



Universidad  
de Alcalá

**FACULTAD DE DERECHO**  
**MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA**  
**PROFESIÓN DE ABOGADO**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**  
**DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN EN EL**  
**PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

**Presentado por:**

**Doña Esther Arranz Arribas**

**Dirigido por:**

**Don Esteban Mestre Delgado**

**Alcalá de Henares, 13 de enero de 2020**

## Tabla de contenido

<b>RESUMEN</b> .....	<b>3</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>3</b>
<b>PALABRAS CLAVE</b> .....	<b>4</b>
<b>KEY WORDS</b> .....	<b>4</b>
<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>1.1. Definición</b> .....	<b>4</b>
<b>1.2. Regulación</b> .....	<b>4</b>
<b>1.3. Finalidad</b> .....	<b>5</b>
<b>2. CARACTERÍSTICAS</b> .....	<b>6</b>
<b>3. TIPOS</b> .....	<b>6</b>
<b>3.1. Breve introducción de las diligencias de prevención</b> .....	<b>6</b>
<b>3.2. Breve resumen de las diligencias preliminares</b> .....	<b>9</b>
<b>3.3. Diligencias de investigación encaminadas a la comprobación del delito y la averiguación de la responsabilidad</b> .....	<b>11</b>
3.3.1. Inspección ocular.....	11
3.3.2. El cuerpo del delito.....	18
3.3.3. Identificación del presunto delincuente y de sus circunstancias personales.....	20
3.3.3.1 Diligencia de reconocimiento de identidad.....	20
3.3.3.1.A Reconocimiento fotográfico.....	20
3.3.3.1.B Reconocimiento en rueda .....	22
3.3.3.2 Diligencia para determinar sus circunstancias personales .....	24
3.3.3.2.A Edad.....	24
3.3.3.2.B Conducta y antecedentes .....	24
3.3.3.2.C Capacidad mental .....	25
3.3.4. Declaración de testigos.....	27
3.3.5. Declaración del investigado .....	30
3.3.6. Declaración de los perjudicados .....	34
3.3.7. Careo .....	35
3.3.8. Informes periciales .....	37
3.3.9. Diligencia para determinar el daño y el responsable (responsabilidad civil) .....	40
3.3.10. Otros medios de investigación.....	43
3.3.10.1 Circulación o entrega vigilada de estupefacientes .....	43
3.3.10.2 Actuación de agentes encubierto.....	47

<b>3.4. Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales .....</b>	<b>50</b>
3.4.1. Introducción en base al art. 18 CE.....	50
3.4.2. Entrada y registro en lugar cerrado .....	50
3.4.3. Medidas de investigación tecnologicas .....	62
3.4.3.1 Introducción .....	62
3.4.3.2 Disposiciones comunes a las siguientes diligencias de investigación.....	63
3.4.3.3 Interceptación de las comunicaciones telefonicas y telemáticas.....	68
3.4.3.4 Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos .....	72
3.4.3.5 Utilización de dispositivos tecnicos de captación de imagen, seguimiento y localiazación .....	74
3.4.3.6 Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información .....	77
3.4.3.7 Registro remoto sobre equipos infomáticos.....	79
3.4.3.8 Medidas de aseguramiento / orden de conservación de datos.....	81
<b>3.5. Otros medios de investigación.....</b>	<b>82</b>
3.5.1. Inspecciones e intervenciones corporales.....	82
3.5.2. Diligencia de cacheo .....	84
3.5.3. La recogida de ADN.....	86
3.5.4. Reconocimientos médicos y examen radiológico .....	87
3.5.5. La prueba de alcoholemia.....	89
<b>4. DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS .....</b>	<b>93</b>
<b>5. TRAMITACIÓN .....</b>	<b>93</b>
<b>5.1. Órgano competente .....</b>	<b>93</b>
<b>5.2. Plazo.....</b>	<b>94</b>
<b>6. EL DERECHO DE DEFENSA .....</b>	<b>94</b>
<b>7. CONCLUSIONES .....</b>	<b>97</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>98</b>
<b>9. WEBGRAFÍA .....</b>	<b>99</b>
<b>10. JURISPRUDENCIA EMPLEADA.....</b>	<b>100</b>
<b>11. NORMATIVA ESTUDIADA .....</b>	<b>103</b>

## **RESUMEN**

Las diligencias de investigación son aquellas que se llevan a cabo mayoritariamente en la fase de instrucción y que tienen un papel fundamental en el proceso judicial penal. Tanto es así que, a través de la modificación del año 2015 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), han sido reforzadas numerosas medidas de fortalecimiento de los derechos procesales con una nueva regulación del derecho de defensa, así como de las investigaciones tecnológicas.

El propósito del presente trabajo es exponer, por un lado, las principales diferencias entre las diligencias de investigación, así como la finalidad de cada una de ellas. Y, de igual modo, exponer las peculiaridades concretas a valorar en su conjunto y la función de los diferentes intervinientes en cada una de ellas, como pueden ser los Letrados, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal, las acusaciones, si las hubiese, o el Juez de instrucción, entre otros.

## **ABSTRACT**

The investigation proceedings are those that are carried out, mostly, in the investigation phase and that have a fundamental role in the criminal judicial process. So much so, that through the modification of the year 2015 of the Criminal Procedure Law (hereinafter, LECrim) numerous measures to strengthen procedural rights have been reinforced with a new regulation of the right to defense, as well as technological research.

The purpose of the present work is to expose, on the one hand, the main differences between the numerous investigation procedures, as well as the purpose of each one of them. And, in the same way, to expose the specific peculiarities to be valued in all of them and the function of the different intervenors in each of them, such as; the Lawyers, the Judicial Police, the Public Prosecutor, the accusations, if any, or the Judge of instruction, among others.

## **PALABRAS CLAVE**

*Derecho de defensa. Diligencias de investigación. Fase de Instrucción. Procedimiento Abreviado. Procedimiento penal.*

## **KEY WORDS**

*Abbreviated procedure. Instruction Phase. Penal procedure. Research diligences. Right of defense.*

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Definición<sup>1</sup>**

Las diligencias de investigación son aquellas actuaciones que se llevan a cabo para conocer de la existencia o no de unos hechos concretos. Para ello, se procede a la práctica de numerosos actos con la finalidad de constatar si existen indicios de delito.

Jurisprudencialmente se hace énfasis en que las “diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa y cuya realización compete al juez de instrucción”<sup>2</sup>.

### **1.2. Regulación**

En un sentido amplio, se encuentran reguladas en los artículos 774 a 797 bis del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

---

<sup>1</sup> Art. 13 LECrim

<sup>2</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 485/2019, de 1 de julio, FJ 4.

No obstante, ante la falta de regulación exhaustiva de algunas diligencias que veremos a continuación, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de acotar el contenido de las mismas.

### 1.3. Finalidad

La finalidad de las Diligencias de investigación es **“la constatación de la comisión del delito y de todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, la averiguación de la identidad de los culpables** y de los elementos que determinan las **circunstancias modificativas** de su responsabilidad criminal, y la **preparación del juicio oral**, asegurando los medios de prueba, las personas de los investigados y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”<sup>3</sup>.

De modo que el “Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen. Se emplearán para ello los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones establecidas en el presente Título”<sup>4</sup>.

Por tanto, se trata de diferentes actividades cuyo propósito es llevar a cabo una minuciosa investigación para hacer constar la perpetración de un hecho ilícito, es decir, la comisión de un delito, así como el presunto o presuntos responsables, que serán los investigados y, por último, las circunstancias que influyen en la calificación del delito. Y, una vez concluidas y en función de todo ello, se conocerá el órgano competente para el enjuiciamiento.

---

<sup>3</sup> VLEX., *Especialidades en la instrucción de las Diligencias previas* (en línea), <https://practico-penal.es/vid/especialidades-diligencias-previas-391379174> (consulta 29 de octubre de 2019).

<sup>4</sup> Art. 777.1 LECrim.

## 2. CARACTERÍSTICAS

Parece evidente que cada Diligencia de investigación tendrá sus características propias, así como sus formalidades, pero si bien es cierto que todas ellas cuentan con unas características comunes.

Entre sus características cabe señalar que como regla general son públicas, pudiendo las partes tomar conocimiento de las mismas, así como intervenir en cada una de ellas, salvo que se decrete el secreto<sup>5</sup> de las actuaciones. Así lo recoge el art. 776.3 LECrim cuando afirma que “[I]os que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias”.

Otra de las características es la simplificación y la celeridad, toda vez que están sujetas a plazos concretos, en definitiva, se trata de no demorar la instrucción de la causa.

## 3. TIPOS

### 3.1. Breve introducción de las diligencias de prevención

Las diligencias de prevención son también conocidas como diligencias policiales. “Se pueden definir como aquellas **primeras medidas** que hay que realizar cuando se ha descubierto algún **hecho criminal**: la comprobación del delincuente, dar protección a los perjudicados y a sus familiares, custodiar las pruebas del proceso o detener a los posibles sospechosos”<sup>6</sup>.

En una primera aproximación es necesario acudir al art. 13 LECrim, que define y dice: “[s]e consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la

---

<sup>5</sup> Art. 302 LECrim.

<sup>6</sup> JUICIO PENAL., *Las Diligencias de Prevención* (en línea) <https://juiciopenal.com/derechos-del-detenido/diligencias-de-prevencion/> (consulta 15 de noviembre de 2019).

identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”.

A mayor abundamiento, es necesario remitirnos al art. 282 LECrim, el cual autoriza expresamente a la Policía Judicial a “averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal. Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial”.

En cuanto a su competencia, el art. 284 LECrim es claro al señalar: “[i]nmediatamente que los funcionarios de la Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público o fueren requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito privado, lo participarán a la autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. En otro caso, lo harán así que las hubieren terminado.

No obstante, cuando no exista autor conocido del delito la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción;
- b) Que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado; o
- c) Que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión.

De conformidad con el derecho reconocido en el art. 6 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, la Policía Judicial comunicará al denunciante que, en caso de no ser identificado el autor en el plazo de setenta y dos horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción”.

En cuanto al valor probatorio, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, que afirma: “como regla general, las diligencias policiales, al tratarse de meras diligencias de investigación, carecen en sí mismas de valor probatorio alguno, aun cuando se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellos pudieran derivarse deben incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo la declaración testifical de los Agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con todas las garantías de la contradicción y la inmediación”<sup>7</sup>.

“La policía judicial está, no sólo autorizada, sino obligada, a actuar en su misión de averiguar el delito y descubrir y asegurar a los delincuentes [art. 126 CE, arts. 282 y ss. LECr . y art. 11.1 g) de la LO 1/1986, sobre Cuerpos y Fuerzas de Seguridad]. Y en tales funciones está facultada para efectuar registros e inspecciones oculares sin autorización judicial cuando no hay relación alguna con los derechos fundamentales de las personas. Otra cosa es la eficacia procesal de estas actuaciones, que ordinariamente sólo sirven como medio de investigación y no como prueba de cargo apta para fundamentar una sentencia penal condenatoria”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 143/2013, de 28 de febrero, FJ 9.

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 669/2013, de 18 de julio, FJ 1.

Una vez incoadas unas diligencias policiales de prevención, es necesario notificarlas en el plazo legalmente estipulado, el cual se recoge en el art. 295 LECrim, donde afirma que “[e]n ningún caso los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado, salvo en los supuestos de fuerza mayor y en el previsto en el apartado 2 del artículo 284”, porque, en caso de superar estas horas o bien demorarse más de lo necesario, la Policía Judicial será corregida disciplinariamente.

“Finalmente, cuando no exista autor conocido del delito, la Policía Judicial conservará el atestado a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, sin enviárselo, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales;
- b. que se practique cualquier diligencia después de transcurridas 72 horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado; o
- c. que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión.

La Policía Judicial comunicará al denunciante que, en caso de no ser identificado el autor en el plazo de 72 horas, las actuaciones no se remitirán a la autoridad judicial, sin perjuicio de su derecho a reiterar la denuncia ante la fiscalía o el juzgado de instrucción”<sup>9</sup>.

### **3.2. Breve resumen de las diligencias preliminares**

Se trata de una fase previa a la investigación judicial estipulada en el art. 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>10</sup> y el art. 773.2 LECrim, que señala: “[c]uando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho

---

<sup>9</sup> DERECHO UNED-, *Las diligencias policiales de prevención* (en línea), <https://derechouned.com/libro/procesal-penal/7243-las-diligencias-policiales-de-prevencion> (consulta 6 de noviembre de 2019).

<sup>10</sup> Cfr., SANCHEZ GOMEZ, RG y BALLESTEROS SASTRES, B., *Proceso Penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*, Edit. Aranzadi, S.A.U, Navarra, 2018, pág. 184.

aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, informará a la víctima de los derechos recogidos en la legislación vigente; efectuará la evaluación y resolución provisionales de las necesidades de la víctima de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente y practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la **comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes** en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito”.

El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”.

Aunque el Fiscal interviene en todas las fases del procedimiento penal, además, dispone de la posibilidad de tramitar ciertas diligencias preliminares. Se trata por tanto de otorgar facultades al Ministerio Fiscal pero siempre con limitaciones, no pudiendo realizar en ningún caso actos que le correspondan exclusivamente al Juez instructor ni tampoco está facultado a realizar actos de investigación que pudieren afectar a derechos fundamentales. Una vez finalizada la investigación, el Fiscal deberá remitir al Juez que haya incoado la causa las diligencias todo lo practicado.

“Con respecto a los instrumentos de que se dispone por el Ministerio Fiscal para realizar estas funciones, nos encontramos con las siguientes:

Se puede dar orden a la Policía Judicial a fin de que practiquen las diligencias que se especifiquen o que se consideren adecuadas para localizar los bienes.

Es posible impetrar la colaboración de organismos públicos a fin de que suministren la información de que dispongan. (...)

Se pueden librar solicitudes de información a determinados registros (...).

Se puede solicitar información a entidades de crédito y financieras, empresas aseguradoras etcétera”<sup>11</sup>.

### **3.3. Diligencias de investigación encaminadas a la comprobación del delito y la averiguación de la responsabilidad**

#### 3.3.1. Inspección ocular

La inspección ocular<sup>12</sup> tiene por finalidad “que el Juez tome conocimiento *in situ* de todo aquello que pueda estar en relación con la existencias y naturaleza del hecho delictivo”<sup>13</sup>. Su regulación figura en los arts. 326 a 333 LECrim.

En la práctica de esta diligencia, debemos hacer una primera diferenciación, toda vez que la LECrim distingue entre si el hecho presuntamente punible haya dejado pruebas materiales o vestigios en su perpetración, o bien no los haya dejado.

Para ello, **si el hecho delictivo ha dejado vestigios o pruebas materiales**, debemos acudir para su desarrollo al art. 326 LECrim, que dispone: “[c]uando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho. A este fin, hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.

---

<sup>11</sup> VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E., “Lucha contra la corrupción y recuperación de activos. Instrumentos penales y procesales y la intervención del Ministerio Fiscal”, en ROCA MARTÍNEZ, J.M. (dir.) y LOREDO COLUNGA, M. (secr. acad.), *El proceso penal en ebullición*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017, pág. 65.

<sup>12</sup> Art. 727 LECrim.

<sup>13</sup> ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Décima Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2017, pág. 162.

Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”.

En este mismo sentido, y en relación con el procedimiento abreviado, dispone el art. 778.3 LECrim: “[e]l Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale”.

Dentro de esta modalidad, debemos realizar una segunda distinción entre la inspección ocular practicada por el Juez instructor y la realizada por la Policía Judicial y para ello debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando establece: “[e]n efecto, hemos de distinguir entre las diligencias policiales como actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y su autoría, para cuya efectividad la Policía Judicial está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, y la inspección ocular llevada a cabo durante la instrucción sumarial y que debe ser realizada por el Juez de instrucción, inspección ocular judicial que no puede confundirse ni asimilarse con las diligencias de investigación llevadas a cabo por técnicos de la Policía Judicial. Por ello, a diferencia de la inspección ocular que pueden realizar los funcionarios de la policía judicial al amparo de lo dispuesto en los arts. 282 LECrim. y 28 RD 769/87, que son solo actos de investigación y no de prueba (STS. 15.10.2001), el reconocimiento judicial efectuado por el Juez de instrucción constituye un acto de prueba preconstituida (STS. 1.10.2001), que es susceptible de ser introducida en el juicio oral a través de la lectura sanadora del art. 730 LECrim. En definitiva, aquellas medidas de investigación carecen en sí mismas de valor probatorio alguno, aun cuando se reflejan documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellos pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio oral mediante un medio probatorio aceptable en derecho”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005, de 10 de octubre, FJ 2.

En cuanto a su valor probatorio, como regla general, al no poder reproducirse en el acto del juicio oral, esta diligencia suele integrarse entre los casos de prueba anticipada, y por ello, la recogida de estos vestigios es lo que más relevancia podría tener, toda vez que la defensa querrá impugnar la “cadena de custodia”<sup>15</sup>, y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, al establecer:

“En relación a la cadena de custodia el problema que se plantea es garantizar que, dado que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de lo juzgado es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como le satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia, y en su caso, se destruye”<sup>16</sup>.

Cada vez es más habitual que las partes opten por empezar a cuestionar la diligencia de inspección ocular efectuada por la Policía o Guardia Civil a pretexto de no estar presente la autoridad judicial, y a propósito de esta cuestión el Tribunal Supremo viene a establecer:

“[E]l artículo 282 de la LECriminal autoriza expresamente a la policía judicial a “...recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito...”, por tanto, se trata de unas actuaciones efectuadas por la propia policía judicial anteriores a la investigación judicial, en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene atribuidas, y que tiene por finalidad la obtención de las fuentes de pruebas con evidente riesgo de desaparición, como ocurre con la recogida de huellas. Esta diligencia puede ser judicializada a través de la presencia de los miembros actuantes

---

<sup>15</sup> Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses [BOE de 19 de mayo de 2010].

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1190/2009, de 3 de diciembre, FJ 3.

en el Plenario, con lo que tal diligencia queda debidamente incorporada al mismo y sometida a los principios de publicidad y contradicción. (...)

En similar dirección, las SSTS. 849/2001 de 16.5 y 1759/2001 de 1.10 (...) explicaba que "la diligencia de inspección ocular y de recogida de vestigios o pruebas materiales efectuada por el Juez instructor que regula el art. 326 L.E.Cr. se configura como prueba preconstituida, susceptible de valoración como elemento probatorio por el Tribunal sentenciador a partir del acta en la que la autoridad judicial describe el resultado de la diligencia. Cuestión distinta es que esa misma diligencia se lleve a cabo por la Policía en cumplimiento de sus obligaciones de identificar a los autores de hechos delictivos, a cuyo fin se practica la inspección ocular y recogida de vestigios que sean útiles a las tareas de investigación (...). Estas actividades policiales -insistimos- no pasan de ser actos de investigación y para alcanzar el carácter de prueba legítima precisa inexcusablemente que se reproduzca en el Juicio Oral mediante el testimonio que preste alguno de los funcionarios que la hubiesen practicado, en condiciones que permitan la contradicción y la inmediación, y sólo de este modo aquella inicial actuación de investigación policial podrá ser valorada como prueba de cargo sobre la que el Tribunal fundamente su convicción"<sup>17</sup>.

Igualmente, como ha indicado la doctrina jurisprudencial:

“[E]stas diligencias pueden practicarse a prevención por la propia policial judicial, tal y como se establece en el art. 282 de la LECriminal, que autoriza expresamente a la policía judicial a «recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiese peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad Judicial».

Los preceptos de la LECriminal relativos a la recogida de pruebas materiales de la realización del delito en el lugar de los hechos (art. 326, inspección ocular; 334,

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 669/2013, de 18 de julio, FJ 1.

cuerpo del delito, etc.), deben ponerse en relación con los arts. 282 y 286.2º de la misma ley y con el Real Decreto 769/1987, de 17 de junio, regulador de las funciones de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se deduce la interpretación racional y actualizada de la norma en el sentido de que la labor especializada de búsqueda y ocupación de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito en el lugar de los hechos compete al personal técnico especializado de la Policía Judicial, bajo la superior dirección del Juez Instructor cuando estén incoadas diligencias penales, pero sin necesidad de su intervención personal (Sentencias 267/99, de 24 de febrero, 715/2000, de 27 de abril y núm. 873/2001, de 18 de mayo)<sup>18</sup>.

