

# **Lección 1**

## **FUENTES Y FUNCIÓN DEL PROCESO PENAL**

Esta lección no tiene casos asignados.



## Lección 2

# EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE DERECHO JUDICIAL ORGÁNICO. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES MATERIALES A LA LEGALIDAD Y AL *NOM BIS IN IDEM*

*Marta Gómez de Liaño Fonseca-Herrero*

### CASO PRÁCTICO I. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (I)

#### 1. Supuesto de hecho

El Juzgado de Instrucción núm. X de Barbate instruyó Procedimiento Abreviado DDD/2019 contra Don A y Don B.

El 18 de febrero de 2019 el Inspector Jefe de la Unidad de Droga y Crimen Organizado de Cádiz solicitó del Juzgado de Instrucción la intervención del número de teléfono N perteneciente a Don A para proceder a la escucha y grabación.

La solicitud policial se basaba en que Don A –viejo conocido de la Policía por asuntos de estupefacientes– tenía en su domicilio diversos automóviles –BMW, Mercedes, Audi, etc.– que no figuraban a su nombre y era socio, junto con Don B, de una empresa de compraventa de vehículos denominada Z, sita en la referida localidad donde se citaban con individuos relacionados con el tráfico de estupefacientes para –en intuición policial– manipular y cortar de droga.

La policía había observado que un empleado no identificado de Z conducía una moto –propiedad de Don A– y, por ello, especulaba que pudiera estar realizando labores de transporte de estupefacientes.

Por todo ello, la Policía pensaba que existía una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas en la zona de Cádiz y que Don B era el encargado de

adquirir la cocaína fuera de la provincia, para, posteriormente repartirla entre diferentes distribuidores.

Mediante Auto de 20 de febrero de 2019 se accedió a la intervención telefónica: “Por existir (sic) indicios racionales de obtener datos que permitan el descubrimiento y comprobación de actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes” (...) “la solicitud policial es bastante para la adopción de la medida solicitada, en cuanto permite una mejor y más amplia investigación de los hechos que se trata de depurar”.

El 16 de marzo de 2019 el Inspector Jefe informó al Juzgado de Instrucción de que a resultas de la intervención telefónica, y los posteriores seguimientos y vigilancias, se comprobó que Don B era, en efecto, el máximo responsable en la provincia de Cádiz de una organización dedicada al tráfico de estupefacientes que utilizaba como base el negocio de “Los Coches”. Por ello, se solicitó al Juzgado la intervención del número de teléfono Y de la empresa Z.

Esta intervención telefónica desvela que en la madrugada del 12 de abril iba a llegar a la costa un cargamento de hachís, y en ese día fueron detenidos todos los acusados.

Tras la detención, la Policía solicitó mandamiento de entrada y registro en los domicilios de los acusados donde fueron hallados, entre otros, trece fardos de tela de saco de arpillera –conteniendo en su interior tabletas de sustancia marrón, que posteriormente analizada, resultó ser hachís–, seis trozos de diferente tamaño de hachís, un visor nocturno, numerosos automóviles y teléfonos móviles y 6.000 euros.

Con fecha 20 de enero de 2020, la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia condenando a los acusados como penalmente responsables de un delito contra la salud pública con las agravatorias de notoria importancia y organización a la pena de seis años de prisión.

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por vulneración de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.3, 18.2, 24.2 y 24.1 de la CE.

## 2. Cuestiones

a) ¿Cuál de los derechos fundamentales cuya vulneración se invoca debe ser analizado en primer lugar por el Tribunal Supremo en la resolución del recurso de casación?

Los recurrentes denuncian la vulneración del artículo 18.3 CE en la realización de las escuchas telefónicas. La lectura de los hechos pone inmediatamente de relieve que las escuchas telefónicas jugaron un papel esencial.

Por ello, en primer lugar hay que verificar si las escuchas se adecuaron en su desarrollo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de propor-

cionalidad que debe regir en la adopción de cualquier medida limitativa de derechos fundamentales.

b) ¿Qué notas esenciales del principio de proporcionalidad satisface la intervención telefónica acordada?

