abreviado abarca desde el llamado "auto de transformación" (art. 779.1.4.^a LECrim) hasta el auto de apertura del juicio oral (art. 783.1 LECrim), presentación del escrito de defensa y la remisión al órgano competente para el enjuiciamiento (art. 784.5 LECrim).

En el mismo auto en que el juez instructor acuerda la continuación del procedimiento abreviado, ordenará el traslado de las diligencias previas a las acusaciones personadas y al Ministerio Fiscal, con el fin de que pidan el sobreseimiento, formulen escrito de acusación y correlativa petición de apertura del juicio, o soliciten ("excepcionalmente", precisa la ley) la práctica de diligencias, aquí llamadas "indispensables", para recalcar aquel carácter.

Esta última petición resulta vinculante para el tribunal si proviene del fiscal y si dicha solicitud resulta justificada por "la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos" (art. 780.2.I LECrim). En cambio, la ley deja a discreción del juez instructor la decisión de acordar o no las diligencias complementarias solicitadas por las acusaciones personadas (art. 780.2.II LECrim).

Practicadas, en su caso, las diligencias indispensables, la petición de las partes puede ser de sobreseimiento o de apertura del juicio oral, formulando el correspondiente escrito de acusación.

6.2. El sobreseimiento

Este subapartado incide en el sobreseimiento.

6.2.1. Concepto

El sobreseimiento puede acometerse como alternativa al ejercicio de la acción penal, de manera que se acusa por existir los condicionantes al respecto o se solicita el sobreseimiento. En tal sentido:

"Desde el punto de vista de la tramitación procesal, es uno de los posibles contenidos del auto que resuelve seguir, archivar o completar la instrucción con la práctica de más diligencias (arts. 631 y 632 LECrim para el juicio oral; y 779 LECrim, para el abreviado)".

En un plano más general, el sobreseimiento es una forma de poner fin a un proceso. La terminación del proceso mediante auto de sobreseimiento entraña, a su vez, la absolucón del investigado o procesado. Esta absolucón será, empero, definitiva o provisional dependiendo de la clase de sobreseimiento que se adopte.

6.2.2. Clases y motivos de sobreseimiento

A continuación, se analizan las clases y motivos de sobreseimiento.

Sobreseimiento libre

El sobreseimiento libre posee idénticos efectos a la sentencia absolutoria sobre el fondo, es decir, reviste carácter definitivo y está dotada de la autoridad de cosa juzgada material.

De este modo, el investigado no queda expuesto a una posterior y eventual reapertura de la causa, ni sometido *sine die* a un estado de permanente sospecha.

Los motivos por los que puede acordarse el sobreseimiento libre o definitivo de la causa son los especificados en el artículo 637 LECrim:

- 1) Que no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa.
- 2) Que el hecho no sea constitutivo de delito.
- 3) Que aparezcan exentos de responsabilidad criminal los encausados como autores, cómplices o encubridores.

Merece la pena resaltar, por su carácter extravagante, que la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 38/2002, de 24 de octubre, incorporó una nueva causa de sobreseimiento libre, aunque estrictamente limitada al ámbito objetivo de aplicación del enjuiciamiento rápido. Se trata de aquel supuesto en el que, abierto el juicio oral, el MF viene obligado a presentar de inmediato su escrito de acusación, pudiendo formularla incluso oralmente (art. 800.2 LECrim). Si el MF no presentara su escrito de acusación –dispone el artículo 800.5 LECrim– en el momento o en el plazo de dos días si se ha constituido acusación particular (art. 800.4 LECrim), el juez requerirá inmediatamente al superior jerárquico del fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito; y si, en este último plazo, el superior tampoco presenta el escrito de acusación, se entenderá que no solicita la apertura del juicio oral y que considerar procedente el sobreseimiento libre.

Sobreseimiento provisional

A diferencia del sobreseimiento libre, el provisional no supone la terminación definitiva del proceso. Consiste, más bien, en una suspensión o paralización del proceso por faltar pruebas sobre la existencia del hecho delictivo o sobre su atribución a una determinada persona.

En dicha situación, aunque el desenlace absolutorio del juicio resulta completamente previsible, el hecho de que existan indicios racionales de haberse perpetrado el delito, y la probabilidad de que aparezcan nuevas pruebas suficientes para acreditar su comisión por una determinada persona, impiden anticipar la absolución definitiva. No obstante, si efectivamente aparecen dichas pruebas con anterioridad a producirse la prescripción del delito, la causa penal volverá a abrirse.

Los motivos en que cabe fundar esta clase de sobreseimiento se especifican en el artículo 641 LECrim:

- 1) Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.
- 2) 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.