“La genuina prueba del desarrollo de la inspección ocular policial y de las circunstancias en las que, en el curso de la misma, sean localizadas las huellas dactilares, los objetos en las que se encontraron y la remisión de éstos al laboratorio oficial, estará constituida (...) por el testimonio del funcionario que practique esa diligencia, testimonio que ha de llevarse a efecto en el acto del Juicio Oral con todas las garantías de inmediación y contradicción, valorado por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de su soberana facultad que le atribuyen los arts. 117.3 de la Constitución Española y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fundamentándose en esa prueba testifical su convicción acerca de las distintas circunstancias en las que la fuerza policial encuentre las huellas digitales, que, posteriormente, serán objeto de informe pericial”<sup>19</sup>.

Estas diligencias, en base al art. 366 LECrim, “se practicarán con preferencia a las demás (...), no suspendiéndose su ejecución sino para asegurar la persona del presunto culpable o para dar el auxilio necesario a los agraviados por el delito”.

En cuanto al desarrollo de la práctica de la presente diligencia, el art. 327 LECrim establece que, “[c]uando fuere conveniente para mayor claridad o comprobación de los hechos, se levantará el plano del lugar suficientemente detallado, o se hará el retrato de las personas que hubiesen sido objeto del delito, o la copia o diseño de los efectos o instrumentos del mismo que

---

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 45/2007, 29 de enero, FJ 1.

<sup>19</sup> Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 3 de Arrecife de 25 de febrero de 2019.

se hubiesen hallado”. Continúa detallando la LECrim que, en el caso de tratarse de un robo o de cualquier otro delito cometido con fractura, escalamiento o violencia, el Juez instructor deberá describir los vestigios que haya dejado y consultará el parecer de peritos sobre la manera, instrumentos, medios o tiempo de la ejecución del delito”<sup>20</sup>.

Con la finalidad de poder “llevar a efecto lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ordenar el Juez instructor que no se ausenten durante la diligencia de descripción las personas que hubieren sido halladas en el lugar del delito y que comparezcan además inmediatamente las que se encontraren en cualquier otro sitio próximo, recibiendo a todas separadamente la oportuna declaración”<sup>21</sup>.

Por otro lado, **si el hecho delictivo no ha dejado vestigios o pruebas materiales**, debemos acudir para su desarrollo al art. 330 LECrim, que dispone: “[c]uando no hayan quedado huellas o vestigios del delito que hubiese dado ocasión al sumario, el Juez instructor averiguará y hará constar, siendo posible, si la desaparición de las pruebas materiales ha ocurrido natural, casual o intencionadamente, y las causas de la misma o los medios que para ello se hubieren empleado, procediendo seguidamente a recoger y consignar en el sumario las pruebas de cualquiera clase que se puedan adquirir acerca de la perpetración del delito”.

En estos casos, es más sencillo que el valor probatorio pueda quedar desvirtuado. Para evitarlo, “el Juez instructor procurará hacer constar por declaraciones de testigos y por los demás medios de comprobación la ejecución del delito y sus circunstancias, así como la preexistencia de la cosa cuando el delito hubiese tenido por objeto la sustracción de la misma”<sup>22</sup>.

La forma de practicarse esta diligencia quedará por escrito en el mismo acto en el que se esté realizado la inspección, procediendo a firmar dicha acta, el Fiscal, el Juez instructor, el Secretario y las partes allí personadas.

---

<sup>20</sup> Art. 328 LECrim.

<sup>21</sup> Art. 329 LECrim.

<sup>22</sup> Art. 331 LECrim.

En base al art. 333 LECrim, si al tiempo de practicarse la inspección ocular “hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, podrá presenciarse, ya sola, ya asistida del defensor que eligiese o le fuese nombrado de oficio, si así lo solicitara; uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes, las cuales se consignarán por diligencia si no fuesen aceptadas.

Al efecto el Secretario judicial pondrá en conocimiento del procesado el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia con la anticipación que permita su índole y no se suspenderá por la falta de comparecencia del procesado o de su defensor. Igual derecho asiste a quien se halle privado de libertad en razón de estas diligencias”.

En palabras de PÉREZ DEL VALLE, debemos añadir que “[e]n el procedimiento abreviado, dado que los delitos no son excesivamente graves, no se practicará ni la inspección ocular ni la reconstrucción de los hechos en el juicio oral. Pero, si fuera necesario a juicio de alguna de las partes, ésta lo podría pedir”<sup>23</sup>.

“Por último también cabe destacar que, al mismo tiempo que el juez lleve a cabo la inspección ocular, también es posible que se tome declaración al investigado o testigos, o que se informen a peritos... o, incluso, que se produzca una «reconstrucción de los hechos», si el juez lo considera oportuno”<sup>24</sup>. En definitiva, al tratarse de una fase acotada en el tiempo, **las diligencias pueden solaparse** con la finalidad de conocer a la mayor brevedad de tiempo las circunstancias concretas del hecho delictivo.

“En definitiva, la práctica de la inspección ocular durante la fase de juicio oral tiene un carácter excepcional y exige que la parte justifique por qué es necesario que el Tribunal de desplace al lugar que deba ser reconocido”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> PÉREZ DEL VALLE, F., *Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, Edit. Eolas, Madrid, 2017, pág. 277.

<sup>24</sup> TOMÉ GARCÍA, J.A., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Edit. Colex, S.A, Madrid, 2016, pág. 200.

<sup>25</sup> PINTO PALACIOS, F y PUJOL CAPILLA, P., *Manual de actuaciones en Sala. Técnicas prácticas del proceso penal*, 2.ª Edición, Edit. Wolters Kluwer España, S.A, Madrid, 2015, pág. 563.

Por último, y aunque no es posible establecer los motivos de forma detallada por la magnitud de ellos, sí es necesario añadir que cabe la denegación de la práctica de esta diligencia cuando el Juez instructor considere de forma razonada que se trata de una prueba innecesaria e improcedente<sup>26</sup>.

### 3.3.2. El cuerpo del delito

Su regulación es muy amplia y se encuentra recopilada principalmente en los art. 334 a 367 LECrim. En estos artículos se recoge desde su definición hasta cómo debe hacerse la recogida<sup>27</sup>, la retención<sup>28</sup> de los mismos, así como su conservación<sup>29</sup> o destrucción<sup>30</sup> entre otros.

Bajo la rúbrica del “cuerpo del delito” podemos distinguir, por un lado, armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase, y, por otro lado, “la persona o cosa objeto del delito”<sup>31</sup>

En base al art. 334 LECrim “[e]l Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida”.

En la práctica, “[a] veces resulta importante para la acusación o para la defensa que el Juez o Tribunal enjuiciador tenga a la vista el «cuerpo del delito» para la adecuada valoración del mismo. Así, por ejemplo, si se trata de un arma blanca, sobre su tamaño, longitud del filo; se trata de un objeto contundente o peligroso, o no, etc”<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 48/2004, de 22 de enero, FJ 2.

<sup>27</sup> Art. 334 LECrim

<sup>28</sup> Art. 338 LECrim

<sup>29</sup> Art. 338 LECrim.

<sup>30</sup> Art. 367 LECrim.

<sup>31</sup> Art. 335 LECrim.

<sup>32</sup> PÉREZ DEL VALLE, *Diligencias Previa de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, *Op. cit.*, pág. 278.

Como hemos tratado jurisprudencialmente en el epígrafe anterior, la competencia le corresponde no solo al Juez instructor, sino también a la policía judicial<sup>33</sup>.

Sobre la ausencia de consentimiento de los investigados, la sentencia del Tribunal Supremo 179/2016 dice:

“[N]i la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial.

En el caso de autos una colilla arrojada por los recurrentes se convierte en "res nullius" y por ende accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos (...). Conforme a tal doctrina resulta que en la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 L.E.Cr., la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarse, según el orden preferencial siguiente:

- el juez de instrucción en los casos normales.
- en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282.

No obstante, esta Sala estima oportuno interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos (véase Ley

---

<sup>33</sup> Art. 282 LECrim.

Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, art. 11.1.g; y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4º )”<sup>34</sup>.

### 3.3.3. Identificación del presunto delincuente y de sus circunstancias personales

#### 3.3.3.1 Diligencia de reconocimiento de identidad

##### 3.3.3.1.A Reconocimiento fotográfico

Se trata de una diligencia de investigación policial que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia, definen como una “herramienta policial idónea para orientar la investigación con el objetivo de lograr la identificación del autor de los hechos”<sup>35</sup>.

Por lo tanto, la finalidad de esta diligencia es la investigar con la finalidad de identificar al autor de un delito. En cuanto al modo en el que debe practicarse, parece claro que deben exhibirse varias fotografías de características diferentes y, de igual modo, los policías que lleven a cabo dicha diligencia no podrán inducir o sugestionar a la víctima o testigo, debiendo actuar el mismo de manera libre y espontánea ya que, en caso contrario, la diligencia quedaría gravemente viciada<sup>36</sup>.

En cuanto a su valor probatorio, cabe añadir que dicha diligencia “se realiza normalmente en el momento de denunciar los hechos en sede policial, pero, en otros casos, se lleva a efecto cuando en los respectivos juzgados se han abierto Diligencias Previas que se han archivado provisionalmente por resultar el autor desconocido. En ambos supuestos, se trata de actividades policiales que se incorporan al atestado y que, por consiguiente, carecen de valor probatorio”<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 179/2016, de 14 de febrero, FJ 3.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 184/2017, de 20 de enero, FJ 4.

<sup>36</sup> *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo 364/1999, de 4 de marzo, FJ 1, Sentencia del Tribunal Supremo 184/2017, de 20 de enero, FJ 4, y Sentencia del Tribunal Supremo 353/2014, de 8 de mayo, FJ 2.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 543/2018, de 12 de noviembre, FJ 3.

No obstante, añadir que el derecho a la presunción de inocencia “no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes”<sup>38</sup>, es decir, al tratarse de una diligencia que únicamente tiene validez para abrir una línea de investigación, requiere de la necesidad de ratificación de la misma en el acto del juicio oral.

Por tanto, “[s]olamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes ”<sup>39</sup>.

A mayor abundamiento, añadir que, a diferencia de la rueda de reconocimiento, donde sí es necesaria la presencia del letrado para ajustarse a las formalidades previstas en la LECrim, durante el reconocimiento fotográfico no es necesaria su presencia, puesto que todavía no se ha producido a la detención y esto es así puesto que, si acudimos al art. 520.6.b)<sup>40</sup> LECrim, éste hace únicamente referencia a los individuos detenidos.

---

<sup>38</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 60/2019, de 14 de marzo, FJ 1.

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 184/2017, de 20 de enero, FJ 4.

<sup>40</sup> “La asistencia del abogado consistirá en: (...) Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido”.

### 3.3.3.1.B Reconocimiento en rueda<sup>41</sup>

El reconocimiento en rueda, también conocido como identificación en rueda, es una diligencia de investigación con una regulación sucinta recogida en los arts. 369 y 370 LECrim, que puede practicarse bien en sede policial como en judicial. Consiste en la colocación de un grupo de personas, generalmente cinco, colocadas en orden, con características exteriores semejantes<sup>42</sup> y señaladas cada con un número concreto, para que, en su presencia, o bien a través de un cristal traslúcido (dependiendo de la conveniencia que considerase el Juez instructor), el testigo o la víctima del delito procedan a la identificación de forma clara y determinante del presunto autor de los hechos. Si se trata de varios testigos o víctimas, la citada diligencia deberá practicarse de forma separada y sin comunicación entre sí hasta que se haya efectuado el último reconocimiento. Si, por el contrario, fuesen varios los que debieran ser reconocidos, la víctima sí podrá realizar el reconocimiento en un solo acto.

En consecuencia, la finalidad de esta diligencia de investigación es que la identificación del presunto responsable no ofrezca ningún tipo de duda en cuanto a su autoría.

Tampoco constituye prueba definitiva, toda vez que pueden existir determinadas circunstancias que pueden viciar la rueda de reconocimiento, como podría ser que la víctima o el testigo hubiera visto al investigado en dependencias policiales, o si se trata de un caso de interés mediático, que hubiera salido su fotografía en cualquier medio de difusión, o simplemente que no se ratifique posteriormente en el acto del juicio oral el reconocimiento efectuado<sup>43</sup>. Esto no debe confundirse con la exhibición previa de fotografías de sospechosos para el reconocimiento fotográfico, ya que éste no vicia la posterior diligencias de reconocimiento de rueda: “salvo prueba en contrario, se ha partido de una absoluta sinceridad y sentido de la responsabilidad de la persona que realiza el reconocimiento que, ante la trascendencia de la diligencia procesal, se deberá mostrar objetivo e imparcial, desechando pronunciamientos apriorísticos y pronunciándose con meditación y cautela. Si, ante la

---

<sup>41</sup> Cfr. MORENO CATENA, V. *et alii*, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 92.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1202/2003, de 22 de septiembre, FJ 1.

<sup>43</sup> Cfr., PÉREZ DEL VALLE, *Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, *Op. cit*, pág. 101.

exhibición de la persona del sospechoso, situada en medio de otros sujetos de análogas o parecidas características, se renueva la identificación, ello corrobora y fortalece la fiabilidad del reconocimiento”<sup>44</sup>.

En cuanto a las irregularidades que puedan existir en cuanto a la formación de la rueda, el letrado de la defensa deberá alegarlo en ese mismo momento, debiendo recogerse en el acta, no debiendo posponerlo al acto del juicio oral<sup>45</sup>. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo cuando afirma que “la corrección de la rueda de reconocimiento, como mera diligencia de investigación, viene avalada por la intervención sustancial del letrado de la defensa, que garantiza el respeto a los intereses del imputado, y que no formuló en el presente caso protesta ni alegación alguna respecto de la correcta integración de la rueda, no correspondiendo al Tribunal sentenciador "reconocer" o "inspeccionar" a posteriori a las personas que participaron en dicha diligencia de investigación para apreciar parecidos o disparidades”<sup>46</sup>.

Ahora bien, el Tribunal Supremo declara que ciertas irregularidades carecen de relevancia cuando existe un reconocimiento en presencial judicial, y “[a]simismo el Tribunal Constitucional ha estimado como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores. Y esta Sala ha declarado en la STS nº 177/2003, de 5 de febrero, que, "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación”<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 814/2000, de 16 de mayo, FJ 4.

<sup>45</sup> Cfr. FARTO PIAY, T., y URIARTE VALIENTE, L.M., *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, 2.ª Edición, Edit. Wolters Kluwer España, S.A, Madrid, 2018, pág. 547.

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1091/2000, de 20 de junio, FJ 3.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 134/2017, de 2 de marzo, FJ 3.

### 3.3.3.2 Diligencia para determinar sus circunstancias personales

#### 3.3.3.2.A Edad

Se trata de una diligencia poco habitual, toda vez que únicamente se llevará a cabo por el Juez en el supuesto de que la identidad del investigado ofreciese dudas. Su regulación se encuentra recogida en el art. 375 y ss LECrim y es importante determinar la edad ya que, en caso de tratarse de un menor de edad, el Juez que esté conociendo de la causa debería inhibirse a favor del Juzgado de Menores<sup>48</sup>, y esto es así porque el art. 19 CP afirma que un menor que “cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”.

El art. 375 LECrim establece la forma en la que el Juez instructor podrá tomar conocimiento de la edad del investigado a través de la “certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro”.

No obstante, cuando no fuese posible su averiguación, no se suspenderá la tramitación de la causa “y se suplirá el documento del artículo anterior por informes que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieren los Médicos forenses o los nombrados por el Juez”<sup>49</sup>.

#### 3.3.3.2.B Conducta y antecedentes

En cuanto a la conducta, se regula en los arts. 377 y 378 LECrim, los cuales conceden al Juez de instrucción la posibilidad, si lo considera conveniente, de recabar informe, bien del alcalde, de agentes de la policía, así como de cualquier persona que pudiera ilustrarle sobre la conducta del investigable.

---

<sup>48</sup> Art. 97 LOPJ.

<sup>49</sup> Art. 375 LECrim.

Esta diligencia, aunque en mi opinión algo obsoleta, podría ser útil para acreditar el arraigo del investigado, o bien su peligrosidad, y sobretodo sería útil en el caso de que el Juez instructor tuviese dudas sobre la existencia del riesgo de fuga.

En lo que respecta a los antecedentes, debemos acudir al art. 379 LECrim, donde se afirma:

“Se traerán a la causa los antecedentes penales del procesado, pidiendo los anteriores a la creación del Registro Central de Penados de 2 de octubre de 1878, a los Juzgados donde se presume que puedan en su caso constar, y los posteriores exclusivamente al Ministerio de Gracia y Justicia.

El Jefe del Registro en el Ministerio está obligado a dar los antecedentes que se le reclamen, o certificación negativa, en su caso, en el improrrogable término de tres días, a contar desde aquel en que se reciba la petición, justificando, si así no lo hiciere, la causa legítima que lo hubiese impedido.

En los Juzgados se atenderá también preferentemente al cumplimiento de este servicio, debiendo ser corregidos disciplinariamente los funcionarios que lo posterguen”.

De este artículo podemos extraer varias ideas. En primer lugar, parece que se trata de una diligencia de gran importancia, toda vez que de su resultado puede depender el ingreso en prisión o no del investigado; además, en segundo lugar, es preciso recordar que la reincidencia en nuestro sistema español es una agravante de la responsabilidad penal.

#### 3.3.3.2.C Capacidad mental

Nos vamos a centrar para nuestro estudio en los arts. 381 a 383 LECrim. Si el Juez de instrucción considera que podrían existir indicios de enajenación mental, podrá recabar informe del médico forense<sup>50</sup> o bien de la testifical, como añade el art. 382 LECrim.

---

<sup>50</sup> Art. 381 LECrim.

Se trata de diligencias de suma importancia, toda vez que la enajenación mental en nuestro CP es una causa de atenuación<sup>51</sup> o bien una exención<sup>52</sup> de la responsabilidad penal.

Ahora bien, la enajenación mental puede ser sobrevenida u originaria. Si fuese originaria, es decir, en el momento de la comisión del hecho, debemos remitirnos al art. 381 LECrim, donde, como hemos explicado, el Juez recaba informe del médico forense. Se trata de un tema delicado, por lo que, siempre y cuando existan dudas sobre la calificación de dicha demencia, debe abrirse el acto del juicio oral con la finalidad de probar la concurrencia de una posible exención o atenuación de la responsabilidad penal<sup>53</sup>.

Si se tratase de una enajenación mental sobrevenida, en base al art. 383 LECrim, “se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud”, es decir, el procedimiento penal quedará en suspenso hasta que el investigado recobre la salud mental que ha perdido con posterioridad a la comisión del hecho delictivo. No obstante, en el supuesto caso de existir otros investigados que no tengan enajenación sobrevenida, el art. 383.2 LECrim establece que para ellos la causa continuará su tramitación normal.

En este sentido, podemos traer a colación:

“[L]a corriente jurisprudencial encarnada por las STS de 2 de abril de 1993, STS 669/2006, de 14 de junio y STS 1033/2010, de 24 de noviembre, que veda la posibilidad de someter a juicio oral al incapaz procesal por los motivos y afectación de los derechos fundamentales ya reseñados, a los que nos remitimos en aras de no ser reiterativos, hemos de reseñar que no consta debidamente adverbado, de modo indubitado y, evidentemente, con el preceptivo criterio médico como cuestión que afecta al estado mental de sujeto, que la situación actual de la investigada sea permanente, o más bien irreversible, esto es, si pudiera llegar a revertirse o no pro futuro de modo que pudiera llegar a gozar de un estado mental que le permitiese ser

---

<sup>51</sup> Art. 21.1 CP.

<sup>52</sup> Art. 20.1 CP.

