

---

# Fase intermedia y juicio oral

---

PID\_00266861

Teresa Armenta Deu

Con la colaboración de  
Silvia Pereira Puigvert \*

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas

---



**Teresa Armenta Deu**

Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Girona.

**Silvia Pereira Puigvert \***

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

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

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

Quinta edición: septiembre 2019  
© Teresa Armenta Deu, Silvia 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

<b>Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>Objetivos.....</b>	<b>8</b>
<b>1. Fase intermedia.....</b>	<b>9</b>
1.1. Delimitación subjetiva de la acción penal: imputación material e imputación formal .....	9
1.1.1. La imputación en el proceso ordinario. El auto de procesamiento .....	9
1.1.2. La imputación en el proceso abreviado .....	10
1.1.3. La imputación en el enjuiciamiento rápido .....	10
1.1.4. La imputación en el juicio por delitos leves y en el juicio ante el Tribunal del Jurado .....	11
1.2. Fin de la instrucción .....	11
1.2.1. En el procedimiento abreviado .....	11
1.2.2. Fin de la instrucción en el plano temporal .....	12
1.3. Fase intermedia .....	12
1.3.1. Funciones de la fase intermedia .....	13
1.3.2. Extensión y contenido de la fase intermedia en el procedimiento abreviado .....	13
1.4. El sobreseimiento .....	14
1.4.1. Concepto .....	14
1.4.2. Clases y motivos de sobreseimiento .....	14
1.4.3. Efectos del sobreseimiento .....	15
1.4.4. Comunicación a las víctimas .....	16
<b>2. El juicio oral (I). Trámites que preceden a su celebración.....</b>	<b>17</b>
2.1. Calificaciones provisionales. Escritos de acusación y defensa ....	17
2.1.1. Escritos de acusación .....	17
2.1.2. Escritos de defensa .....	19
2.1.3. Calificación del responsable civil .....	20
2.2. Auto de apertura del juicio oral .....	20
2.3. Los artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas (tratamiento procesal de las cuestiones procesales) .....	21
2.3.1. Los artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario por delitos graves .....	21
2.3.2. Los artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas en el procedimiento abreviado .....	22
2.4. La conformidad del acusado .....	23
2.4.1. Introducción. Clarificación de diversos extremos .....	23

2.4.2.	La conformidad de los arts. 655 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (procedimiento ordinario) .....	23
2.4.3.	La conformidad en la Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002 .....	24
2.4.4.	Conformidad manifestada ante el juez instructor .....	24
2.4.5.	Conformidad manifestada en el juicio oral .....	24
2.4.6.	Necesidad del acuerdo concurrente de acusado y su letrado .....	25
2.4.7.	Facultades judiciales en el acuerdo de conformidad .....	25
2.4.8.	Resolución e impugnación del acuerdo de conformidad .....	26
2.4.9.	Otras conformidades y manifestaciones del principio de oportunidad. Breve referencia: la conformidad en la guardia y el reconocimiento de hechos .....	27
<b>3.</b>	<b>El juicio oral (II): la prueba</b> .....	<b>29</b>
3.1.	Concepto .....	29
3.2.	La prueba anticipada y preconstituida .....	29
3.3.	El atestado (las diligencias policiales) y las diligencias sumariales: su eficacia probatoria .....	30
3.3.1.	Diligencias a las que de manera excepcional se reconoce eficacia probatoria .....	30
3.3.2.	Diligencias a las que se niega en principio valor probatorio .....	31
3.3.3.	Incorporación de declaraciones de víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección .....	31
3.4.	Objeto de la prueba .....	32
3.5.	Procedimiento probatorio .....	33
3.5.1.	Proposición de la prueba .....	33
3.5.2.	Admisión de la prueba .....	33
3.5.3.	Práctica de la prueba .....	34
3.5.4.	Valoración de la prueba y presunción de inocencia .....	35
3.6.	Carga de la prueba .....	37
3.6.1.	Carga de la prueba: <i>in dubio pro reo</i> .....	37
3.7.	Los diferentes medios de prueba .....	38
3.7.1.	Declaración del acusado. Declaración de coinvestigados: valor probatorio .....	38
3.7.2.	Prueba de testigos .....	39
3.7.3.	Prueba pericial .....	40
3.7.4.	Prueba documental .....	41
3.7.5.	La inspección ocular .....	41
3.7.6.	Prueba por indicios .....	42
3.7.7.	Prueba tecnológica: breve referencia .....	42
	<b>Resumen</b> .....	<b>44</b>

---

<b>Actividades</b> .....	47
<b>Ejercicios de autoevaluación</b> .....	47
<b>Solucionario</b> .....	48
<b>Abreviaturas</b> .....	49
<b>Glosario</b> .....	50
<b>Bibliografía</b> .....	51



## Introducción

Cuando acaba la fase de investigación, se abre una fase llamada *fase intermedia* o *periodo intermedio*, que obedece a una doble finalidad: por un lado, determinar si es posible dar por finalizada la investigación y, por otro, si procede o no continuar el proceso y, por tanto, la apertura del juicio oral.

En esta fase se cuestiona, pues, la necesidad y la posibilidad de continuar el proceso. En la fase intermedia, las partes formulan sus pretensiones a la vista del material instructor y es posible la terminación o la suspensión temporal del proceso mediante la figura del sobreseimiento.

Si finalmente se entiende procedente la apertura del juicio oral, es posible que el acusado acepte la pena solicitada por las acusaciones y que, por tanto, se **conforme**. En caso contrario, se abre la fase decisoria del proceso, es decir, el juicio oral, donde con inmediación y publicidad se llevará a cabo la práctica de la prueba y donde las partes podrán modificar sus pretensiones si lo estiman conveniente.

La nueva regulación del procedimiento abreviado y, especialmente, la introducción de los juicios rápidos exigen particular atención, especialmente en este módulo y en siguiente. Por eso, en las cuestiones más relevantes se distingue expresamente según el procedimiento de que se trate. Con esta sistemática se conjuga una visión de conjunto con una visión particularizada, de manera que el alumno no se ve obligado a esperar a los apartados dedicados a los procesos especiales para tener conocimiento de la dinámica del proceso abreviado y de los juicios rápidos.

Es una cuestión fundamental la relativa a la prueba y, especialmente, a su valoración. En este material podremos ver las cuestiones principales que se plantean en este ámbito esencial del proceso penal. No obstante, quien desee adquirir un conocimiento más profundo de la materia debe consultar la jurisprudencia y la doctrina especializadas, singularmente también en materia de prueba tecnológica.

## Objetivos

Este módulo didáctico contiene las herramientas necesarias para alcanzar los objetivos siguientes:

1. Conocer el concepto de imputación y sus acepciones.
2. Repasar los derechos inherentes a la condición de investigado.
3. Saber cuáles son las finalidades de la fase intermedia.
4. Distinguir el alcance de la fase intermedia en los diferentes procesos.
5. Aprender la dinámica procesal de la fase intermedia.
6. Entender la importancia de los escritos de acusación y de defensa.
7. Familiarizarse con la dinámica de la fase del juicio oral.
8. Comprender la relevancia de la prueba y de su valoración, especialmente desde la perspectiva de los derechos fundamentales.
9. Comprender la relación, las semejanzas y las diferencias entre las reglas de valoración de la prueba y el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

## 1. Fase intermedia

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

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

La Ley de Enjuiciamiento Criminal partió inicialmente de un concepto formal de la imputación, eminentemente garantista, que precisaba de ciertos presupuestos y que conllevaba determinadas consecuencias, como la intervención de letrado y el derecho a solicitar la práctica de diligencias<sup>1</sup>. A esta concepción de la imputación responde el auto de procesamiento, contemplado en el art. 384 LECrim y específicamente aplicable al procedimiento ordinario por delitos graves.

<sup>(1)</sup>Art. 384.II LECrim.

Al configurar el procedimiento abreviado, se suprimió esta figura del procesamiento como cauce para formalizar la imputación judicial, en parte porque buen número de las consecuencias antiguamente anudadas al procesamiento –en especial, la garantía de la asistencia letrada– ya se hacían depender de una simple imputación material tras la reforma de los arts. 118 y 520 LECrim.

En el juicio de delitos leves (donde, no se olvide, no existe una fase de instrucción), la imputación formal no se contempla como requisito para la celebración de la vista, y la adquisición por un sujeto de la condición de investigado se deduce de los arts. 962.2, 964.3 y 967 LECrim. Por último, en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, la imputación aparece como requisito previo a la iniciación del procedimiento<sup>2</sup>.

<sup>(2)</sup>Art. 24 LOTJ.

#### 1.1.1. La imputación en el proceso ordinario. El auto de procesamiento

En el procedimiento ordinario por delitos graves la imputación formal se articula a través del auto de procesamiento<sup>3</sup>. 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<sup>4</sup> en consecuencia. En ella el instructor deberá pronunciarse suficientemente sobre los concretos hechos y la calificación jurídica por los que se atribuye al investigado dicha condición.

<sup>(3)</sup>Art. 384 LECrim.

<sup>(4)</sup>Arts. 141 LECrim y 248 LOPJ.

Según la propia doctrina constitucional, para decretar el procesamiento de una persona se precisan tres condiciones, que el art. 384 LECrim condensa en 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.

### 1.1.2. La imputación en el proceso abreviado

El art. 775 LECrim prescribe que: en la primera comparecencia, el juez informará al investigado en la forma más comprensible de los hechos que se le imputan. Dicho de otra manera, se impone 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 art. 779.1.4<sup>a</sup> 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 aquella en los términos del art. 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, tal como debería haberlo hecho en su caso (si se apercibió de su condición) la Policía Judicial en la fase previa de diligencias policiales<sup>5</sup> (claro está, si ha existido).

<sup>(5)</sup>Art. 771.2<sup>a</sup> LECrim.