A su vez, en las causas con varios investigados o encausados, el sobreseimiento puede ser total o parcial, según se acuerde respecto de todos o sólo respecto da parte de éstos.

6.2.3. Recursos y comunicación a las víctimas

Procedimiento ordinario por delitos graves

Contra el auto de sobreseimiento libre fundado en la falta de tipicidad penal de los hechos (n.º 2.º art. 637 LECrim) cabe interponer recurso de casación siempre que alguien se hallare procesado como culpable de los mismos (arts. 636 y 848.II LECrim).

Contra el resto de sobreseimientos, libres o provisionales, no cabe recurso alguno, por no ser resoluciones definitivas y no concederse en la ley expresamente un recurso contra ellas (art. 848.I en relación con el art. 636 LECrim).

Procedimiento abreviado

Contra los autos de sobreseimiento, libre o provisional, cabe interponer recurso de reforma y apelación sin que, para interponer el de apelación, sea necesaria la previa interposición del de reforma, y sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos (art. 766 LECrim).

Comunicación a las víctimas

El auto de sobreseimiento se comunicará a las víctimas del delito, en la dirección de correo electrónico, o en su defecto, por correo ordinario (art. 636.II LECrim). Podrán recurrirlo dentro del plazo de veinte días aunque no hubieran sido parte en la causa (art. 636.VI LECrim).

Transcurridos cinco días desde la comunicación, se entenderá que ha sido efectuada válidamente y desplegará todos sus efectos, iniciándose el cómputo del plazo de interposición del recurso, salvo que la víctima acredite justa causa de imposibilidad de acceso al contenido de la comunicación (art. 636.V LECrim).

La víctima podrá recurrir la resolución de sobreseimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea necesario haberse constituido como parte (art. 12.2 LEVD).

6.2.4. Efectos del sobreseimiento

1) Efectos comunes a toda clase de sobreseimiento

a) Se archiva la causa y las piezas de convicción que carezcan de dueño conocido. Si el dueño de aquéllas es conocido, se procederá a su devolución, a no ser que un tercero pida su retención o dichas piezas entrañen algún peligro grave para intereses sociales o individuales, en cuyo caso se les dará el destino reglamentariamente previsto o se inutilizarán (arts. 634 y 635 LECrim.).

Si el sobreseimiento es parcial, la causa no se archiva ni se devuelven las piezas de convicción, ya que el proceso continúa para los investigados respecto de los que no se ha acordado el sobreseimiento.

El RD 2783/1976, de 15 de octubre, y la Orden de 14 de julio de 1983, relativos a la conservación y destino de las piezas de convicción, desarrollan lo dispuesto en los preceptos citados *ut supra*.

b) Se deja sin efecto la prisión provisional y el resto de medidas cautelares que se hubiesen acordado. Este efecto es común a todo proceso, aunque sólo aparece expresamente previsto en la regulación del procedimiento abreviado (art. 782.1.II LECrim).

2) Efectos del sobreseimiento libre

En primer lugar, como ya se ha dicho, el sobreseimiento libre equivale a la absolución por sentencia, es decir, tiene autoridad de cosa juzgada material. De este modo, se excluye definitivamente un ulterior enjuiciamiento del investigado por los mismos hechos.

En el caso de que el sobreseimiento se funde en los números 1.º o 2.º del artículo 637 LECrim, el investigado absuelto puede pedir al tribunal que le reserve el derecho de perseguir al querellante como calumniador (art. 638.II LECrim). Repárese, no obstante, en que el artículo 456 del actual CP no configura esta reserva como condición de procedibilidad.

El propio tribunal puede ordenar, de oficio, que se proceda contra el querellante por este motivo (arts. 638.III LECrim y 456.2 CP), así como declarar que la formación de la causa no perjudica la reputación de los inculpados.

3) Efectos del sobreseimiento provisional

Como se dijo, produce una suspensión o paralización del proceso penal, que se reabrirá si aparecen elementos probatorios que permitan fundar la acusación. Aun así, todo lo dicho sobre la persecución del querellante como calumniador (art. 638 LECrim) es también aplicable al sobreseimiento provisional, ya que, según la STC 34/1983, de 6 de mayo, "el inculpado debe ser tenido como inocente a todos los efectos".

6.2.5. La vinculación del órgano jurisdiccional a las peticiones de apertura del juicio o sobreseimiento formuladas por las partes

Constituye uno más de los aspectos que, sin justificación explicable, se regulan con diferente contenido en el proceso ordinario y en el abreviado.

