

## **ADENDA**

### **Nota del autor**

*El Acuerdo de 6 de julio de 2018, de la Comisión de Selección a la que se refiere el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que se convocan pruebas selectivas para la provisión de plazas de alumnos y alumnas de la Escuela Judicial, para su posterior acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Juez, y plazas de alumnos y alumnas del Centro de Estudios Jurídicos, para su posterior ingreso en la Carrera Fiscal por la categoría de Abogado Fiscal (B.O.E. nº 165, de 9 de julio), aprueba el programa de la oposición, introduciendo ligeros cambios, que afectan principalmente al bloque V de Derecho Procesal Penal.*

De entre estos cambios, en consonancia con lo exiguo de la producción legislativa de los últimos años, el único que representa un contenido nuevo es el relativo a la orden europea de investigación (tema 38). Los demás, implican, únicamente, la eliminación de dos conceptos redundantes (tema 24) o el traslado de un epígrafe de un tema a otro (temas 34 y 38). Ahora bien, como quiera que a los efectos de la preparación de la oposición un aspecto muy apreciado es el del ajuste de los temas a la duración establecida en las bases, se ha considerado oportuno proceder a una reelaboración de los temas concernidos por las modificaciones relevantes. De esta forma, se han redactado de nuevos los temas 22, 34 y 38, al objeto de que, respetando al máximo los contenidos con los que el opositor ya se habrá familiarizado, encuentre éste los nuevos o la nueva ubicación de los mismos en temas de duración homogénea.

A este objetivo responde la elaboración de la adenda, destinada a servir inmediatamente de apoyo a la preparación de las pruebas ya convocadas, lo que ha llevado a sacrificar las notas a pie de página, cuya reelaboración hubiera retrasado la aparición de la misma.

## Tema 22

### LA SENTENCIA

SUMARIO: I. La sentencia: estructura y contenido; exhaustividad y motivación. II. Valoración de la prueba. III. La presunción de inocencia. IV. El principio “in dubio pro reo”. V. La congruencia. VI. Doctrina derivada de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito del proceso penal. VII. La doble instancia: recursos contra las sentencias de la Audiencia Provincial.

#### I. LA SENTENCIA: ESTRUCTURA Y CONTENIDO. EXHAUSTIVIDAD Y MOTIVACIÓN

En el proceso penal, la sentencia es la resolución judicial que, una vez concluido el juicio oral, pone término al procedimiento condenando o absolviendo al acusado con efectos materiales de cosa juzgada.

La estructura de la sentencia, reveladora de su contenido, se describe, en general, en el artículo 248.3 LOPJ, norma que, en el ámbito del proceso penal, encuentra su complemento en el artículo 142 LEcRim. De conformidad con estos artículos, la sentencia consta de:

a) El “encabezamiento”. En el mismo deberán expresarse “el lugar y la fecha en que se dictaren (las sentencias), los hechos que hubieren dado lugar a la formación de la causa, los nombres y apellidos de las partes y del Magistrado ponente.” (art.142.1 LEcRim).

b) “Antecedentes de hecho”, que reflejarán las pretensiones de las partes, contenidas en los escritos de conclusiones provisionales y definitivas. A continuación, la sentencia penal ha de contener, necesariamente, la “declaración de los hechos probados”.

c) Los “fundamentos de derecho”, debiéndose consignar en este apartado:

Primero.- “Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los

hechos que se hubiesen estimado probados.

Segundo.- Los fundamentos doctrinales y legales determinantes de la participación que en los referidos hechos hubiese tenido cada uno de los procesados.

Tercero.- Los fundamentos doctrinales y legales determinantes de las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad criminal, en caso de haber ocurrido.

Cuarto.- Los fundamentos doctrinales y legales relativos a la responsabilidad civil y a las costas procesales así como, en su caso, a la declaración de querella calumniosa.

Quinto.- La cita de las disposiciones legales que se consideren aplicables.

d) Pronunciándose, por último, el fallo, en el que se condenará o absolverá no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por los delitos leves incidentales de que se hubiere conocido en la causa, reputándose delitos leves incidentales los que los procesados hubiesen cometido antes, al tiempo o después del delito como medio de perpetrarlo o encubrirlo (art. 142.4 LECrim).

Como regla general, las sentencias penales han de redactarse por escrito (art. 142 LECrim). Sin embargo, “podrán dictarse de viva voz cuando lo autorice la ley” (art. 245.2 LOPJ), lo que está previsto expresamente en el proceso penal abreviado (art. 789.2), en el juicio rápido (art. 802.3) y en el proceso por delitos leves (art. 975), sin perjuicio de su ulterior documentación por escrito.

Las sentencias definitivas se notificarán a las partes y se leerán en estrados el mismo día de su firma (art. 160 LECrim), a partir del cual no podrán modificarse (art. 161 LECrim), excepto mediante la aclaración de sentencias o por la vía de los recursos. A tal efecto, en la notificación de la sentencia se le habrá de informar al condenado de los recursos existentes contra ella (art. 248.4 LOPJ). También se notificará a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa” (arts. 742.4 y 789.4).

La exhaustividad de la sentencia y la exigencia de su motivación son dos características de las sentencias penales relacionadas con su contenido que están estrechamente enlazadas entre sí.

La primera no aparece consagrada de forma expresa, ni legal ni constitucionalmente, pero está latente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando en su artículo 742 dispone que “en la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio”, o en el artículo 851.3, que establece como motivo de casación por quebrantamiento de forma “cuando no se resuelva en ella sobre

todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa”. Que la sentencia deba ser exhaustiva significa, sencillamente, que en la misma debe darse cumplida respuesta a todas y cada una de las cuestiones que hayan sido objeto de debate. Al final del tema volveremos sobre esta cuestión al analizar la llamada incongruencia omisiva.

En cuanto al deber de motivación, el artículo 120.3 CE establece que “las sentencias serán siempre motivadas”, exigencia ésta que ha sido vinculada por el Tribunal Constitucional, de un lado, con el genérico derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 del texto fundamental, y, de otro, con el principio de legalidad en materia penal (art. 25.1 CE). Se quiebra este derecho cuando la conducta enjuiciada, ya delimitada como probada, es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí. Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, los fundamentos de la sentencia deben mostrar el esfuerzo del Tribunal para lograr una aplicación del Derecho vigente exenta de toda arbitrariedad. De ahí que en los llamados razonamientos jurídicos deba exponer el juzgador, en forma comprensible, los argumentos utilizados para alcanzar la conclusión jurídica de que se trate.

La motivación debe alcanzar también a la determinación de la pena. El Código penal impone tal motivación en su artículo 72 al decir que “los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta”, lo que alcanza no sólo a la pena principal sino también a las accesorias y a la multa.

## II. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

De acuerdo con el artículo 741 LECrim, “el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”.

La valoración de la prueba está sometida, pues, al principio de libre valoración, como manifestación del sistema acusatorio, frente al contrapuesto principio de prueba legal o tasada que rigió en algún tiempo de nuestro histórico proceso inquisitivo.

Lo anterior no significa que la valoración de la prueba sea una actividad abandonada por completo al libre arbitrio de los Tribunales, puesto que la misma

siempre estará sometida no sólo a principios jurídicos vinculantes, como impone el artículo 9.3 CE, sino también al criterio racional. La Ley de Enjuiciamiento Criminal impone expresamente el criterio racional en orden a la valoración de la prueba testifical en el artículo 717, así como en la valoración de la prueba pericial, y la lógica de la inferencia es exigencia insoslayable en la prueba de indicios.