### 1.1.3. La imputación en el enjuiciamiento rápido

El enjuiciamiento rápido se caracteriza por la concentración de actividades instructoras ante el juzgado de guardia que propician una rápida remisión al órgano enjuiciador y con ello una resolución acelerada.

En esta línea, el art. 797.1.3<sup>a</sup> LECrim prescribe, como primera diligencia, tomar declaración al detenido puesto a disposición judicial o a la persona que, resultando investigada por los términos del atestado, haya comparecido a la citación judicial. Y se añade: en los términos del art. 775 LECrim, esto es, informándole de los hechos que se le imputan y permitiéndole antes o después la entrevista previa con su abogado.

### **1.1.4. La imputación en el juicio por delitos leves y en el juicio ante el Tribunal del Jurado**

A falta de fase instructora, los arts. 962.2; 964 y 965 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 art. 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 art. 24 LOTJ hace depender su propia incoación de que de los términos de la denuncia o la relación circunstanciada del hecho o de cualquier actuación procesal resulte contra persona o personas determinadas la imputación de un delito que resulte verosímil.

## **1.2. Fin de la instrucción**

Desarrolladas las actividades de investigación precisas (para iniciar o desechar la fase de enjuiciamiento) y habiendo hecho acopio del material necesario, el juez que ha instruido debe declarar cerrada la fase instructora.

El contenido de la resolución abarca, en el proceso ordinario, dos situaciones posibles:

- a) Apreciar la incompetencia del órgano instructor porque lo investigado corresponde a un juicio por delito leve.<sup>6</sup>
- b) Declarar conclusa esta fase enviando las actuaciones al órgano enjuiciador, donde se desarrollará la fase intermedia y el juicio.

<sup>(6)</sup>Art. 624 LECrim.

En tanto en el proceso abreviado, no existe tal remisión, ya que la fase intermedia, y con ella el posible sobreseimiento, tiene lugar ante el propio órgano instructor.

### **1.2.1. En el procedimiento abreviado**

Adviértase de antemano que en el proceso abreviado no hay una resolución expresa de cierre de la fase instructora.

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

- 1.<sup>a</sup>) 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.<sup>a</sup>) La remisión de las actuaciones al órgano competente, en el supuesto de que estime que los hechos investigados son constitutivos de delito leve.

3.<sup>a</sup>) 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.<sup>a</sup>) La conversión del procedimiento abreviado en procedimiento ante el Tribunal del Jurado, acomodando los trámites a los de la LOTJ<sup>7</sup>.

<sup>(7)</sup>Art. 760.II LECrim.

5.<sup>a</sup>) 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 art. 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, a través del mismo las diligencias previas "se transforman" en procedimiento abreviado (aunque lo cierto es que las diligencias previas forman parte del procedimiento abreviado).

### 1.2.2. Fin de la instrucción en el plano temporal

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, 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<sup>8</sup>.

<sup>(8)</sup>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.

### 1.3. 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.

Esta expresión –período o fase intermedia– también es asumida y habitualmente utilizada por nuestros tribunales.

#### Lectura recomendada

Sobre la expresión *fase intermedia* ved, entre otras muchas, STC 186/1990, de 15 de octubre y STS de 12 de noviembre de 1993.

### 1.3.1. 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 por el 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.

La principal función que cumple la fase intermedia consiste en decidir si la acusación parece fundada o verosímil, de manera que pueda tenerse por probable la imposición de una pena. La concurrencia de los presupuestos materiales o de fundamentación material se identifica con la inexistencia de los motivos determinantes del sobreseimiento previstos en los arts. 637 y 641 LECrim.

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

### 1.3.2. Extensión y contenido de la fase intermedia en el procedimiento abreviado

La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1988 modificó sustancialmente la fase intermedia. En primer término, la situó ante el propio juez de instrucción, en lugar de ante el órgano decisor. En segundo término, configuró una etapa procesal en la que, so pretexto de reforzar el acusatorio, se ampliaban las funciones de los acusadores, o más claramente, del órgano oficial de la acusación y, paralelamente, se excluía la intervención del acusado hasta que no se le diera traslado del escrito formal de acusación.

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.

## 1.4. El sobreseimiento

### 1.4.1. Concepto

La terminación del proceso penal se asocia instintivamente con la sentencia, es decir, con el pronunciamiento judicial dictado tras el juicio oral que resuelve sobre la procedencia de imponer la pena solicitada por las acusaciones. Sin embargo, la sentencia no es la única forma de poner fin al proceso; éste puede concluir, antes incluso de la apertura de juicio oral, mediante auto de sobreseimiento de la causa.

La terminación del proceso mediante auto de sobreseimiento entraña, a su vez, la **absolución del investigado** o encausado. Esta absolución será, empero, definitiva o provisional dependiendo de la clase de sobreseimiento que se adopte.

### 1.4.2. Clases y motivos de sobreseimiento

#### **Sobreseimiento libre (art. 637 LECrim)**

El sobreseimiento libre posee idénticos efectos a la sentencia absolutoria sobre el fondo, es decir, reviste carácter definitivo y está dotado de la autoridad de cosa juzgada material. De este modo, el 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 art. 637 LECrim.

#### **Sobreseimiento provisional (art. 641 LECrim)**

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 art. 641 LECrim.

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

### 1.4.3. Efectos del sobreseimiento

#### Efectos comunes a toda clase de sobreseimiento

Los efectos comunes para toda clase de sobreseimiento son los siguientes:

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<sup>9</sup>. 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 a los que no se ha acordado el sobreseimiento.

<sup>(9)</sup>Arts. 634 y 635 LECrim.

#### RD 2783/1976

El RD 2783/1976 de 15 de octubre y 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<sup>10</sup>.

<sup>(10)</sup>Art. 782.1.II LECrim.

#### Efectos del sobreseimiento libre

Respecto a los efectos del sobreseimiento libre, podemos distinguir:

a) 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.

b) En el caso de que el sobreseimiento se funde en los números 1º ó 2º del art. 637 LECrim, el investigado absuelto puede pedir al Tribunal que le reserve el derecho de perseguir al querellante como calumniador<sup>11</sup>. Repárese, no obstante, en que el art. 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<sup>12</sup>, así como declarar que la formación de la causa no perjudica la reputación de los inculpa-

<sup>(11)</sup>Art. 638.II LECrim.

<sup>(12)</sup>Art. 638.III LECrim y 456.2 CP.

## 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. Aún así, todo lo dicho sobre la persecución del querellante como calumniador<sup>13</sup> es también aplicable al sobreseimiento provisional, ya que, según la STC 34/1983, de 6 de mayo, "el inculpaado debe ser tenido como inocente a todos los efectos".

<sup>(13)</sup>Art. 638.II LECrim.

### 1.4.4. 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<sup>14</sup>. Podrán recurrirlo dentro del plazo de veinte días aunque no hubieran sido parte en la causa<sup>15</sup>.

<sup>(14)</sup>Art. 636.II LECrim.

<sup>(15)</sup>Art. 636.VI LECrim. Art. 12 LEVD.

En los casos de muerte o desaparición ocasionada por un delito, el auto de sobreseimiento será comunicado también a las personas que figuran en el artículo 109 bis LECrim (cónyuge, hijos, etc.) de cuya dirección se tuviera conocimiento, pudiendo prescindir de alguno cuando haya sido infructuosa. En el caso de ciudadanos residentes fuera de la UE, a falta de dirección conocida se remitirá a la oficina diplomática o consular del país de residencia para que se publique<sup>16</sup>.

<sup>(16)</sup>Art. 636, III y IV LECrim. Art. 12,1, II LEVD.

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<sup>17</sup>.

<sup>(17)</sup>Art. 636.VI 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).

## 2. El juicio oral (I). Trámites que preceden a su celebración

Cerrada la fase instructora, trasladados los autos a las partes y resuelta, 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<sup>18</sup>, en tanto que en el procedimiento abreviado se contempla como exigencia expresa que debe figurar en el escrito de acusación, junto a la determinación de la persona contra quien se dirige la acusación<sup>19</sup>.

<sup>(18)</sup>Art. 630 LECrim.

<sup>(19)</sup>Art. 781 LECrim.

Dicho juicio oral se inicia, sin embargo, en el proceso ordinario con el envío de la causa a las partes para que formulen sus conclusiones provisionales, calificando los hechos<sup>20</sup> y resolviendo, en su caso, los denominados "artículos de previo pronunciamiento", semejantes parcialmente a las cuestiones previas.

<sup>(20)</sup>Art. 649 y ss. LECrim.

La inclusión de la conformidad en este lección obedece a razones metodológicas, ya que en esta fase, y sólo en lo relativo al procedimiento abreviado, la conformidad se anuncia, pero no se formaliza ni produce sus efectos hasta el juicio oral propiamente dicho, evitando así la necesidad de que la prueba se practique.

### 2.1. Calificaciones provisionales. Escritos de acusación y defensa

#### 2.1.1. 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 el proceso ordinario por delitos graves<sup>21</sup> comprende un conjunto de actos procesales de naturaleza diversa y relativos a diferentes extremos, a los que nos referiremos seguidamente.

<sup>(21)</sup>Art. 650 LECrim.

### **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 plazo de cinco días presenten sus escritos de calificaciones provisionales. Por lo que respecta estrictamente al objeto penal, los escritos de calificación de las partes acusadoras deberán contener los extremos que se relacionan en el art. 650 LECrim.

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 art. 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 debe hacerse mención a los siguientes extremos:

- a) La cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida.
- b) Las personas o personas que aparezcan como responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad.

### **Proposición de pruebas**

En los escritos calificadorios se harán constar, además, las pruebas de que intente valerse cada parte, presentando la lista de peritos y testigos que tengan que declarar a su instancia<sup>22</sup>.

<sup>(22)</sup>Art. 656.I 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.