1) Procedimiento ordinario por delitos graves

Si todas las partes piden el sobreseimiento, el tribunal está obligado a acordarlo. Esta obligación responde a las exigencias propias del principio acusatorio, desde el momento en que este principio condiciona el propio proceso a la existencia de alguien, diferente del órgano judicial, sostenga la acusación. Lo único que el tribunal puede hacer, si considera que existen méritos suficientes para deducir acusación y no se ha personado querellante particular en la causa, es comunicar la petición de sobreseimiento formulada por el fiscal a los posibles interesados en el ejercicio de la acción, y, si nadie se presentase a sostener la acusación, al superior jerárquico de aquél (arts. 642 a 644 LECrim).

Si se ha dictado auto de procesamiento, y alguna de las partes personadas pide la apertura del juicio, el tribunal está obligado a acordarla, a no ser que considere que el hecho no es constitutivo de delito (art. 645, en relación con el 637.2º LECrim), en cuyo caso acordará el sobreseimiento libre. Si el investigado no ha sido procesado, no cabe de ningún modo abrir el juicio oral.

2) Procedimiento abreviado

Si todas las partes instan el sobreseimiento por cualquiera de los motivos indicados en los artículos 637 o 641 LECrim, el juez deberá decretarlo. No obstante, si el juez considera que concurre alguno de los supuestos previstos en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 CP, devolverá las actuaciones a las partes, a fin de que éstas califiquen los hechos continuando el juicio hasta sentencia a los efectos de imponer las correspondientes medidas de seguridad y enjuiciar la acción civil (art. 782.1 LECrim).

Si el fiscal insta el sobreseimiento y no hay personado acusador particular en la causa, el juez, antes de acordarlo, puede acordar que se haga saber la pretensión del fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos para que, en el plazo máximo de quince días, comparezcan a defender la acción (art. 782.2. a) LECrim) o remitir la causa al superior jerárquico del fiscal para que resuelva si procede o no sostener acusación (art. 782.2. b) LECrim). La reforma del 2002 vuelve a introducir, si bien con carácter potestativo, el ofrecimiento de acciones a perjudicados y ofendidos, tal como existe para el procedimiento ordinario, pero se había excluido en la reforma de 1988.

Nótese que, si se solicita el sobreseimiento, el juez sólo puede desvincularse cuando se trate de los casos 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 CP, que precisan del juicio oral para la imposición de las medidas. Y sin embargo, ante la solicitud de apertura del juicio oral, la vinculación se exceptúa cuando el hecho no es constitutivo de delito o no hay indicios racionales de criminalidad contra el acusado.

Por otro lado, si alguna de las partes formula acusación, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario, el juez no queda vinculado por dicha pretensión y goza de plena libertad para decretar el sobreseimiento con fundamento en cualquiera de las causas especificadas en los artículos 637 y 641 LECrim.

El tenor literal del artículo 783.1 LECrim podría sugerir que, habiendo acusación, el juez de instrucción sólo puede acordar el sobreseimiento cuando concurren las causas especificadas en los números 1.º y 2.º del artículo 637 LECrim. Así se interpretó, por ejem-

plo, por la Circular 1/1989 de la FGE. Se trata, sin embargo, de una lectura del precepto inaceptable. Veamos por qué en los siguientes apartados.

6.3. Trámites que preceden a la celebración del juicio oral

Cerrada la fase instructora, trasladados los autos a las partes y resuelto, en su caso, la petición de sobreseimiento, corresponde a los acusadores formular el escrito de acusación y solicitar la apertura del juicio oral. Esta solicitud, imprescindible para poder proceder a la apertura, se contempla en el proceso ordinario como alternativa a la solicitud del sobreseimiento (art. 630 LECrim); en tanto en el procedimiento abreviado, se contempla como exigencia expresa que debe figurar en el escrito de acusación, junto con la determinación de la persona contra quien se dirige la acusación (art. 781 LECrim).

6.4. Calificaciones provisionales; escritos de acusación y defensa

Este subapartado se ocupa de las calificaciones provisionales.

6.4.1. Escritos de acusación

Como sabemos, la vigencia del principio acusatorio exige que alguien distinto del juez o tribunal ejercite la acusación, esto es, que exista acusación para poder abrir el juicio oral, para poder continuarlo y para poder dictar sentencia (*nemo iudex sine actore*).

Abierto el juicio oral, o junto con el propio escrito de acusación –como ocurre en el proceso abreviado–, resulta fundamental que se sostenga dicha acusación, cuyo soporte formal en el proceso ordinario es el escrito de calificación provisional –y, posteriormente, el escrito de conclusiones definitivas– y, en el abreviado, el citado escrito acusatorio.

La acusación en cualquiera de sus formulaciones y, en concreto, en el proceso ordinario por delitos graves (art. 650 LECrim), comprende un conjunto de actos procesales de naturaleza variada y relativos a diferentes extremos, a los cuales nos referiremos seguidamente.