En este sentido la jurisprudencia tiene declarado que la valoración de la prueba practicada en el juicio oral no puede revisarse en casación salvo en lo que concierne a su estructura racional, es decir en lo que respecta a la observancia por parte del Tribunal de instancia de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos.

Existe, por lo demás, una íntima relación entre la motivación y la presunción de inocencia, puesto que se produce la vulneración de este derecho fundamental cuando el Tribunal no motiva el resultado de la valoración de la prueba o cuando resulta ilógico o, por insuficiente, no sea razonable el *iter* discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (SSTC 111/2008 y 26/2010).

### III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Reconocido en el artículo 24.2 CE y en diversos Convenios internacionales, el derecho a la presunción de inocencia es «uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal» (por todas, SSTC 138/1992 y 133/1995), más aun, es «la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada» (SSTC 141/2006 y 201/2012).

En tanto que regla de juicio y desde una perspectiva constitucional se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica la necesidad de que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y de la que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos”, tal y como ha venido reiterando el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 31/1981, de 28 de julio.

Pero esa demostración o acreditación de culpabilidad sólo puede llevarse a efecto a través de una actividad probatoria que ha de reunir necesariamente los siguientes requisitos:

- a) Desde el punto de vista formal, la prueba de cargo ha de practicarse con estricta sujeción a las exigencias constitucionales y procesales.

b) Además, el derecho fundamental a la presunción de inocencia sólo puede, en principio, quedar desvirtuado a través de la prueba practicada en el plenario ante el Tribunal sentenciador, a la que debe agregarse la prueba anticipada y la preconstituida que sea de muy difícil o imposible reproducción, siempre que se hayan respetado las garantías necesarias para la defensa. Esta doctrina no debe entenderse, sin embargo, en un sentido tan radical que lleve a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales e incluso policiales que hayan sido practicadas con observancia de las formalidades que la Constitución y la normativa procesal establecen, pero para ello es absolutamente indispensable que tales diligencias sean reproducidas en la vista oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, con especial observancia de lo establecido en el artículo 730 LECrim en lo que atañe a la lectura efectiva de tales diligencias sumariales en el curso del plenario.

Por lo demás, el derecho a la presunción de inocencia despliega sus efectos en todas y cada una de las fases del proceso, incluida la fase de instrucción. En ésta, la adopción de medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales, como la prisión provisional, sólo puede acordarse previa constatación de motivos fundados de la participación del encausado en el hecho punible, y con sujeción siempre al principio de proporcionalidad.

En puridad de conceptos, la presunción de inocencia no es sino un status provisional susceptible, como toda presunción *iuris tantum*, de destrucción mediante prueba en contrario. En su virtud, toda persona es considerada inocente mientras no se demuestre su culpabilidad.

#### IV. EL PRINCIPIO “*IN DUBIO PRO REO*”

El *in dubio pro reo* es un principio general del derecho dirigido al juzgador, que prescribe que cuando a pesar de la actividad probatoria subsista en el ánimo del mismo la duda sobre la culpabilidad del acusado, deberá dictarse una sentencia pro reo, es decir, absolución.

Aunque en no pocas ocasiones se confunden el principio *in dubio pro reo* y el de presunción de inocencia, existen, entre ambos, importantes diferencias:

- a) Para que pueda apreciarse vulneración del derecho a la presunción de

inocencia es necesaria “la existencia de un vacío probatorio, por no haberse practicado prueba alguna, o porque la practicada se hubiera realizado sin respetar las garantías procesales o se hubiera obtenido con violación de los derechos fundamentales” (TC). En cambio, principio *in dubio pro reo* parte, precisamente, de la existencia de actividad probatoria de cargo y paralelamente de descargo, y conduce a la conclusión de que, si al ponderar todo el material probatorio, existe una duda sobre la existencia del delito o sobre la participación del culpable, el Tribunal debe absolver.

b) El principio de presunción de inocencia tiene que ver con la existencia o no de prueba, el principio *in dubio pro reo* con la valoración de la prueba que existe.

c) En el juicio oral o en el recurso de apelación contra la sentencia (salvo el juicio de jurado) no hay restricción alguna a la alegación de ambos principios, en cambio, en el recurso de casación no opera el *in dubio pro reo*, que, sin embargo, presenta una importancia extraordinaria en el de apelación.

## V. LA CONGRUENCIA

El sistema acusatorio que informa el proceso penal español exige que exista la debida correlación entre la acusación y el fallo.

El deber constitucional de congruencia es correlativo al derecho a la tutela judicial efectiva, en cuyo contenido se integra el derecho de las partes a obtener una resolución “congruente”, y es correlativo, asimismo, al derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2), por lo que el incumplimiento de este requisito posibilita el ejercicio de los recursos, en especial, el de casación por quebrantamiento de forma (art. 815.3), y, en su caso, el recurso de amparo constitucional.

Pero en el proceso penal existen tres posibles vicios de incongruencia de la sentencia: a) incongruencia cualitativa, relativa al objeto procesal, b) incongruencia cuantitativa, relativa al “quantum de pena”, e c) incongruencia omisiva.

A) La incongruencia cualitativa o *extra petitam partium* se produce entre el objeto del proceso penal y el fallo de la sentencia, entendido aquél como hecho punible imputado a una persona.

En principio, no afecta a la congruencia de la sentencia la concreta

subsunción de los hechos en un tipo penal determinado, puesto que la calificación jurídica no es elemento identificador del objeto, sino que, en el proceso penal, como en el civil, rige la máxima *iura novit curia*.

En efecto, la necesidad de proponer una calificación jurídica, que impone a las partes acusadoras la carga de precisar en sus escritos de conclusiones cuál es el tipo penal que imputan al acusado atendidos los hechos que afirman como existentes, es una exigencia del principio de contradicción y del derecho de defensa. Ahora bien, aunque el Tribunal no está vinculado por las calificaciones de las partes, solamente podrá modificar la calificación sustentada por la acusación en dos casos:

a) cuando la nueva subsunción jurídica del hecho corresponda a normas penales tuteladoras de bienes jurídicos homogéneos, y

b) cuando el cambio de calificación obedezca a un simple error de la acusación fácilmente constatable por la defensa.

La congruencia del fallo civil de la sentencia penal de condena se rige por el principio dispositivo y por las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo estudio nos remitimos.

B) La congruencia penal cuantitativa o *ultra petita partium* se determina legalmente en el artículo 851.4 LECrim interpretado a *sensu contrario*. Contempla este precepto un motivo de casación por quebrantamiento de forma, conforme al cual procedería este recurso extraordinario “cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733”. Dando un paso más, se dice que en el proceso penal no puede el Tribunal imponer un quantum de pena superior a la más alta solicitada por las partes acusadoras.

C) Se ha de entender por incongruencia omisiva o fallo corto, la omisión en la sentencia de toda referencia y resolución de cuestiones jurídicas, no meramente fácticas, planteadas oportunamente y en forma. La incongruencia omisiva está sancionada como vicio de forma en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y constitucionalmente afecta al derecho a la tutela judicial efectiva (STC 67/2001). Ahora bien, siempre que la ausencia de motivación no determine indefensión, es posible entender que es correcta la desestimación implícita.