De forma separada en el tiempo (esto es, una vez que la defensa ha formulado su escrito de calificación provisional y se han practicado las diligencias de prueba), las partes pueden modificar los escritos de calificación, al redactar las **conclusiones definitivas**, que, por utilizar las mismas palabras de nuestro Alto Tribunal, resultan ser "los verdaderos instrumentos procesales de la acusación" (STS de 14 de febrero de 1994).

### **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 art. 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<sup>23</sup>.

<sup>(23)</sup>Art. 781.1 LECrim.

En el **procedimiento para el enjuiciamiento rápido** la opción legislativa es diferente.

Abierto el juicio oral, si no hay acusación particular, el Ministerio Fiscal debe presentar de inmediato su escrito de acusación, incluso oralmente<sup>24</sup>; o en el plazo de dos días, si se personó acusación particular que instó la apertura del juicio oral<sup>25</sup>.

<sup>(24)</sup>Art. 800.2 LECrim.

<sup>(25)</sup>Art. 800.4 LECrim.

Si el Ministerio Fiscal no presenta el escrito de acusación inmediatamente o en los dos días señalados, el juez, sin perjuicio de emplazar a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos para efectuar el ofrecimiento de acciones, requerirá al superior jerárquico del fiscal para que, en un nuevo plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si tampoco éste presenta el repetido escrito, se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

#### **2.1.2. 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, después de conocer el contenido del escrito de calificación provisional de las partes acusadoras<sup>26</sup>.

<sup>(26)</sup>Arts. 652, 784.1.I y II LECrim.

## 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<sup>27</sup>.

<sup>(27)</sup>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<sup>28</sup>. Si el acusado entiende que se le ha originado indefensión, podrá denunciarlo nada más abrir el juicio oral<sup>29</sup>.

<sup>(28)</sup>Art. 784.1.II LECrim.

<sup>(29)</sup>Art. 786.2 LECrim.

### 2.1.3. 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.

## 2.2. Auto de apertura del juicio oral

Aunque la ley no diga nada al respecto, dictado auto de apertura del juicio oral, la acusación ejercitada deviene **irretractable**. O, más bien: formulada acusación y abierto el juicio, su retirada resulta irrelevante, en el sentido de que tal retractación no provoca el fin del proceso (tal como sucede en el proceso civil), de modo que el juicio deberá concluir mediante sentencia absolutoria o condenatoria (Exposición de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1883).

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<sup>30</sup>. Ocurre que dicha resolución tiene una configuración legal distinta en cada uno de los procesos ordinarios.

<sup>(30)</sup>Cfr. 783.2.II 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.

### **2.3. Los artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas (tratamiento procesal de las cuestiones procesales)**

Constituye regla general de todo proceso la necesidad de solventar la eventual existencia de óbices procesales, evitando que su concurrencia pueda derivar en la anulación o la ineficacia del proceso.

La existencia de tales óbices procesales presenta también un tratamiento diferente en el proceso ordinario y en el procedimiento abreviado, siendo más amplio y completo el de este último.

#### **2.3.1. Los artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario por delitos graves**

Una vez abierto el juicio oral, la ley ha dispuesto un cauce a través del cual las partes pueden poner de manifiesto la ausencia de ciertos presupuestos procesales o la existencia de óbices de igual naturaleza. Son los denominados artículos de previo pronunciamiento. Su estimación puede provocar, según los casos, el sobreseimiento libre de la causa o, cuando menos, su interrupción o remisión a otro órgano judicial.

#### **Motivos alegables como artículo de previo pronunciamiento**

Las cuestiones que pueden plantearse como artículo de previo pronunciamiento aparecen taxativamente enumeradas en el art. 666 LECrim:

a) La declinatoria de jurisdicción (art. 666.1<sup>a</sup> LECrim).

Mediante este motivo puede denunciarse la falta de jurisdicción o de competencia objetiva, funcional o territorial.

b) La cosa juzgada (art. 666.2<sup>a</sup> LECrim).

c) La prescripción del delito (art. 666.3<sup>a</sup> LECrim).

d) La amnistía o el indulto (art. 666.4<sup>a</sup> LECrim).

En la actualidad es prácticamente imposible que pueda alegarse el último motivo citado. El indulto particular, único existente en nuestro Derecho, presupone una previa condena. Por su parte, la amnistía ya no figura en el art. 130.1.3<sup>o</sup> CP como causa de extinción de la responsabilidad penal.

e) La falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria, con arreglo a la Constitución y las leyes especiales (art. 666.5<sup>a</sup> LECrim).

Cabe alegar este motivo cuando el juicio oral se hubiese dirigido contra diputado o senador sin obtener previamente la preceptiva autorización de la Cámara correspondiente.

Pese al carácter tasado del art. 666 LECrim, el Tribunal Supremo ha abierto en ocasiones este cauce a otro tipo de alegaciones como, señaladamente, la nulidad de actuaciones por haberse transgredido el derecho de defensa o de igualdad. El art. 240.2 LOPJ permite, sin embargo, al órgano judicial apreciar, incluso *ex officio*, la nulidad radical de actuaciones en cualquier momento procesal hasta la sentencia definitiva, sin necesidad de acudir a este trámite.

### **Efectos de su estimación (arts. 675 a 677 LECrim)**

Varían según el motivo de que se trate.

a) Si se estima la declinatoria de jurisdicción, se procede a remitir la causa al Tribunal competente o dotado de jurisdicción.

b) Si se estiman la cosa juzgada, la prescripción o el indulto, se acuerda el sobreseimiento libre, con la consiguiente puesta en libertad del procesado.

c) Si se estima la falta de autorización para procesar, la causa queda en suspenso y se procede a recabar la correspondiente autorización para proceder. Si se concede ésta, el procedimiento continúa. Si se deniega, se anula todo lo actuado y se dicta auto de sobreseimiento libre.

La desestimación del artículo, con excepción de la declinatoria de jurisdicción, no impide que la cuestión vuelva a plantearse en el juicio oral (art. 678.I LECrim).

### **2.3.2. Los artículos de previo pronunciamiento y las cuestiones previas en el procedimiento abreviado**

En el procedimiento abreviado se pueden también proponer artículos de previo pronunciamiento una vez abierto el juicio. Pero, junto con los referidos motivos del art. 666 LECrim, el 786.2 LECrim permite también alegar la **vulneración de algún derecho fundamental**, la existencia de **causas de suspensión del juicio** y la **nulidad de actuaciones**, así como realizar **objeciones sobre el contenido y finalidad de alguna prueba propuesta**. Estos motivos suelen recibir el nombre de **cuestiones previas**.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario por delitos graves, en el abreviado ni los artículos de previo pronunciamiento ni las cuestiones previas se resuelven mediante un incidente anterior a la celebración del juicio, sino al inicio del mismo, tras un turno de intervenciones y una vez el Letrado de la Administración de Justicia ha leído los escritos de acusación y defensa.

## **2.4. La conformidad del acusado**

Desde un punto de vista del decurso procesal, correspondería ahora la exposición de la fase probatoria, empezando por la admisión o no de los correspondientes medios de prueba y el inicio del juicio oral. No obstante, por razones metodológicas se acomete ahora la conformidad del acusado, aprovechando la circunstancia de que ésta puede prepararse en el procedimiento abreviado, al finalizar la instrucción junto con el escrito de defensa, aunque se produzca en realidad ya en el juicio oral; y de que, en todo caso, tanto en el abreviado como en el sumario, constituye una forma de obviar la fase de prueba.

### **2.4.1. Introducción. Clarificación de diversos extremos**

La conformidad supone una aplicación del principio de oportunidad, en virtud de la cual se pone fin anticipadamente al proceso mediante el acuerdo de acusadores y acusado con la anuencia del abogado y la garantía de la intervención judicial.

En términos necesariamente amplios, la conformidad puede implicar o no la aplicación del principio del consenso. No es así en el primer caso, sí en los siguientes.

### **2.4.2. La conformidad de los arts. 655 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (procedimiento ordinario)**

Los artículos 655 y 688 a 700 de la LECrim obedecen al simple hecho de finalizar el proceso anticipadamente, cuando la conformidad del acusado con la calificación más grave pone de manifiesto la falta de necesidad de practicar prueba. No se prevé la negociación, ni cabe percibir opción legislativa alguna en tal sentido en el conjunto del sistema.

La conformidad puede producirse con ocasión del traslado del escrito de calificación provisional de la defensa<sup>31</sup> o al inicio de las sesiones del juicio oral antes de la práctica de la prueba<sup>32</sup>.

<sup>(31)</sup>Art. 655 LECrim.

<sup>(32)</sup>Arts. 688 y ss. LECrim.

Se concibe como acto de parte, cuya voluntad debe manifestarse libremente, si bien sujeta a determinadas formalidades, aunque no a condiciones y con la doble garantía de la anuencia del acusado y su defensor.

Si el juez o Tribunal aprecia la ausencia de alguno de los requisitos arriba enumerados, debería declarar nula de pleno derecho la conformidad alcanzada conforme a lo previsto en el art. 238 LOPJ<sup>33</sup>.

(<sup>33</sup>) STS de 8 de julio de 1987.

Finalmente, conviene subrayar que la sentencia que acoge la conformidad manifestada no es susceptible de recurso de casación<sup>34</sup>.

(<sup>34</sup>) SSTS de 5 de diciembre de 1984, de 1 de marzo de 1988, de 28 de marzo de 1989, de 9 de junio de 1989; y de 17 de junio de 1991.

### **2.4.3. La conformidad en la Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002**

Las diferentes modalidades de conformidad incorporadas a partir de la reforma de la LECrim de 2002 adoptan definitivamente el consenso alcanzado entre acusadores y acusado, avalado por la inexcusable intervención del abogado de este último. Dicho acuerdo puede alcanzarse en la fase de instrucción y al inicio del juicio oral, y debe completarse con la conformidad en la guardia y el reconocimiento de hechos y fórmulas de máxima aceleración del proceso penal. Veamos seguidamente el desarrollo de las mismas.

Más pormenorizadamente, la conformidad queda como sigue a continuación.