Calificaciones provisionales y acción penal

Abierto el juicio oral, las partes acusadoras deben calificar por escrito los hechos sobre los que ha de versar el juicio. A tal fin, el Letrado de la Administración de Justicia comunicará la causa al fiscal y a las restantes partes acusadoras para que, en el término de cinco días, presenten sus escritos de calificaciones provisionales. Por lo que hace estrictamente al objeto penal, los escritos de calificación de las partes acusadoras deberán contener los extremos que se relacionan en el artículo 650 LECrim. Esto es:

- 1) La descripción de los hechos punibles que resulten del sumario.
- 2) La calificación legal de aquellos hechos, determinando el delito que constituyan.
- 3) La participación que en ellos hubiere tenido el procesado o encausados, si fueren varios.
- 4) Los hechos que también resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de la responsabilidad criminal.
- 5) Las penas en que hayan incurrido el procesado o encausados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito.

Este régimen es el aplicable, también, al escrito de acusación que ha de presentarse en el procedimiento abreviado (art. 781 LECrim que remite al 650 LECrim). Ahora bien, ha de recordarse que, en el procedimiento abreviado, el escrito de acusación se presenta antes de la apertura del juicio oral, y en él se solicitará precisamente la apertura del juicio oral.

Merece destacarse, asimismo, la posibilidad de solicitar y practicar, en su caso, prueba anticipada, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 781.1.III LECrim.

Calificaciones provisionales y acción civil

Si, en el escrito de calificación provisional, se ejercita además la acción civil de forma acumulada a la acción penal, también habrá de hacerse mención a los siguientes extremos:

- 1) La cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida.
- 2) Las personas o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad.

Calificación alternativa

El artículo 653 LECrim faculta a las partes para presentar, sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de calificación, dos o más conclusiones de forma alternativa. Aunque es usual utilizar este adjetivo –"alternativa"– para designar tal forma de proceder, se trata más bien de una calificación eventual, ya que en virtud de ella se procura que, si no resulta del juicio la procedencia de la primera calificación, pueda estimarse cualquiera de las subsiguientes en la sentencia.

Esta posibilidad ofrece particular importancia al efecto de que el tribunal pueda condenar conforme a una calificación de los hechos que, sin ser la que figuraba en la calificación provisional de la acusación (por ejemplo, estafa) es, sin embargo, la procedente respecto de los hechos efectivamente probados (por ejemplo, apropiación indebida). De haberse propuesto ambas calificaciones, no existiría problema alguno en condenar por una u otra. En cambio, si no se hubiera utilizado tal posibilidad, el derecho de defensa impediría condenar por apropiación indebida.

Proposición de pruebas

En los escritos calificadorios se harán constar, además, las pruebas de que inerte valerse cada parte, presentando la lista de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia (art. 656.I LECrim).

En las listas de peritos y testigos se expresarán sus nombres y apellidos, el apodo, si por él fueren conocidos, y su domicilio o residencia. Además, la parte que los presente habrá de manifestar si los peritos y testigos han de ser citados judicialmente o si se encarga ella misma de hacerles concurrir (art. 656.2 LECrim).

Cabrá solicitar, por otra parte, la práctica de la prueba anticipada (art. 657.III LECrim) o el conocimiento de aquellos testigos o peritos cuya identidad haya sido preservada al amparo de la LO 19/1994, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Régimen legal de la presentación del escrito de acusación en el procedimiento abreviado y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido

El régimen legal de la presentación del escrito de acusación es diferente en el proceso abreviado y en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido. Como lo es también, matizadamente, para el órgano oficial de la acusación y para las restantes partes acusadoras.

En el proceso abreviado, el artículo 780.1 LECrim señala que, una vez el juez ha resuelto que deben seguirse los trámites del abreviado, en la misma resolución ordenará el traslado a las acusaciones para que, en el plazo común de diez días, formulen acusación, soliciten el sobreseimiento o insten la práctica de las diligencias indispensables.

El escrito de acusación tiene idéntico contenido al que debe formularse en el procedimiento ordinario, con el único añadido de que incluirá la solicitud de apertura del juicio oral (art. 781.1 LECrim).

6.4.2. Escritos de defensa

En clara aplicación del principio de contradicción y de igualdad de armas, corresponde a la defensa manifestar lo que a su derecho convenga, luego de conocer el contenido del escrito de calificación provisional de las partes acusadoras (arts. 652, 784.1.I y II LECrim).

1) Calificación provisional de la defensa; régimen legal del ejercicio de la defensa en el procedimiento abreviado

El contenido es semejante al de acusación, esto es, se aplicarán los preceptos y contenido señalados para los escritos de acusación (arts. 652 y 784.1 LECrim).