<sup>53</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, V y DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal (para policías y criminólogos)*, Edit. Edisofer, S.L, Madrid, 2018, pág. 284.

enjuiciada sin quiebra de los antes citados derechos, es decir, alcanzar o disponer de la capacidad procesal para ser sometida a juicio oral. De este modo este Tribunal no se encuentra, con los informes médicos existentes, en posición de decidir de manera definitiva un eventual archivo del procedimiento cuya fase de instrucción ha finalizado, pues no se cuenta con un informe médico forense psiquiátrico concluyente sobre si la situación mental de la Sra. María Rosa es o no definitiva e irreversible, que resultaría pieza clave e imprescindible para adoptar la decisión correspondiente (...).

En definitiva, atendidos los informes forenses, en particular el de fecha 29 de mayo, ha de reiterarse que no resulta indubitadamente adverbado que la situación mental en que actualmente se encuentra la investigada resulte permanente e irreversible, de modo que no pudiera llegar a revertirse tal estado mental a otro estado que permitiese su sometimiento a juicio oral con pleno respeto de los derechos que le asisten y amparan, es decir, alcanzar o disponer de capacidad procesal para ser enjuiciada en el plenario<sup>54</sup>.

#### 3.3.4. Declaración de testigos<sup>55</sup>

Es una diligencia regulada en los arts. 410 a 450 LECrim, en la que una persona, testigo de unos hechos, es llamada a declarar ante el Juez de instrucción que esté conociendo de la causa por unos hechos que están siendo investigados.

Los testigos tienen la obligación de declarar lo que conozcan, y de comparecer cuando sean llamados judicialmente, salvo que se encuentren entre las excepciones de los arts. 411 y 412 LECrim, o bien estén dispensados<sup>56</sup>. Aquellos testigos que se nieguen a comparecer al llamamiento podrán ser sancionados<sup>57</sup> bajo multa de 200 a 5.000 euros y persistiendo en su

---

<sup>54</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 9/2019, de 16 de enero, FJ 2.

<sup>55</sup> Cfr., PINTO PALACIOS y PUJOL CAPILLA, *Manual de actuaciones en Sala. Técnicas prácticas del proceso penal*, Op. cit, pág. 100.

<sup>56</sup> Ver arts. 416, 417 y 418 LECrim.

<sup>57</sup> Art. 420 LECrim.

negativa podrán ser conducidos a dependencia judiciales por agentes de policía. Además, si el testigo no comparece no existiendo una justificación, su conducta podrá ser investigada por un delito de obstrucción a la justicia y desobediencia grave a las autoridades<sup>58</sup>.

A mayor abundamiento, en lo que respecta a la exención de declarar que recoge el art. 416 LECrim, era preciso afinar el termino de parentesco; por ello, es preciso traer a colación el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece, en el que se establece:

“La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECRIM alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan:

- a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto.
- b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”.

Dentro de las obligaciones de los testigos, y en base al art. 433 LECrim, se encuentra la de decir verdad porque, en caso contrario, podrían incurrir en un delito de falso testimonio penado en los arts. 460 y 458.1 y 458.2 CP.

Ahora bien, “es claramente comprensible la política legislativa que procura que el testigo que declare modo falso tenga una salida, retractándose y diciendo la verdad, que refunda en favor de la idea de Justicia y en la disminución del margen de error judicial, es decir: que si en el curso de una falsa declaración se retractan reconoce que ha mentido y cuenta la verdad, no sea entonces posible acusarle de falso testimonio la pena se vea muy rebajada. Así se explica la excusa absolutoria recogida en el CP en el art. 462”<sup>59</sup>, que dice: “[q]uedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de

---

<sup>58</sup> Art. 463.1 y 556 CP.

<sup>59</sup> MORENO VERDEJO, J., “Algunas cuestiones sobre la atribución al Fiscal de la instrucción en la reforma del Proceso Penal”, en ROCA MARTÍNEZ, J.M. (dir.) y LOREDO COLUNGA, M. (secr. acad.), El proceso penal en ebullición, Ed. Atelier, Barcelona, 2017, pág. 171.

que se trate. Si, a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado”.

Así, el art. 715 LECrim prevé que, “[s]iempre que los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar a mandar proceder contra ellos como presuntos autores del delito de falso testimonio cuando éste sea dado en dicho juicio.

Fuera del caso previsto en el párrafo anterior, en los demás podrá exigirse a los testigos la responsabilidad en que incurran, con arreglo a las disposiciones del Código Penal”.

En palabras de MORENO VERDEJO, opinión que comparto, sería necesaria una modificación de dicho precepto, permitiendo la persecución del falso testimonio, ya que, con la regulación vigente, este artículo imposibilita perseguir a quien dice “blanco” en fase de instrucción y “negro” en el acto del juicio oral. De modo que dicho precepto se convierte en un obstáculo para la persecución de quien va modificado su versión de los hechos en diferentes momentos.

En cuanto a la forma de practicarse dicha diligencia, debemos remitirnos en primer lugar al art. 433 LECrim, donde se recoge que el testigo tendrá que entregar al Letrado de la Administración de Justicia la copia de la cedula de citación para que éste compruebe su identidad. Sin embargo, en la práctica real este acto no se realiza, toda vez que, para comprobar la identidad del testigo, esta actuación puede llevarse a cabo por cualquier funcionario.

A continuación, el Juez de instrucción recordará al testigo la obligación de decir verdad y las consecuencias de su incumplimiento, y posteriormente, le preguntará si promete o jura decir verdad. Una vez que el testigo ha prometido decir verdad, el Juez instructor, en base al art. 436 LECrim, le preguntará “su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase, si ha estado procesado y la pena que se le impuso”.

Concluidas estas preguntas, el Juez de instrucción da el turno de palabra al testigo para que narre los hechos que conoce; en la práctica real suele ser común que el Juez le pueda interrumpir con la finalidad de conducir su testifical a los hechos de interés para esa causa.

La forma de proceder con el interrogatorio al testigo es el siguiente: en primer lugar, realizará las preguntas el Juez de instrucción; concluido el mismo, éste dará paso al Ministerio Fiscal; a continuación, será el turno de las acusaciones y, por último, el turno de la defensa del investigado.

Finalizada la práctica de la diligencia, el Acta de la misma será firmada por todos lo que hubieran intervenido en el acto, así como por el Letrado de la Administración de Justicia<sup>60</sup>.

### 3.3.5. Declaración del investigado

Es una diligencia esencial que debe practicarse en todo procedimiento penal y cuya finalidad es que la persona investigada ofrezca su versión de los hechos, otorgándole la posibilidad de defenderse. Se trata de una diligencia directamente ligada con el derecho a guardar silencio, derecho a no confesarse culpable y derecho a no decir la verdad; por ello, se trata de una diligencia que puede ser eludida por el investigado si se acoge a su derecho a no declarar.

En cuanto a su regulación, se encuentra en los arts. 385 a 409 bis LECrim, que deben completarse con el art. 520 LECrim, que recoge los derechos de todo detenido, los arts. 775, 767 y 768 LECrim, que recogen especialidades del procedimiento penal, y el art. 118 LECrim, que recoge el derecho de defensa y que trataremos más adelante, entre otros.

En lo que respecta a los derechos enunciados, es conveniente traer a colación, ya en el ámbito internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>61</sup>, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y más concretamente su art. 14.3.g), que recoge los derechos

---

<sup>60</sup> Art. 444 LECrim.

<sup>61</sup> «BOE» núm. 103, de 30/04/1977.

de toda persona investigada, entre ellos, el derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

“Por lo tanto, la declaración del investigado se rodea de una serie de importantes garantías, que en todo momento se deben preservar, por ser esta la diligencia fundamental sin la cual no pueden avanzar procesalmente las Diligencias Previas”<sup>62</sup>.

Además, se trata de una diligencia que en base a los art. 385 y 400 LECrim puede practicarse cuantas veces se considere necesario.

En cuanto a una posible confesión del investigado, el art. 406 LECrim es claro al señalar que esta confesión no exime al Juez instructor de practicar otras posibles diligencias para esclarecer los hechos o constatar la existencia de otros posibles investigados. Además, cabe añadir que el reconocimiento de los hechos ante el Juez instructor debe ser ratificado en el acto del juicio oral, toda vez que, en caso contrario, no constituye un medio de prueba, salvo que se introduzca en el juicio oral a través de su lectura<sup>63</sup> o bien, si la confesión se realizó en presencia de los agentes de policía, sean traídos al acto como testigos.

Antes de comenzar con la práctica de la diligencia es necesario traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de febrero de 2003, que dice:

“La función que cumple esta obligada comparecencia e interrogatorio judicial en el procedimiento abreviado es la de permitir que el acusado asuma formalmente el status de imputado y de que se proceda a su interrogatorio judicial antes de que se haya formulado la acusación en su contra (STC 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 4). Por tanto, "el Juez de Instrucción, en cualquier caso, está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora (haya dirigido ab initio o no las diligencias previas) quién sea el presunto autor del delito, a fin de citarlo

---

<sup>62</sup> WOLTERS KLUWER., *Diligencias previas* (en línea) [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjEzNTtbLUouLM\\_DxbIwMD\\_CwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAiOsOcTUA AAAA=WK E](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjEzNTtbLUouLM_DxbIwMD_CwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAiOsOcTUA AAAA=WK E) (consulta 9 de noviembre de 2019).

<sup>63</sup> Art. 714 LECrim.

personalmente de comparecencia, comunicarle el hecho punible cuya comisión se le atribuye, ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa (y de modo especial, de su derecho a la designación de Abogado en los términos de los arts. 788 y 118.4 LECrim), y tomarle declaración con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes con independencia de que haya prestado declaración ante otras autoridades que hayan intervenido”<sup>64</sup>.

La práctica de esta diligencia ante el Juez instructor transcurre en primer lugar con la lectura de derechos por el Letrado de la Administración de Justicia, al mismo tiempo que le requiere para que aporte domicilio en España para notificarle<sup>65</sup>.

A continuación, aunque en la práctica diaria no suele llevarse a cabo, el Juez instructor le informará de los hechos que se le imputan y a continuación, en base al art. 388 LECrim, procederá a preguntar cuestiones de carácter general como nombre, apellido, apodo...

En cuanto a la no información de uno de los delitos imputados por el Juez al investigado, el Tribunal Supremo señala que, “[c]omo es sabido, en la práctica de la diligencia de declaración judicial prevista en el art. 775 de la LECr., el Juez suele ir preguntando al imputado sobre cada uno de los hechos que se le atribuyen, respondiendo el imputado en el curso de su declaración a cada una de las imputaciones que se le formulan, sin que se acostumbre a transcribir al inicio de la diligencia una lista de imputaciones fácticas y jurídicas para que, posteriormente, el declarante responda a cada una de ellas. Por lo tanto, el Juez de Instrucción se ajustó en la diligencia a la práctica habitual en esa clase de declaraciones, no dándole el imputado ya oportunidad al instructor de formular las preguntas concretas debido a que el ahora recurrente se negó a responder, actitud negativa que también adoptó en el plenario al negarse a contestar a las preguntas del Ministerio Fiscal”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003, de 27 de febrero, FJ 5.

<sup>65</sup> *Cfr.*, art. 775 LECrim.

<sup>66</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 670/2015, de 30 de octubre, FJ 26.

Concluidas las preguntas generales, en base al art. 389 LECrim se da comienzo al interrogatorio; en primer lugar, realizará las preguntas el Juez instructor y, una vez finalizadas, dará la palabra al Ministerio Fiscal y, después, a las acusaciones, si las hubiese. Por último, el Juez dará la palabra a la defensa del investigado. Del citado precepto se desprende que, en lo que respecta a las preguntas, éstas deben ir encaminadas a la “averiguación de los hechos y a la participación en ellos del procesado y de las demás personas que hubieren contribuido a ejecutarlos o encubrirlos. Las preguntas serán directas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de un modo capcioso o sugestivo. Tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza”<sup>67</sup>.

Si la declaración del investigado se prolonga en exceso, podrá suspenderse “concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma. Siempre se hará constar en la declaración misma el tiempo que se haya invertido en el interrogatorio”<sup>68</sup>.

Terminadas las preguntas, si el investigado considera que no se le ha preguntado sobre alguna cuestión que considere relevante para su defensa, tiene lo que se conoce como el derecho de autodefensa<sup>69</sup>, aunque bien es cierto que en la práctica real no suele darse.

Para concluir la diligencia practicada, se dará copia de la declaración al investigado para que tanto él como su abogado constaten<sup>70</sup> que la transcripción de las manifestaciones efectuadas en correcta, y si fuese así se procede a su ratificación<sup>71</sup> por los allí presentes, pudiendo solicitar copia de la misma.

---

<sup>67</sup> Art. 389 LECrim.

<sup>68</sup> Art. 393 LECrim.

<sup>69</sup> Art. 6.3.c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y art. 14.3.d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>70</sup> Cfr. art. 402 LECrim.

<sup>71</sup> Art. 404 LECrim.

### 3.3.6. Declaración de los perjudicados

La Real Academia Española define la persona del perjudicado como aquella “[q]ue ha sido víctima de daño o menoscabo material o moral” e interviene en el procedimiento penal en calidad de testigo. La LECrim lo regula de forma dispersa a través de varios artículos que veremos con detalle a continuación.

La forma de iniciarse esta diligencia parece coincidir con el resto de las declaraciones en las que el Letrado de la Administración de Justicia le informa por escrito de los derechos que le asisten durante la declaración. Este proceso recibe el nombre de “ofrecimiento de acciones”, y en base a los arts. 109,110, 771.1º y 776.1º LECrim, estos derechos son:

Existe el derecho a mostrarse parte en el proceso, el derecho a ejercitar acciones penales y civiles o, solamente civiles o penales. De igual modo, una vez personados en el procedimiento, tendrán derecho a instar lo que a su derecho convengan, o bien tomar conocimiento de lo actuado; ahora bien, se les informará que para el hipotético caso de que renuncien a las acciones, el Ministerio Fiscal puede continuar con la acción penal. Otro derecho que les asiste es el derecho a renunciar o no a la restitución, reparación o indemnización derivadas del hecho punible.

Así las cosas, si el perjudicado lo es como consecuencia de un delito violento o contra la libertad sexual, se le deberá informar de los derechos contenidos en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual<sup>72</sup>.

En el supuesto de que el perjudicado lo sea por un delito de violencia de género, se le informará de los derechos que le asisten, contenidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

---

<sup>72</sup> «BOE» núm. 296, de 12/12/1995.

Y, por último, en caso de tener la condición de víctima, la misma tendrá derecho a ser acompañada por su representante legal<sup>73</sup>, entre otros<sup>74</sup>.

En otro orden de cosas, y como ya hemos tratado en la diligencia de declaración de testigos, y teniendo el perjudicado la condición de testigo, parece lógico que el mismo tiene la obligación de declarar y de decir verdad porque en caso contrario puede incurrir en un delito, como ya hemos visto.

De modo que, una vez informado de los derechos que le asisten, el Juez de instrucción recibirá la declaración del perjudicado y, finalizada la misma, el Juez concede el turno de palabra al Ministerio Fiscal, posteriormente a las acusaciones, si las hubiese y, por último, al letrado de la defensa. El acta de la declaración deberá ser impresa y firmada por los allí presentes.

### 3.3.7. Careo

La diligencia de careo es “una prueba que se practica cuando los testigos o los procesados entre sí o aquellos con éstos discordaren alguna de algún hecho o alguna circunstancia”<sup>75</sup>.

Su práctica, o no, será decisión del Juez instructor, que aceptará realizarlo dependiendo de la suficiencia o no de otras pruebas y de la necesidad de la misma. Así lo recoge el art. 451 LECrim, al decir “podrá el Juez celebrar careo entre los que estuvieren discordes”.

Cabe señalar que, como señala la jurisprudencia, la denegación de la diligencia de careo en sí misma no supone una vulneración del derecho de defensa, y en este sentido conviene traer a colación la siguiente jurisprudencia, la cual afirma:

---

<sup>73</sup> Art. 21.c) de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

<sup>74</sup> Art. 3 y ss de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

<sup>75</sup> PÉREZ DEL VALLE, *Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, *Op. cit*, pág. 283.

“[P]retender que la imposibilidad de llevar a la práctica el careo interesado y la negativa a efectuar una pregunta es causa de indefensión, y con base en ella instar la nulidad del juicio por vulneración de derecho fundamental, considera esta Sala que es totalmente desajustado a Derecho. Y ello porque la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando cómo se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada.

El carácter material y no meramente potencial o abstracto de la indefensión subyace, además, bajo los conceptos de pertinencia y necesidad de la prueba para sustentar la posible indefensión que alega la parte, máxime cuando, como sostiene la doctrina citada anteriormente, no es suficiente una denegación o una prueba no practicada que pueda tener tintes de vulneración de norma procesal para sustentar una indefensión. (...)

La diligencia de careo no es propiamente un medio de prueba, sino tan sólo un medio, subsidiariamente utilizable, para contrastar la eficacia de otras de carácter personal y que no cabe practicar sino cuando no exista otro medio de comprobar la existencia de delito o la culpabilidad de los procesados (art.455 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) según doctrina de esa Sala. (...) No existían contradicciones que justificaran un careo”<sup>76</sup>.

De tal modo que únicamente se procederá a la práctica de esta diligencia “cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados”<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 542/2015, de 30 de septiembre, FJ 8.

<sup>77</sup> Art. 455 LECrim.

En cuanto a su práctica, la presente diligencia se lleva a cabo ante el Juez de instrucción, durante el transcurso de la misma el investigado deberá estar en presencia de su letrado, sin embargo, en el caso de los testigos no es necesario que acudan con letrado.

El art. 452 LECrim desarrolla el procedimiento mediante el cual el Juez, preguntando a los careados si se ratifican en su declaración, y contestando éstos de forma positiva, les expone las contradicciones, invitándoles a que se pongan de acuerdo, sin insultos ni amenazas de ninguna clase.

El Letrado de la Administración de Justicia “dará fe de todo lo que ocurriere en el acto del careo y de las preguntas, contestaciones y reconvencciones que mutuamente se hicieren los careados, así como de lo que se observare en su actitud durante el acto; y firmará la diligencia con todos los concurrentes, expresando, si alguno no lo hiciere, la razón que para ello alegue”<sup>78</sup>.

“Dado que es un medio de contraste de fiabilidad de los testigos o encausados, en esta prueba es importante la firmeza y seguridad con la que los careados se manifiesten, su actitud durante el acto y las reconvencciones que se hicieren mutuamente. Todo ello influye en el juez acerca de a quién dar más credibilidad. Nada impide que el letrado defensor de un careado le informe de esas circunstancias para que se muestre seguro y firme en el careo”<sup>79</sup>.

### 3.3.8. Informes periciales<sup>80</sup>

Se trata de una diligencia de investigación regulada en los arts. 456 a 485 LECrim, consistente en la aportación de un informe por parte de una o varias personas, sin interés en el procedimiento, pero conocedor de una materia o en posesión de conocimientos que puede arrojar luz al procedimiento. El perito puede ser nombrado de oficio o de parte, y de igual modo,

---

<sup>78</sup> Art. 453 LECrim.

<sup>79</sup> PÉREZ DEL VALLE, *Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, *Op. cit.*, págs. 283 y 284.

<sup>80</sup> *Cfr.*, POMARES RAMÓN, C y VADILLO GARCÍA, J, *La Policía Local como Policía Judicial: Manual para la inspección técnico-policia*, 2.ª Edición, Edit. Club Universitario, Alicante, 2016, pág. 179.

puede ser titulado o no titulado, es decir, no se les pide un título académico ni profesional concreto.

En el procedimiento penal abreviado, el informe pericial puede ser prestado por un solo perito, siempre que el Juez instructor lo considere suficiente<sup>81</sup>.

Entre las obligaciones del mismo se encuentran la de comparecer, declarar y decir verdad, prestando juramento de imparcialidad y objetividad<sup>82</sup>. En caso contrario su incumplimiento puede conllevar al perito responsabilidades penales<sup>83</sup>.