#### **2.4.4. Conformidad manifestada ante el juez instructor**

Esta conformidad se contempla en el art. 784 LECrim, en su apartado tercero. Se distinguen dos modalidades.

a) La conformidad de acusado en el mismo escrito de defensa<sup>35</sup>.

(<sup>35</sup>) Art. 784.3.I LECrim.

b) La conformidad conjunta que presentan las partes acusadoras, el acusado y su defensa en un nuevo escrito de calificación, tras la presentación del escrito de defensa<sup>36</sup>.

(<sup>36</sup>) Art. 784.3.II LECrim.

#### **2.4.5. Conformidad manifestada en el juicio oral**

Antes de iniciarse la práctica de la prueba, surge otra nueva oportunidad de conformarse con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Y también aquí de dos maneras diversas:

a) A iniciativa de la defensa, con la conformidad del acusado presente.

b) Conjuntamente por defensa y acusación mediante un nuevo escrito de acusación que se presentará entonces<sup>37</sup> ("antes de la práctica de la prueba").

(<sup>37</sup>) Art. 787.1 LECrim.

La conformidad se circunscribe a los seis años, como señala en el art. 787.1 LECrim.

La conformidad tiene una **extensión** delimitada por la ley. Será "con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior".

Quedan fuera del acuerdo de conformidad la adopción de medidas protectoras en los casos de responsabilidad penal<sup>38</sup>.

<sup>(38)</sup>Art. 787.5 LECrim.

En cuanto a la responsabilidad civil, opera con independencia en la medida en que cabe conformidad con la penal y la civil o sólo con la penal. Desde este punto de vista, el juicio continuará para discutir únicamente esta vertiente y a partir, en todo caso, de la admisión de la responsabilidad penal.

#### 2.4.6. Necesidad del acuerdo concurrente de acusado y su letrado

Para que el acuerdo de conformidad conduzca a una sentencia consensuada, se necesita que el acusado corrobore ante el juez la conformidad manifestada por la defensa<sup>39</sup>, y que el letrado no considere mejor continuar el juicio<sup>40</sup>, aunque ambos "consentimientos" deben ser valorados por el juez.

<sup>(39)</sup>Art. 787.4.I LECrim.

<sup>(40)</sup>Art. 784.4.II LECrim.

El precepto no ha hecho más que recoger la jurisprudencia existente respecto a la llamada exigencia "**de doble garantía**", que exigía inexcusablemente anuencia de la defensa y ratificación del o de los acusados o acuerdo del acusado o acusados más consecutiva manifestación del defensor o defensores sobre la no necesidad de continuar el juicio.

#### Lectura recomendada

En cuanto a la exigencia de doble garantía, podéis ver la STS de 7 de noviembre de 1990.

El artículo 787,7 LECrim dispone que cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. La conformidad podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados y su contenido no vinculará el juicio que se celebre en relación con estos.

#### 2.4.7. Facultades judiciales en el acuerdo de conformidad

El juez no puede entrar en nada que afecte a la acción penal (hechos aceptados por las partes) o la calificación más grave de las solicitadas, pero sin más exclusiones. A partir de ahí, existe toda una serie de extremos sobre los que, no sólo puede, sino que, en ejercicio de sus funciones, debe el juez velar, en los siguientes aspectos:

1) que la calificación aceptada es correcta y que la pena es la legalmente procedente<sup>41</sup>.

<sup>(41)</sup>Art. 787.2 y 3 LECrim.

2) que la conformidad ha sido aceptada libremente por el acusado<sup>42</sup>.

<sup>(42)</sup>Art. 787.2 *in fine* LECrim.

1º) En el primer caso (art. 787.2 LECrim), ante el posible error y para alejar toda sospecha de pérdida de imparcialidad, el juez requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él.

Y sólo cuando la parte requerida modifique su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea legalmente procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. De no ser así –continúa el precepto– ordenará la continuación del proceso.

2º) En el segundo (dudas sobre si la voluntad se ha manifestado libremente), el art. 787.4 LECrim señala que si éstas no se despejan, el proceso debe continuar.

Igual circunstancia acarrea la falta de la llamada "doble garantía", es decir, cuando no consta o consta la disconformidad del defensor, aunque esa disconformidad deberá ser justificada y valorada por el juez (art. 787.5 LECrim).

#### **2.4.8. Resolución e impugnación del acuerdo de conformidad**

El art. 787.6 LECrim traslada a la conformidad el contenido del art. 789.2 para la sentencia. La resolución que acoge el acuerdo se dictará oralmente y documentará mediante la fe del Letrado de la Administración de Justicia conforme a lo previsto en el art. 789.2 LECrim.

En lo relativo a la impugnación, se empieza por recordar que si, conocido el fallo, el fiscal y las partes expresan su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto declarará la firmeza de la sentencia de conformidad y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.

De no existir tal acuerdo, el párrafo 7 del art. 787 LECrim se refiere a la recurribilidad de la decisión con una redacción nueva que se limita a subrayar la regla general y su excepción en los casos que no se haya respetado los requisitos o términos de la conformidad.

#### **2.4.9. Otras conformidades y manifestaciones del principio de oportunidad. Breve referencia: la conformidad en la guardia y el reconocimiento de hechos**

##### **La conformidad en la guardia**

Con carácter de verdadera novedad, el art. 801 LECrim introduce la posibilidad de terminar el proceso penal en la propia guardia, a través de una conformidad. De hecho, éste es el único supuesto en que todo el conflicto penal puede ser resuelto en la guardia, es decir, la forma más acelerada contemplada hasta ahora.

##### **El reconocimiento de hechos como vía para aplicar la reducción de un tercio en la pena en el procedimiento abreviado y la conversión en enjuiciamiento rápido**

A tenor del artículo 779.1.5.<sup>a</sup> LECrim, en el seno del procedimiento abreviado, y con anterioridad a dictar el auto que sobresee, transforma o acuerda seguir los trámites de dicho procedimiento, el investigado asistido de su abogado puede reconocer los hechos a presencia judicial.

Si los hechos se incluyen entre los del artículo 801 LECrim, convocados el MF y las restantes partes acusadoras, en su caso, pueden formular un escrito de acusación conformado.

El escrito de acusación conformado deberá referirse a delito que tenga prevista pena privativa de libertad de hasta tres años de prisión o que no exceda de diez si es de otra naturaleza, y tratándose de pena privativa, que la solicitada o la suma de las solicitadas no exceda, reducida en un tercio, de los dos años de prisión.

Que haya acusador particular o popular no constituye obstáculo alguno, pese a alguna interpretación de lo previsto en el artículo 801.1.1.<sup>o</sup> LECrim. Y no sólo porque de hecho esté implícito en el propio artículo 779.1.5.<sup>a</sup> LECrim (es obvio que en el procedimiento abreviado pueden haberse personado), sino porque la previsión del artículo 801.1.1.<sup>o</sup> y 801.5 LECrim (que distingue si hay o no otro acusador personado) no constituye, como se ha dicho antes, un presupuesto equiparable a los previstos en los números 2<sup>o</sup> y 3<sup>o</sup> del artículo 801.1 LECrim, sino una mala redacción legal que pretende diferenciar dos casos atendiendo a los escritos donde se contendrá la conformidad (de acusación o de defensa, según el supuesto).

El escrito de acusación, con arreglo al artículo 800.2.I y al artículo 802.1 que remite al 787, todos de la LECrim, puede derivar en una sentencia de conformidad, siempre y cuando el juez de instrucción valore la conformidad como consciente y libremente prestada y la calificación jurídica y pena solicitadas como correctas.

Alcanzada la conformidad, el juez "incoará diligencias urgentes" y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801 LECrim. Finalizada la comparecencia de las partes con la formulación del escrito de acusación al que preste su conformidad el acusado, resta tan solo el control judicial referido en el artículo 787.2 LECrim y que se dicte sentencia de conformidad. La sentencia de conformidad, por imperativo del artículo 801.2 LECrim, deberá imponer la pena solicitada reducida en un tercio, y si fuera privativa de libertad, declarar su suspensión o sustitución, si procede.

### 3. El juicio oral (II): la prueba

#### 3.1. Concepto

La prueba en el proceso penal es aquella actividad encaminada a procurar la convicción del juez sobre los hechos afirmados por las partes en sus escritos de calificaciones.

De la anterior definición surge ya una primera diferencia con la actividad instructora, ya que ésta tiene por objeto comprobar los hechos denunciados o los que vayan surgiendo en el curso de la instrucción, sin más limitaciones que las que el instructor establezca en cuanto a su necesidad.

Como **regla general**, tiene la consideración de prueba en la que el Tribunal puede fundamentar su sentencia, la *practicada en el juicio oral*, única fase, en principio, donde deben respetarse las garantías de jurisdiccionalidad, oralidad, publicidad e inmediación. Así se deduce fácilmente, además, del tenor literal del art. 741 LECrim. Pero siendo esto así, ¿qué sucede con aquellas pruebas que previsiblemente no podrán practicarse en el juicio oral o con aquellas otras cuyo valor probatorio se quiere preconstituir?



Intentaremos dar respuesta a todas estas cuestiones en este apartado.

#### 3.2. La prueba anticipada y preconstituida

Recordando brevemente lo expuesto en el módulo anterior, se denomina **prueba anticipada** aquella que tiene lugar antes del juicio oral, teniendo en cuenta que previsiblemente puedan practicarse en esta fase. En tales casos se anticipa la prueba –normalmente a la fase de instrucción–, integrando en la medida de lo posible las garantías probatorias consustanciales a la fase de juicio oral.

Condición básica de esta medida excepcional es la *irrepetibilidad* en cuanto al futuro y adecuado trámite normal de su práctica. Tanto es así, que si por circunstancias nuevas la práctica deviniera repetible (el testigo que parecía en riesgo de morir, sana), la prueba testifical deberá realizarse en la fase oral y el juez no podrá basar la condena en las actuaciones anticipadas.