## VI. DOCTRINA DERIVADA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO DEL PROCESO PENAL

Los pronunciamientos del TEDH dictados con motivo de la interpretación y aplicación de los artículos 5, 6 y 7 del CEDH, han conformado un cuerpo de doctrina sobre el proceso penal que ha servido luego de pauta en la jurisprudencia interna de los Estados miembros del Consejo de Europa para fijar el modelo de proceso con todas las garantías al que toda persona tiene derecho.

La doctrina emanada de estos pronunciamientos ha estado siempre presente en los debates sobre las grandes cuestiones surgidas en torno al proceso penal. Algunas de sus sentencias han alcanzado una justa celebridad, y, en ocasiones, se han convertido en el motor de importantes reformas legislativas.

En obligada síntesis, podemos sistematizar tales pronunciamientos de la siguiente forma:

A) Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5 CEDH). El TEDH ha declarado a este respecto:

-que este derecho es de titularidad universal, por lo que también corresponde a los menores, a los condenados por sentencia firme o a los miembros de las Fuerzas Armadas.

-que el concepto de Tribunal competente a los efectos de acordar la privación de libertad comprende al de otro Estado parte que adopte medidas de ejecución.

-que el derecho a ser informado de los motivos de la detención, recogido en el artículo 5.2, requiere que la información sea rápida e inteligible, así como completa.

-que toda persona privada de libertad tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de dicha privación de libertad.

B) Derecho a un proceso equitativo.- Es proclamado en el artículo 6, que incluye, entre otras manifestaciones, el derecho a la presunción de inocencia. El desconocimiento del derecho a un proceso equitativo tiene lugar tanto cuando se produce una violación global de todos los derechos del artículo 6 a causa de la indebida privación del acceso o de la participación en un proceso, como cuando se produce una multiplicidad de infracciones de derechos específicos, o se infringen principios básicos del proceso, aunque no estén expresamente reconocidos en el texto del artículo 6, como es el derecho de las partes a participar en el proceso en condiciones de igualdad o el derecho a que no se reconozca valor procesal a las pruebas obtenidas ilegítimamente.

C) Principio de legalidad en materia penal.- Según el TEDH, el art. 7 del Convenio no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la norma penal desfavorable para el acusado, sino que también incluye el principio de que solamente la ley puede definir un delito y establecer una pena, así como el principio de que el Derecho penal no puede ser interpretado en detrimento del acusado, por ejemplo, a través de la analogía.

## VII. LA DOBLE INSTANCIA: RECURSOS CONTRAS LAS SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2015, el sistema español seguía un modelo de doble instancia en el proceso por delitos leves, en el juicio de jurado, en el juicio rápido, en el proceso de menores y en el procedimiento abreviado en la modalidad en que el enjuiciamiento se atribuye a los Juzgados de lo Penal, y un modelo de instancia única en el proceso ordinario y en el abreviado por delitos graves, puesto que contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en estos casos solo cabía el recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo. Lo cual planteaba dudas sobre la adecuación del sistema a las prescripciones del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de Nueva York, de 19.12.1966 (ratificado por España en 1976), en virtud del cual “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

Como el artículo 14.5 PICP sólo exige expresamente la existencia de un recurso devolutivo sin efectuar previsión alguna acerca de si es necesaria una doble instancia penal, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo habían venido sosteniendo que la casación era suficiente formalmente para cumplir con tal exigencia. Sin embargo, la existencia de varios dictámenes desfavorables del Comité de Derechos Humanos de la ONU ha conducido finalmente a la implantación de un régimen general de doble instancia penal, que se ha producido en dos etapas. La primera mediante la publicación de la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la LOPJ, que creó la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional y modificó el artículo 73, atribuyendo a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales; y la segunda, con la Ley 41/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que adaptó la

regulación ordinaria estableciendo el cauce procesal del recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y por la Audiencia Nacional, en un nuevo artículo 846 ter.

A destacar, la Circular FGE 1/2018, *sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal*, algunas de cuyas conclusiones tienen un estimable valor interpretativo.

Prescindiendo de los aspectos estrictamente procedimentales, cuyo estudio se realiza en el epígrafe correspondiente del tema 27 del programa, analizaremos aquí las siguientes cuestiones:

**MOTIVOS DEL RECURSO.** El recurso se habrá de interponer ante el órgano que dictó la sentencia objeto de impugnación, exponiendo ordenadamente las alegaciones en que se base la impugnación, relativas a: a) quebrantamiento de normas y garantías procesales, debiendo citar las normas legales o constitucionales infringidas y las razones de la indefensión, acreditando haber pedido la subsanación en su momento, b) error en la apreciación de las pruebas, que de ser alegado por la acusación para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, exige a ésta que justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada, o c) infracción de normas constitucionales o legales (art. 790.2).

**PRUEBA.** Podrá pedir el recurrente la práctica de diligencias de prueba: a) que no pudo proponer en la primera instancia, b) que propuso, pero fueron indebidamente denegadas, y c) que fueron admitidas, pero no pudieron practicarse por causas que no le sean imputables.

**EFFECTOS.** Cuando la sentencia apelada sea anulada por error en la valoración de la prueba o por infracción de ley el *iudex ad quem* dictará en la misma sentencia que decide la apelación lo que proceda en cuanto al fondo, en cambio, cuando se aprecie quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el Tribunal sin entrar en el fondo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que

conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida (art. 792.3).

**SENTENCIAS ABSOLUTORIAS.** La Ley 41/2015 ha zanjado la cuestión de la revocabilidad de las sentencias absolutorias añadiendo un nuevo apartado al art. 792 en el que dispone que “La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.”

\* \* \*

## Tema 34

### LOS RECURSOS EN GENERAL

SUMARIO: I. Régimen general de recursos en el proceso penal. II. Sucinta exposición de los recursos contra las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia. III. Los recursos contra las resoluciones de los Jueces y Tribunales: los recursos no devolutivos: reforma y súplica. IV. El recurso de apelación en el proceso ordinario y en el procedimiento abreviado establecido contra las resoluciones interlocutorias. V. El recurso de queja contra la inadmisión de otro recurso y como sustitutivo de la apelación.

#### I. RÉGIMEN GENERAL DE LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL

El recurso puede ser definido, siguiendo a Gómez Orbaneja, como el “acto procesal de parte que, frente a una resolución judicial impugnable y perjudicial porque no le otorga la tutela jurídica o porque no se la otorga suficientemente, pide la actuación de la Ley en su favor”.

A diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en el que el legislador dispone de un amplio margen de actuación para establecer los casos en que se admite recurso, el tipo de recurso que procede y los requisitos para su formalización, en el proceso penal el derecho al recurso tiene una auténtica dimensión constitucional, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta afirmación, no obstante, exige una matización: el derecho al recurso sólo se reconoce frente a las sentencias condenatorias y a favor del penado, no frente a cualesquiera resoluciones ni a favor de cualquiera de las partes del proceso penal. Su

reconocimiento entraña con el artículo 14.5 del PICP de Nueva York de 19.12.1966 (ratificado por España en 1976), en virtud del cual “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”.

La regulación legal de los recursos en el proceso penal está contenida, con carácter general, en el Título X del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyas normas deben ser completadas, en su caso, con las del procedimiento respectivo en el que el concreto recurso se interpone. Además, todo el Libro V está dedicado a los recursos de apelación, casación y revisión contra sentencias y determinados autos. Al margen de otras consideraciones, lo más destacable sea, quizás, el marcado contraste que existe entre las normas que regulan los recursos contra las resoluciones interlocutorias, que prácticamente conservan su redacción original, y las que disciplinan los recursos contra las sentencias, que recogen las nuevas tendencias legislativas, como la implantación de un régimen general de doble instancia penal.