La intervención telefónica respeta dos notas esenciales de la proporcionalidad: se trata de una medida prevista en una Ley con rango de Orgánica –art. 588.bis.a) LECrim–. La medida emana de la autoridad competente, esto es el Juez de Instrucción –art. 588.bis.b) y 588.bis.c) LECrim–.

c) ¿Qué notas esenciales del principio de proporcionalidad incumple la intervención telefónica acordada?

La apreciación de la legitimidad de la adopción de la intervención telefónica impone un primer juicio de proporcionalidad dirigido a comprobar si con ella se persiguió un fin constitucionalmente lícito y si el sacrificio del derecho fundamental del 18.3 CE fue realmente necesario para conseguirlo.

Es patente que el fin invocado –a saber, la obtención de datos en la investigación y persecución de un delito contra la salud pública– es constitucionalmente legítimo.

A continuación, hay que comprobar si la solicitud policial y la decisión judicial que la acogió estuvieron racional y jurídicamente preordenadas a la consecución de aquel objetivo. Y en el punto de partida de tal comprobación hay que analizar si la autorización de la intervención está rigurosamente fundada en datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y de la conexión de los investigados con el mismo.

Los indicios son algo más que simples sospechas y deben contar con un fundamento identificable y objetivo para distinguirlos de las “meras hipótesis subjetivas” que no habilitan la restricción de derechos fundamentales.

En este caso, lo que se puso en conocimiento del Juzgado y sirvió de fundamento para la primera interceptación fue la vaga sospecha policial de una posible actividad delictiva. Lo que la Policía trasladó al Juzgado fue una hipótesis con pretensiones explicativas basadas en el hecho de que personas con antecedentes policiales se frecuentaban y que tenían en su poder varios turismos –eran comerciantes de coches–. Nada de esto tiene la menor calidad indicativa de una posible implicación en actividades ilegales.

El Auto carece de un juicio motivado sobre la proporcionalidad y necesidad de la medida, toda vez que se limitó a una mera supervisión o convalidación de lo pedido por la Policía. Tal sospecha genérica o “golpe de intuición” hubiera sido válido para adoptar otras formas de investigación menos gravosas.

*Vide*, en este sentido el artículo 588.bis.a) LECrim.

d) ¿Cuál debe ser la consecuencia de la infracción del principio de proporcionalidad?

La infracción del principio de proporcionalidad ocasiona, no sólo la violación del derecho fundamental, sino también que el acto probatorio generado se convierta en una prueba de valoración prohibida.

En la medida en que el contenido de las conversaciones telefónicas permitió conocer todos los datos relevantes de la operación de transporte de hachís y de las personas implicadas resulta debido, por imperativo del artículo 11.1 LOPJ, que los datos procedentes de aquellas se destierran del discurso probatorio.

Si se prescinde, como es obligado, del resultado de las intervenciones telefónicas no hay nada –ni antes, ni después– legalmente valorable como prueba de cargo. De este modo, la sentencia de condena dictada por la Audiencia Provincial lesiona el derecho de presunción de inocencia que no fue legítimamente destruida por ausencia de prueba de cargo válidamente obtenida.

El recurso de casación será estimado y el Tribunal Supremo dictará nueva sentencia con absolución de los condenados.

### 3. Derecho aplicable

- Artículos 18.3 y 24.2 CE.
- Artículo 11.1 LOPJ.
- Artículos 588.*bis.a*), b) y c) LECrim (a mayor abundamiento, artículos 588 *ter a*), b), c) y d) LECrim).

## CASO PRÁCTICO II. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (II)

### 1. Supuesto de hecho

El Juzgado de Instrucción núm. X de Vigo, en el marco del Procedimiento Abreviado DDD/2010 por delito de tráfico de drogas, dictó Auto con fecha 1 de mayo de 2010 autorizando la instalación y uso por los agentes de policía de un dispositivo de localización global de navegación por satélite (GNSS) en el vehículo habitualmente utilizado por el investigado Don A.

El dispositivo de geolocalización permitió a la Policía cerciorarse de que el día 14 de mayo de 2010 sobre las 23,00 h., el acusado salió de Vigo en el referido vehículo.

En el momento de su detención, Don A portaba 100,20 gramos de cocaína con una pureza de 77,89% destinada a ser vendida a terceros y un valor estimado en el mercado ilícito de 1.100 euros.