#### Ejemplo

Son razones ajenas a la voluntad de las partes, por ejemplo, enfermedad del testigo o residencia en el extranjero.

Modalidad pareja, aunque no idéntica es la **prueba preconstituida**, consistente en la realización del acto probatorio, también antes de la fase correspondiente del juicio oral, preconstituyendo su eficacia probatoria, esto es, rodeando su ejecución de las garantías ya repetidas.

También para este tipo de prueba hay que tener presente la limitación del art. 730 LECrim, cuando ciñe su aplicación a las "diligencias practicadas en el sumario"; límite que parece impedir la lectura en el juicio oral de la documentación de actuaciones realizadas ante la Policía Judicial y que obliga a acudir, para dotar de eficacia probatoria a tal clase de actuaciones, a la declaración testifical del agente de Policía en el juicio oral<sup>43</sup>.

(43)STC 217/1989; y 33/2000.

También hay que advertir la reforma del artículo 781.II LECrim que se comenta más adelante.

### 3.3. El atestado (las diligencias policiales) y las diligencias sumariales: su eficacia probatoria

A partir de la STC 31/81, y recordando el propio tenor literal del art. 297 LECrim, se dejó sentado que tanto el atestado policial como las diligencias de investigación que constan en el mismo tienen, en principio, el mero valor de denuncia.

Esta doctrina se consagró posteriormente en la STC de 28 de julio de 1981 y ha sido recogida íntegramente por la Sala Segunda del TS. A partir de aquí, empero, han de contemplarse determinados casos en los que, de manera excepcional, pero con una aplicación práctica ciertamente frecuente, se reconoce valor de prueba a ciertas diligencias.

#### 3.3.1. Diligencias a las que de manera excepcional se reconoce eficacia probatoria

1) Si las diligencias policiales son de imposible o muy difícil reproducción cabe aportarlas al juicio oral como prueba preconstituida, siempre y cuando estén en condiciones de adecuarse a estos requisitos:

- a) Dificultad o imposibilidad de reproducción.
- b) Garantía de contradicción.
- c) Posibilidad de reproducirse en el juicio oral.

Aspecto este último que plantea la dificultad de aplicar a tales efectos el art. 730 LECrim, ya que, como hemos señalado, este precepto se refiere específicamente a las diligencias sumariales y no a las diligencias policiales.



Diligencias policiales de difícil reproducción son, por ejemplo, la prueba de alcoholemia, la filmación en videocámara, etc.

2) Si se trata de **informes periciales emitidos por organismos oficiales**, una abundante jurisprudencia estima posible su valoración como medio probatorio, siempre y cuando se haya sometido a contradicción, ya sea en la fase sumarial, a través de su impugnación y de la solicitud de reproducción o ratificación en el juicio oral, ya en el juicio oral<sup>44</sup>.

(44) STC 3-10-1985.

A tenor del artículo 788.2 LECrim, se busca otorgar valor probatorio a estos informes, sin necesidad de la ratificación de los agentes, en contra de la doctrina del TS.

3) Las **diligencias objetivas de resultado incontestable** –verbigracia: la aprehensión *in situ* de los delincuentes, la ocupación y recuperación de los efectos e instrumentos del delito, croquis o fotografías obtenidas sobre el terreno– tienen el valor de verdaderas pruebas, sometidas, como las demás, a la libre valoración del juez o Tribunal sentenciador<sup>45</sup>.

(45) STS 23-1-1987.

4) Las declaraciones ante la Policía ratificadas en el juicio oral tienen plena eficacia probatoria, debiendo valorarse como cualquier otro medio de prueba.

### **3.3.2. Diligencias a las que se niega en principio valor probatorio**

Se niega eficacia o esta se supedita a la concurrencia de determinados requisitos especiales:

1) Las declaraciones ante la Policía no reproducidas posteriormente en el juicio oral carecen de eficacia probatoria, si bien alguna jurisprudencia minoritaria les ha reconocido en ocasiones tal efecto.

2) Las declaraciones realizadas ante la Policía, que después fueran ratificadas en el juicio oral. Su falta de eficacia probatoria se ha matizado en los últimos años, sin embargo, reconociendo valor probatorio a aquellas declaraciones siempre que:

a) Fueran prestadas con asistencia de letrado.

b) La condena se apoye en algún otro elemento de cargo practicado en el juicio oral.

### **3.3.3. Incorporación de declaraciones de víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial protección**

La Ley del estatuto de la víctima, con la loable finalidad de evitar la conocida como "doble victimización", añade al discutido artículo 730 LECrim la posibilidad de leer o reproducir, a instancia de cualquiera de las partes, las declaraciones de menores de edad y con discapacidad necesitados de especial protec-

ción, siempre que hubieran sido efectuadas conforme al artículo 448 LECrim durante la fase de investigación. Dicho precepto permite anticipar la prueba, garantizando la contradicción y el derecho de defensa cuando se prevea que no se podrá declarar en el juicio por razones de ausencia o enfermedad. Este supuesto añade la voluntad legal de no someter, en su caso (el precepto señala "podrá"), a esta clase de víctimas a la necesidad de comparecer con su victimario.

### 3.4. Objeto de la prueba

Con arreglo al **art. 728 de la LECrim**, no podrán practicarse más diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

Tal propuesta –que se formaliza en los escritos de calificación provisional– *parece* trasunto en el proceso penal del principio de aportación de parte. La apariencia, sin embargo, no se corresponde con la realidad. Debe observarse que, en la medida en que la actividad probatoria se dirige a la fijación de la verdad material (o, como dice el art. 701.VI LECrim y repite el art. 726 LECrim, "al mayor esclarecimiento de los hechos" y "al más seguro descubrimiento de la verdad"), en el proceso penal conviven los principios de aportación de parte y de investigación de oficio.

La vigencia del principio de investigación de oficio en la fase de juicio oral se deduce del tenor literal de los siguientes preceptos:

#### 1) Artículo. 701.V LECrim

"las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas; pero el presidente, de oficio o a instancia de parte, podrá alterar el orden, cuando así lo considere conveniente para el descubrimiento de la verdad").

#### 2) Artículo 726 LECrim

"el Tribunal examinará por sí mismo –sin necesidad de que nadie se lo pida– los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción".

#### 3) Artículo 729.I.2º LECrim

Además de las diligencias propuestas por las partes, "se practicarán las que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación."

Sobre esta cuestión y, en particular, en torno al art. 729.I.2º LECrim –que es el precepto en el que se manifiesta con mayor rigor el principio de oficialidad– existen, en la actualidad, tres posiciones que lo valoran de forma diferente.

a) Una primera que reconoce la legitimidad del Tribunal para proponer dichas pruebas invocando la doctrina del TEDH, de 6 de diciembre de 1988 (caso Barberá, Messegué y Gabardo)<sup>46</sup>.

(46) STS de 27 de diciembre de 1994.

b) Una segunda que postula la inconstitucionalidad del precepto, y por ende, la declaración de nulidad del apartado por vulnerar el derecho a un juez imparcial<sup>47</sup>.

(47) STS de 1 de diciembre de 1993 y de 21 de marzo de 1994.

c) Una tercera posición integradora, que sienta la doctrina conforme a la cual el precepto es válido y aplicable, siempre y cuando se encamine, no a probar la existencia de hechos, sino a contrastar o verificar la prueba sobre ellos, es decir, a constatar si la prueba es fiable desde el punto de vista del art. 741 LECrim<sup>48</sup>.

(48) SSTs, de 1 de diciembre de 1993; de 23 de diciembre de 1995; de 11 de mayo de 1999; y de 6 de marzo de 2001; también en este último sentido, la STC 188/2000.

### 3.5. Procedimiento probatorio

Con los matices señalados en el epígrafe anterior, puede afirmarse que el principio aplicable al procedimiento probatorio en el proceso penal se aproxima cada vez más a la plena vigencia del principio de aportación de parte, tal y como sucede en el ámbito del proceso civil.

#### 3.5.1. Proposición de la prueba

La proposición de prueba se lleva a cabo, en el proceso por delitos graves, en el escrito de calificación provisional<sup>49</sup> y, en el abreviado, en el correspondiente escrito de acusación<sup>50</sup> y en el de defensa.

(49) Art. 656 LECrim.

(50) Arts. 781.1.I y 784.2 LECrim.

#### 3.5.2. Admisión de la prueba

Las dos circunstancias principales que condicionan la admisión de pruebas en el proceso penal son:

1. Que se hayan propuesto con arreglo a las formalidades legales.
2. Que se trate de una prueba pertinente.

El concepto de **pertinencia**, según el artículo 659 de la LECrim, obedece a un juicio sobre la relación entre el medio de prueba que se propone y el objetivo que se persigue con el proceso.

El concepto de **pertinencia** debe integrarse con el de **necesidad**<sup>51</sup>. Así, si bien toda prueba declarada pertinente debe practicarse so pena de provocar indefensión, la realidad práctica ha conducido a matizar esta situación cuando la dificultad de practicar un medio de prueba admitido es patente e insalvable y, además, el hecho que pretendía probarse queda acreditado por otros medios de prueba.

(51) Art. 746.I.3º LECrim.

Un ejemplo reiterado en la práctica es el caso de testigos cuyo testimonio ha sido admitido y que después no comparecen en el juicio oral, lo que lleva a continuas suspensiones de éste, a fin de no provocar indefensión.

### 3.5.3. Práctica de la prueba

Se regula en los arts. 688 a 727 LECrim, a tenor de cada uno de los medios de prueba: confesión, testigos, informes periciales, prueba documental e inspección ocular.

El lugar de la práctica será, salvo excepciones, el local en que tenga su sede el órgano sentenciador<sup>52</sup>.

(52) Arts. 718, 720 y 727 LECrim.