Los recursos en el proceso penal pueden producir: a) un efecto devolutivo, cuando de ellos conoce el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución recurrida, como sucede en los recursos de apelación, casación y queja; b) un efecto suspensivo, que impide que la resolución impugnada pueda ser ejecutada mientras el recurso no haya sido definitivamente resuelto, y c) el llamado efecto extensivo, que, en relación con el recurso de casación, aparece descrito en el artículo 903 LEcrim al decir que “cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les fuere adverso”.

Atendiendo a los motivos o causas de interposición, se habla de recursos ordinarios, que pueden basarse en cualquier motivo de oposición, y extraordinarios, que tan solo pueden fundarse en las causas o motivos de oposición legalmente previstos.

Atendiendo a la clase de resolución impugnada, recursos contra resoluciones interlocutorias y contra resoluciones de fondo.

Atendiendo a sus efectos, devolutivos y no devolutivos, en los términos antes examinados.

Y atendiendo al integrante del órgano judicial que dicta la resolución impugnada, recursos contra las resoluciones de los Jueces y Tribunales y contra las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia.

Desarrollamos en el presente tema estas dos últimas clasificaciones.

## II. SUCINTA EXPOSICIÓN DE LOS RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como es sabido, el nuevo modelo de oficina judicial, configurada como organización instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales (art. 435.1 LOPJ), que diseñó la Ley Orgánica 19/2003, partió de un reforzamiento de la figura del ahora llamado Letrado de la Administración de Justicia, al que, entre otras, se le reconoce la facultad de dictar determinadas resoluciones motivadas (decretos), relevantes para la buena marcha del proceso. La Ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, llevó a cabo una minuciosa reforma horizontal de las leyes procesales en todos los órdenes jurisdiccionales, expresando los supuestos en que las «resoluciones procesales» deben ser dictadas por el Juez o Tribunal o por el Letrado de la Administración de Justicia, la denominación y forma de cada resolución, así como su régimen de impugnación.

En el orden penal, la regulación de los recursos contra los decretos dictados por los Letrados de la Administración de Justicia se contiene en los artículos 238 bis y 238 ter LECrim, que prevén dos recursos, el de reposición y el de revisión. Ambos se interpondrán por escrito autorizado con firma de letrado y acompañado de tantas copias cuantas sean las demás partes personadas, y expresarán la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente. Igualmente, en ambos casos, el recurso se resuelve previo traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas para alegaciones escritas. La diferencia consiste en que el recurso de reposición es resuelto por el Letrado de la Administración de Justicia que dictó la diligencia de ordenación o el decreto, mientras que el de revisión es resuelto por el Juez o Tribunal funcionalmente competente para la fase del proceso en que haya recaído el decreto impugnado.

Aunque el artículo 238 bis dice que “Contra el decreto del Secretario judicial que resuelva el recurso de reposición no cabrá interponer recurso alguno”, debe tenerse en cuenta la STC 58/2016, que declaró inconstitucional la exclusión del control judicial de los decretos dictados por los Letrados de la Administración de Justicia. Esta declaración, referida al orden contencioso-administrativo, tiene una indudable proyección sobre los demás órdenes jurisdiccionales. De hecho, la STC 72/2018 declara la inconstitucionalidad del artículo 188 de la Ley Reguladora de la

Jurisdicción Social, con el mismo argumento: la creación de un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales

Por lo demás, el régimen de recursos frente a las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia dictadas para la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia y para la realización de la medida cautelar de embargo prevista en los artículos 589 y 615 LECrim, será el establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### III. LOS RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS JUECES Y TRIBUNALES: LOS RECURSOS NO DEVOLUTIVOS: REFORMA Y SÚPLICA

Tienen en común ambos recursos: a) que se tramitan y resuelven por el propio órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida, b) que proceden contra resoluciones interlocutorias y c) que pueden fundarse en cualquier infracción procesal, los diferencia el hecho de que aquél se da contra resoluciones dictadas por un órgano unipersonal y éste, contra las dictadas por un órgano colegiado.

Comenzando por el primero, son recurribles en reforma (arts. 217 y 766.1 LECrim) todos los autos dictados por el Juez de Instrucción (o Central de Instrucción) y de lo Penal (o Central de lo Penal), a los que cabe añadir las providencias, siempre y cuando supongan una decisión sustancial del órgano judicial, pero no cuando su contenido se refiera a la mera tramitación u ordenación material de los trámites procesales.

El recurso de reforma se interpondrá ante el mismo órgano judicial autor del auto (o providencia) (art. 219) en el término de los tres días siguientes a su notificación a los que sean parte en el juicio (art. 211), mediante escrito autorizado por firma de letrado (art. 221) y aportando tantas copias del mismo cuantas sean las demás partes, a las cuales habrán de ser entregadas dichas copias (art. 222.2).

El Juez resolverá el recurso al segundo día de entregadas las copias, hubieren o no presentado escrito las demás partes (art. 222.3).

La decisión del Juez reviste la forma de auto, con base en el artículo 141 LECrim.

Fuera del procedimiento ordinario, la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo contiene una norma general relativa al recurso de reforma en el artículo 766.1, en relación con el procedimiento abreviado, estableciendo que “contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrá ejercitarse el de reforma y el de apelación”, añadiendo que el recurso de reforma, salvo que se disponga otra cosa, no suspenderá el curso del procedimiento y que en ningún caso será necesario interponerlo previamente para presentar el de apelación.

Por su parte, el recurso de súplica procede contra las resoluciones interlocutorias dictadas por órganos jurisdiccionales colegiados del orden penal en la fase intermedia y en el juicio oral, excluidas aquéllas contra las que se otorgue expresamente otro recurso en la ley (art. 237).

Por lo tanto, no procede ni contra las sentencias, ni contra los autos definitivos de las audiencias. Respecto de unas y otros caben los recursos de apelación y casación, que en el caso de los autos es sólo por infracción de ley.

La única norma que dedica la Ley de Enjuiciamiento Criminal al procedimiento del recurso de súplica es el artículo 238, a cuyo tenor, “el recurso de súplica contra un auto de cualquier Tribunal se sustanciará por el procedimiento señalado para el recurso de reforma que se entable contra cualquier resolución de un Juez de Instrucción”.

#### IV. EL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCESO ORDINARIO Y EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO ESTABLECIDO CONTRA LAS RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula el recurso de apelación de modo distinto según se dirija contra resoluciones interlocutorias o contra sentencias. Y, a su vez, en el caso de los primeros, según se ejercite en el ámbito del procedimiento ordinario o del procedimiento abreviado, cuyas diferencias determinan una exposición separada. No obstante, es posible extraer los siguientes elementos comunes:

a) Es un recurso ordinario, que puede fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico y que atribuye, en general, al órgano *ad quem* el conocimiento con las mismas facultades que en la primera instancia corresponden al órgano *a quo*.

b) Es un recurso devolutivo que se atribuye a la competencia de un órgano distinto y superior dentro de la estructura jerárquica de la organización judicial.

c) La interposición de la apelación respecto de resoluciones interlocutorias no produce, en principio, efectos suspensivos de la ejecución, por cuanto que este recurso sólo se admite en ambos efectos (devolutivo y suspensivo) cuando la ley lo disponga expresamente (art. 217).

d) Produce el efecto extensivo en lo favorable, respecto de las partes que sin haber recurrido se encuentren en análoga posición que el recurrente.