La Audiencia Provincial de Pontevedra condenó a Don A como autor de un delito de tráfico de drogas previsto en el artículo 368.1 CP a la pena de cuatro años de prisión, más las accesorias. Contra la anterior sentencia se opuso recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ de Galicia que fue íntegramente desestimado.

Notificada en forma la resolución se interpuso recurso de casación por vulneración de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 18.1 y 24.2 CE en relación con lo dispuesto en el artículo 11 LOPJ.

## 2. Cuestiones

- a) La utilización de dispositivos y medios técnicos de seguimiento y localización cuenta con la cobertura jurídica del art. 588 *quinquies*, apartados a) b) y c) LECrim desde la promulgación de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre. ¿La utilización del dispositivo GNSS en el vehículo del acusado, y posteriormente condenado Don A, vulnera el principio de proporcionalidad? Razone la respuesta.
- b) Desde el punto de vista del acto probatorio, ¿qué consecuencias tiene la infracción del principio de proporcionalidad en la adopción de una medida limitativa de derechos fundamentales?
- c) En caso de basarse en una prueba prohibida, ¿la sentencia de condena a Don A infringe algún otro derecho fundamental?
- d) Ya bajo la vigencia de la reforma operada en el año 2015 en la LECrim, ¿la instalación de un dispositivo GPS debe contar siempre desde su inicio con autorización judicial?

## 3. Derecho aplicable

- Artículos 18.1 y 24.2 CE.
- Artículo 11.1 LOPJ.
- Artículo 588 *quinquies* b) LECrim.

## CASO PRÁCTICO III. DERECHO AL JUEZ LEGAL (I)

### 1. Supuesto de hecho

Mediante la Ley 154/1963, de 2 de diciembre, se creó el –ya desaparecido– Tribunal de Orden Público con la finalidad de perseguir los delitos “que van contra el Jefe del Estado, las Cortes, el Consejo de Ministros y forma de Gobierno; la rebelión y la sedición; los desórdenes públicos; la propaganda ilegal; las detenciones ilegales que obedezcan a un móvil político o social; la sustracción de meno-

res; el allanamiento de morada; las amenazas y coacciones; y el descubrimiento y revelación de secretos”.

Mediante la Ley de 1 de marzo de 1940 se instauró el –hoy extinto– Tribunal para la Represión de la Masonería y el Comunismo. De acuerdo con su artículo 1: “Constituye figura de delito, castigado conforme a las disposiciones de la presente Ley, el pertenecer a la masonería, al comunismo y a las demás asociaciones clandestinas a que se refieren los artículos siguientes. El Gobierno podrá añadir a dichas organizaciones las ramas o núcleos auxiliares que juzgue necesarios y aplicarles entonces las mismas disposiciones de esta Ley, debidamente aceptadas”.

Mediante Real Decreto Ley 1/1977 fue creada la Audiencia Nacional cuyo artículo cuarto establece: “Uno. En el orden judicial penal, con jurisdicción en todo el territorio nacional (...) la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales de Instrucción conocerán de los siguientes delitos:

a) Los de falsificación de moneda metálica y billetes del Estado y Banco y los de tráfico monetario (...)

b) Los (...) que puedan repercutir gravemente en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional, así como los que se cometan mediante operaciones sobre terrenos o viviendas o a través de sociedades o entidades de inversión o financiación, siempre que unos y otros produzcan o puedan producir perjuicio patrimonial a una generalidad de personas en territorios de distintas Audiencias Provinciales.

c) Los de tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes, fraudes alimenticios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, los relativos a la corrupción y prostitución, así como los de escándalo público, cuando se realicen por medio de publicaciones, películas u objetos pornográficos, siempre que sean cometidos por grupos organizados y produzcan efectos en distintas Audiencias Provinciales.

d) Los delitos distintos de los comprendidos en los apartados anteriores, cuando por razón de su extraordinaria complejidad, de sus graves efectos en el ámbito nacional o por cualquier otra circunstancia (...) acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que su instrucción corresponda a un Juzgado Central.

e) Los cometidos fuera del territorio nacional, cuando, conforme a las Leyes, corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

Dos. (...).