#### La videoconferencia

Zanjando las discusiones sobre la posibilidad del uso de la videoconferencia, la LO 12/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional, introduce un tercer apartado en el art. 229 LOPJ, en virtud del cual las actuaciones judiciales podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes.

El uso de este instrumento se somete a la necesidad de acreditación. En tal sentido debe acreditarse desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia, bien a través de la previa remisión o la exhibición directa de documentación, bien por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal adecuado<sup>53</sup>.

(53) Art. 229.3.II LOPJ.

Se exige, además, la garantía de posibilitar la contradicción de las partes y el derecho de defensa si así lo acuerda el Tribunal<sup>54</sup>.

(54) Art. 229.3.I *in fine* LOPJ.

En cuanto a la intervención de investigado o encausado, testigos y peritos, la ley se refiere a este sistema en dos sedes. Primeramente, en sede de regulación general del sumario<sup>55</sup>, y segundo, en sede del procedimiento abreviado<sup>56</sup>. En términos prácticamente idénticos para ambos preceptos, se habilita al juez de oficio o a instancia de parte para que dichas personas comparezcan mediante videoconferencia o sistema similar en las condiciones señaladas, si así lo aconsejan razones de utilidad, seguridad o de orden público y dicha comparencia resulta de otro modo particularmente gravosa o perjudicial y especialmente cuando se trate de un menor. Aquí sí se establecen presupuestos (que lo aconsejen razones de utilidad, seguridad o de orden público y que la comparencia ordinaria resulte gravosa o perjudicial).

(55) Art. 325 LECrim.

(56) Art. 731 bis LECrim.

Volviendo a la práctica de la prueba, en general, los diferentes medios de prueba admitidos se practicarán siguiendo el orden de calificación de las partes y, dentro del mismo, el que hubieran propuesto aquéllas en sus respectivos

(57) Art. 701.V LECrim.

(58) Art. 701.VI LECrim.

escritos<sup>57</sup>. Excepcionalmente, el presidente del Tribunal puede alterar este orden, sustituyéndolo por otro que estime más adecuado para un mejor conocimiento de los hechos<sup>58</sup>.

### 3.5.4. Valoración de la prueba y presunción de inocencia

La presunción de inocencia opera como "regla de juicio fáctico", es decir, como regla referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, y con arreglo a la cual: la prueba completa de la culpabilidad del investigado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

La presunción de inocencia opera en relación con la valoración de la prueba en cuanto exige para condenar al acusado una "mínima actividad probatoria de cargo", trasladando la cuestión a determinar qué constituye esta "mínima actividad probatoria de cargo"<sup>59</sup>.

(<sup>59</sup>)SSTC 109/1986; 68/1988 y, entre otras muchas, 202/2000.

La jurisprudencia ha ido depurando su doctrina en torno al derecho fundamental a la presunción de inocencia. En tal sentido, se entiende que:

1) Prueba de cargo es, en principio, la realizada en el juicio oral con respeto a los principios de oralidad, inmediatez, publicidad y contradicción<sup>60</sup>.

(<sup>60</sup>)STC 33/2000.

2) Excepcionalmente, si se cumplen los presupuestos y requisitos a los que en su momento nos referimos, también tienen valor de prueba de cargo las pruebas de cargo realizadas en fase de instrucción o con carácter previo a la apertura del juicio oral, siempre que se introduzcan en el juicio con la garantía de contradicción<sup>61</sup> (prueba anticipada, preconstituida o diligencias de valor incontestable).

(<sup>61</sup>)STC 33/2000.

3) Se reconoce asimismo valor probatorio a las declaraciones de los coinvestigados siempre que no aparezca razón o motivo de venganza, resentimiento, deseos de autoexculpación o de recibir trato favorable<sup>62</sup>, y, además, aquellas declaraciones se incorporen al proceso como medio probatorio, bien mediante ratificación ante el juez de instrucción o sentenciador, bien a través del testimonio de los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio. La delación heteroincriminatoria, no tiene, por sí misma, valor suficiente para enervar la presunción de inocencia (SSTC 72/2001, de 26 de marzo; 181/2002, de 14 de octubre; 152/2004, de 20 de septiembre o 55/2005, de 14 de marzo).

(<sup>62</sup>)SSTS de 5 de mayo y de 23 de setiembre de 1988.

4) No se reconoce, sin embargo, valor de prueba de cargo ni al testimonio prestado por los testigos de referencia, salvo en el supuesto del artículo 710 LECrim (prueba anticipada o cuando es imposible la comparecencia del testigo directo en el juicio oral), ni a los dictámenes psicológicos.

## **Prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales (prueba ilícita)**

### 1) Fundamento

La condena y con ella la realización del derecho penal pasa por enervar la presunción de inocencia. Ahora bien, esta circunstancia exige de prueba que haya llegado al proceso y/o se practique en el mismo con todas las garantías.

### 2) Concepto

El concepto estricto, hoy por hoy mayoritario, circunscribe la prueba ilícita a aquella obtenida vulnerando derechos fundamentales (confesión bajo torturas; confesión a través de conversación telefónica no autorizada judicialmente). A partir del mismo, se relega a "prueba nula o irregular" las generadas vulnerando normas de rango ordinario. Un concepto amplio de prueba ilícita supone la exclusión del proceso de aquel medio probatorio obtenido no sólo quebrantando derechos fundamentales (la integridad física; la inviolabilidad de las comunicaciones), sino otros de menor rango (el derecho de defensa).

### 3) Efectos de la ilicitud probatoria

Con arreglo al artículo 11 LOPJ: no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violando derechos fundamentales. Este efecto excluyente se limita, según jurisprudencia constante del TC, a la prueba ilícita en sentido estricto. Tal interpretación implica dos consecuencias:

- a) la prueba ilícita se reserva sólo a la vulneración de derechos fundamentales, y
- b) únicamente de este tipo de prueba se predicará la falta de eficacia indirecta o refleja, los conocidos como "frutos del árbol envenenado".

La infracción de otras normas y de otros derechos, por tanto, determinará una irregularidad de la prueba, cuyas consecuencias han de medirse según las reglas generales sobre validez o nulidad de las actuaciones procesales<sup>63</sup>.

<sup>63</sup>Arts. 238 LOPJ y siguientes.

En cuanto a los **efectos reflejos** o, lo que es lo mismo, al efecto excluyente de la ilicitud no sólo de aquello obtenido vulnerando derechos fundamentales directamente, sino extendiéndolo, además, a lo obtenido indirectamente, la jurisprudencia ha seguido una orientación pendular entre: primar la regla de exclusión, lo que condujo a absoluciones en casos graves, o ir reduciendo el ámbito de aplicación de dicha exclusión acudiendo a diversas teorías.

A partir de la STC 81/1998, se estableció que la eficacia refleja de la ilicitud probatoria estaba condicionada por la existencia de una "conexión de antijuridicidad" entre la infracción de derechos fundamentales cometida al practicar una diligencia de investigación y la realización posterior de otra diligencia o

actividad aparentemente válida –pero que también habría de considerarse ilícita en tanto que "fruto envenenado". La teoría de la conexión de antijuridicidad cifra la extensión de la exclusión probatoria a las pruebas indirectas sólo si existe una relación causal entre la vulneración del derecho fundamental y la necesidad de protección del mismo. Este doble parámetro, a juicio de muchos, se ha destruido la vigencia de la teoría de los frutos del árbol envenenado.

### **Efecto disuasorio**

Merece la pena citar, siquiera brevemente, el giro que respecto a la doctrina del Tribunal Supremo ha supuesto la sentencia que resolvió sobre la solicitud de considerar la condena basada en la "lista Falciani" prueba ilícita. El Tribunal Supremo acude al "efecto disuasorio" desde el punto de vista subjetivo, criterio de exclusión que había rechazado en múltiples ocasiones. A tenor de esta resolución: la actuación del particular no puede orientarse a prefabricar elementos de cargo para utilizarlos en un proceso anterior, ni estar relacionada con actividades investigadoras del Estado; en palabras del propio Tribunal: "el ciudadano que busca acopiar datos probatorios para incorporarlos a una causa penal tiene que recibir el mensaje de que no podrá valerse de lo obtenido mediante la consciente y deliberada infracción de derechos (STS n.º 116/2017, de 23 de enero, FJ.6) fundamentales de un tercero" (actuación de buena fe).

## **3.6. Carga de la prueba**

### **3.6.1. Carga de la prueba: *in dubio pro reo***

En el proceso civil, la carga de la prueba permite determinar qué parte resultará finalmente perjudicada por la incertidumbre del juez a la hora de resolver, esto es, a la hora de decidir, en caso de que los hechos no resulten suficientemente probados.

El proceso penal sólo puede considerarse un proceso de partes en el sentido formal. Además, el interés por el efectivo castigo del culpable y por la absolución del inocente no son intereses parciales (de parte), sino comunes, públicos; de aquí que el Ministerio Fiscal deba velar por ellos. ¿Cabe, por tanto, un traslado sin más de la categoría de carga de la prueba en el proceso civil al proceso penal? No.

Y ello, fundamentalmente, porque los dos intereses señalados no son parciales; antes bien, tienen un mismo titular. En el proceso penal, pues, lo que se trata de dilucidar es cuál de esos dos intereses debe prevalecer, o dicho de otro modo, entre los daños posibles que puede acarrear la falta de prueba, cuál de los dos posibles (condena del culpable o absolución del inocente) debe ser incondicionalmente evitado<sup>64</sup>.

<sup>(64)</sup>Postura seguida, entre otros, por Gómez Orbaneja.

En el proceso penal, la falta de prueba sobre las circunstancias de actividad y resultado contempladas en el tipo no conducen a idéntico efecto: la función que cumple la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil se sustituye en el penal por el principio *in dubio pro reo*. A la hora, por tanto, de

sopesar aquellos intereses (condena del efectivamente culpable o absolución del inocente) prima el segundo, de manera que ante la incertidumbre, debe absolverse.