A diferencia del régimen legal otorgado a la acusación en el mismo procedimiento abreviado, la falta de presentación del escrito de defensa no determina la suspensión del procedimiento, sino que se asimila a la existencia de oposición, de manera que el proceso continúa, aunque el acusado sólo podrá proponer la prueba que aporte en el juicio oral (art. 784.1.II LECrim). Si el acusado entiende que se le ha originado indefensión, podrá denunciarlo nada más abrir el juicio oral (art. 786.2 LECrim).

2) Calificación del responsable civil

Su contenido es semejante al del actor civil, con la única peculiaridad de la posibilidad de allanarse, al tratarse de una pretensión de carácter civil.

6.5. Auto de apertura del juicio oral

El auto que abre el juicio oral desempeña el trascendental cometido de delimitar el hecho punible que será objeto del juicio y de la sentencia. Y, en el procedimiento abreviado, desempeña también la función de determinar el órgano competente para el enjuiciamiento y fallo.

Consulta recomendada

Sobre el auto de apertura del juicio oral, *cfr.* 783.2.II LECrim.

Ocurre que dicha resolución tiene una configuración legal distinta en cada uno de los procesos ordinarios.

En el proceso ordinario, los artículos 632 y 633 LECrim señalan que la resolución declarando bien concluido el sumario se pronunciará sobre el sobreseimiento o la solicitud de juicio oral, y en este segundo caso, cuando acuerde su apertura dispondrá el traslado de las actuaciones.

En el procedimiento abreviado, el artículo 783.2 LECrim dispone que el juez resolverá sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares instadas por las acusaciones, y solicitará fianza a los responsables civiles.

Contra el auto de apertura no se da recurso alguno, excepto en lo que se refiere a la situación personal del acusado, pudiendo éste reproducir sus peticiones ante el órgano enjuiciador (art. 783.3 LECrim).

A la apertura del juicio oral en el proceso ordinario, le siguen las siguientes actuaciones:

- a) Resolución de los artículos de previo pronunciamiento que pudieran plantearse (art. 666 LECrim).
- b) Redacción de las calificaciones provisionales de la acusación y de la defensa (arts. 649 a 653 LECrim).
- c) Actos relativos a la prueba y citaciones.
- d) Celebración de la vista.
- e) Sentencia.

En el proceso abreviado, acordado que se debe seguir el procedimiento, se da traslado a las partes acusadoras para que formulen sus escritos solicitando la apertura del juicio oral, para después dar traslado a la defensa para que presente el escrito correspondiente. Será después de ambos escritos, ya ante el órgano enjuiciador, cuando se resolverán, en su caso, las cuestiones previas.

Resumen

El proceso penal se inicia a partir de la constatación de unos hechos que pueden revestir el carácter de delito.

A partir de ahí, se inicia una fase en la cual los órganos oficiales tienen el deber de practicar una serie de actuaciones que tienden, por una parte, a averiguar los hechos y su presunto autor, y por otra parte, a asegurar tanto a este último como el resultado de dicha investigación. Dicha fase siempre ha tenido un límite temporal, incumplido u olvidado que ahora se refuerza sin acarrear, empero, posibilidades reales de impunidad.

La última reforma de la LECrim procura evitar el efecto estigmatizador de la mal entendida denominación de «imputado» sustituyéndola por la de investigado mientras dura esta fase, para luego asumir la denominación de encausado.

De la dirección de esta fase se encarga un órgano judicial con la presencia cualificada del MF, o el propio MF hasta que el órgano judicial tiene conocimiento de las diligencias. La dirección jurisdiccional se torna imprescindible además cuando las diligencias que deben tomarse afectan a la esfera de los derechos fundamentales, así como garantizar determinadas finalidades a las que corresponde el creciente número de medidas cautelares. El derecho de defensa, por su parte, se ha visto claramente reforzado en las últimas reformas que finalmente han incorporado el derecho a la entrevista con el defensor antes de su interrogatorio policial, así como un corolario de derechos (traducción, llamada a familiar, etc.) incorporados en la nueva redacción de los artículos 118 y 520 LECrim por trasposición directa de diversas directivas europeas.

Las decisiones adoptadas en la investigación pueden tener carácter de diligencias de investigación o de medidas cautelares. Unas y otras presentan fines distintos y regulaciones legales propias. El vacío legal de las medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones y otras que inciden sobre el derecho a la intimidad y a la propia imagen se ha visto cumplido por la regulación de la investigación tecnológica en la Ley 13/2015, que además incorpora un cuerpo general de presupuestos generales para la adopción de cualquier medida de derecho fundamental.