Tres. La Audiencia Nacional, en el orden judicial penal, conocerá además, de los asuntos siguientes: a) De los procedimientos judiciales de extradición pasiva (...); b) De los recursos de apelación y queja que se interpongan contra las sentencias y demás resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción.

Cuatro. Para conocer de los recursos de apelación y queja que se interpongan contra las resoluciones de los Jueces de Peligrosidad y Rehabilitación Social



se constituirá una Sala especial en la Audiencia Nacional, integrada por el Presidente y dos Magistrados de la Sala de lo Penal, sin relevación de sus otras funciones en la propia Audiencia”.

El artículo 11 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre atribuyó el conocimiento de las causas por delitos terroristas a la Audiencia Nacional.

Mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género fueron creados los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De conformidad con el artículo 1 el objeto es: “1. Actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 2. Por esta Ley se establecen medidas de protección para prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia. 3. (...) 4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero”.

## 2. Cuestiones

- a) ¿El Tribunal de Orden Público y el Tribunal para la Represión de la Masonería y el Comunismo vulneran el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley? Razone su respuesta.
- b) ¿La Audiencia Nacional –cuya competencia en el orden jurisdiccional penal está regulada en la actualidad en el artículo 65 LOPJ– contraviene el derecho al Juez legal? Razone su respuesta.
- c) ¿Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer –artículo 87 bis, 87 ter y 87 quater de la LOPJ– vulneran el derecho al Juez legal? Razone su respuesta.
- d) ¿Sería posible la creación en nuestro país de un Juzgado/Audiencia con competencia para instruir/enjuiciar todos los delitos cometidos exclusivamente por ciudadanos sirios? Razone su respuesta.

## 3. Derecho aplicable

- Artículos 24 y 117. 6 CE.
- Artículos 65 y 87 ter 1.a) LOPJ.

## CASO PRÁCTICO IV. DERECHO AL JUEZ LEGAL (II)

### 1. Supuesto de hecho

Don A –Magistrado de la Audiencia Nacional– fue nombrado Ministro del Interior del Gobierno de España en junio de 2018.

En varios mítines políticos e intervenciones parlamentarias, Don A se refirió al GH, primer partido de la oposición en el Congreso de los Diputados, como “una organización criminal”.

Bajo su mando superior de Ministro del Interior, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado culminaron con éxito la llamada operación “Toro” que llevó a la detención de ocho ciudadanos argelinos por presunta vinculación con el Grupo Islámico Armado –fueron incautados números DNI falsos destinados a miembros del Grupo Islámico, manuales de guerrilla y fabricación de explosivos–. También fueron detenidos dos ciudadanos argelinos por tráfico de armas al servicio del Grupo Islámico Armado. La operación “Toro” supuso la desarticulación de la mayor red de apoyo logístico al Grupo Islámico Armado Argelino en España.

En diciembre de 2021, Don A regresó a su destino como Magistrado en la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional donde tenía reserva de plaza.

El 20 de enero de 2022 da comienzo el juicio oral contra diversos cargos/miembros del partido político GH acusados de corrupción política.

El 1 de mayo de 2022 comienza el juicio oral contra los diez ciudadanos argelinos detenidos en la operación “Toro”.

### 2. Cuestiones

- a) ¿Puede Don A formar parte del tribunal que ha enjuiciar a los cargos/miembros del partido político GH? Explique qué preceptos de la legalidad ordinaria y constitucional se verían, en su caso, vulnerados.
- b) ¿Puede Don A formar parte del tribunal que ha enjuiciar a los detenidos en la operación “Toro”? Explique qué preceptos de la legalidad ordinaria y constitucional se verían, en su caso, vulnerados.
- c) ¿El regreso a la carrera judicial de quienes han ejercido de manera temporal responsabilidades políticas públicas contraviene el derecho al Juez ordinario pre-determinado por la Ley?
- d) ¿Considera necesaria una regulación más completa y/o precisa para garantizar la “no contaminación de las togas”?

### 3. Derecho aplicable

- Artículo 24.2 CE.
- Artículo 219. 9ª, 10ª, 13ª y 16ª LOPJ.