### 3.7. Los diferentes medios de prueba

La Ley de Enjuiciamiento Criminal dedica el Capítulo III, del Título III, Libro III (arts. 688 y ss.) "al modo de practicar las pruebas durante el juicio oral". Esta regulación legal, si bien omite diversos medios de prueba frecuentes hoy en día (esencialmente aquellos incorporados a nuevos medios técnicos como la fotografía, el vídeo o Internet), recibe, como veremos, un tratamiento "de adecuación" por los tribunales.

Constituyen medios de prueba los siguientes: declaración del acusado, prueba de testigos, prueba pericial, careo, prueba documental, presunciones y reconocimiento judicial.

#### 3.7.1. Declaración del acusado. Declaración de coinvestigados: valor probatorio

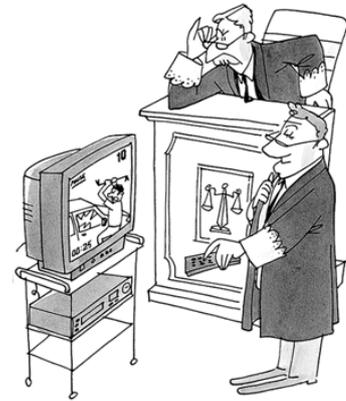
Unido a la necesidad de la presencia del acusado en el juicio oral, con las excepciones señaladas, el presidente del Tribunal pregunta al acusado si se confiesa culpable del delito que se le imputa. Este planteamiento, que corresponde a la configuración legal de la conformidad y no a medio de prueba alguno, es considerado, sin embargo, por nuestros tribunales como sustrato legal de la declaración del acusado como eventual medio de prueba.

Partiendo siempre del derecho constitucionalmente reconocido de "no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable", el interrogatorio del acusado se inicia por el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras, interviniendo después la defensa y, finalmente el Tribunal, si lo considera conveniente.

Cuando el acusado sea una persona jurídica, podrá estar representado para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe. Declarará en nombre del acusado si se propuso y admitió la prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como a ejercer el derecho a la última palabra en el juicio.

#### Negativa a contestar, derecho a guardar silencio y presunción de inocencia

Desde el punto de vista de la presunción de inocencia, debe diferenciarse entre el derecho a guardar silencio y la negativa a contestar, siempre, en relación con la presunción de inocencia –y no con los derechos del detenido, cuya atención pertenece a otra sede (la medida cautelar de detención).



En lo relativo a los medios modernos de prueba, destacan los relacionados con los nuevos medios técnicos: fotografía, vídeo, Internet, etc

#### Ved también

En lo relativo a las excepciones de la presencia del acusado en el juicio oral, podéis ver el apartado 3 del módulo "Sujetos y objeto del proceso penal. Jurisdicción, competencia, partes y objeto".

#### Nota

El artículo 786bis LECrim excluye de la designación, únicamente, a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

La vulneración del derecho a **guardar silencio** sólo puede ser examinada en relación con las consecuencias negativas que hayan podido extraerse del mismo<sup>65</sup>.

(65) STEDH, de 8 de febrero de 1996, caso Murray.

a) Si la condena se sustenta, únicamente, en la valoración *contra reo* de la negativa a prestar declaración, se vulnera la presunción de inocencia<sup>66</sup>.

(66) STC 117/ 2000.

b) Si, de otra manera, la negativa se conecta con otros medios de prueba, incluso indiciarios, y la condena no es irrazonable o arbitraria, no se vulnera la presunción de inocencia<sup>67</sup>.

(67) SSTC 220/1998 y 202/2002.

Por otra parte, ha de señalarse que la contestación aceptando la culpabilidad no es similar a la conformidad. Esta última conduce a la finalización anticipada y consensuada del juicio; aquélla, sin embargo, proviene de un interrogatorio y conduce a la admisión de unos hechos que serán valorados junto con las restantes pruebas<sup>68</sup>, y no supone, por ende, el final anticipado del proceso.

(68) Arts. 695; 697 y 700 LECrim.

La *responsabilidad civil* merece algunas precisiones. En primer término, dada su naturaleza civil, el reconocimiento de su existencia por el responsable conduce a la inmediata condena (admisión de hechos propios y perjudiciales). En caso de que dicho sujeto se niegue a declarar al respecto, continúa el proceso para determinar su existencia y cuantificación<sup>68</sup>.

### 3.7.2. Prueba de testigos

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.

El testimonio constituye un deber para toda persona capaz, con las siguientes excepciones:

a) Que se encuentre entre los casos de exención del deber de declarar<sup>69</sup>.

(69) Art. 411 LECrim.

b) Que esté dispensada de tal deber<sup>70</sup>.

(70) Arts. 416 a 418 LECrim.

c) Que esté dispensada de concurrir al llamamiento judicial, aunque no de declarar<sup>71</sup>.

(71) Art. 412 LECrim.

La negativa a declarar conlleva la imposición de multa en el acto. Así como la posibilidad de ser conducido a presencia del juez, en caso de resistencia y ser perseguido por el delito de obstrucción a la justicia, a tenor del art. 463.1 CP.

La jurisprudencia considera incluido entre este medio de prueba la **declaración de la víctima y la de los coinvestigados**, esencialmente por no existir en nuestro derecho procesal penal la prueba tasada<sup>72</sup>.

(72) STS 4-5-1990.

El testigo puede incurrir en responsabilidad penal por falso testimonio siempre que la declaración falsa se haya efectuado en el juicio oral. No acarrea, sin embargo, tal responsabilidad si la falsedad se produjo en la declaración prestada en las diligencias sumariales<sup>73</sup>.

(73) Art. 715.I LECrim y arts. 458 y ss. CP.

La declaración de los testigos menores de edad, con discapacidad necesitados de especial protección o víctimas que tras evaluación muestren necesitarlo se llevará a cabo, cuando resulte necesario para impedir o reducir los perjuicios que para ellos puedan derivar del desarrollo del proceso o de la práctica de la diligencia, evitando la confrontación visual de los mismos con el encausado. Con este fin podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyendo la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala<sup>74</sup>.

(74) Art. 707.II y III LECrim.

El presidente del tribunal evitará que se hagan a la víctima preguntas innecesarias relativas a la vida privada que no tengan relevancia, salvo que considere que excepcionalmente pueden ser formuladas. Si hubieran sido formuladas, no permitirá que sean contestadas. Contra la resolución, cabrá recurso de casación tras la correspondiente protesta que constará en acta junto con el contenido de la pregunta<sup>75</sup>.

(75) Art. 709 LECrim.

Correlativamente, el testigo tiene derecho a una indemnización si la reclama. Su importe se fijará con arreglo a lo prescrito en el art. 722 LECrim.

### 3.7.3. Prueba pericial

Más allá de lo señalado al tratar esta prueba con ocasión de las diligencias instructoras, debe añadirse algún extremo en torno a su práctica. Concretamente:

a) Los peritos han de ser examinados juntos cuando deban declarar sobre unos mismos hechos, contestando a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan<sup>76</sup>. Si, para contestarlas, consideran necesaria la práctica de cualquier reconocimiento, harán éste a continuación en el local de la misma Audiencia<sup>77</sup>. De no ser posible esto último, se suspenderá la sesión durante el tiempo necesario, a no ser que mientras tanto puedan continuar practicándose otras diligencias de prueba<sup>78</sup>. No pueden prestar informe pericial quienes a tenor del art. 416 LECrim no estén obligados a declarar como testigos. Esta circunstancia deberá ponerse en conocimiento del juez bajo apercibimiento de sanción<sup>79</sup>.

(76) Art. 724 LECrim.

(77) Art. 725 LECrim.

(78) Art. 725.II LECrim.

(79) Art. 464.II LECrim.

b) En cuanto a su valoración, será según la apreciación en conciencia del Tribunal.

Sobre esta doctrina incide la ya reiterada inclusión de un segundo párrafo en el artículo 788.2 LECrim, que atribuye a esta diligencia, en el ámbito del procedimiento abreviado, carácter de prueba documental, refiriéndose a los informes de laboratorios oficiales sobre naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, siempre que se hayan realizado de acuerdo con los protocolos científicos aprobados.

### 3.7.4. Prueba documental

El art. 26 CP define el documento como:

"todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica".

La prueba documental se regula con ocasión del juicio oral; concretamente, en los arts. 726 y ss. LECrim.

Dos cuestiones merecen la atención en este punto:

a) En primer término, la relativa a las "piezas de convicción". Éstas no constituyen medio probatorio, pero su presencia al inicio del juicio oral es preceptiva, aunque las partes no la soliciten. Así las cosas, si aquéllas no están a disposición del Tribunal en este momento, tal ausencia puede traducirse en nulidad de actuaciones siempre que provoque indefensión<sup>80</sup>.

(80) STS 25-6-90.

b) En segundo término, debe recordarse el significado del art. 730 LECrim, conforme al cual pueden leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias sumariales practicadas cuando por causa independiente de la voluntad de las mismas no puedan reproducirse en el juicio oral.

El art. 730 LECrim tampoco ampara la lectura de las declaraciones que se presenten a tenor del art. 773.2 LECrim ante el Ministerio Fiscal, si bien éste resulta un supuesto discutido.

### 3.7.5. La inspección ocular

Esta prueba tiene, por su propia naturaleza, carácter excepcional. Sólo se practicará, según el artículo 727 de la LECrim, cuando:

"no se haya practicado antes de la apertura de las sesiones".

La excepcionalidad mencionada se justifica, por una parte, en la dificultad de recoger huellas y vestigios transcurrido un tiempo importante desde la conclusión del sumario; por otra, en el sacrificio que supone la práctica de este medio probatorio respecto de los principios de concentración e inmediación.

### 3.7.6. Prueba por indicios

Cabe definir esta prueba como el paso desde unos hechos conocidos (hechos básicos o indicios) hasta otro desconocido (hecho consecuencia) a través del camino de la lógica.