“[L]a propia Sala Primera de este Tribunal Supremo en sentencia de fecha 23 de mayo de 2006 señala que "si el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios, como ocurre con los de carácter médico, para fijar los hechos y para extraer las debidas consecuencias jurídicas en relación con la posible existencia de responsabilidad, la prueba pericial debe cumplir la función de proporcionárselos, puesto que la función del perito es la de auxiliar al juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe pericial, como en tantas ocasiones ha declarado la jurisprudencia, cosa que comporta concluir sobre los hechos y extraer las debidas consecuencias jurídicas, tanto en el orden de la causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica, como en el aspecto de la apreciación de culpa o negligencia determinante de responsabilidad civil (valorando la prueba pericial no sólo en sus conclusiones, sino ponderando su fundamentación, fuerza lógica y razón de ciencia, y relacionándola con las demás pruebas), pues otra cosa equivaldría a un abandono de la potestad jurisdiccional”<sup>84</sup>.

“Por otra parte, esta Sala Segunda -decíamos en la STS nº 370/2010, de 29 de abril- solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no

---

<sup>81</sup> *Cfr.* art. 778.1 LECrim.

<sup>82</sup> *Cfr.* art. 474 LECrim.

<sup>83</sup> Arts. 459 y 460 CP.

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio, FJ 2.

disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS 182/2000, 8 de febrero; 1224/2000, 8 de julio; 1572/2000, 17 de octubre; 1729/2003, 24 de diciembre; 299/2004, 4 de marzo y 417/2004, 29 de marzo, entre otras) (STS nº 53/2013 )”<sup>85</sup>.

“[L]a jurisprudencia es clara al afirmar que la prueba pericial no puede ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad por el Tribunal de casación, toda vez que los peritos comparecen en el juicio oral, y en ese momento el Juez tiene la posibilidad de completar el informe si le surgen dudas en algún punto, por tanto, encontramos el principio de inmediación y por ello, no pueden ser revisados estos informes en el recurso de casación<sup>86</sup>.

Son causas de recusación las estipuladas en el art. 468 LECrim.

El art. 478 LECrim recoge el contenido del informe pericial, que deberá comprender si fuese posible:

“1.º Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo en el estado o del modo en que se halle.

El Secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes.

2.º Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior.

---

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 712/2015, de 20 de noviembre, FJ 3.

<sup>86</sup> Cfr., MELÓN MUÑOZ, A. *et alii*, *Memento Práctico Proceso Penal*, Ed. Lefebvre-El Derecho SA, Madrid, 2016, pág. 708.

3.º Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte”.

“Examinado el informe por el letrado y consultado el mismo con algún experto, éste suele pedir aclaraciones presentado un escrito solicitando la comparecencia del perito para que las efectúe, o en caso de tener un segundo informe, presentándolo en el Juzgado de Instrucción instando su incorporación a la causa y la ratificación del mismo a presencia judicial. El letrado defensor ha de tener en cuenta, en relación a los peritajes oficiales, que, al tratarse de informes emitidos por Organismos Públicos, el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2005, así como el de 21 de mayo de 1999, del Pleno de la misma Sala, estimaran innecesario la ratificación de dichos dictámenes. Por eso, habrá de motivarse la razón de la petición de la comparecencia de estos peritos para que sea acordada puesto que no es suficiente con una impugnación genérica sin alegación de motivos”<sup>87</sup>.

Por último, existe variedad de peritos, dependiendo de la materia y el tema concreto a tratar, como pueden ser médico forense, perito en valoración de daños, peritos del Instituto Nacional de Toxicología, perito médico, psiquiatra, psicólogo...

### 3.3.9. Diligencia para determinar el daño y el responsable (responsabilidad civil)

De todo delito puede nacer una acción civil, que puede consistir en la restitución, reparación o la indemnización de perjuicios derivados del delito. Por ello, la acción civil puede ir tramitada junto a la acción penal, es decir, se pueden acumular y, así, estas diligencias se conocen como “pieza de responsabilidad civil”, o bien se puede reservar el ejercicio de la acción civil a través de un procedimiento civil diferente al penal. Así lo recoge el art. 100 LECrim cuando señala: “[d]e todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”.

---

<sup>87</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Diligencias Previa de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, *Op. cit.*, pág. 285.

Las piezas separadas en un procedimiento penal son “[a]quella parte de los autos que para resolver un incidente que no impide la continuación del procedimiento principal se tramitan de forma independiente al proceso principal. Por decirlo de otra manera, es un procedimiento dentro del procedimiento principal”<sup>88</sup>.

Por ello, si el hecho delictivo ha ocasionado daños y perjuicios materiales o morales, y se hubiera optado por la acumulación de la acción civil a la penal, existirían en el procedimiento lo que se conoce como “partes civiles”, cuyo papel procesal puede coincidir o no con el de las partes penales.

Como hemos visto, en el art. 100 CP de todo hecho delictivo nace una obligación civil que consiste en una obligación de resarcir. “Esta acción conserva su naturaleza civil y ésta preside los aspectos esenciales de su régimen jurídico, pues no por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción criminal pierde la acción civil su auténtica naturaleza y deja de regirse por los principios dispositivo y de rogación, aunque en algunas ocasiones se ve éste afectado por la influencia del principio de oficialidad propia del proceso penal en el que se ejerza aquélla”<sup>89</sup>.

“Si se trata de delitos estrictamente patrimoniales, como hurto, apropiación indebida, estafa, robo con fuerza, etc., es posible que el único bien jurídico protegido, el patrimonio privado, pueda ser íntegramente reparado en su plenitud. No ocurre lo mismo en el pago de una indemnización económica señalada por unos perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales. El daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos, aunque fuera integro, sólo en parte podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege”<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> WOLTERS KLUWER., *Pieza separada (proceso penal)* (en línea) [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDczNzS7Wy1KLizPw8WyMDAawsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAG\\_tFu81AAAAWKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDczNzS7Wy1KLizPw8WyMDAawsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAG_tFu81AAAAWKE) (consulta 3 de diciembre de 2019).

<sup>89</sup> MELÓN MUÑOZ, A. *et alii*, *Memento Práctico Proceso Penal*, *Op. cit.*, pág. 251.

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 121/2017, de 23 de febrero de 2007, FJ 5.

El art. 115 CP establece: “[l]os Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”.

Con la finalidad de dilucidar respecto de los criterios que usa el Tribunal a la hora de tasar y valorar esos daños, es aconsejable acudir a un caso real que se dio en la ciudad de Barcelona y donde la Sala fijo la indemnización por daños y perjuicios basándose en los siguientes criterios:

“a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación y los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia del perjuicio económico.

b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido de pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho”<sup>91</sup>.

Sin duda, lo que resulta más costoso es la determinar de los daños morales, y sobre este punto se ha pronunciado el Tribunal Supremo:

“La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos”. La jurisprudencia de la Sala Primera, por su parte, entiende de aplicación la doctrina *in re ipsa loquitur* cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar “evidente”; es decir, “cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado”, (SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007, etc.). El daño moral, en casos como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido y de la gravedad de la acción que lo ha lesionado criminalmente; no deriva de la prueba de

---

<sup>91</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 16/2018, de 14 de diciembre, FJ 4.

lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima”<sup>92</sup>.

En cuanto a la fundamentación de las cuantías, esta misma Sala sostiene:

“Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven a través de pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan "x" euros y no una cantidad ligeramente superior o ligeramente inferior. Cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación, o se aparta de estándares habituales o comprensibles de manera que parezca fruto de un puro voluntarismo o capricho sí será posible la revisión tal y como recuerda la STS 957/2007 de 28 de noviembre ya citada”<sup>93</sup>.

### 3.3.10. Otros medios de investigación

#### 3.3.10.1 Circulación o entrega vigilada de estupefacientes

El art. 263. bis LECrim prevé la presente diligencia de investigación, mediante la cual se autoriza la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas, con la finalidad de combatir el tráfico de drogas. Dicho de otro modo, se trata de una excepción transitoria a la obligación de denunciar un hecho delictivo y de perseguirlo por las autoridades<sup>94</sup>.

Así, el art. 263 bis. 2 LECrim establece: “[s]e entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los equipos, materiales y sustancias (...), así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas (...), circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes

---

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 715/2016, de 26 de septiembre, FJ 9.

<sup>93</sup> *Ibidem*

<sup>94</sup> Ver art. 408 CP.

y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito”.

Por drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas “hay que entender todas las drogas de circulación prohibida, causen o no grave daño a la salud (art. 368 CP), y por “sustancias prohibidas” todas las “*res extra commercium*”, cuya tenencia o circulación constituya un ilícito penal, tales como las armas, explosivos, contrabando, etc”<sup>95</sup>.

Al no tratarse de una diligencia limitativa de derecho fundamental, únicamente se requiere autorización del Juez de instrucción, o del Ministerio Fiscal, o bien de los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial, centrales o de ámbito provincial, y sus mandos superiores, que darán cuenta inmediata al Ministerio Fiscal.

Como hemos indicado, esta diligencia de investigación no supone la violación de ningún derecho fundamental, toda vez que el art. 263. Bis. 4 LECrim prevé que la “interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes y, en su caso, la posterior sustitución de la droga que hubiese en su interior se llevará a cabo respetando en todo momento las garantías judiciales establecidas en el ordenamiento jurídico, con excepción de lo previsto en el artículo 584 de la presente Ley”. La excepción a la que alude este precepto es la de la citación del interesado.

De tal modo que, en la práctica real, los investigados alegan una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones<sup>96</sup>; sin embargo, el Tribunal Supremo, pese a que los paquetes postales pueden contener mensajes personales y confidenciales, por lo que gozan de protección constitucional, existe una excepción, que es la presencia del interesado para la apertura del paquete.

De dicha regla se excluyen, por ejemplo, “los envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido –régimen de declaración aduanera conocida como «etiqueta verde»-, o “aquellos de

---

<sup>95</sup> GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Op. cit, pág. 250.

<sup>96</sup> Art. 18.3 CE.

los que por su peso o volumen pueda deducirse que se trata de una remesa de mercancías o lo que se encuentren abiertos por haberlo sido por persona ajena a las fuerzas y cuerpos de seguridad, como el empleado de una empresa de mensajería” o “los equipajes de los viajeros, que pueden ser inspeccionados por propia autoridad por los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad”<sup>97</sup>.

A modo ejemplarizante, conviene traer a colación la siguiente sentencia, en la cual “el Magistrado-Juez que dictó el auto autorizando la entrega controlada ni siquiera precisaba que se hubiera realizado la prueba del narcotex para acceder a realizar una entrega controlada, ya que le era suficiente para ello con contar con otros indicios que permitieran adoptar la medida, como pudiera ser el dato que reseñan los funcionarios relativo a la apreciación mediante rayos X de la densidad del paquete y al peso que tenía de 719 gramos”<sup>98</sup>.

A efectos ilustrativos, es interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo que trata de esclarecer si la recepción de un paquete implica conocer el contenido del mismo; la respuesta es no, toda vez que en caso de duda se resuelve a favor del reo. De modo que, “cita nuestra STS 39/2015, de 4 de febrero, que, a propósito de un envío de cocaína por correo, declara que el hecho de figurar como destinatario del paquete es un indicio relevante, pero no concluyente por sí solo, cuando (...) no resulta corroborado por ningún otro dato probatorio. El Tribunal Constitucional en STC 137/2002, de 3 de junio entendió (...) que ni siquiera la condición de amigo del remitente de un paquete con una droga ilegal en su interior autorizaba, sin más, a inferir el conocimiento de este contenido ni la connivencia en el envío de quien aparecía como destinatario. Por ello, sigue argumentando la citada Sentencia de este Tribunal Supremo (la 39/2015), que de atribuirse al acusado la implicación en el tráfico de cocaína de que se trata, en virtud del *indicio* representado por su calidad de destinatario, valorado conforme a la *máxima de experiencia* consistente en el criterio de que un envío de esa clase e importancia no se hace a cualquiera que no tuviera que ver con él, se estaría estableciendo implícitamente *una regla de prueba legal* que podría formularse así: a partir de una cantidad de droga de un determinado valor, todo aquel al que se remita por correo un paquete con tal clase de contenido,

---

<sup>97</sup> MELÓN MUÑOZ, A. *et alii*, *Memento Práctico Proceso Penal*, *Op. cit.*, pág. 286

<sup>98</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 303/2014, de 4 de abril, FJ 1.

será considerado autor de un delito de tráfico de estupefacientes. Y no resulta necesario explicar por qué, en un régimen probatorio fundado en el criterio de libre convicción racional, éste es un principio ciertamente insostenible”<sup>99</sup>.

En relación con la consumación del delito contra la salud pública, con un criterio restricto, existe la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución, “por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 344 del CP de 1973 y en el 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado. [E]n envíos de droga, el delito se consuma siempre que existe un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, en cuanto que, en virtud del acuerdo, la droga queda sujeta a la solicitud de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiese materializado una detentación física del producto. [E]l tráfico existe desde que una de las partes pone en marcha el mecanismo de transporte de la droga, que el receptor había previamente convenido. Puede considerarse que quedará en grado imperfecto el delito de tráfico de drogas si la acción del sujeto no determina un desplazamiento territorial de la droga - mediante su transporte-, o posesorio - mediante la transmisión-, pero quedará consumado el delito si la acción del acusado *origina un traslado geográfico del estupefaciente*, aunque no se consiguiera el desplazamiento posesorio pretendido, por haber sido interceptada la droga antes de su entrega al destinatario. (...). Y recuerda la STS de 1-7-2002, nº 1265/2002, que "hay que tener en cuenta que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, el delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal es un delito de peligro abstracto y de consumación anticipada, por haber adelantado el legislador las barreras de la protección penal, dada la especial gravedad de este tipo de conductas y el peligro que suponen para un bien tan eminente como lo es la salud de las personas. De ahí que reiteradamente se haya dicho que no es menester

---

<sup>99</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 232/2017, de 4 de abril, FJ 4.

la posesión material de este tipo de sustancias para que deba entenderse consumado este tipo de delitos, destacándose incluso que los grandes traficantes de la misma rara vez son descubiertos en posesión de las sustancias con las que ilícitamente trafican, lo que no es obstáculo para que se les considere penalmente responsables, en concepto de autores, de tales delitos”<sup>100</sup>.

### 3.3.10.2 Actuación de agentes encubiertos<sup>101</sup>

Se trata de una diligencia de investigación altamente restrictiva de derechos fundamentales, regulada en el art. 282. *bis* LECrim y cuya finalidad consiste en el descubrimiento del crimen organizado.

En cuanto al sujeto que actúa como agente, parece lógico que ese puesto no puede ser ocupado por cualquier persona, sino que, “por prescripción legal, los llamados a desempeñar la infiltración han de ser miembros de la Policía Judicial. El concreto agente que de forma voluntaria -sin poder ser obligado- asume la tarea de infiltrarse en una organización, va a actuar bajo una identidad falsa, proporcionada por el Ministerio del Interior, que le permite forjar relaciones personales, ganarse la confianza del grupo y acceder, mediante el engaño, al conocimiento de delitos cometidos o en vías de preparación, sino también a todo un cúmulo de datos privados sobre las personas investigadas y su círculo de allegados, con una grave restricción del derecho a la intimidad”<sup>102</sup>.

El agente que actúa en la investigación con una identidad falsa tiene derecho a mantener durante su testifical en el juicio oral su identidad falsa, no revelando nunca la verdadera.

Esta diligencia requiere desde el inicio autorización del Juez de Instrucción, o bien del Ministerio Fiscal, que deberá dar cuenta de forma inmediata al Juez instructor. De igual modo,

---

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 256/2019, de 22 de mayo, FJ 2.

<sup>101</sup> Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *El agente provocador en el tráfico de drogas*, Edit. Tecnos, Madrid, 2019, pág. 19.

<sup>102</sup> GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, *Op. cit.*, pág. 311.

el objeto de una investigación con agentes de la Policía Judicial solo puede llevarse a cabo en un listado tasado de delitos que se encuentra recogido en el art. 282 bis. 4) LECrim.

Asimismo, la jurisprudencia ha intentado matizar las actuaciones de los agentes que requieren autorización, como son “la utilización de identidad supuesta y la adquisición o transporte de los efectos del delito sin proceder a su incautación”; sin embargo, “no precisan autorización judicial “las simulaciones policiales investigadoras de corta duración (v.gr., requerimiento de droga por un agente que oculta su identidad a quien parece estar vendiéndola en una vía pública) (...). El acercamiento, contacto y diálogo para ganarse la confianza hasta la pactada creación de consuno de una cuenta de correo electrónico no son gestiones que precisasen de esa autorización judicial”<sup>103</sup>.

Como corolario de lo expuesto, parece evidente que el agente durante el desarrollo de la operación está exento de responsabilidad criminal “siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”<sup>104</sup>.

La jurisprudencia se ha pronunciado respecto de los presupuestos de validez de la figura del agente encubierto y acerca de los límites para impedir la desnaturalización de la citada diligencia, que no es otro que la provocación del agente encubierto; así, “[e]l delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de

---

<sup>103</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 277/2016, de 6 de abril, FJ 1.

<sup>104</sup> Art. 282 bis. 5) LECrim.

legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenido en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas”.

Y, en palabras del Tribunal Supremo, “no existe delito provocado, como dice la Sentencia 1114/2002, 12 de junio, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del "iter criminis", en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrim), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial”<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 173/2019, de 1 de abril, FJ 7.

### **3.4. Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales**

#### 3.4.1. Introducción en base al art. 18 CE

Tras la reforma de la LECrim a través de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, se regularon una serie de diligencias que hoy en día podemos encontrar en el Título VIII del Libro II de la LECrim bajo la rúbrica “[d]e las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución”.

Con esta reforma se pretendió aportar una mayor regulación fortaleciendo las garantías procesales durante la practicas de estas diligencias y, del mismo modo, regular las medidas de investigación tecnológicas, cuya práctica es cada vez más frecuente.

Este Título VIII engloba una serie de diligencias que pueden afectar a los derechos que nuestra norma constitucional recoge en su art. 18, como pueden ser el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio.

#### 3.4.2. Entrada y registro en lugar cerrado

Se trata de una diligencia de investigación que a su vez incluye dos diligencias, la primera la entrada, y la segunda, que es la finalidad de la diligencia, el registro para buscar objetos o utensilios que puedan ser útiles para comprobar o descubrir un hecho delictivo. Su regulación se encuentra principalmente en los arts. 545 a 572 LECrim.

Los requisitos para llevar a cabo la práctica de esta diligencia de investigación varían dependiendo del lugar objeto de la entrada y registro. Así las cosas, pueden ser:

##### a) Entrada y registro en domicilio particular:

El art. 18.2 CE señala: “[e]l domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Esta misma idea del domicilio podemos observarla en el art. 12 de la Declaración

Universal de Derechos Humanos, donde se recoge: “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

En esta misma línea, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estipula: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El termino domicilio debe entenderse en sentido amplio, debiéndose tratar de un espacio cerrado donde se desarrolle la vida en condiciones de intimidad, independientemente del título por el que se habita<sup>106</sup>.

El Tribunal Constitucional define el domicilio como “un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”<sup>107</sup>.

Aun aclarado este concepto, en numerosas ocasiones sigue ocasionando dudas sobre el alcance del mismo; por ello, es preciso delimitarlo a grandes rasgos, analizando la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

---

<sup>106</sup> Cfr. MARTÍN RÍOZ, P., “Diligencia de entrada y registro en lugar cerrado”, en NIEVA FENOLL, J. (dir.) y BUJOSA VADELL, L. (dir.), *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, pág. 96.

<sup>107</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero, FJ5.

Desde un punto de vista positivista, es curioso que el Tribunal Supremo ha considerado que un jardín<sup>108</sup> debe ser considerado como parte del domicilio y por ello se requiere autorización judicial o consentimiento para acceder al mismo. Del mismo modo se considera como parte del domicilio la habitación de los huéspedes, y esto tiene cabida desde que la Sentencia<sup>109</sup> 10/2002, de 17 de enero, declaró la inconstitucionalidad del art. 557 LECrim, hoy en día derogado por concluir que “el art. 557 LECrim es contrario al art. 18.2 CE por cuanto que excluye expresamente la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles puedan considerarse su domicilio a los efectos de que la entrada y registro en las mismas requieran autorización judicial”.