El recurso de apelación contra sentencias se estudia en otros temas del programa, aquí nos referiremos únicamente al recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias.

A) La regulación legal del recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias en el proceso ordinario puede sintetizarse en los siguientes apartados:

-“Será el Tribunal competente para conocer del recurso de apelación aquel a quien correspondiere el conocimiento de la causa en juicio oral” (art. 220.2 LECrim).

-Sólo son recurribles en apelación las resoluciones interlocutorias (autos) dictadas por el Juez de Instrucción en el proceso ordinario cuando expresamente lo autoriza la ley (art. 217).

-La tramitación comprende una fase ante el Juez de Instrucción (*órgano a quo*) y otra ante el Tribunal (*órgano ad quem*). En cuanto a la primera, la apelación ha de interponerse después de haber intentado la reforma, si bien podrán interponerse conjuntamente en el mismo escrito en cuyo caso el de apelación se propondrá subsidiariamente por si fuere desestimado el de reforma (art. 222.1). Si se interpusiese por separado tras desestimarse la reforma, el plazo es de cinco días computado desde el siguiente a la última notificación de la desestimación de aquél (art. 212, pfo. primero).

El Juez admitirá el recurso en uno o ambos efectos según proceda (art. 223). Si lo admite en ambos efectos el proceso se paraliza por lo que el Letrado de la Administración de Justicia remite las actuaciones originales al Tribunal *ad quem*, con emplazamiento de las partes para que se personen ante dicho Tribunal, en término de quince días si fuera el Tribunal Supremo o de diez días si fuera la Audiencia o el Tribunal Superior de Justicia (art. 224).

Si la apelación se admite en un solo efecto se procederá en los términos del artículo 225, párrafo primero, esto es, el Juez mandará sacar testimonio del auto primeramente recurrido, de los escritos referentes al recurso de reforma, del auto apelado y de cuantos otros particulares considere necesario incluir, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal y las demás partes (art. 225.2). Extraído el testimonio, emplazará a las partes para que se personen ante el Tribunal *ad quem* en los términos del artículo 224 antes examinado.

Por lo que respecta a la fase ante el Tribunal *ad quem*, la tramitación es la siguiente:

-La parte apelante habrá de personarse dentro del término del emplazamiento; en otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia declarará desierto el recurso mediante decreto contra el que cabe recurso directo de revisión (art. 228).

-Si el apelante se hubiese personado, el Letrado de la Administración de Justicia le dará vista de los autos por término de tres días para instrucción. Después de él seguirá la vista, por igual término, a las demás partes personadas y, por último, al Fiscal. Sin embargo, no se dará vista a las partes de lo que fuese para ellas de carácter reservado, tal como lo hubiera acordado el Juez o Tribunal (art. 229).

-El Letrado de la Administración de Justicia señalará día para la vista, en la que el Fiscal y los defensores de las partes podrán informar lo que tuvieren por conveniente a su derecho. La vista se celebrará el día señalado, asistan o no las partes, sin que entre el día en que se haga el señalamiento y el de la vista medien más de diez días, y sin que pueda acordarse la suspensión por motivo alguno, siendo rechazadas de plano, sin ulterior recurso, cuantas pretensiones de suspensión se formulen. El Letrado de la Administración de Justicia competente cuidará, bajo su responsabilidad, de que el recurso sea sustanciado en el término más breve posible, sin que en caso alguno transcurran más de dos meses entre el día de ingreso en la Audiencia del testimonio para la apelación, o del sumario en su caso, y el del día de la vista (art. 230).

-Las partes podrán presentar, antes del día de la vista, cuantos documentos tengan por conveniente en justificación de sus pretensiones, sin que se les admita ningún otro medio de prueba (art. 231).

-Finalmente, el Tribunal resolverá mediante auto que no admite recurso, el cual será comunicado por el Letrado de la Administración de Justicia al órgano *a quo* junto con la devolución de las actuaciones si se hubieran elevado al Tribunal *ad quem*. La desestimación determina la firmeza del auto recurrido y si la apelación se admitió también con efecto suspensivo, se alzará la suspensión y se procederá a su ejecución.

B) En cuanto a la regulación legal del recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias en el procedimiento abreviado, el artículo 766.1 proclama que contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrá ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento.

El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación (art. 766.2).

El recurso de apelación se presentará dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto recurrido o del resolutorio del recurso de reforma, mediante escrito en el que se expondrán los motivos del recurso, se señalarán los particulares que hayan de testificar y al que se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las peticiones formuladas. Admitido a trámite el recurso por el Juez, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes personadas para que puedan alegar por escrito lo que estimen conveniente, señalar otros particulares que deban ser testimoniados y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones. Excepcionalmente, la Audiencia podrá reclamar las actuaciones para su consulta siempre que con ello no se obstaculice la tramitación de aquéllas. En estos casos, deberán devolverse las actuaciones al Juez en el plazo máximo de tres días (art. 766.3).

Cuando el recurso de apelación se hubiere interpuesto subsidiariamente con el de reforma, si éste resulta total o parcialmente desestimatorio, antes de dar traslado a las demás partes personadas, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al recurrente por un plazo de cinco días para que formule alegaciones y pueda presentar, en su caso, los documentos justificativos de sus peticiones (art. 766.4).

Si en el auto recurrido en apelación se acordare la prisión provisional de alguno de los encausados, respecto de dicho pronunciamiento podrá el apelante solicitar en el escrito de interposición del recurso la celebración de vista, que acordará la Audiencia respectiva. Cuando el auto recurrido contenga otros pronunciamientos sobre medidas cautelares, la Audiencia podrá acordar la celebración de vista si lo estima conveniente. El Letrado de la Administración de Justicia señalará la vista dentro de los diez días siguientes a la recepción de la causa en dicha Audiencia) (art. 766.5).

Contra el auto que resuelve el recurso de apelación no cabe recurso ulterior alguno.

## V. EL RECURSO DE QUEJA CONTRA LA INADMISIÓN DE OTRO RECURSO Y COMO SUSTITUTIVO DE LA APELACIÓN

Se puede decir que es un recurso ordinario y devolutivo que procede contra resoluciones interlocutorias de Juzgados y Tribunales y cuyo objeto puede ser: a) la inadmisión de un recurso de apelación, b) la denegación de la preparación de un recurso de casación; o c) suplir a la apelación cuando no esté previsto este medio de impugnación contra la resolución de que se trate.

a) Queja contra las resoluciones de los Juzgados que deniegan la apelación. Son recurribles por esta vía los autos dictados por los Juzgados de Instrucción, de lo Penal, de Vigilancia Penitenciaria, de Menores y de Violencia sobre la Mujer denegatorios de la admisión de un recurso de apelación. La queja se interpone por escrito con firma de letrado ante la Audiencia Provincial o Nacional, en su caso (art. 213). No hay plazo para la interposición por lo que ésta podrá producirse en cualquier momento mientras la causa esté pendiente (art. 213). La Audiencia se dirige al Juez causante de la queja ordenándole que emita informe “en el corto término que al efecto se le señale” (art. 233). Y a la vista de este informe y del dictamen del Ministerio Fiscal (art. 234), “el Tribunal resolverá lo que estime justo” (art. 235.1) en orden a la procedencia o no de la admisión a trámite de la apelación denegada. Actualmente debemos entender que igualmente cabe recurso de queja contra los autos de las Audiencias Provinciales o de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que no admitan a trámite el recurso de apelación contra la sentencia, queja de la que conocerá, respectivamente, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia y la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Queja contra el auto de la Audiencia Provincial, de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia denegando el testimonio solicitado para interponer recurso de casación.- El recurso de casación se prepara ante el Tribunal *a quo* con la solicitud de que se expida testimonio de la Sentencia que se pretende recurrir (art. 855.1), y si la Audiencia Provincial entiende que no cabe interponerlo o que no concurren los requisitos legales (de los arts. 855 a 857), dicta auto denegando la petición de tener por preparada la casación sin expedir el testimonio interesado (art. 858).