En virtud de ese medio probatorio, a partir de unos hechos probados, que son colaterales al hecho necesitado de prueba (por ejemplo: la presencia de un sujeto en un lugar en fecha y hora determinada; haberse producido esos mismos hechos con anterioridad), se puede llegar al conocimiento de la realidad tipificada (por ejemplo: agresiones), pues existe tal conexión lógica entre esos hechos y éste que, teniendo por probados aquellos hechos, nadie pone en duda la certeza de este último.

Para que la convicción judicial pueda formarse en virtud de la denominada prueba indiciaria, deben concurrir los siguientes requisitos<sup>81</sup>:

<sup>(81)</sup>SSTC 174/1985 y 175/1985; 229/1988; y 111/1990, entre otras muchas.

- a) Los indicios no deben estar aislados, sino que deben ser múltiples y aparecer relacionados.
- b) El hecho indicio debe quedar totalmente demostrado.
- c) Entre el hecho indicio y el hecho consecuencia (o hecho presunto) debe existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.
- d) Todos los aspectos que se acaban de relacionar deben quedar suficientemente explicitados en la motivación de la resolución judicial, a través de un proceso lógico razonado y acorde con las reglas del criterio humano<sup>82</sup>.

<sup>(82)</sup>STC 44/2000.

### 3.7.7. Prueba tecnológica: breve referencia

Un gran número de delitos se cometen, y deben ser investigados, a través de las conocidas TIC. La LO 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, acometió la reclamada regulación, enfocando rectamente las medidas de investigación tecnológicas en muy diversos supuestos y estableciendo incluso unos “principios rectores”.

A modo de reflexión general, cabe destacar que las medidas tecnológicas utilizadas a la hora de obtener la fuente de prueba digital pueden resultar muy invasivas y generar importantes riesgos de vulneración de derechos fundamentales, aún no resueltos normativamente, ni objeto de una jurisprudencia suficiente que colme las lagunas existentes.

Entre tanto, y sin restar importancia a las complejidades de la prueba tecnológica o digital, no cabe olvidar que, a la postre, la valoración probatoria se proyectará, en primer lugar, sobre la calificación de la validez y licitud de la fuente correspondiente, y en segundo lugar, sobre la ponderación de la eficacia o fuerza convincente del conjunto de medios, según las reglas de la sana crítica; de manera que solo la garantía de ambos extremos enerva válidamente la presunción de inocencia (STC 33/2002; STS 653/2016, de 18 de julio, FJ 21 y antes: STS 255/2017, de 6 de marzo, FJ 7; SSTC 109/1986, 68/1988 y, entre otras muchas, 207/2007 y 145/2014).

## Resumen

La fase intermedia o periodo intermedio sirve, fundamentalmente, para averiguar si la fase de investigación ha concluido correctamente, por una parte, y para decidir si es o no procedente la continuación del proceso, es decir, la apertura del juicio oral, por la otra.

La terminación del proceso, o su paralización temporal, tiene lugar a través de la figura del sobreseimiento.

Si no aparece en la causa ningún motivo que pueda determinar el sobreseimiento, las partes formulan sus escritos de acusación y de defensa o, dicho de otro modo, ejercen la acción penal.

No obstante, antes de abrir el juicio oral (o una vez abierto, en el procedimiento abreviado), se puede poner de manifiesto ante el Tribunal la existencia de obstáculos procesales que pueden impedir la continuación del proceso. Tal es el caso de los artículos de pronunciamiento previo, en el proceso ordinario, o de las cuestiones previas, en el procedimiento abreviado.

En este módulo se analiza también una institución con una creciente incidencia práctica. Se trata de la conformidad del acusado, que significa la aceptación de la acusación y de la pena solicitada en el escrito de acusación o en el de defensa, presentados conjuntamente tras llegar a un acuerdo acusador/res y acusado/s.

La nueva regulación del proceso abreviado y la introducción de los juicios rápidos han reforzado esta figura en un doble sentido:

- a) Por una parte, ampliando su ámbito (en determinados casos, la conformidad se puede prestar hasta en el juzgado de guardia).
- b) Ampliando y aclarando las facultades de control de la conformidad por parte del órgano judicial.

La principal función del juicio oral es la formación de la convicción del órgano que debe juzgar. Esta convicción se forma mediante la práctica de la prueba, que se lleva a cabo, normalmente, ante el Tribunal.

Los aspectos más complejos y controvertidos en materia de prueba hacen referencia a su valoración, especialmente en aquellos casos en que para obtener la prueba se han limitado o vulnerado los derechos fundamentales. La tensión

entre el deber estatal de perseguir delitos y el necesario respeto a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución obligan a prestar una especial atención a esta materia.

La prueba, su práctica y valoración, incorporando la importante configuración de la carga probatoria, así como los diferentes medios probatorios, se completan con una referencia a la prueba ilícita y a la prueba tecnológica.



## Actividades

1. Comparad la dinámica de la fase intermedia en el procedimiento ordinario y en el procedimiento abreviado.
2. La evolución de la adquisición de la condición de imputado (ahora es investigado/encausado) y de sus consecuencias. Influencia de la Constitución en la materia. (Se recomienda la consulta de manuales).
3. Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Especial análisis de la STS 116/2017, de 23 de enero (caso Falciani). (Imprescindible el recurso a las bases de datos disponibles).

## Ejercicios de autoevaluación

### Cuestiones breves

1. ¿Cuáles son las particularidades de la declaración de testigos menores de edad?
2. Finalización de la fase instructora en el procedimiento abreviado.
3. ¿Qué recursos se pueden interponer contra los autos de sobreseimiento en el procedimiento abreviado?
4. ¿Cuál es el efecto de la admisión, como artículo de previo pronunciamiento, de la falta de jurisdicción o de competencia?
5. ¿Qué es la prueba por indicios?
6. ¿A que se llama “medios de investigación tecnológicos y cuáles son los aspectos fundamentales de su valoración probatoria?

### Desarrollo de un tema

1. Tratamiento de la conformidad según el derecho comparado.
2. Valor del atestado como prueba.

## Solucionario

### Ejercicios de autoevaluación

#### Cuestiones breves

1. Para introducir las especialidades de la prueba de testigos en los casos de menores, se han modificado los artículos 433, 448.III y 707 LECrim y el uso de la videoconferencia.
2. La finalización de la fase instructora en el procedimiento abreviado se produce mediante el auto previsto en el artículo 779 LECrim, conocido como "auto de transformación."
3. Se pueden interponer los recursos de reforma y apelación (sin que sea necesario interponer reforma previa a la apelación) y sin efectos suspensivos en ningún caso (artículo 766 LECrim).
4. La remisión de las actuaciones al órgano dotado de jurisdicción o de competencia.
5. Es aquel medio de prueba mediante el cual se pasa de unos hechos conocidos y demostrados a otros desconocidos a través del camino de la lógica. Este medio de prueba es aceptado en nuestro ordenamiento, siempre y cuando se cumplan los requisitos que ha configurado la jurisprudencia constitucional sobre esta materia.
6. Abarcan un amplio número de medios, en constante evolución y crecimiento, caracterizados por ser tanto instrumentos de investigación, como de comisión de delitos. A título de ejemplo: correos electrónicos, WhatsApp, Twitter, Instagram y otras redes sociales. Como medios de investigación se centran en los procesos comunicativos y en los dispositivos y sistemas informáticos de almacenamiento de datos. Sobre los primeros recaerán eventualmente diversas medidas: a) la intervención de las comunicaciones sostenidas a través de tecnologías de la información, y una modalidad de interceptación de comunicaciones personales efectuadas a través de servicios como el correo electrónico, WhatsApp y similares o por redes sociales en general, y b) la propia red pública que sustenta estas comunicaciones. En lo referente a los dispositivos y sistemas informáticos y para obtener los datos que pueden alojar, cabe acudir al "acceso y registro para aprehender los datos relevantes contenidos en los mismos, y a la orden de entrega a los depositarios de esos datos", si se trata de información retenida en poder de terceros.

En cuanto a la validez probatoria, aun a pesar de la complejidad inherente a estas, no debe olvidarse que se trata, en primer lugar, de calificar la validez y licitud de la fuente correspondiente –obtenida conforme a todos los presupuestos legales previstos– y, en segundo lugar, sobre la ponderación y eficacia o fuerza convincente de estos y los restantes medios probatorios, de manera que según las reglas de la sana crítica tengan eficacia para enervar la presunción de inocencia.

## Abreviaturas

- CE** Constitución Española
- CEDH** Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CP** Código penal
- CPM** Código penal militar
- LEC** Ley de Enjuiciamiento Civil
- LECrim** Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LOPJ** Ley Orgánica del Poder Judicial
- LOTJ** Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
- LSC/ LOPSC** Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana
- OEI** Orden europea de investigación
- PIDCP** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- RD** Real Decreto
- STC** Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS** Sentencia del Tribunal Supremo
- TC** Tribunal Constitucional
- TS** Tribunal Supremo

## Glosario

**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.

**diligencia complementaria** *f* Diligencia que se practica durante la fase intermedia para integrar o completar la instrucción.

**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.

**Regla de exclusión probatoria** *f* Criterio en virtud del cual el medio probatorio obtenido ilícitamente no debe ser valorado (se excluye de la valoración).

**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.

**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.** (2018). *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons.

**Armenta Deu, T.** (2018). "Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre" [en línea]. *IDP* (núm. 27, septiembre). <[www.uoc.edu/idp](http://www.uoc.edu/idp)>

**Campaner Muñoz, J.** (2015). *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Cizur Menor: Aranzadi.

**Juanes Peces, A.** (1999). "La prueba prohibida. [Análisis de la Sentencia de 5 abril 1999 del Tribunal Constitucional]". En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*.

**Ormazábal Sánchez, G.** (1998). *El periodo intermedio del proceso penal*. Madrid: McGraw-Hill.

**Villamarín López, M. L.** (2003). *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*. Madrid: Ramón Areces.