Otro ejemplo curioso que la doctrina ha considerado que se engloba dentro del término domicilio son los camarotes de las embarcaciones, y esto es así porque, en palabras del Tribunal Supremo, “dadas las características del barco y su uso exclusivo para la pesca, no podía tratarse de forma alguna de lo que el precepto constitucional considera como domicilio, siendo equiparable su naturaleza a la de un simple automóvil que, según constante jurisprudencia, no requiere mandamiento judicial para su registro por no suponer un reducto de la intimidad personal o familiar”. Y en la STS 1200/1998, de 9 de octubre, se precisa que en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución”<sup>110</sup>.

Desde un punto de vista negativo, “[t]iene declarado el Tribunal Constitucional que no todo "recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales", y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a "aquellos lugares cerrados que, por su afectación -como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (...)-, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad" (...), no rigiendo en estos casos la garantía de los arts. 18.2 C.E. y 545 L.E.Cr. y siendo válidas tanto la entrada policial en función investigadora sin autorización judicial previa, como el registro hecho con tal autorización, pero sin cumplir todas las previsiones del art.

---

<sup>108</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1803/2002, de 4 de noviembre, FJ 2.

<sup>109</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero, FJ 10.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 312/2011, de 29 de abril, FJ 8.

569 L.E.Cr ...). Igualmente (...) "no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza", pues "la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligaciones relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros" (...). "Ni toda entrada y registro en un lugar cerrado exige la autorización judicial, ni los locales comerciales o almacenes que no constituyen morada de una persona gozan de la tutela constitucional del art. 18.2 C.E. (...) Por lo tanto **una nave, oficina o local comercial carecen de la protección que otorgan los apartados 1 y 2 del art. 18 C.E., al no constituir, de modo evidente, un espacio de privacidad necesario para el libre desarrollo de la personalidad**, de ahí que no puedan considerárseles incluidos dentro del ámbito de protección de la inviolabilidad del domicilio"<sup>111</sup>.

Regresando al art.18 CE, se desprenden los tres motivos por los que se podría entrar y registrarse un domicilio particular:

En primer lugar, con el **consentimiento** del titular:

El art. 551 LECrim establece que “[s]e entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad”; por tanto, de este artículo podemos extraer que el consentimiento puede ser expreso o tácito.

En ocasiones, es complicado determinar si ha existido un verdadero consentimiento o no; por ello, “[l]a reciente sentencia de esta Sala nº 51/2009, de 27 de enero explica que la jurisprudencia, aunque existan algunas resoluciones de sentido diferente, ha entendido en numerosas ocasiones que el interesado al que se refiere el artículo 569 de la LECrim es el titular del derecho a la intimidad afectado por la ejecución de la diligencia de entrada y registro, y que

---

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 627/2012, de 18 de Julio, FJ 2.

en caso de ser varios los moradores del mismo domicilio es bastante la presencia de uno de ellos siempre que no existan intereses contrapuestos con los de los demás moradores<sup>112</sup>.

Los requisitos<sup>113</sup> que se deben tener en cuenta para considerar que existe consentimiento son, en primer lugar, que debe ser otorgado por una persona con capacidad de obrar y mayor de edad; del mismo modo debe hacerse de forma consciente y libre. Puede ser prestado por escrito o de forma oral y puede ser expreso o tácito. El consentimiento se otorga para un caso concreto, no pudiendo aprovechar la circunstancia para otros fines.

Se ha pronunciado el Tribunal Constitucional afirmando que “[c]omo regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes (...). Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa<sup>114</sup>.

En segundo lugar, con **resolución judicial motivada**:

El art. 566 LECrim recoge el supuesto en el que la entrada y registro se lleva a cabo en un domicilio particular y afirma que “se notificará el auto a éste (al particular); y si no fuere habido a la primera diligencia en busca, a su encargado. Si no fuere tampoco habido el encargado, se hará la notificación a cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio, prefiriendo para esto a los individuos de la familia del interesado.

Si no se halla a nadie, se hará constar por diligencia, que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los cuales deberán firmarla”.

---

<sup>112</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 627/2012, de 18 de julio, FJ 6.

<sup>113</sup> Cfr. TOMÉ GARCÍA, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Op. cit, pág. 236.

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero, FJ 7 y 8.

De modo que, como regla general, se requiere resolución judicial motivada para la entrada en un domicilio particular, salvo<sup>115</sup> que exista consentimiento, o estemos ante un caso de calamidad o de solicitud de auxilio proveniente del interior de una vivienda o si la Policía tiene que detener a alguien porque exista un mandamiento de prisión<sup>116</sup>.

El Juez que esté conociendo de la causa podrá decretar, mediante auto fundado<sup>117</sup>, la entrada y registro, concretando en el mismo el edificio objeto de registro, así como la extensión y el funcionario o funcionarios que lo vayan a practicar.

La jurisprudencia establece que el contenido<sup>118</sup> de la resolución judicial que autoriza la entrada y registro es:

“[D]ebe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre el sacrificio que se le impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (...). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales.

[M]otivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente, teniendo en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal; y sin que sea necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una noticia

---

<sup>115</sup> Ver art. 553 LECrim.

<sup>116</sup> Cfr. MARTÍN RÍOZ, P., “Diligencia de entrada y registro en lugar cerrado”, *Op. cit.*, pág. 98.

<sup>117</sup> Ver art. 558 LECrim.

<sup>118</sup> Cfr. TOMÉ GARCÍA, *Curso de Derecho Procesal Penal*, *Op. cit.*, pág. 237.

crimínica alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión (...); la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos (su necesidad para alcanzar el fin perseguido); y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término se fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos (...), pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos a falta de otra indicación en el precepto constitucional sobre sus límites (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”<sup>119</sup>.

Y, por último, “la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión”<sup>120</sup>.

De modo que, una vez acordado el registro por el Juez instructor, “adoptará las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del registro”<sup>121</sup>.

Para la entrada y registro, los agentes podrán, si fuere necesario, hacer uso de la fuerza<sup>122</sup>. El mismo se realizará en presencia del interesado o persona que lo represente, así

---

<sup>119</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 5.

<sup>120</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000, de 17 de enero, FJ 4.

<sup>121</sup> Art. 567 LECrim.

<sup>122</sup> Ver art. 568 LECrim.

como del Letrado de la Administración de Justicia, quien levanta acta del resultado. En esta diligencia “se expresarán los nombres del Juez, o de su delegado, que la practique y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se hubiese principiado y concluido la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos”<sup>123</sup>.

“La resistencia del interesado, de su representante, de los individuos de la familia y de los testigos a presenciar el registro producirá la responsabilidad declarada en el Código Penal a los reos del delito de desobediencia grave a la Autoridad, sin perjuicio de que la diligencia se practique”<sup>124</sup>.

Como corolario de lo anterior, es posible que en el transcurso de una entrada y registro se descubra otro delito, lo que se conoce como “hallazgos casuales”. La jurisprudencia más actual se inclina por aceptar la validez, y se sustenta en lo siguiente:

“[E]l que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de Policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención (...).

[L]a Constitución no exige, en modo alguno, que el funcionario que se encuentra investigando unos hechos de apariencia delictiva cierre los ojos ante los indicios de delito que se presentaren a su vista, aunque los hallados casualmente sean distintos a los hechos comprendidos en su investigación oficial, siempre que ésta no sea utilizada fraudulentamente para burlar las garantías de los derechos fundamentales (...). Lo que no excluye que los hallazgos casuales sugerentes de la posible comisión de otros delitos distintos no sean válidos, sino que la continuidad en la investigación de ese hecho delictivo nuevo requiere de una renovada

---

<sup>123</sup> Art. 572 LECrim.

<sup>124</sup> Art. 569 LECrim.

autorización judicial. (...) Esta Sala Casacional ha declarado repetidamente que el hallazgo casual, es decir, el elemento probatorio novedoso que no está inicialmente abarcado por el principio de especialidad, puede ser utilizado en el propio o distinto procedimiento, bien por tratarse de un delito flagrante o bien por razones de conexidad procesal, siempre que, advertido el hallazgo, el juez resuelva expresamente continuar con la investigación para el esclarecimiento de ese nuevo delito, ante la existencia de razones basadas en los principios de proporcionalidad e idoneidad. (...) Y, por último, en la STS 616/2012, de 10 de julio, se afirma que por la denominada doctrina del hallazgo casual se legitiman aquellas evidencias probatorias que inesperadamente aparecen en el curso de una intervención telefónica, eventualmente en un registro domiciliario, de forma totalmente imprevista, aunque la doctrina de esta Sala ha exigido que, para continuar con la investigación de esos elementos nuevos y sorprendidos, se han de ampliar las escuchas, con fundamento en el principio de especialidad, a través del dictado de una nueva resolución judicial que legitime tal aparición y reconduzca la investigación, con los razonamientos que sean precisos, para continuar legalmente con la misma. En el propio sentido, la STS 768/2007, de 1 de octubre, declara que la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo<sup>125</sup>”.

A mayor abundamiento, es necesario añadir que, durante la práctica del registro, deberán “evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción”<sup>126</sup>.

Para concluir, es necesario hacer mención a la figura del letrado durante el registro, que no debe ser otra que la de estar presente, no molestar, interrumpir o interferir en el registro, pero

---

<sup>125</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 138/2019, de 13 de marzo, FJ 5.

<sup>126</sup> Art. 552 LECrim.

sí es conveniente que, si lo considera necesario, le pida al Letrado de la Administración de Justicia que refleje alguna circunstancia conveniente para su defensa en el acta del registro<sup>127</sup>.

En tercer lugar, en caso de **delito flagrante**:

En los casos en los que la policía presencia un delito flagrante, la jurisprudencia y la LECrim, bajo estrictos casos excepcionales y tasado, les permite que, aún a falta de consentimiento y sin autorización judicial, puedan proceder a la entrada y registro de un domicilio, no existiendo ilegítima invasión del mismo. Para ello, es preciso poner acudir al art. 18.2 CE, en relación con el art. 553 LECrim.

En estos casos no se requiere autorización judicial ni tampoco consentimiento. El art. 795.1. 1º LECrim dice: “se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”.

A mayor abundamiento, es necesario acudir al art. 15 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que recoge la entrada y registro en domicilio, y dice:

“1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes.

---

<sup>127</sup> Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, Op. cit, pág. 101.

2. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad (...)

4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo define el concepto de flagrante aplicado a la entrada en el domicilio como un término que “exige que el delincuente sea "sorprendido", esto es, visto directamente o percibido de otro modo, en el momento de la comisión del delito o cuando el delincuente inmediatamente sorprendido por los agentes de la autoridad se oculte o refugie en alguna casa”.

El art. 553 LECrim permite a los Agentes de la Policía “proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional o urgente necesidad”.

Son numerosas las sentencias que han tratado de unificar los requisitos que delimitan el concepto de flagrancia, y son tres:

“1) **Inmediatez de la acción** (que se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes). Esto es actualidad en la comisión del delito -en la terminología acuñada por la jurisprudencia sería inmediatez temporal, es decir que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo, aunque también se considera cumplido este requisito cuando el delincuente sea sorprendido en el momento de ir a cometer el delito o en un momento inmediatamente posterior a su comisión.

2) **Inmediatez personal** (presencia del delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito), esto es evidencia del delito y de que el sujeto sorprendido

ha tenido participación en él; la evidencia puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho o la que resulta (...) a través de apreciaciones de otras personas.

3) **Necesidad urgente de la intervención policial**, de tal modo que por las circunstancias concurrentes se vea impelida a intervenir inmediatamente para evitar la progresión delictiva o la propagación del mal que la infracción acarrea, la detención del delincuente, y/o la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial<sup>128</sup>.

b) Entrada y registro en edificios y lugares públicos:

Dicha entrada se encuentra regulada en el art. 546 LECrim, donde se afirma que el Juez instructor que esté conociendo de la causa “podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, en todos los edificios y lugares públicos, sea cualquiera el territorio en que radiquen, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación”.

De modo que, como se puede observar del citado precepto, por ejemplo, la franja horaria en estos casos parece más amplia, pudiendo ampliarse a la noche. Otra diferencia es que no se requiere autorización judicial, salvo excepciones<sup>129</sup>, y si se solicita es con la finalidad de que no se invaliden las pruebas a posteriori.

Se entiende por lugares públicos los enumerados en el art. 547 LECrim; al no ser domicilios particulares no gozan de la inviolabilidad del domicilio del art. 18 CE, sin embargo, en la práctica se solicita autorización judicial, toda vez que lo que se pretende evitar con ella es que se prive de eficacia ese acto y se declare nulo.

---

<sup>128</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 71/2017, de 8 de febrero, FJ 8, Sentencia del Tribunal Supremo 423/2016, de 18 de mayo, FJ 4 o Sentencia del Tribunal Supremo 922/2010, de 28 de octubre, FJ 4.

<sup>129</sup> Ver arts. 547 y ss LECrim (Congreso o Senado).

El art. 15.3 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que recoge la entrada y registro en edificios públicos, dice:

“Para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo”.

c) Casos especiales:

Se recogen en los arts. 555, 556, 559, 560, 561, 562, 564 y 565 LECrim y pueden ser un Palacio, un Sitio Real, edificios destinados a la habitación u oficina de los representantes de naciones extranjeras acreditados cerca del Gobierno de España, buques extranjeros de guerra, habitaciones de los Cónsules extranjeros y en sus oficinas, etc...

3.4.3. Medidas de investigación tecnológicas

3.4.3.1 Introducción

Se trata de regular una serie de medidas de investigación tecnológicas que surgen como necesidad de la renovación de las nuevas formas de delinquir que se dan en la actualidad. Fueron incorporadas en el año 2015 a nuestra LECrim y su finalidad es el fortalecimiento de una serie de derechos que pueden verse afectados, como son el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la protección de datos personales o al uso de la informática.

Fue la sentencia del Tribunal Constitucional 145/2014 la que aceleró la reforma de la LECrim con la finalidad de poder hacer uso en la fase de instrucción de medios tecnológicos. “Dicha sentencia declaro la inconstitucionalidad, y, consiguientemente, la nulidad de las resoluciones judiciales que habían autorizado la intervención de las comunicaciones orales entre dos detenidos sospechosos de haber participado en un asesinato mientras éstos se encontraban en los calabozos de las dependencias policiales”<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> OTAMENDI ZOZAYA, F., *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, Edit. Dickinson, S.L, Madrid, 2017, pág. 131.

En todas ellas rige el principio de reserva jurisdiccional del Juez de instrucción competente, toda vez que en la práctica de las diligencias que trataremos a continuación pueden verse afectados uno o varios derechos del art. 18 CE.

#### 3.4.3.2 Disposiciones comunes a las siguientes diligencias de investigación

Existe una regulación específica para cada una de las diligencias tecnológicas que vamos a tratar; sin embargo, en el Capítulo IV de la LECrim se recogen una serie de disposiciones comunes a todas ellas.

##### a. Principios rectores<sup>131</sup>:

Estos principios ya fueron introducidos por la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional antes de la reforma, y prueba de ello es la sentencia de fecha 5 de marzo de 2009, en la que ya se establecía que “en el momento de adoptar su decisión, el Juez ha de atender, en primer lugar, a la proporcionalidad, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no solo se debe atender a la previsión de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar. En segundo lugar, a la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida a través de la precisión del hecho que se trata de investigar y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Y, en tercer lugar, a la excepcionalidad o idoneidad de la medida, ya que solo debe acordarse cuando no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado e igualmente útiles para la investigación”<sup>132</sup>.

---

<sup>131</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 3.

<sup>132</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 231/2009, de 5 de marzo, FJ 1.

Los principios que rigen la adopción de estas medidas de investigación por parte de la autoridad judicial y que se recogen en el art. 588. bis a) LECrim, son:

El principio de **especialidad** impone que la medida se realice para la investigación de un delito concreto, es decir, no se puede autorizar para un delito indeterminado. Además, deben existir indicios racionales de la comisión amparándose en hechos, de tal modo que no valdrían las meras sospechas.

El principio de **idoneidad** exige definir el ámbito de actuación y únicamente podrá ser adoptada tal medida si la misma ofrece una utilidad real para la investigación.

En aplicación de los principios de **excepcionalidad y necesidad**, solo podrán acordarse las medidas cuando no existan otros medios menos gravosos para los derechos fundamentales del investigado igualmente útiles para el esclarecimiento del hecho, o cuando el descubrimiento o la comprobación del hecho investigado, la determinación de su autor o autores, la averiguación de su paradero, o la localización de los efectos del delito se vea gravemente dificultada sin el recurso a esta medida<sup>133</sup>.

El principio de **proporcionalidad** implica que, para adoptar esta medida, el juez deberá tomar en consideración todas las circunstancias del caso concreto, valorando los derechos sacrificados y los intereses que se verían afectados, debiendo ser superior el beneficio que se obtendría para el interés público, así como el de terceros. “Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho”<sup>134</sup>.

Jurisprudencialmente, este principio exige tres requisitos: en primer lugar, la intervención debe estar prevista en la ley, en segundo lugar, la medida debe ir dirigida a un fin

---

<sup>133</sup> Cfr. art. 588. bis a) LECrim.

<sup>134</sup> Art. 588. bis a) LECrim.

legítimo y, por último, la medida debe ser necesaria en una sociedad democrática para la consecución de sus fines<sup>135</sup>.

b. Solicitud de la medida<sup>136</sup>

El Juez puede adoptar de oficio la medida, aunque en la práctica suele ser solicitada por los cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y ya en menos ocasiones por el Ministerio Fiscal. En cuanto al contenido de la misma, debe ser, en primer lugar, “[l]a descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos”. Ahora bien, respecto a la identidad del investigado se ha pronunciado el Tribunal Constitucional alegando que “no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir”<sup>137</sup>, es decir, la identificación del sujeto no es imprescindible.

Por otro lado, se requiere una “exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis a, así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia”, y por último, deberá incluir los “datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida”, así como la “extensión de la medida con especificación de su contenido, la unidad investigadora de la Policía Judicial que

---

<sup>135</sup>Cfr. MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la Justicia penal*, Primera Edición, Edit. Aranzadi, S.A, Navarra, 2015, págs. 161 y 162.

<sup>136</sup> Art. 588 bis b) LECrim

<sup>137</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 150/2006, de 22 de mayo, FJ 3.

se hará cargo de la intervención, la forma de ejecución de la medida, la duración de la medida que se solicita y el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse”<sup>138</sup>.

c. Requisitos de la resolución judicial<sup>139</sup>

Una vez que la Policía Judicial emite al Juez de instrucción la solicitud, éste deberá pronunciarse en un plazo máximo de veinticuatro horas y mediante auto motivado sobre la autorización o denegación de la medida. En cuanto al contenido, debemos acudir al apartado tercero del art. 588 bis c) LECrim.

d. Secreto<sup>140</sup> y duración<sup>141</sup>

Estas actuaciones serán llevadas a cabo mediante una pieza separada y secreta que nada tiene que ver con el secreto de la causa.

En cuanto a la duración de estas medidas, deberá durar el tiempo imprescindible y debe concretarse el tiempo, que podrá ser prorrogado, mediante auto motivado del juez de instrucción.

e. Control de la medida<sup>142</sup>

Para que el Juez de instrucción pueda llevar a cabo un control, la Policía Judicial debe informarle del desarrollo, de los resultados y de cuándo se ponga fin a la medida.

---

<sup>138</sup> Art. 588 bis b) LECrim

<sup>139</sup> Art. 588 bis c) LECrim

<sup>140</sup> Art. 588 bis d) LECrim

<sup>141</sup> Art. 588 bis e) y f) LECrim

<sup>142</sup> Art. 588 bis g) LECrim

f. Afectación a terceros<sup>143</sup>

El legislador permite que estas medidas puedan afectar a terceros, pero para conocer el alcance se deberá acudir a las disposiciones específicas de cada medida.

g. Descubrimientos casuales y uso de los mismos en procedimiento distinto<sup>144</sup>

En cuanto a los hallazgos casuales, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe anterior y únicamente sería necesario deducir testimonio de los particulares. Además, para poder proceder a la investigación de ese nuevo delito se requerirá autorización del juez competente.

h. Cese de la medida<sup>145</sup>

“El juez acordará el cese de la medida cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o resulte evidente que a través de la misma no se están obteniendo los resultados pretendidos, y, en todo caso, cuando haya transcurrido el plazo para el que hubiera sido autorizada”. De este precepto podemos extraer que, si la medida no estuviera dando los resultados que se pretendían obtener, o bien se constata que se pueden obtener por otra vía, se deberá cesar en la medida.

i. Destrucción de registros<sup>146</sup>

Se procederá al borrado y eliminación del material original cuando se ponga fin a la investigación mediante resolución firme del Juez de instrucción, manteniendo el Letrado de la Administración de Justicia una copia hasta que transcurran cinco años desde que se haya ejecutado la pena o cuando prescriba, o cuando se decrete el sobreseimiento libre o exista sentencia absolutoria.