La fase de investigación da paso a la denominada fase intermedia, fase bifronte que por una parte mira y verifica la corrección y suficiencia de la fase anterior, y por otra, observa la necesidad y plausibilidad de abrir la fase de juicio.

En esta fase, además, se delimita el objeto del proceso mediante la formulación de los escritos de acusación y de defensa, lo que conlleva la apertura del juicio.

La regulación legal de la fase intermedia es distinta en función del proceso que se trate, ordinario o abreviado. Son distintos los órganos ante los que se desarrolla y hasta los recursos contra sus respectivas resoluciones.

Actividades

1. El denunciante ¿se convierte en parte?, ¿y el querellante?
2. La investigación ¿durará lo que sea necesario hasta cumplir sus fines?
3. La comparecencia de los testigos ¿es obligatoria?, ¿existen sanciones?
4. Casos en los que procede una entrada y registro sin autorización judicial.
5. Señalad cuatro medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones.
6. ¿Cuáles son los presupuestos generales de toda medida limitativa de derecho fundamental con arreglo a la reforma de 2015?
7. Especialidades de la prueba de ADN.
8. Fines de la prisión provisional.
9. ¿Qué medidas diferentes a la libertad provisional se contemplan como alternativa a la prisión provisional?
10. Imputación en el juicio ordinario, en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido.
11. Causas de sobreseimiento provisional y efectos.
12. El auto de apertura del juicio oral. Diferencias en el procedimiento ordinario y abreviado.
13. ¿Es inconstitucional fijar plazos para la instrucción?

Ejercicios de autoevaluación

1. A la persona que es objeto de una investigación se la denomina...
 - a) imputado.
 - b) investigado.
 - c) encausado.
 - d) denunciado.
2. La identificación del investigable o encausable...
 - a) se requiere siempre en comisaría y vale como prueba.
 - b) se requiere siempre con presencia judicial.
 - c) exige repetirse con presencia judicial.
3. ¿Existe el agente encubierto informático?
 - a) Sí.
 - b) No, es solo un agente encubierto más.
4. Existen medidas limitativas de derechos fundamentales que no requieren autorización judicial previa.
 - a) No.
 - b) Sí, en circunstancias excepcionales.
5. La detención...
 - a) puede ser comunicada o incomunicada.
 - b) solo comunicada.
6. La prisión provisional puede ser prorrogada si...

- a) concurren circunstancias fundadas.
- b) concurren circunstancias fundadas y se celebra una audiencia específica.
- c) concurren circunstancias fundadas, se celebra una audiencia específica y la celebra el órgano competente.
- d) concurren circunstancias fundadas, se celebra una audiencia específica, la celebra el órgano competente y la solicita una parte acusadora.

7. El decomiso cautelar...

- a) es una medida cautelar personal.
- b) es una medida cautelar real.
- c) es una medida cautelar real que supone la localización, conservación y administración de los efectos, bienes e instrumentos del delito.

8. Si el MF instó el final de la instrucción, ¿podrá instar las diligencias de investigación complementarias?

- a) Sí.
- b) Solo las previstas en los artículos 627 y 780 LECrim.
- c) No.

9. La formulación de una imputación injusta...

- a) abre la posibilidad del recurso de casación.
- b) debe tramitarse mediante los recursos ordinarios.
- c) no tiene tratamiento.

Solucionario

Actividades

1. La denuncia, como declaración de conocimiento, no constituye al denunciante en parte (arts. 266, 267 y 268 LECrim).

El querellante, como manifestación de voluntad, sí convierte al querellante en parte, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 277 LECrim.

2. Siempre ha existido un plazo para el desarrollo de la instrucción (art. 324). La reforma de 2015 impone un plazo de seis meses prorrogables en causas complejas hasta los dieciocho meses y con posibilidades de que se vea interrumpido en caso de acordarse el secreto de las comunicaciones o el sobreseimiento provisional de la causa, reanudándose después. Existe, además, otra prórroga extraordinaria en los términos del artículo 324.4 LECrim.

3. La comparecencia de los testigos ante el juez instructor y en el juicio oral es obligatoria. El incumplimiento de los deberes de comparecer y declarar puede sancionarse con multa de 200 a 5.000 euros y amenaza de ser conducido por la fuerza pública y ser acusado del delito de obstrucción a la justicia del artículo 463 CP.

4. Cuando el titular consienta previa solicitud formal a persona autorizada (art. 566 LECrim). Cuando exista mandamiento de prisión y se trate de su captura. Cuando alguien sea sorprendido en flagrante delito. Cuando se trate de una «persecución en caliente» o cuando se persiga a terroristas o rebeldes.

5. 588 ter; 588 quáter; 588 quinquies.