En tales casos (test-2013, preg. nº 100), el recurrente puede acudir al Tribunal sentenciador (art. 862), solicitando que se remita a la Sala 2<sup>a</sup> del Tribunal Supremo copia certificada del auto denegatorio, lo que efectuará el Tribunal *a quo*

emplazando a las partes para que comparezcan ante el Alto Tribunal en el término que rige para el emplazamiento en el recurso de casación (art. 863).

Del escrito de interposición se da traslado a las demás partes y al Ministerio Fiscal, para que en término de tres días expongan a la Sala lo que estimen conveniente sobre la procedencia de la queja; hecho lo cual se pasa al Magistrado Ponente para su instrucción (art. 867.2). Sobre la base del informe del Magistrado Ponente, la Sala 2<sup>a</sup> resuelve lo que proceda sin ulterior recurso (arts. 869 y 871).

Cuando la queja fuera estimada, se revoca el auto impugnado y se manda al Tribunal *a quo* que expida la certificación reclamada y practique todo lo necesario para que se tenga por preparado el recurso de casación. Si se desestimare se imponen las costas al recurrente y el resultado se comunica al Tribunal de instancia a los efectos correspondientes, es decir, declaración de firmeza como presupuesto de la ejecución de la sentencia cuya impugnación se intentó. Cuando se declare la falsedad de los hechos alegados como fundamento de la queja la Sala 2<sup>a</sup> podrá imponer al recurrente una multa que podrá oscilar de 180 a 6.000 euros (art. 870).

c) Queja como recurso sustitutivo de la apelación.- El ámbito de aplicación de este tipo de recurso ha quedado reducido al procedimiento ordinario ya que en el abreviado la reforma de 2002 suprimió esta modalidad de queja al extender la apelación a todas las resoluciones no exceptuadas de recurso.

Así pues, en el proceso ordinario cabe recurso de queja contra todos los autos no apelables del Juez de Instrucción (art. 218), El recurso se interpone con firma de letrado y ante el Tribunal *ad quem*, en cualquier momento mientras la causa estuviese pendiente (art. 213).

El trámite siguiente es el mismo que el de la queja por inadmisión de la apelación y sus efectos varían según se hubiera interpuesto dentro del plazo previsto para deducir el recurso de apelación o en cualquier momento dado que no existe plazo preclusivo mientras el proceso esté en curso. En el primer caso, la resolución estimatoria de la queja afecta al estado de la causa, como si de un recurso de apelación se tratara, mientras que en el segundo supuesto el auto que resuelva el recurso no podrá afectar al estado que tuviere la causa, “sin perjuicio de lo que el Tribunal acuerde en su día cuando llegue a conocer de aquella” (art. 235.2).

\* \* \*

## **Tema 38**

### **COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA**

SUMARIO: I. *La cooperación judicial penal en la Unión Europea.* II. *El principio de reconocimiento mutuo y su desarrollo.* III. *La orden europea de detención y entrega.* IV. *La orden europea de investigación (Ley 3/2018, de 11 de junio): emisión, transmisión, reconocimiento y ejecución.* V. *Garantías procesales.*

#### **I. LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA**

Tras la Segunda Guerra Mundial Europa se adentra en una senda de progresiva expansión de la cooperación judicial interestatal a partir de la creación del Consejo de Europa y del primero de los convenios surgidos en su seno en esta materia, que fue el *Convenio Europeo de asistencia judicial de 1959*, cuyo estudio corresponde al tema 37 del programa.

Pero, en realidad, la idea y el impulso de una cooperación judicial europea surge con el Tratado de Maastricht de 1992, cuyo Título VI regulaba el llamado *tercer pilar*, de cooperación policial y judicial en materia penal, y se consolida con el Tratado de Amsterdam de 1997, que alumbra la idea de crear en el ámbito de la Unión un espacio de *libertad, seguridad y justicia*.

Más tarde el testigo fue recogido por los Consejos Europeos celebrados en Cardiff (1998) y Tampere (1999), de los que surgió el compromiso de la Unión Europea de afrontar la amenaza que para su marco de libertad y los derechos civiles de sus ciudadanos constituye la delincuencia.

Finalmente, el Tratado de Funcionamiento de la UE profundiza en el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia. Declara en el artículo 82 que “el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a:

- a) garantizar el reconocimiento en toda la Unión Europea de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas;
- b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre Estados miembros;
- c) apoyar la formación de magistrados y demás personal al servicio de la administración de justicia;
- d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones”.

Paralelamente a esta evolución, se han venido diseñando y aprobando diversos instrumentos para la asistencia judicial, entre los que destacan poderosamente los dos siguientes: el Acuerdo de Schengen de 1985, seguido del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS) de 1990, a los que se adhirió España, en 1991, y el Convenio 2000, de asistencia judicial en materia penal, el cual regula la práctica de diligencias por medio de videoconferencia, adopta un modelo de transmisión y ejecución directa por las autoridades competentes sin pasar por una autoridad central, establece la posibilidad de crear equipos de investigación por parte de dos o más Estados, y aplica en las actuaciones de asistencia judicial penal las normas del Estado requirente (*forum regit actum*) y no las del Estado que presta la ayuda (*locus regit actum*).

Las tendencias actuales en el plano internacional se dirigen a fomentar la creación de órganos especiales de carácter supranacional y, en su defecto, la coordinación de los órganos nacionales de persecución penal. Entre ellos podemos destacar los siguientes:

-*Europol*. Es el cuerpo de Policía Europea, cuya función es recoger y analizar datos y distribuirlos a los órganos penales competentes.

-*Eurojust*, desde febrero de 2002 e integrado por magistrados, fiscales y agentes de Policía de los distintos Estados miembros, su función es apoyar y reforzar la coordinación y la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de investigar y perseguir la delincuencia grave que afecte a dos o más Estados miembros o que deba perseguirse según criterios comunes.

-*La Oficina Europea de la lucha contra el fraude* (OLAF). Desde 1999 se encarga de las investigaciones administrativas internas y externas en la lucha contra el fraude, la corrupción y otras actividades ilícitas que perjudican los intereses de la Unión.

-*El sistema de información Schengen* (SIS). Que es un instrumento de búsqueda de información, que permite a las autoridades designadas por las partes contratantes disponer de la descripción de personas y objetos a través de un procedimiento de consulta automatizado.

-*La Red Judicial Europea y la Red Judicial Española*, compuestas por puntos de contacto en cada uno de los Estados miembros, que asumen la función de facilitar la cooperación judicial.