---

<sup>143</sup> Art. 588 bis h) LECrim

<sup>144</sup> Art. 588 bis i) LECrim y art. 579 bis LECrim.

<sup>145</sup> Art. 588 bis j) LECrim

<sup>146</sup> Art. 588 bis k) LECrim.

### 3.4.3.3 Interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas

La interceptación de las comunicaciones consiste en una medida que autoriza el Juez de instrucción mediante auto motivado para que la Policía Judicial proceda al registro de llamadas, correos electrónicos...

Es un acto de investigación que limita el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE; por ello, se trata de una medida que únicamente puede ser autorizada por el Juez de instrucción que esté conociendo de la causa mediante la emisión de una resolución judicial habilitante<sup>147</sup>.

Existe una excepción; por ello, en caso de urgencia en que se investigue un supuesto de terrorismo<sup>148</sup>, el art. 579.4 LECrim permite que pueda “ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad”.

Se trata de una medida que únicamente puede ser llevada a cabo para los delitos recopilados en el art. 579.1 LECrim o para “delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación”<sup>149</sup>.

En cuanto a su ámbito de aplicación<sup>150</sup>, incluye aquellos terminales que, habitual u ocasionalmente, utilice el investigado, y de igual modo podrán intervenir los terminales o medios de comunicación de la víctima cuando sea previsible un grave riesgo para su vida o integridad.

---

<sup>147</sup> Para ver su contenido es necesario acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo 1109/2006, de 16 de noviembre, FJ 1.

<sup>148</sup> Art. 55.2 CE.

<sup>149</sup> Art. 588 ter a) LECrim.

<sup>150</sup> Art. 588 ter b) LECrim.

El art. 588 ter a) LECrim junto al art. 588 bis h) LECrim, permiten intervenir “los medios de comunicación de terceros no partícipes en el delito cuyos teléfonos (...) sean utilizados para la realización de actividades delictivas por parte del investigado”<sup>151</sup>.

Ahora bien, en consonancia con el art. 588 ter c) LECrim, no en todo caso, sino solo en cuanto “exista constancia de que el sujeto investigado se sirve de aquella para transmitir o recibir información, o (...) el titular colabore con la persona investigada en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad. También podrá autorizarse dicha intervención cuando el dispositivo objeto de investigación sea utilizado maliciosamente por terceros por vía telemática, sin conocimiento de su titular”.

El contenido de la solicitud de autorización judicial se encuentra ampliado, de modo que, además de los requisitos mínimos que hemos visto en el art. 588 bis b) LECrim, deberá incluir otros, tales como “la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica, la identificación de la conexión objeto de la intervención o los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate”<sup>152</sup>.

Ahora bien, en consonancia con los principios de idoneidad y necesidad, parece claro que es necesario determinar la extensión de la medida, que varía dependiendo de la finalidad de la investigación.

Atendida las características de la medida, se hace especial hincapié en el deber de colaboración<sup>153</sup> de los prestadores de servicios de comunicaciones, así como el deber de guardar silencio porque, en caso contrario, incurrirían en un delito de desobediencia. De igual modo, estos operadores tienen el deber de conservar los datos y así se recoge en el art. 3 de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

---

<sup>151</sup> OTAMENDI ZOZAYA, F., *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, *Op. cit.*, pág. 120.

<sup>152</sup> Art. 588 ter d) LECrim.

<sup>153</sup> Art. 588 ter e) LECrim y art. 39.5 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

La forma que tiene el juez de instrucción para controlar esta medida<sup>154</sup> resulta sencilla, toda vez que la Policía Judicial está obligada a poner a disposición del mismo con la periodicidad que el juez determine, las transcripciones de los pasajes que sean de interés.

La duración<sup>155</sup> de la medida comienza a contar desde la fecha de autorización judicial, y nunca podrá exceder de tres meses, que podrían ser “prorrogables por períodos sucesivos de igual duración hasta el plazo máximo de dieciocho meses”. El Juez de instrucción podrá acordar la prórroga cuando de la transcripción de las conversaciones existan informaciones relevantes.

Concluida la diligencia de investigación, se entregará copia de las grabaciones y de las transcripciones a las partes. Ahora bien, si en las mismas existiesen datos que puedan afectar a la vida íntima del investigado, éstas serán suprimidas, dando cuenta de la no inclusión de las mismas. Las partes dispondrán del plazo fijado por el Juez instructor para examinar el material recibido, pudiendo optar por solicitar la inclusión de ciertas partes de la grabación que consideren relevantes para su defensa. Finalmente, el Juez de instrucción, en vista del material, decidirá si lo incorpora o lo excluye de la causa.

Concluido este trámite, en la medida de lo posible, el Juez informará a las partes que hayan intervenido en las conversaciones, pudiendo solicitar las grabaciones siempre y cuando no afecte a la finalidad de la causa o al derecho a la intimidad de otros posibles intervinientes.

A mayor abundamiento, sería preciso traer a colación lo que la doctrina del Tribunal Supremo opina sobre una posible vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por el hecho de que el investigado es desconocedor de la medida. La respuesta es simple: para el Tribunal no existe vulneración, toda vez que “es patente que la intervención de las partes en el proceso no ha tenido limitaciones arbitrarias, ya que las defensas de los acusados han podido intervenir en la práctica de todas las diligencias, proponer pruebas e impugnar las resoluciones judiciales”<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Art. 588 ter f) LECrim

<sup>155</sup> Art. 588 ter g) LECrim

<sup>156</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1115/2006, de 8 de noviembre, FJ 8.

Por último, es necesario dejar constancia de los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo respecto a esta medida, para que sea llevada a cabo de forma legítima y válida, y son los siguientes:

“1') La exclusividad jurisdiccional, en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. 2') La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo (...). 3') La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones (...). 4') La proporcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse en el caso de delitos graves en los que las circunstancias que concurran y la importancia de la trascendencia social del hecho delictivo aconsejen la adopción de la misma, de tal manera que la derogación en el caso concreto del principio garantizador sea proporcionada a la finalidad legítima perseguida (...). 5') La limitación temporal de la utilización de la medida interceptadora de las comunicaciones telefónicas: la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza (...) períodos trimestrales individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal (...). 6') La especialidad del hecho delictivo que se investigue, pues no cabe decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (...). 7') La medida, además, recaerá únicamente sobre los teléfonos de las personas indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales (...). 8') La existencia previa de indicios de la comisión de delito y no meras sospechas o conjeturas, de tal modo que se cuente con noticia racional del hecho delictivo que se quiera comprobar y de la probabilidad de su existencia, así como de llegar por medio de las intervenciones al conocimiento de los autores del ilícito, pudiendo ser esos indicios los que facilita la Policía, con la pertinente ampliación de los motivos que el Juez estimase conveniente (...). 9') La existencia

previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe sea la intervención de las telecomunicaciones la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de éste (...). 10') Que la resolución judicial acordando la intervención telefónica se halle suficientemente motivada; riguroso requisito para el sacrificio y derogación en casos concretos de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y cuya importancia exige del Juez una explicación razonada y razonable de acuerdo con la Ley y los principios constitucionales y en la cual encontrarán lugar la explicitación de los indicios sobre cuya base la medida se adopte (...), si bien esta Sala Casacional permite la motivación por remisión al escrito de solicitud de la policía judicial. 11') La exigencia de control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención”<sup>157</sup>.

#### 3.4.3.4 Captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos<sup>158</sup>

Es una diligencia de investigación recogida en los arts. 588 quater a) a quater e) LECrim, en la que el Juez de instrucción tiene potestad para autorizar la colocación y utilización de dispositivos electrónicos de captación y grabación de comunicaciones orales que el investigado mantenga tanto en la vía pública como en otro espacio abierto, o en su propio domicilio o en cualquier otro lugar cerrado. Ahora bien, si para la colocación de los dispositivos es necesario la entrada en un domicilio o lugar cerrado, es requisito indispensable que la resolución habilitante emitida por el Juez instructor establezca la procedencia o no, de forma motivada, al lugar cerrado.

Esta diligencia suele ir complementada con la diligencia de captación de imágenes, siempre y cuando lo acuerde la resolución judicial.

---

<sup>157</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 250/2017, de 5 de abril, FJ 3.

<sup>158</sup> Cfr. ROBLES GARZÓN, JA., ÁLVAREZ ALARCÓN, A. *et alii*, *Lecciones breves de Derecho Procesal Penal*, Ed. Comares, S.L, Granada, 2017, pág. 70.

Estas captaciones y grabaciones orales solo pueden darse si concurren los siguientes requisitos, ya que en caso contrario no se cumplirían las garantías mínimas esenciales<sup>159</sup>:

“a) Que los hechos que estén siendo investigados sean constitutivos de alguno de los siguientes delitos:

1.º Delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

2.º Delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

3.º Delitos de terrorismo.

b) Que pueda racionalmente preverse que la utilización de los dispositivos aportará datos esenciales y de relevancia probatoria para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de su autor”<sup>160</sup>.

Como ya hemos tratado, el contenido de la resolución judicial que autoriza la medida de investigación debe recoger, además de los ya mencionados requisitos del art. 588. bis c LECrim, el lugar concreto donde se van a realizar las escuchas, así como los encuentros que van a ser objeto de investigación.

Lo mismo sucede con la forma de controlar la medida por el Juez de instrucción, a quien se le hará entrega del soporte original, así como una transcripción de las conversaciones que sean de interés para la investigación.

Una vez concluida la diligencia, si se pretendiera obtener la grabación de conversación que por las escuchas se deduzca que el investigado pueda tener en otros encuentros, para su práctica, la Policía Judicial requerirá de una autorización judicial para la captación y grabación de la comunicación oral.

---

<sup>159</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Valenzuela Contreras y Castillo Algar contra España de 30 de julio de 1998.

<sup>160</sup> Art. 588 *quater* b) LECrim.

Ahora bien, ¿qué sucede cuándo es uno de los interlocutores el que graba la conversación?. La respuesta según el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional parece positiva al afirmar que “sobre la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones sólo opera cuando la injerencia es realizada por una persona ajena al proceso de comunicación, ya que lo que persigue la norma es garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma. Así lo declaró ya la STC nº 56/2003, de 24 de marzo : "la presencia de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado". Solo podrá vulnerarse el derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 cuando se graba la conversación de otro, pero no cuando se graba una conversación con otro. Conforme a la STC 114/1984, de 29 de noviembre , «no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, no implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje, pues sobre los comunicantes no pesa el deber del secreto»”<sup>161</sup>.

Por lo tanto, está permitida la grabación si el autor de la misma es participe en ella, pero no pasa lo mismo con “las grabaciones de personas ajenas, que sería un tipo de espionaje”<sup>162</sup>.

#### 3.4.3.5 Utilización de dispositivos técnicos de captación de imagen, seguimiento y localización

Su regulación es muy concisa, siendo únicamente tres artículos que constan, desde el art. 588 quinquies a) a art. 588 quinquies c). La presente diligencia tiene dos objetivos: por un lado, la captación de imágenes para la identificación del investigado mediante la toma de fotografías y, por otro lado, la localización y seguimiento para una posible obtención de datos que pueda esclarecer los hechos o para localizar los instrumentos del delito.

Cuando el investigado se encuentre en un lugar público, se podrán obtener fotografías del mismo a pesar de que se puedan ver afectadas terceras personas, “siempre que de otro modo

---

<sup>161</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 250/2017, de 5 de abril, FJ 4.

<sup>162</sup> PÉREZ DEL VALLE, *Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, *Op. cit*, pág. 290.

se reduzca de forma relevante la utilidad de la vigilancia o existan indicios fundados de la relación de dichas personas con el investigado y los hechos objeto de la investigación”<sup>163</sup>.

El Juez de instrucción podrá, cuando concurran razones de necesidad y la medida resulte proporcionada, autorizar dispositivos para el seguimiento y la localización del investigado. En el auto de autorización se deberán concretar los medios técnicos que se pueden utilizar.

Como en otros supuestos, aquí también encontramos el deber de colaboración de los prestadores, personas o agentes, con el Ministerio Fiscal y los agentes de la Policía Judicial, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia.

Parece claro que la autorización judicial sea un requisito necesario, pero como en otras ocasiones existe una excepción cuando “concurran razones de urgencia que hagan razonablemente temer que de no colocarse inmediatamente el dispositivo o medio técnico de seguimiento y localización se frustrará la investigación”<sup>164</sup>.

En este caso, los agentes de la Policía Judicial podrán proceder a la colocación, dando cuenta de forma inmediata, y en todo caso antes de veinticuatro horas, al Juez instructor, el cual puede ratificar o acordar el cese.

Esta medida no podrá superar en ningún caso tres meses a partir de la fecha de su autorización, aunque de forma excepcional el Juez de instrucción podrá acordar prórrogas sucesivas por el mismo o inferior plazo hasta un máximo de dieciocho meses<sup>165</sup>.

Concluida la medida, los agentes de la policía judicial entregarán al juez instructor los soportes originales, el cual velará por un uso debido de los mismos.

Se trata de una diligencia cada vez más útil en los procedimientos penales “por cuanto en muchos lugares se procede a la grabación mediante cámaras de seguridad (normalmente sólo

---

<sup>163</sup> Art. 588 quinquies a) LECrim.

<sup>164</sup> *Cfr.* art. 588 quinquies b) LECrim.

<sup>165</sup> *Cfr.* art. 588 quinquies c) LECrim.

imagen y no sonido). Suele ser la policía la que primeramente comprueba su existencia y, de ser así, la que la analiza para determinar los posibles autores del delito. Es necesario que la grabación audiovisual se aporte el procedimiento, con acceso a las partes personadas, quienes pueden pedir prueba en relación a su resultado. Con posterioridad ha de ser reproducida en el juicio oral y ratificada en el mismo por los técnicos que la realizaron, a fin de someterse a las preguntas que puedan hacerles las partes sobre la fiabilidad de la grabación y la calidad de la identificación”<sup>166</sup>.

Como dato curioso, es conveniente traer a colación el uso de prismáticos por agentes de la Policía Judicial para captar una imagen del investigado dentro de su domicilio. En principio parece que no se requiere autorización judicial; sin embargo, el Tribunal Supremo lo exige con el siguiente argumento, el cual, parece lógico:

“En efecto, la tutela constitucional del derecho proclamado en el apartado 2 del art. 18 de la CE protege, tanto frente la irrupción incontestada del intruso en el escenario doméstico, como respecto de la observación clandestina de lo que acontece en su interior, si para ello es preciso valerse de un artilugio técnico de grabación o aproximación de las imágenes. El Estado no puede adentrarse sin autorización judicial en el espacio de exclusión que cada ciudadano dibuja frente a terceros. Lo proscriben el art. 18.2 de la CE . Y se vulnera esa prohibición cuando, sin autorización judicial y para sortear los obstáculos propios de la tarea de fiscalización, se recurre a un utensilio óptico que permite ampliar las imágenes y salvar la distancia entre el observante y lo observado”. Y continúa: “cuando los agentes utilizan instrumentos ópticos que convierten la lejanía en proximidad, no puede ser neutralizada con el argumento de que el propio morador no ha colocado obstáculos que impidan la visión exterior. El domicilio como recinto constitucionalmente protegido no deja de ser domicilio cuando las cortinas no se hallan debidamente cerradas. La expectativa de intimidad, en fin, no desaparece por el hecho de que el titular o usuario de la vivienda no refuerce los elementos de exclusión asociados a cualquier inmueble. Interpretar que unas persianas no bajadas o unas cortinas no corridas por el morador transmiten una autorización implícita para la observación del interior del inmueble, encierra el

---

<sup>166</sup> PÉREZ DEL VALLE, *Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, *Op. cit.*, pág. 290.

riesgo de debilitar de forma irreparable el contenido material del derecho a la inviolabilidad domiciliaria”<sup>167</sup>.

#### 3.4.3.6 Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información<sup>168</sup>

Bajo esta denominación, regulada en los arts. 588 sexies a) a 588 sexies c), se encuentran los registros, llevados a cabo por los agentes de la Policía Judicial, de discos duros, tanto de ordenadores, como de teléfonos móviles o correos electrónicos.

En esta medida no siempre se ve afectado el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE; sin embargo, sí podrían resultar afectados el derecho a la privacidad y a la intimidad del art. 18.1 CE. Por ello, el art. 588 sexies a) recoge el principio de reserva jurisdiccional del Juez de instrucción competente<sup>169</sup>.

A diferencia de otras diligencias que hemos visto, en ésta no está delimitado su ámbito de aplicación, por lo que se entiende que puede darse en toda clase de delitos, debiendo tener presente el principio de proporcionalidad entre el delito y el medio. Con esta finalidad, el art. 588 sexies c). 2 LECrim, establece: “[s]alvo que constituyan el objeto o instrumento del delito o existan otras razones que lo justifiquen, se evitará la incautación de los soportes físicos que contengan los datos o archivos informáticos, cuando ello pueda causar un grave perjuicio a su titular o propietario y sea posible la obtención de una copia de ellos en condiciones que garanticen la autenticidad e integridad de los datos”. Es decir, habrá que llevar a cabo siempre la práctica de esta diligencia de la forma menos gravosa.

Como en las demás diligencias, se requiere autorización judicial, de modo que si se prevé que en la práctica de un registro domiciliario se pueden encontrar dispositivos que requieran su análisis, el juez de instrucción deberá motivar y justificar las razones que lo legitiman porque “[l]a simple incautación de cualquiera de los dispositivos a los que se refiere

---

<sup>167</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 329/2016, de 20 de abril, FJ 2.

<sup>168</sup> Cfr. ZOCO ZABALA, C, *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Edit. Aranzadi, S.A, Pamplona, 2015, pág. 45.

<sup>169</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Op. cit, pág. 434.

el apartado anterior, practicada durante el transcurso de la diligencia de registro domiciliario, no legitima el acceso a su contenido, sin perjuicio de que dicho acceso pueda ser autorizado ulteriormente por el juez competente”<sup>170</sup>. Y lo mismo pasaría cuando se pretenda acceder a dispositivos incautados fuera del domicilio familiar del investigado<sup>171</sup>.

La autorización judicial resulta necesaria en tanto en cuanto “ha de dispensar una protección al imputado frente al acto de injerencia de los poderes públicos. (...) De ahí la importancia de que la garantía de aquellos derechos se haga efectiva siempre y en todo caso, con carácter anticipado, actuando como verdadero presupuesto habilitante de naturaleza formal.

La ponderación judicial de las razones que justifican, en el marco de una investigación penal, el sacrificio de los derechos de los que es titular el usuario del ordenador, ha de hacerse sin perder de vista la multifuncionalidad de los datos que se almacenan en aquel dispositivo. (...) Y es que, más allá del tratamiento constitucional fragmentado de todos y cada uno de los derechos que convergen en el momento del sacrificio, existe un derecho al propio entorno virtual. En él se integraría (...) toda la información en formato electrónico que, a través del uso de las nuevas tecnologías, ya sea de forma consciente o inconsciente, con voluntariedad o sin ella, va generando el usuario, hasta el punto de dejar un rastro susceptible de seguimiento por los poderes públicos. Surge entonces la necesidad de dispensar una protección jurisdiccional frente a la necesidad del Estado de invadir, en las tareas de investigación y castigo de los delitos, ese entorno digital”<sup>172</sup>.