6. a) Previsión legal de la medida con suficiente precisión: arts. 545 a 588 septies c) LECrim; b) resolución judicial motivada y valoración judicial de la concurrencia de los principios exigidos y los intereses en conflicto: art. 588 bis a) 1 y 2 LECrim; c) contenido formal de la petición y de la resolución: art. 588 bis b) LECrim; d) sujeción a los principios de idoneidad, excepcionalidad y necesidad; e) duración determinada y previsión legal y concreta de la prórroga, en su caso: art. 588 bis e) y f) LECrim; f) secreto y afectación a terceras personas: art. 588 bis d) y bis h) LECrim; g) ejecución y control judicial de la medida: cese y destrucción de los registros: art. 588 bis g) LECrim y art. 588 bis k) LECrim; h) utilización de la información obtenida en un procedimiento: art. 588 ter j) LECrim; i) borrado y eliminación de las grabaciones originales una vez finalizado el procedimiento: art. 588 bis k) LECrim.

7. Necesidad de autorización judicial para extraer muestras para análisis de ADN (véase el Acuerdo de la Sala 2.^a del TS de 13 de julio de 2005). Además, se requiere que la toma del ADN de los investigados se haga en presencia de su abogado, so pena de no poder utilizar el resultado como fuente probatoria. El Acuerdo de Lanzarote prevé la creación de una base de datos de perfiles de condenados en la base de datos de ADN.

8. Dos fines ordinarios:

1) Asegurar la presencia del encausado cuando pueda inferirse riesgo de fuga.

2) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba. Al que se añade otro excepcional: evitar la reiteración delictiva.

9. Inhabilitación para ejercer cargo o profesión; suspensión; privación del permiso de conducir, del de circulación o del de armas; entrega del pasaporte; orden de alejamiento; obligación de comunicar cualquier cambio de domicilio para recibir citaciones; prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas; obligación de permanecer en un lugar determinado durante un periodo de tiempo señalado; obligación de presentarse ante una autoridad en determinados lugares y fechas; prohibición de aproximarse a determinadas personas; obligación de prestar una fianza u otra garantía, u obligación de someterse a tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones.

10. En el juicio ordinario, auto de procesamiento (art. 384 LECrim). En el procedimiento abreviado (arts. 775 y 779.1.4.^o LECrim) y en el enjuiciamiento rápido (791.3.^a en relación con el 775; ver también el artículo 800, donde no figura el mandato del artículo 779.1.4.^a LECrim).

11. Causas: artículo 641 LECrim. Efectos: archivo de la causa y de las piezas de convicción; dejar sin efecto la prisión provisional y el resto de medidas. Comunicación a las víctimas. Posible reapertura si aparecen elementos probatorios nuevos. Ver STC 34/1983.

12. Proceso ordinario, léanse los artículos 632 y 633 LECrim. En cuanto a la publicidad, artículo 649.II LECrim y STC 176/1988. En el procedimiento abreviado, léanse los artículos 783.2 y 783.3.

13. No, véase Auto del Tribunal Constitucional, número de registro 363-2017.

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. c

3. a

4. b

5. b

6. d

7. c

8. c

9. a

Abreviaturas

- AN** Audiencia Nacional.
- AP** Audiencia Provincial.
- ATC** Auto del Tribunal Constitucional.
- CE** Constitución española.
- CEDH** Convenio Europeo para los Derechos Humanos.
- CP** Código penal.
- CPM** Código penal militar.
- EOMF** Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
- IF** *in fine*, al final
- LAJ** Letrado de la Administración de Justicia.
- LEC** Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LECrim** Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LO** Ley Orgánica.
- LOPJ** Ley Orgánica del Poder Judicial.
- LORRPM/LORPM** Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.
- LOTJ** Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.
- LSC/LOPSC** Ley Orgánica de Protección la Seguridad Ciudadana.
- LVG** Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- MF** Ministerio Fiscal.
- OEDE** Orden Europea de Detención y Entrega.
- OEI** Orden europea de investigación.
- PIDCP** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York).
- STC** Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STEDH** Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- STS** Sentencia del Tribunal Supremo.
- TC** Tribunal Constitucional.
- TEDH** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TS** Tribunal Supremo.