-Los *Equipos Conjuntos de investigación*. Contemplados en el artículo 13 del Tratado de la UE, fueron creados en España por la Ley 11/2003.

- La *Fiscalía Europea*, cuya creación está prevista en el artículo 86 TFUE. La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos. Ejercerá ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción penal relativa a dichas infracciones.

## II. EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y SU DESARROLLO

Consagrado en el Consejo Europeo de Tampere, permite que resoluciones emitidas por una autoridad judicial de un Estado miembro sean reconocidas y ejecutadas en otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permitan denegar su reconocimiento.

De manera progresiva la Unión Europea, desde la primera Decisión Marco de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea, ha venido adoptando numerosos instrumentos jurídicos en los que se plasma el principio de reconocimiento mutuo.

En España, dando por amortizada la técnica de la incorporación individual de cada decisión marco o directiva europea, se ha dictado la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que se presenta como un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y las directivas aprobadas en la materia. Va acompañada, además, de la Ley Orgánica 6/2014, por la que se modifica correspondientemente la LOPJ.

La Ley 23/2014 parte de un título preliminar en el que enumera los diferentes instrumentos de reconocimiento mutuo que son objeto de regulación, y que son

- La orden europea de detención y entrega.
- La resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad.
- La resolución de libertad vigilada.
- La resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional.
- La orden europea de protección.
- La resolución de embargo preventivo de bienes o de aseguramiento de pruebas.
- La resolución de decomiso.
- La resolución por la que se imponen sanciones pecuniarias.
- La orden europea de investigación.

Asimismo, establece con carácter básico el respeto a los derechos y libertades fundamentales como criterio principal de actuación, la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia, así como qué ha de entenderse por Estado de emisión y de ejecución.

A continuación, el Título I contiene las normas generales que rigen tanto la transmisión de las órdenes y resoluciones judiciales a otros Estados miembros como su ejecución en España, y, asimismo, las normas sobre recursos, gastos e indemnizaciones y reembolsos. Cobran especial relevancia, por un lado, el listado de categorías delictivas a las que no será de aplicación el principio de doble tipificación, listado contenido en los treinta y dos apartados del artículo 20.1, y, por otro, los motivos generales de denegación del reconocimiento y ejecución.

Las causas generales de denegación están recogidas en el artículo 32 y son las siguientes:

- a) Que se trate de cosa juzgada en España o en otro tercer Estado, aún cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado.
- b) Que hubiera prescrito el delito o la sanción, de haber sido ésta impuesta en España.
- c) Que la documentación presentada fuera incompleta o manifiestamente incorrecta.
- d) Que exista inmunidad que impida la ejecución.
- e) Que la resolución se hubiera dictado en ausencia del imputado, salvo incomparecencia voluntaria de éste al acto del juicio (art. 33).

El mismo artículo 32 añade que la autoridad judicial española también “podrá” denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución cuando ésta se haya impuesto por una infracción distinta de las reguladas en el apartado 1 del artículo 20 que no se encuentre tipificada en el Derecho español. Y cuando se refiera a hechos cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español, en cuyo supuesto deberá deducirse testimonio y remitirse al órgano judicial competente para el conocimiento del asunto.

Complementaria de la Ley 23/2014 es la Ley Orgánica 7/2014 sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

### III. LA ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA

Está regulada en los artículos 34 y ss de la Ley 23/2014, que establecen un procedimiento sencillo y rápido para la entrega de personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme.

La orden europea de detención y entrega es una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores (art. 34).

A) Son autoridades judiciales competentes para emitir una orden europea de detención y entrega el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 35.1), quienes podrán dictarla con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo [art. 37.a)] o con el fin de proceder al cumplimiento de una condena a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo [art. 37.b)].

Si la orden europea de detención y entrega se hubiera emitido para el ejercicio de acciones penales, cuando el reclamado sea puesto a disposición de la autoridad judicial española, se convocará una comparecencia en los plazos y forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal o, cuando proceda, en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, a fin de resolver sobre la situación personal del detenido (art. 45.1). Si la orden europea de detención y entrega se hubiera emitido para el cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuando el reclamado sea puesto a disposición de la autoridad judicial española, ésta decretará su ingreso en prisión como penado a resultas de la causa (art. 45.2).

B) Son competentes para dar cumplimiento a una orden europea de detención y entrega emitida por un Juez de otro Estado miembro de la Unión Europea los Juzgados Centrales de Instrucción y, en su caso, el Juez Central de Menores (art. 35.2) (test-2014, preg. nº 100).

Cuando la orden europea de detención y entrega hubiera sido emitida por un delito que pertenezca a una de las categorías enumeradas en el apartado 1 del artículo 20 y dicho delito estuviera castigado en el Estado de emisión con una pena o una medida de seguridad privativa de libertad o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos (art. 47.1).

En los restantes supuestos no contemplados en el apartado anterior, siempre que estén castigados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad o con una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses o, cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos sean constitutivos de un delito conforme a la legislación española (art. 47.2).

En su artículo 48, la Ley 23/2014 diferencia unos supuestos en que la autoridad española “denegará” la ejecución de la orden de otros en que “podrá

denegar” la ejecución. Los primeros son los cinco siguientes: indulto, sobreseimiento libre, resolución definitiva que impida el posterior ejercicio de diligencias penales, cosa juzgada e incapacidad penal por edad. En cuanto a los segundos, es decir, los casos en que podrá denegar, menciona los casos siguientes:

a) Cuando la persona que fuere objeto de la orden europea de detención y entrega esté sometida a un procedimiento penal en España por los mismos hechos.

b) Cuando la orden europea de detención y entrega se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, siendo la persona reclamada de nacionalidad española o con residencia en España, salvo que consienta en cumplir la misma en el Estado de emisión. En otro caso, deberá cumplir la pena en España.

c) Cuando la orden europea de detención y entrega se refiera a hechos que se hayan cometido fuera del Estado emisor y el Derecho español no permita la persecución de dichas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio

C) La detención de una persona afectada por una orden europea de detención y entrega se practicará en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la legislación en materia de responsabilidad penal de menores. En el plazo máximo de setenta y dos horas tras su detención, o bien en el plazo de veinticuatro horas si se trata de un menor, la persona será puesta a disposición del Juez Central de Instrucción, o bien del Juez Central de Menores, quien le informará de la existencia de la orden europea, de su contenido, de su derecho a designar a un abogado en el Estado emisor de la orden europea cuya función consistirá en prestar asistencia al abogado en España facilitándole información y asesoramiento, de la posibilidad de consentir con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten (art. 50).

En el plazo máximo de setenta y dos horas desde que la persona detenida hubiera sido puesta a disposición judicial, se celebrará ante el Juez Central de Instrucción una audiencia con asistencia del Ministerio Fiscal, del Abogado de la persona detenida y, en su caso, del intérprete. Esta diligencia deberá acomodarse a lo previsto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la declaración del detenido (art. 51.1).

Si la persona detenida consintiera en su entrega y el Ministerio Fiscal no advirtiera causas de denegación o condicionamiento de la entrega, el Juez Central de Instrucción podrá acordar mediante auto su entrega al Estado de emisión.

Si no hubiera consentido, el Juez Central de Instrucción convocará a una vista para la proposición y práctica de pruebas e informes sobre la concurrencia de causas de denegación o de condicionamiento de la entrega, y resolverá mediante auto contra el que cabe recurso de apelación directo ante la Sala de lo penal de la

Audiencia Nacional, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual tendrá carácter preferente.