Ahora bien, el art. 588 sexies c) LECrim contempla que, en los “casos de urgencia en que se aprecie un interés constitucional legítimo que haga imprescindible la medida prevista en los apartados anteriores de este artículo, la Policía Judicial podrá llevar a cabo el examen directo de los datos contenidos en el dispositivo incautado, comunicándolo inmediatamente, y en todo caso dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, por escrito motivado al juez competente, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada,

---

<sup>170</sup> Art. 588 sexies a). 2 LECrim.

<sup>171</sup> *Cfr.* Art. 588 sexies b) LECrim.

<sup>172</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 426/2016, de 19 de mayo, FJ 7.

la forma en que se ha efectuado y su resultado. El juez competente, también de forma motivada, revocará o confirmará tal actuación en un plazo máximo de 72 horas desde que fue ordenada la medida”, y lo mismo sucedería cuando los agentes de la Policía Judicial pretendan ampliar el registro a nuevos dispositivos<sup>173</sup>.

En cuanto a la ejecución de esta medida, los agentes de la Policía Judicial podrán ordenar a cualquier persona que tenga los conocimientos informáticos adecuados que facilite la información; sin embargo, como parece lógico, ésto no es aplicable al investigado ni a las personas que se encuentran dispensadas por ley.

#### 3.4.3.7 Registro remoto sobre equipos informáticos<sup>174</sup>

Se trata de una medida de investigación contemplada en los art. 588 septies a) a 588 septies c), que consiste en la “utilización de datos de identificación y códigos, así como en la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos”<sup>175</sup>.

Y solo podrá llevarse a cabo con la finalidad de perseguir unos delitos concretos, como son:

- “a) Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales.
- b) Delitos de terrorismo.
- c) Delitos cometidos contra menores o personas con capacidad modificada judicialmente.
- d) Delitos contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional.

---

<sup>173</sup> Cfr. art. 588 sexies c). 3 LECrim.

<sup>174</sup> Cfr. ROBLES GARZÓN, JA y ÁLVAREZ ALARCÓN, A. *et alii*, *Lecciones breves de Derecho Procesal Penal*, *Op. cit*, pág. 71.

<sup>175</sup> Art. 588 septies a) LECrim

e) Delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la telecomunicación o servicio de comunicación”<sup>176</sup>.

En cuanto a la resolución judicial que autoriza el registro, deberá contener de forma concreta los ordenadores y dispositivos electrónicos o parte de los mismos objetos de la medida; de igual modo, se deberá concretar el alcance y la forma, y quiénes son los agentes de la Policía Judicial que ejecutarán la medida. Del mismo modo, si se procede a realizar copias de cualquier tipo, también es necesario que ello se recoja en la autorización, así como las medidas precisas para la preservación de la integridad de los datos almacenados. El Juez de instrucción puede ampliar el contenido de la autorización en cualquier momento si lo considerase necesario.

“Los prestadores de servicios y personas señaladas en el artículo 588 ter e) y los titulares o responsables del sistema informático o base de datos objeto del registro están obligados a facilitar a los agentes investigadores la colaboración precisa. (...). Asimismo, están obligados a facilitar la asistencia necesaria para que los datos e información recogidos puedan ser objeto de examen y visualización”<sup>177</sup>.

Del mismo modo, los agentes de la Policía Judicial pueden ordenar a cualquier persona con los conocimientos necesarios que facilite los mismos, salvo al investigado y demás personas dispensadas. Los requeridos que participen en la medida con la finalidad de colaborar están obligadas a guardar secreto acerca de las actividades solicitadas por los agentes.

El plazo máximo para llevar a cabo esta medida es de un mes, prorrogable por iguales períodos hasta un máximo de tres meses.

Para la Fiscalía General del Estado, “existen dos notas esenciales que concurren en los registros remotos y no en los registros directos (...): la clandestinidad y el carácter dinámico del registro. Por una parte, mientras que los registros directos se llevan a cabo con el conocimiento del afectado, quien podrá consentir o colaborar con el mismo, el registro remoto

---

<sup>176</sup> *Íbidem*.

<sup>177</sup> Art. 588 septies b) LECrim.

se desarrolla a sus espaldas. Por otra parte, mientras que los registros directos se practican sobre el contenido estático del dispositivo o sistema, los registros remotos pueden conocer, no solo lo que existe en un dispositivo en un momento determinado, sino también lo que se va añadiendo o borrando del mismo durante el tiempo que dure la medida. (...) Por eso, sin perjuicio de que en ambas formas de investigación el derecho fundamental que aparece comprometido será el derecho al entorno virtual de la persona, no cabe duda de que con los registros remotos se produce una intromisión mucho más intensa en el mismo que con los registros directos, lo que va a tener su reflejo, como a continuación se verá, en las exigencias que establece su regulación. Esta será la razón, igualmente, que determina que en este caso no sea posible el registro policial convalidado posteriormente por el Juez, ni en los casos de urgencia, ni cuando se trate de ampliar el registro a otros sistemas, como ocurría con los registros directos”<sup>178</sup>.

#### 3.4.3.8 Medidas de aseguramiento / orden de conservación de datos<sup>179</sup>

Tanto la Policía Judicial como el Ministerio Fiscal pueden requerir a cualquier persona la conservación y protección de datos que se encuentren ubicados en un sistema de almacenamiento que tenga a su disposición hasta que se obtenga la autorización judicial para su cesión. Estos datos deberán conservarse durante un plazo máximo de noventa días, prorrogable una sola vez hasta que se autorice la cesión o se cumplan ciento ochenta días.

La persona requerida queda obligada a prestar su colaboración y a guardar secreto del desarrollo de esta diligencia porque en caso contrario puede incurrir en un delito de desobediencia.

---

<sup>178</sup> Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre sobre registro de dispositivos y equipos informáticos.

<sup>179</sup> Art. 588 octies LECrim.

### **3.5. Otros medios de investigación**

#### **3.5.1. Inspecciones e intervenciones corporales**

Son actos que recaen sobre el cuerpo humano y que, a pesar de ser utilizados con gran habitualidad en la práctica, la LECrim no los regula de forma específica; por ello, es necesario acudir a la jurisprudencia.

En primer lugar, habría que distinguir entre las inspecciones y registros corporales que, el Tribunal Constitucional define como las consistentes “en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 C.E.)”. Y las intervenciones corporales, las cuales califica como aquellas “consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado. El derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 C.E.)”<sup>180</sup>. Además, para este mismo Tribunal, esta última diligencia supone una vulneración del derecho a la intimidad personal, toda vez que a través de las intervenciones corporales se pueden conocer más datos que podrían afectar a su vida personal pero que a efectos de la investigación nos son de relevancia.

---

<sup>180</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 5 de diciembre, FJ 2.

Las intervenciones corporales, por su alto grado de vulneración de derechos fundamentales, deben cumplir una serie de requisitos<sup>181</sup> que proporcionan una justificación de esta intervención corporal. Son, en primer lugar, la persecución de un fin constitucionalmente legítimo, considerando que “el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal”. En segundo lugar, debe estar presente el principio de legalidad, debiendo ser toda intervención autorizada por la ley y no por la vía reglamentaria.

Por otro lado, como en anteriores diligencias, se debe tener presente el principio de jurisdiccionalidad, esto es, para su realización se requiere autorización judicial, aunque sin descartar que la ley pueda autorizar a la Policía Judicial a llevarla a cabo cuando existan razones de urgencia y necesidad “o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

Otro de los requisitos que se exigen es la motivación de la resolución judicial, como “requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida”. Otro de los principios que deben valorarse es el de proporcionalidad; para ello, es preciso: “a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de

---

<sup>181</sup> *Cfr.* Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 5 de diciembre, FJ 4 y Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7.

tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes”.

Como último requisito, del art. 15 CE “cabe derivar una serie de exigencias específicas (...): a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer, bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994), b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características. c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta”.

### 3.5.2. Diligencia de cacheo<sup>182</sup>

Es una diligencia que podría encuadrarse dentro de las inspecciones corporales, pero que es practicada por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Supone una actuación externa sobre el cuerpo humano que consta de un “registro corporal externo y superficial de la persona cuando existan indicios racionales para suponer que puede conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención”. Así se establece en el art. 20 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante, LOPSC). Por tanto, se trata de una injerencia policial legitimada por la ley.

Los agentes de policía deberán velar por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación, así como de los principios de idoneidad, necesidad y de injerencia mínima, de forma que se cause el mínimo perjuicio al derecho a la intimidad y dignidad de la persona cacheada. En sí misma, las diligencias de cacheo

---

<sup>182</sup> Cfr., RAMIRO HERRANZ, L., *El valor procesal del atestado policial*, Edit. Jurídica Sepín, S. L, Madrid, 2017, pág. 58.

tampoco evidencian una vulneración del derecho a la integridad física<sup>183</sup>, ya que “suponen para el afectado un sometimiento normal a las normas de policía y no implican violación de sus derechos constitucionales a la intimidad”<sup>184</sup>.

Para la validez del cacheo, es necesario que los agentes de la policía sean rigurosos con el respeto al derecho a la intimidad; por ello, salvo casos de urgencia por riesgo grave e inminente, se deben cumplir tres requisitos. El primero, es que el registro debe hacerse por un agente de policía del mismo sexo que la persona que va a ser cacheada y, en segundo lugar, si la práctica de esta diligencia requiere dejar a la vista alguna parte del cuerpo (normalmente cubierta por ropa), la misma debe hacerse en un lugar reservado, fuera de la vista de más personas<sup>185</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Supremo incluye un tercer requisito, que es la evitación de situaciones o posturas degradantes o humillantes.

Los resultados de la misma tendrán el valor de denuncia<sup>186</sup>, alcanzando valor probatorio a través de la deposición testimonial en el acto del juicio oral.

Jurisprudencialmente, el cacheo no implica una detención, “sino una restricción de la libertad de mínima entidad, tanto temporalmente como en atención a su intensidad, que constituye un sometimiento legítimo a las normas de policía que ha de entenderse normal en una sociedad democrática moderna sin que afecte al derecho fundamental a la libertad”<sup>187</sup>.

La presencia del letrado, en base al art. 24.2 CE, se establece para evitar una indefensión material cuando se merman las garantías jurídicas de una persona; por ello, “aunque la Constitución garantiza la asistencia de Abogado (artículos 17.3 y 24 de la Constitución ) en todas las diligencias judiciales y policiales, es cierto que de dicha exigencia no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos introductorios. En los demás actos procesales, en los que no es necesario garantizar la contradicción, la

---

<sup>183</sup> Art. 15 CE.

<sup>184</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 253/2003, de 19 de febrero, FJ 1.

<sup>185</sup> *Cfr.* art. 20 LOPSC.

<sup>186</sup> Art. 717 LECrim.

<sup>187</sup> Auto del Tribunal Supremo, 1397/2016, de 6 de octubre, FJ 3.

intervención del defensor no deviene obligatoria”. Y continúa alegando que, “aun tratándose de un detenido, el cacheo es una actuación inmediata sobre éste que no exige la asistencia letrada, por las siguientes razones: a) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia; b) porque la presencia de Letrado no supone un "plus" de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia. c) El derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo”<sup>188</sup>. Precisamente por su naturaleza y finalidad, se trata de una diligencia que normalmente se practicará con carácter previo a la imputación inicial.

### 3.5.3. La recogida de ADN<sup>189</sup>

Es una diligencia de investigación vinculada a la averiguación e identificación de cualquier tipo de delincuente. Su regulación<sup>190</sup> se encuentra dispersa. Así, el art. 282 LECrim recoge la obligatoriedad de la Policía Judicial de “recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial”. De igual modo, el art. 326 LECrim permite al Juez de instrucción ordenar la recogida y custodia de muestras o vestigios que puedan esclarecer los hechos investigados.

El art. 363 LECrim permite al Juez de instrucción, cuando existan razones que lo justifiquen, la recogida de muestras biológicas del investigado que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN.

---

<sup>188</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 352/2006, de 15 de marzo de 2006, FJ 1.

<sup>189</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 4.

<sup>190</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 11/2017, de 19 de enero, FJ 1.

El art. 3.1 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, permite inscribir en la base de datos de la policía muestras o fluidos recogidos en el marco de una investigación cuando “se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada”.

Respecto a la recogida de muestras de ADN que hayan sido abandonadas por el investigado, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su sesión celebrada el 31 de enero de 2006, acordó admitir que no se requiere autorización judicial para la recogida de restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso, sino que simplemente las mismas pueden ser recogidas por la Policía.

#### 3.5.4. Reconocimientos médicos y examen radiológico

El reconocimiento médico es un acto de investigación de naturaleza pericial. Como en otros medios de investigación, si no se obtiene el consentimiento libre y expreso del investigado para llevarla a cabo, se requiere autorización judicial.

En cuanto a los requisitos necesarios para llevar a cabo esta investigación, son la existencia de indicios razonables, y además debe tratarse de una medida imprescindible por no existir otro medio menos gravoso, al igual que debe practicarse por personal sanitario adecuado y con arreglo a la *lex artis*<sup>191</sup>.

En los exámenes radiológicos, se trata de la realización de un examen cuya finalidad es:

“[L]a observación de las cavidades naturales del cuerpo, en los que es fácil la ocultación de determinados objetos de pequeño tamaño y, especialmente, de drogas

---

<sup>191</sup> Cfr. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Op. cit, pág. 210.

y sustancias análogas”<sup>192</sup>. En principio este examen suele realizarse por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en los aeropuertos.

Para ello, la doctrina establece dos requisitos para “que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos ni asistencia letrada sea constitucionalmente correcta y apta para ser valorada como prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia:

a) que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviere le ampararían los derechos y garantías establecidos en el art. 17.3 CE, y

b) que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que, si no lo consintiere y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese mismo momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, con independencia de la posible restricción de otros derechos fundamentales que estarían en todo caso bajo la tutela y salvaguarda de la autoridad judicial”<sup>193</sup>.

Ahora bien, si no existe consentimiento<sup>194</sup>, negándose el sujeto a someterse a la exploración, los agentes de la policía podrán acordar la detención basada en sospechas y, de conformidad al art. 520 LECrim, se procederá a la lectura de derechos en presencia de su letrado, requiriendo al Juez autorización judicial para llevar a cabo el examen.

---

<sup>192</sup> MELÓN MUÑOZ, A. *et alii*, *Memento Práctico Proceso Penal*, *Op. cit.*, pág. 332.

<sup>193</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 277/2009, de 13 de abril, FJ 1 y Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1999 sobre las exploraciones radiológicas y asistencia de letrado.

<sup>194</sup> Instrucción n.º 6/1988, de 1 de junio, sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas, a ser objeto de reconocimiento.

### 3.5.5. La prueba de alcoholemia<sup>195</sup>

Se trata de un acto mediante el cual se produce una detención momentánea, para que, a través de una medición en el aire expirado, los agentes de policía determinan el grado de alcohol que ha ingerido una persona.

En cuanto a la regulación, es abundante. Entre ellas, encontramos la Circular 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial (en adelante, Circular 10/2011), así como la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología, el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante, RDL 6/2015), el CP, que regula los delitos en sus art 379 y el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (en adelante, RD 1428/2003).

La comisión de este tipo de prueba se encuentra regulada en el art. 379.2 CP, que establece: “será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”.

A pesar de que el art. 14 del RDL 6/2015, así como el art. 22 del RD1428/2003 prevén que “[t]odos los conductores de vehículos y de bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas”, el Tribunal Constitucional ha considerado que ante la negativa a la realización de la prueba, los agentes de policía no podrían suplir esa falta de consentimiento con el uso de la fuerza física; sin embargo, parece claro que estaría cometiendo un delito de desobediencia

---

<sup>195</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 2.

estipulado en el art. 383 CP, y cuya pena oscila “de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

A mayor abundamiento, la práctica de esta diligencia, según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, no vulnera el derecho a la integridad física<sup>196</sup>, ni el derecho a la libertad<sup>197</sup>, ni tampoco afecta al derecho a no declarar contra sí mismo<sup>198</sup>, ni al derecho a no confesarse culpable<sup>199</sup>. Ahora bien, el Tribunal alega que puede existir una lesión del derecho a la presunción de inocencia si se produce la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías<sup>200</sup>.

Ahora bien, cuando se obliga a un conductor a realizar una prueba de este tipo queda claro que el derecho a la intimidad de esa persona se está viendo afectado; sin embargo, no existe una vulneración siempre y cuando se realice de una forma ajustada y razonable.

Este tipo de pruebas que pueden afectar a la intimidad de los conductores se permite por varios motivos. En primer lugar, existe un fin legítimo, que es el peligro de conducir bajo los efectos de esta sustancia; en segundo lugar, existe un interés general porque estamos haciendo hincapié en la seguridad del tráfico, es decir, de cualquier conductor, y todo ello se traduce en la obligación de todo conductor de soportar estas pruebas de indagación.

La práctica de esta prueba en base al art. 796.7 LECrim únicamente puede ser realizada por agentes de la policía judicial de tráfico que cuentan con una formación concreta al respecto. Concluida la prueba, los agentes informarán del resultado, así como de la posibilidad de formular alegaciones y del derecho a la prueba de contraste, consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas. En caso de que un conductor solicite la prueba de contraste, “se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el

---

<sup>196</sup> Ver art. 15 CE

<sup>197</sup> Ver art. 17.1 CE

<sup>198</sup> Ver art. 17.3 CE

<sup>199</sup> Ver art. 24.2 CE

<sup>200</sup> *Cfr.* Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2014, de 17 de noviembre, FJ6.

medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores”.

La prueba de contraste surge cuando el interesado o la autoridad judicial tienen dudas respecto del resultado de la prueba; por ello, en base al art. 14.5 del RDL 6/2015 y art. 22 del RD1428/2003, pueden solicitarlo. Se trata de repetir la prueba, que consistirá preferentemente en análisis de sangre. Si el resultado de dicha prueba arroja de nuevo un resultado positivo, el solicitante deberá abonar la prueba, en caso contrario no abonará cantidad alguna.

Al tratarse de una prueba que no puede reproducirse en el acto del juicio oral, para que el atestado policial pueda constar como una prueba preconstituida, es necesario la posibilidad de contradicción, para lo cual es necesario que los agentes de la policía, antes del inicio de la prueba, informen al conductor de las consecuencias de la prueba, así como el derecho a un análisis clínico de extracción de sangre<sup>201</sup>, y posteriormente, en el acto del juicio oral ratifiquen los hechos. Esta prueba se lleva a juicio como una prueba preconstituida de carácter pericial. La imposibilidad de repetir esa prueba en el acto del juicio oral exige que la prueba se deba llevar a cabo con las máximas garantías de fiabilidad. Ello significa la necesidad de respetar “los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción. También inciden en el tema las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (SSTEDH) de 29 de octubre de 1991, caso *Jan Ake Andersson c. Suecia* y de 5 de diciembre de 2002, caso *Hoppe c. Alemania*”<sup>202</sup>.

En cuanto al contenido del atestado que realizará la Policía Judicial de Tráfico, y todo ello en base a la Circular 10/2011, sería preciso incorporar al mismo “el acta de sintomatología externa y los datos obrantes sobre el modo de conducir -aun cuando el tipo penal no exija signos ni otros requisitos adicionales a la tasa objetivada. Las razones son que en los casos en que no

---

<sup>201</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Op. cit, pág. 323.

<sup>202</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2014, de 17 de noviembre, FJ3.

sea posible acreditar la comisión del delito del art. 379.2 inciso 2 (tasa superior a 0'6 mg), podrían existir pruebas de la presencia del regulado en el art. 379.1 inciso 1 CP. Aun habiendo prueba de la tasa penal, nada se opone a que la individualización de la pena se funde en la entidad de los signos y maniobras concurrentes”.

Es bastante habitual que, concluida la primera prueba y arrojando la misma un resultado positivo, en un transcurso de no menos de diez minutos, se procede a la realización por los agentes de policía de la segunda prueba a efectos de ratificar el resultado; sin embargo, existen casos en los que los conductores se niegan a la realización de esa segunda prueba.

En cuanto a la negativa a prestar consentimiento a la realización de la segunda prueba, una vez constatado resultado positivo en la primera, es para el Tribunal Supremo un fraude de ley, toda vez que “su negativa hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del artículo 380 CP -actual artículo 383- pues entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto -dadas las características de los etilómetros con que se practican las denominadas pruebas de muestreo- podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal”<sup>203</sup>.