Glosario

agente encubierto *m y f* Aquel agente de la Policía Judicial que se infiltra en una organización delictiva con amparo legal y autorización judicial.

artículos de previo pronunciamiento *m pl* Causas previstas en el artículo 666 de la LECrim mediante las cuales, una vez abierto el juicio oral, se ponen de manifiesto en el Tribunal cuestiones u obstáculos procesales que impiden de alguna manera la continuación o el desarrollo normal del proceso.

denuncia *f* Declaración de ciencia, de conocimiento o de voluntad mediante la cual se ponen en conocimiento de la autoridad competente unos hechos que pueden ser constitutivos de una infracción penal.

diligencia complementaria *f* Diligencia que se practica durante la fase intermedia para integrar o completar la instrucción.

fumus boni iuris *m* Presupuesto de las medidas cautelares que consiste en un juicio de probabilidad sobre la existencia de los hechos y su naturaleza delictiva y sobre la responsabilidad civil y penal del sujeto sobre el que tenga que recaer la medida.

indagatoria *f* En sentido amplio es la declaración del investigado al inicio de las investigaciones. En sentido estricto, es aquella declaración que se toma una vez realizada la imputación formal.

inspección corporal *f* Diligencia de investigación que tiene como objeto el cuerpo humano, pero que no representa una intervención en este. No compromete el derecho fundamental a la integridad física, pero limita el derecho a la intimidad corporal: electrocardiogramas, exámenes ginecológicos.

intervención corporal *f* Aquella diligencia de investigación consistente en extraer del cuerpo humano determinados elementos, internos o externos, o en someterlo a radiaciones.

orden de protección integral *m* Acción integral y coordinada que aúna el conjunto de medidas cautelares necesarias sobre el agresor en casos de violencia de género orientadas a impedir nuevos actos violentos.

periculum in mora *m* Presupuesto de las medidas cautelares que consiste en la evaluación del riesgo de fuga o de incumplimiento de la responsabilidad civil. Se valora según la gravedad de la pena que eventualmente se pueda imponer o según los criterios específicos de cada medida cautelar.

perito *m y f* Persona que aporta al proceso sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos. Se diferencia del testigo en que éste emite una declaración de conocimiento, mientras que el perito aporta una declaración de ciencia.

querrela *f* Acto procesal mediante el cual se ponen en conocimiento de la autoridad judicial unos hechos que pueden ser constitutivos de una infracción penal y, además, se ejerce la acción penal.

registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información *m* Medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que requiere una autorización judicial expresa y pormenorizada, o su ratificación posterior en casos de urgencia en las veinticuatro horas siguientes

registros remotos sobre equipos informáticos *m pl* Medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones, susceptible de adoptarse frente a la comisión de determinados delitos y que requiere: a) autorización judicial expresa y deber de colaboración y de guardar secreto, bajo responsabilidad, de los titulares o responsables del sistema informático.

sobreseimiento *m* Resolución por la cual o bien se pone fin al proceso (y en ese caso se habla de sobreseimiento libre), o bien se paraliza temporalmente el proceso (en cuyo caso se habla de sobreseimiento provisional). El sobreseimiento también puede ser total si se acuerda respecto a todos los investigados, o parcial si sólo se acuerda respecto a alguno.

sumario *m* Nombre que recibe la fase de instrucción en el procedimiento ordinario por delitos graves.

testigo *m y f* Persona física que en el proceso tiene la condición de tercero y que declara en el proceso penal sobre hechos y circunstancias pasadas.

Bibliografía

- Armenta Deu, T.** (2011) *La prueba ilícita (un estudio comparado)* (2.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Armenta Deu, T.** (2014). «La víctima como excusa: diversas posiciones en torno a su figura y tratamiento en los sistemas procesales». En: T. Armenta Deu. *Estudios de justicia penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Armenta Deu, T.** (2014). «Limitación de derechos fundamentales y prueba ilícita». En: T. Armenta Deu. *Estudios de justicia penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Armenta Deu, T.** (2018). *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Fuentes Soriano, O.** (2017). *El proceso penal. Cuestiones fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch ("Homenajes y Congresos").
- Garcimartín Montero, R.** (2018). *Los medios de investigación tecnológicos en el proceso penal*. Pamplona: Aranzadi.
- Gascón Inchausti, F.** (2007). *El Decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Colex.
- Gómez Colomer, J. L.** (coord.) (2014). *La prueba de ADN en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Líbano Beristain, A.** (2016). "Obtención (coactiva) de perfiles genéticos de condenados con fines de inclusión en la base de datos policial de ADN". *Revista General de Derecho Procesal* (número 38).
- Martin y Martin, J. A.** (2004). *La instrucción penal* (2.ª ed.). Barcelona: Marcial Pons.
- Muerza Esparza, J.** (2015). *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y fortalecimiento de garantías en la justicia penal*. Madrid: Thomson Reuters, Aranzadi.
- Ormazábal Sánchez, G.** (1997). *El periodo intermedio en el proceso penal*. Madrid: McGraw-Hill.
- Oromí Vall-Ilovera, S.** (2003). *La acción popular*. Madrid: Marcial Pons.
- Pujadas Tortosa, V.** (2008). *Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Madrid: Marcial Pons.