En el curso de la audiencia, el Juez Central de Instrucción, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional o la libertad provisional, adoptando cuantas medidas cautelares considere necesarias para asegurar la plena disponibilidad de los afectados, y de modo especial las previstas a tal efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

D) La Ley 23/2014 regula, además:

-una modalidad de entrega condicionada cuando la infracción esté castigada con una pena o medida de seguridad privativa de libertad a perpetuidad, o cuando la persona afectada tuviera nacionalidad española o residencia en España;

-una modalidad de entrega suspendida cuando la persona reclamada tuviera algún proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por hechos distintos de los que hayan motivado la orden;

-el caso de concurrencia de solicitudes, estableciendo que resolverá el Juez Central de Instrucción atendidas las circunstancias del caso, y si concurre una orden europea con una solicitud de extradición por parte de un tercer Estado, la autoridad judicial española suspenderá el procedimiento y remitirá toda la documentación al Ministerio de Justicia para que decida el Consejo de Ministros.

#### IV. LA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN (LEY 3/2018, DE 11 DE JUNIO): EMISIÓN, TRANSMISIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.

La orden europea de investigación es “una resolución penal emitida o validada por la autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea, dictada con vistas a la realización de una o varias medidas de investigación en otro Estado miembro, cuyo objetivo es la obtención de pruebas para su uso en un proceso penal. También se podrá emitir una orden europea de investigación con vistas a la remisión de pruebas o de diligencias de investigación que ya obren en poder de las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución”.

Este nuevo mecanismo de cooperación judicial penal, que sustituye al exhorto europeo de obtención de pruebas, está regulado en los artículos 186 y siguientes de la Ley 23/2014, preceptos que han sido incorporados a esta ley a través de la Ley 3/2018, de 11 de junio, dictada para la transposición de la Directiva 2014/41.

El propio artículo 186, en el que se contiene la definición antes formulada, condiciona la validez en España de los actos de investigación realizados por el Estado de ejecución al requisito de que no contradigan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español ni resulten contrarios a las garantías procesales reconocidas en éste.

**EMISIÓN Y TRANSMISIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA DE INVESTIGACIÓN.** Son autoridades competentes para la emisión de una orden europea de investigación los jueces o tribunales que conozcan del proceso penal en el que debe adoptarse la medida o que hayan admitido la prueba si el procedimiento se encuentra en fase de enjuiciamiento; así como el Ministerio Fiscal, en los procedimientos que dirija, siempre que la medida no sea limitativa de derechos fundamentales.

La orden europea de investigación se documentará en un formulario oficial, que deberá expresar: a) Los datos de la autoridad de emisión. b) El objeto y motivos de la orden europea de investigación. c) La información necesaria sobre la persona o personas afectadas. d) La descripción de la conducta delictiva que es objeto de la investigación o proceso y las disposiciones aplicables del Derecho penal español. e) La descripción de la medida o medidas de investigación que se solicitan y de las pruebas a obtener. f) Las formalidades, procedimientos y garantías cuya observancia solicita que sean respetadas por el Estado de ejecución.

Justificándolo debidamente, la autoridad española competente podrá solicitar la participación en la ejecución de la orden europea de investigación de una o varias autoridades o funcionarios españoles, en la misma forma en que hubieran podido estar presentes en su ejecución en territorio nacional.

**RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.** La autoridad competente en España para recibir órdenes europeas de investigación es el Ministerio fiscal, salvo que contenga medida alguna limitativa de derechos fundamentales, en cuyo caso será remitida al juez o tribunal competente, lo mismo que cuando se indique expresamente por la autoridad de emisión que la medida de investigación debe ser ejecutada por un órgano judicial.

El Ministerio Fiscal denegará el reconocimiento y ejecución en los siguientes casos: a) Cuando exista un privilegio procesal que haga imposible su ejecución. b) Por razones de seguridad nacional. c) Cuando se refiera a hechos cometidos en territorio español y no sean constitutivos de delito en España. d) Por incompatibilidad con las obligaciones del Estado español. e) Cuando la conducta no sea constitutiva de delito con arreglo al Derecho español y no esté recogida en las categorías de delitos a que se refiere el artículo 20.1. f) Cuando la utilización de la medida de investigación esté limitada en el Derecho español a una lista o categoría

de delitos o a delitos castigados con penas de a partir de un determinado umbral que no alcance el delito a que se refiere la orden europea de investigación. g) Cuando se refiera a procedimientos incoados por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea.

La autoridad competente española suspenderá el reconocimiento y la ejecución de una orden europea de investigación cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: a) Que su ejecución pudiera perjudicar una investigación penal o actuaciones judiciales penales en curso, hasta el momento que se considere necesario. b) Que los objetos, documentos o datos de que se trate estén siendo utilizados en otros procedimientos, hasta que ya no se requieran con ese fin.

Regula específicamente la Ley el traslado de las pruebas obtenidas (art.211) que se hará de forma inmediata; la necesidad de contactos permanentes entre la autoridad española de ejecución y la autoridad de emisión (art. 212) a la que se comunicará las vicisitudes que se produzcan y las resoluciones que se vayan adoptando; y la obligación de confidencialidad (art. 213).

Junto al régimen general, La Ley 3/2018 establece normas adicionales para determinados tipos de medidas como el traslado temporal de detenidos (arts. 195, 196, 214 y 215), comparecencias por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual (arts. 197 y 216), obtención de información relacionada con cuentas o transacciones bancarias o financieras (arts. 198, 199, 217 y 218), obtención de pruebas en tiempo real, de manera continua y durante un determinado período de tiempo (arts. 200 y 219), investigaciones encubiertas (arts. 201 y 220), intervención de telecomunicaciones (arts. 202, 221 y 222) y aseguramiento de medios de prueba (arts. 203 y 223).

## V. GARANTÍAS PROCESALES

La aplicación del principio de reconocimiento mutuo sólo se concibe a partir de la confianza recíproca entre los sistemas jurídicos nacionales, objetivo que se alcanza mediante el establecimiento de normas comunes sobre garantías procesales y la armonización de los criterios para su puesta en práctica.

A estos efectos es preciso recordar los artículos 82, 83 y 84 del TFUE, que contienen previsiones encaminadas a los fines siguientes:

A) Aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

B) Establecimiento de normas mínimas referidas a: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos; d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión.

C) Convergencia en la tipificación de infracciones penales y sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza.

D) Prevención de la delincuencia.

Podemos concluir con una mención del denominado Programa de Estocolmo, aprobado por el Consejo Europeo celebrado los días 10 y 11 de diciembre de 2009.

Sobre la base del plan de trabajo marcado, y dentro del llamado espacio de libertad, seguridad y justicia, se han adoptado hasta la fecha importantes Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las garantías en el proceso penal. De entre ellas destacamos las siguientes:

1<sup>a</sup>. La Directiva 2010/64, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

2<sup>a</sup>. La Directiva 2012/13, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

3<sup>a</sup>. La Directiva 2013/48, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

4<sup>a</sup>. La Directiva 2016/343, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

5<sup>a</sup> La Directiva 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.

6<sup>a</sup> La Directiva 2016/1919 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

7<sup>a</sup> La Directiva 2017/541, relativa a la lucha contra el terrorismo.

\* \* \*