Es preciso concluir, por todo lo dicho, que la negativa a la práctica de la segunda prueba de medición de alcoholemia debe ser calificada como constitutiva de un delito contra la seguridad del tráfico del art. 383CP. “El sometimiento a una prueba de aproximación nunca exonera, en caso de que haya dado positivo, de las pruebas con alcoholímetro de precisión. La negativa es delictiva”<sup>204</sup>.

Ahora bien, esta Sala también aclara que no es lo mismo negarse a realizar de forma tajantes las dos mediciones que negarse únicamente a la segunda; sin embargo, ambas conductas son totalmente inaceptables y, por ello, todos los tipos penales tiene un gran abanico

---

<sup>203</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 210/2017, de 28 de marzo, FJ 3.

<sup>204</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, 531/2017, de 11 de julio de 2017, FJ 4.

en mayor o menor medida para estos casos, por ejemplo, a través de los criterios contenidos en el art. 66 CP.

Para concluir, en lo que respecta a los aparatos de detección de alcohol mediante aire espirado, más conocidos como etilómetros, los mismos deben ser homologados oficialmente, y para ello se rigen por la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología, así como por la OM/ITC/3707/2006, de 22 de noviembre, que establece las posibles desviaciones típicas, máximos permitidos y los errores.

#### **4. DILIGENCIAS COMPLEMENTARIAS<sup>205</sup>**

Su solicitud puede manifestarse ante la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos.

De tal modo que, dando el Juez de Instrucción traslado de las diligencias previas formuladas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, si consideran que no pueden formular acusación por falta de diligencias, podrán solicitarlas en el plazo común de diez días, acordando el Juez lo que estimase conveniente.

#### **4. TRAMITACIÓN**

##### **5.1. Órgano competente**

El art. 14.2 LECrim establece que, “[f]uera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes (...) [p]ara la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido”.

El art. 87.1 LOPJ, contempla que son los Juzgados de instrucción los que conocerán en el orden penal “[d]e la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las

---

<sup>205</sup> Art. 780 LECrim

Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer”.

Por ello, el Juzgado competente para la práctica de diligencias es el Juez de instrucción, el cual debe ser imparcial. La jurisprudencia distingue dos tipos de imparcialidad: en primer lugar, la objetiva, que es “la que motiva la regla de "quien instruye no debe juzgar" (STC 145/1988 de 12 de julio) y la que impide que el juez del plenario tenga una participación activa en el juicio oral, en agudo contraste con la fase de instrucción. Y la subjetiva, la cual “[g]arantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes”<sup>206</sup>.

## 5.2. Plazo<sup>207</sup>

El art. 324 LECrim establece los plazos para la instrucción de la causa. El plazo máximo será de seis meses desde la fecha del auto de incoación de las diligencias previas, que podrá ser prorrogable por dieciocho meses más en caso de ser declarada completa la causa. Este plazo quedará interrumpido en caso de declararse el secreto o el sobreseimiento.

Ahora bien, el apartado cuarto fija una excepción a la regla general, la cual dispone que “antes del transcurso de los plazos establecidos en los apartados anteriores o, en su caso, de la prórroga que hubiera sido acordada, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas, por concurrir razones que lo justifiquen, el instructor, previa audiencia de las demás partes, podrá fijar un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción”.

## 6. EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa<sup>208</sup> es un derecho fundamental recogido en el art. 24 CE, que consiste principalmente en el derecho a acceder al proceso penal, así como el derecho a designar

---

<sup>206</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 485/2019, de 1 de julio, FJ 4.

<sup>207</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2017, de 4 de julio FJ 1, 4 y 5.

<sup>208</sup> Cfr. MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la Justicia penal*, Op. cit, pág. 148.

un abogado<sup>209</sup> de su confianza o en caso contrario, se le asignará uno de oficio<sup>210</sup>. Se trata de un derecho que se encuentra integrado por un conjunto de garantías instrumentales y de derecho, y así lo contempla el citado art. cuando afirma que “todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Dicho derecho debe ser promovido y respetado principalmente por los poderes públicos<sup>211</sup> así como por las autoridades<sup>212</sup> que intervengan en el procedimiento penal.

Para el ejercicio del derecho de defensa en el proceso penal de un detenido, es necesario acudir al art. 17.3 CE, donde se contempla que “[t]oda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

“En resumen, el derecho de defensa supone poder conocer el contenido fáctico y jurídico de la acusación, poder alegar y probar para contradecirlo y poder recurrir las decisiones judiciales que sucesivamente recaigan en el proceso penal”<sup>213</sup>.

---

<sup>209</sup> DIRECTIVA 2013/48/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

<sup>210</sup> Art. 767 LECrim.

<sup>211</sup> Art. 9.3 CE

<sup>212</sup> Art. 2 LECrim

<sup>213</sup> HERRERO ÁLVARES, S., “El derecho de defensa en el proceso penal español: una visión práctica de sus novedades y dificultades”, en ROCA MARTÍNEZ, J.M. (dir.) y LOREDO COLUNGA, M. (secc. acad.), El proceso penal en ebullición, Ed. Atelier, Barcelona, 2017, pág. 31.

Pero la CE no agota todos los derechos instrumentales de defensa, los cuales deben ser complementados con el art. 520 LECrim, que recoge el ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Letrado y el tratamiento a los detenidos, así como una recopilación de los derechos que le asisten, y de igual modo, el art. 118 LECrim recoge el derecho a la defensa y a la asistencia jurídica gratuita. Junto a los derechos enunciados, el derecho de defensa exige el derecho a ser informado de las causas de la acusación en un tiempo prudencial, así se establece en el art. 6.3.c CEDH y art. 3.1.c de la Directiva 2012/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

La defensa en sede judicial ha de “mantener el derecho a la defensa, tanto en lo que respecta a la víctima como al investigado y aun acrecentarlo por la importancia de los intereses que están en juego. Además, hay que tener en cuenta que en este procedimiento corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación, ello ha de ser merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo”<sup>214</sup>.

Así, una vez se pasa al Juzgado de Instrucción, el art. 776.1 LECrim dice que nuevamente, “[e]l secretario judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial. En particular, se instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente y de los derechos mencionados en la regla 1.ª del artículo 771”.

Es necesario acudir al art. 3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, donde de una forma más concreta se indica que deberá informársele de los derechos que le asisten como víctima.

Para concluir, debemos hacer mención del uso del derecho a la “última palabra”, siendo esta la última manifestación del derecho de defensa que recoge el art. 739 LECrim<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> PÉREZ DEL VALLE, *Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, *Op. cit*, pág. 22.

<sup>215</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, *Op. cit*, pág. 190.

## 7. CONCLUSIONES

**Primera.** – Para una correcta defensa del investigado resulta primordial la fase de instrucción, así como la práctica de todas las diligencias de investigación que la ley habilita. La función del Juez de instrucción es la de acopiar el material para el plenario o archivar si no hay causa para llevar el caso a tal fase.

**Segunda.** – Las diligencias de investigación tienen como finalidad el esclarecimiento de los hechos y la identificación de los presuntos responsables.

**Tercera.** – En todo procedimiento penal, y con especial hincapié durante la fase de instrucción, prima sobre cualquier otro el derecho de defensa y a la presunción de inocencia.

**Cuarta.** – Durante la práctica de toda diligencia, ya sea en sede policial o en judicial, debe asegurarse a todo investigado el derecho a una tutela judicial efectiva.

**Quinta.** – A pesar de los avances y las nuevas reformas, parece que respecto a algunas diligencias de investigación la regulación todavía es escasa, siendo preciso matizar aspectos con la jurisprudencia.

**Sexta.** – Aunque la dirección de la investigación recae sobre el Juez de Instrucción, algunas diligencias, por cuantos derechos pueden afectar, pueden ser realizadas por la policía o el Ministerio Fiscal, dando cuenta de forma inmediata al Juez.

**Séptima.** – Del resultado de las diligencias de investigación, el Juez podrá acordar el sobreseimiento, el auto de continuación en Procedimiento Abreviado, o la remisión al juez competente por ser otro el competente. Por ello, el derecho de defensa y el principio de presunción de inocencia resultan primordiales.

**Octava.** – Resulta primordial la realización de forma legalmente establecida de toda diligencia, toda vez que en caso contrario la investigación podría verse anulada.

**Novena.** – En toda investigación resulta esencial la celeridad en las actuaciones.

## **8. BIBLIOGRAFÍA**

1. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Décima Edición, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2017.
2. FARTO PIAY, T y URIARTE VALIENTE, L.M., *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*, 2.ª Edición, Edit. Wolters Kluwer España, S.A, Madrid, 2018.
3. GARCÍA VALDÉS, C., *El agente provocador en el tráfico de drogas*, Edit. Tecnos, Madrid, 2019.
4. GIMENO SENDRA, V y DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal (para policías y criminólogos)*, Edit. Edisofer, S.L, Madrid, 2018.
5. HERRERO ÁLVARES, S., “El derecho de defensa en el proceso penal español: una visión práctica de su novedades y dificultades”, en ROCA MARTÍNEZ, J.M. (dir.) y LOREDO COLUNGA, M. (secre. acad.), *El proceso penal en ebullición*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017.
6. MARTÍN RÍOZ, P., “Diligencia de entrada y registro en lugar cerrado”, en NIEVA FENOLL, J. (dir.) y BUJOSA VADELL, L. (dir.), *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016.
7. MELÓN MUÑOZ, A. *et alii*, *Memento Práctico Proceso Penal*, Ed. Lefebvre-El Derecho SA, Madrid, 2018.
8. MORENO CATENA, V. *et alii*, *Derecho Procesal Penal*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
9. MORENO VERDEJO, J., “Algunas cuestiones sobre la atribución al Fiscal de la instrucción en la reforma del Proceso Penal”, en ROCA MARTÍNEZ, J.M. (dir.) y LOREDO COLUNGA, M. (secre. acad.), *El proceso penal en ebullición*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017.
10. MUERZA ESPARZA, J., *Las reformas procesales penales de 2015. Nuevas medidas de agilización, de investigación y de fortalecimiento de garantías en la Justicia penal*, Primera Edición, Edit. Aranzadi, S.A, Navarra, 2015.
11. OTAMENDI ZOZAYA, F., *Las últimas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una visión práctica tras un año de vigencia*, Edit. Dickinson, S.L, Madrid, 2017.
12. PÉREZ DEL VALLE, F., *Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado. Guía para Abogados en el Tribunal*, Edit. Eolas, Madrid, 2017.

13. PINTO PALACIOS, F y PUJOL CAPILLA, P., *Manual de actuaciones en Sala. Técnicas prácticas del proceso penal*, 2.ª Edición, Edit. Wolters Kluwer España, S.A, Madrid, 2015.
14. POMARES RAMÓN, C y VADILLO GARCÍA, J., *La Policía Local como Policía Judicial: Manual para la inspección técnico-policial*, 2.ª Edición, Edit. Club Universitario, Alicante, 2016.
15. RAMIRO HERRANZ, L., *El valor procesal del atestado policial*, Edit. Jurídica Sepín, S. L, Madrid, 2017.
16. ROBLES GARZÓN, JA, ÁLVAREZ ALARCÓN, A. *et alii*, *Lecciones breves de Derecho Procesal Penal*, Ed. Comares, S.L, Granada, 2017.
17. SANCHEZ GOMEZ, RG, y BALLESTEROS SASTRES, B., *Proceso Penal, presunción de inocencia y medios de comunicación*, Edit. Aranzadi, S.A.U, Navarra, 2018.
18. TOMÉ GARCÍA, J.A., *Curso de Derecho Procesal Penal*, Edit. Colex, S.A, Madrid, 2016.
19. VALDÉS-SOLÍS IGLESIAS, E., “Lucha contra la corrupción y recuperación de activos. Instrumentos penales y procesales y la intervención del Ministerio Fiscal”, en ROCA MARTÍNEZ, J.M. (dir.) y LOREDO COLUNGA, M. (secr. acad.), *El proceso penal en ebullición*, Ed. Atelier, Barcelona, 2017.
20. ZOCO ZABALA, C, *Nuevas tecnologías y control de las comunicaciones*, Edit. Aranzadi, S.A, Pamplona, 2015.

## 9. WEBGRAFÍA

1. DERECHO UNED, *Las diligencias policiales de prevención* (en línea), <https://derechouned.com/libro/procesal-penal/7243-las-diligencias-policial-de-prevencion> (consulta 6 de noviembre de 2019).
2. JUICIO PENAL, *Las Diligencias de Prevención* (en línea) <https://juiciopenal.com/derechos-del-detenido/diligencias-de-prevencion/>(consulta 15 de noviembre de 2019).
3. VLEX, *Especialidades en la instrucción de las Diligencias previas* (en línea), <https://practico-penal.es/vid/especialidades-diligencias-previas-391379174> (consulta 28 de octubre de 2019).
4. WOLTERS KLUWER, *Diligencias previas* (en línea) <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJEzNTtb>

LUouLM\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAiOsOcTUAAAA=WKE (consulta 3 de noviembre de 2019).

5. WOLTERS KLUWER, *Pieza separada (proceso penal)* (en línea) [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDczNzS7Wy1KLizPw8WyMDAawsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAG\\_tFu81AAAAWKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkNDczNzS7Wy1KLizPw8WyMDAawsDcwMLkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAG_tFu81AAAAWKE) (consulta 3 de diciembre de 2019).

## 10. JURISPRUDENCIA EMPLEADA

### A. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Valenzuela Contreras y Castillo Algar contra España de 30 de julio de 1998.

### B. Del Tribunal Constitucional:

2. Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional 207/1996, de 5 de diciembre.
4. Sentencia del Tribunal Constitucional 239/1999, de 20 de diciembre.
5. Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2000, de 17 de enero.
6. Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero.
7. Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2003, de 10 de febrero.
8. Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2003, de 27 de febrero.
9. Sentencia del Tribunal Constitucional 150/2006, de 22 de mayo.
10. Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2007, de 24 de septiembre.
11. Sentencia del Tribunal Constitucional 231/2009, de 5 de marzo.
12. Sentencia del Tribunal Constitucional 199/2013, de 5 de diciembre.
13. Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2014, de 22 de septiembre.
14. Sentencia del Tribunal Constitucional 191/2014, de 17 de noviembre.
15. Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2017, de 4 de julio.

C. Del Tribunal Supremo:

16. Sentencia del Tribunal Supremo 364/1999, de 4 de marzo.
17. Sentencia del Tribunal Supremo 814/2000, de 16 de mayo.
18. Sentencia del Tribunal Supremo 1091/2000, de 20 de junio.
19. Sentencia del Tribunal Supremo 1803/2002, de 4 de noviembre.
20. Sentencia del Tribunal Supremo 253/2003, de 19 de febrero.
21. Sentencia del Tribunal Supremo 1202/2003, de 22 de septiembre.
22. Sentencia del Tribunal Supremo 48/2004, de 22 de enero.
23. Sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005, de 10 de octubre.
24. Sentencia del Tribunal Supremo 352/2006, de 15 de marzo.
25. Sentencia del Tribunal Supremo 1115/2006, de 8 de noviembre.
26. Sentencia del Tribunal Supremo 1109/2006, de 16 de noviembre.
27. Sentencia del Tribunal Supremo 45/2007, de 29 de enero.
28. Sentencia del Tribunal Supremo 277/2009, de 13 de abril.
29. Sentencia del Tribunal Supremo 1190/2009, de 3 de diciembre.
30. Sentencia del Tribunal Supremo 922/2010, de 28 de octubre.
31. Sentencia del Tribunal Supremo 312/2011, 29 de abril.
32. Sentencia del Tribunal Supremo 627/2012, 18 de Julio.
33. Sentencia del Tribunal Supremo 143/2013, 28 de febrero.
34. Sentencia del Tribunal Supremo 669/2013, de 18 de julio.
35. Sentencia de Tribunal Supremo 303/2014, de 4 de abril.
36. Sentencia del Tribunal Supremo 353/2014, de 8 de mayo.
37. Sentencia del Tribunal Supremo 542/2015, de 30 de septiembre.
38. Sentencia del Tribunal Supremo 670/2015, de 30 de octubre.
39. Sentencia del Tribunal Supremo 712/2015, de 20 de noviembre.
40. Sentencia del Tribunal Supremo 179/2016, de 14 de febrero.
41. Sentencia del Tribunal Supremo 277/2016, de 6 de abril.
42. Sentencia del Tribunal Supremo 329/2016, de 20 de abril.
43. Sentencia del Tribunal Supremo 423/2016, de 18 de mayo.
44. Sentencia del Tribunal Supremo 426/2016, de 19 de mayo.
45. Sentencia del Tribunal Supremo 715/2016, de 26 de septiembre.

46. Sentencia del Tribunal Supremo 11/2017, de 19 de enero.
47. Sentencia del Tribunal Supremo 184/2017, de 20 de enero.
48. Sentencia del Tribunal Supremo 71/2017, de 8 de febrero.
49. Sentencia del Tribunal Supremo 121/2017, de 23 de febrero.
50. Sentencia del Tribunal Supremo 134/2017, de 2 de marzo.
51. Sentencia del Tribunal Supremo 210/2017, de 28 de marzo.
52. Sentencia del Tribunal Supremo 232/2017, de 4 de abril.
53. Sentencia del Tribunal Supremo 250/2017, de 5 de abril.
54. Sentencia del Tribunal Supremo, 531/2017, de 11 de julio.
55. Sentencia del Tribunal Supremo 543/2018, de 12 de noviembre.
56. Sentencia del Tribunal Supremo 138/2019, de 13 de marzo.
57. Sentencia del Tribunal Supremo 173/2019, de 1 de abril.
58. Sentencia del Tribunal Supremo 256/2019, de 22 de mayo.
59. Sentencia del Tribunal Supremo 304/2019, de 11 de junio.

D. De las Audiencias Provinciales:

60. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 16/2018, de 14 de diciembre.
61. Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 9/2019, de 16 de enero.
62. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 60/2019, de 14 de marzo.
63. Sentencia de la Audiencia de Sevilla 485/2019, de 1 de julio.

E. Del Juzgado de lo Penal:

64. Sentencia del Juzgado de lo Penal N°3 de Arrecife, de 25 de febrero de 2019.

F. Auto del Tribunal Supremo

65. Auto del Tribunal Supremo, 1397/2016, de 6 de octubre.

G. Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo:

66. Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1999, sobre las exploraciones radiológicas y asistencia de letrado.

H. Instrucciones de la Fiscalía General del Estado:

67. Instrucción n.º 6/1988, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la posibilidad de que exista un delito de desobediencia en relación con la negativa de las personas posibles portadoras de drogas, a ser objeto de reconocimiento.

I. Circulares de la Fiscalía General del Estado:

68. Circular 5/2019, de 6 de marzo, de la Fiscal General del Estado, sobre sobre registro de dispositivos y equipos informáticos [«BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 2019].

69. Circular 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial [FIS-C-2011-00010].

## **11. NORMATIVA ESTUDIADA**

A. Normativa Supranacional:

1. DIRECTIVA 2013/48/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad [«DOUE» núm. 294, de 6 de noviembre de 2013].
2. Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (BOE núm. 142, de 1 de junio de 2012).

3. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 [«BOE» núm. 103, de 30/04/1977].
4. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente [«BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979].

B. Constitución Española:

5. Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

C. Leyes Orgánicas:

6. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).
7. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995)
8. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género [«BOE» núm. 313, de 29/12/2004].
9. Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN [«BOE» núm. 242, de 9 de octubre de 2007]
10. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana [«BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015]

D. Leyes Ordinarias:

11. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual [«BOE» núm. 296, de 12 de diciembre de 1995]
12. Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones [«BOE» núm. 251, de 19 de octubre de 2007].

13. Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones [«BOE» núm. 114, de 10 de mayo de 2014.]
14. Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología [«BOE» núm. 309, de 23 de diciembre de 2014]
15. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito [«BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2015.

E. Reales Decretos:

16. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882).
17. Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo [«BOE» núm. 306, de 23/12/2003].
18. Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial [«BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015]

F. Otras normas:

19. Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses [«BOE» núm. 122, de 19 de mayo de 2010].
20. Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 [«BOE» núm. 108, de 6 de mayo de 1999].