## CASO PRÁCTICO V. DERECHO AL JUEZ LEGAL (III)

### 1. Supuesto de hecho

El Juzgado de Instrucción núm. X de Illescas incoó Procedimiento Abreviado DDD/2015 contra Don B y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Toledo –Sección 2ª– que con fecha 19 de mayo de 2016 dictó sentencia en la que condena al acusado como autor responsable de un delito continuado de estafa.

Dentro del itinerario procesal del caso interesa destacar:

- El Juzgado de Instrucción dictó Auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado.
- Contra el mencionado Auto se interpuso recurso de reforma que fue desestimado.
- Contra el Auto desestimatorio de la reforma se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Toledo cuya Sección 2ª lo desestimó con fecha 13 de diciembre de 2015.
- El 16 de marzo de 2016 se notifica la composición de la Sala encargada de celebrar el juicio oral en la que forman parte dos de los Magistrados que firmaron la anterior referida resolución.
- El día del juicio oral, que tuvo lugar el 15 de junio, y como cuestión de previo pronunciamiento del artículo 786.2 LECrim la defensa del acusado planteó la recusación del Tribunal con arreglo al artículo 54 LECrim.

### 2. Cuestiones

- a) ¿En cuál de las causas de abstención y recusación previstas en el artículo 219 LOPJ encontraría cobertura el supuesto descrito?
- b) ¿Tienen el mismo alcance el término “instructor” y la expresión “actividades instructoras”, para que estas últimas posean la relevancia suficiente que determine la pérdida de la imparcialidad objetiva exigible en un juicio con todas las garantías?
- c) ¿Considera que la recusación de los dos magistrados fue correctamente planteada por la defensa del acusado?
- d) ¿La inadmisión de la recusación infringe, en todo caso, el derecho al Juez legal?

### 3. Derecho aplicable

- Artículos 219 y 223 LOPJ.
- Artículos 56 y 786.2 LECrim.

## CASO PRÁCTICO VI. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN EL JURADO

### 1. Supuesto de hecho

El 3 de agosto de 2020, Don A apuñaló a un hombre en su casa de Madrid. El hombre falleció a causa de las heridas. Cuando la Policía llegó a la casa, encontraron al acusado sentado en una silla y les dijo: “Es mi mejor amigo y lo he apuñalado”. Don A fue acusado de asesinato y su juicio comenzó ante el Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Madrid.

El primer día del juicio, un miembro del jurado informó al Tribunal de que era un oficial de policía retirado. Estaba retirado del servicio desde hacía varios años y no había servido en ninguna de las unidades involucradas en el caso. No reconoció los nombres de ninguno de los oficiales de policía.

El Juez puso en conocimiento de este hecho al Abogado y solicitó observaciones al respecto. El Abogado del acusado explicó que no había tenido la oportunidad de hablar con su cliente y continuó diciendo: “Pero puedo decir, sin haber ejercido ese derecho, que el consejo que yo le daría es que no hay ninguna objeción de cara a este asunto, ya que aunque haya un agente de policía en el jurado en un caso de este tipo, siempre que el oficial de policía en cuestión, o en este caso, el oficial de policía retirado no tenga conocimiento del caso ni de las partes del caso o de alguno de los oficiales de policía que puedan estar vinculados en él.”

El segundo día del juicio, otro miembro del jurado informó al Tribunal de que era un oficial de policía en activo y que había reconocido a un hombre sentado al fondo de la sala como oficial de policía. El Ministerio Fiscal confirmó que el hombre en cuestión era el oficial de policía a cargo del caso, pero explicó que no tenía la intención de llamarlo a testificar.

### 2. Cuestiones

- ¿El derecho constitucional de acceso de los ciudadanos al jurado consagrado en el artículo 125 CE es un derecho de contenido absoluto o es un derecho de configuración legal?
- En el supuesto de hecho, ¿el policía retirado puede desempeñar la función de jurado?

- c) Con relación al oficial de policía en activo se alegó para mantenerle como miembro del Jurado que no había controversia alguna sobre el testimonio de los policías puesto que no se discutía que el acusado había matado a la víctima, sino que la única cuestión era acerca de si había actuado en defensa propia. ¿Es correcto el argumento?
- d) ¿Puede en el acto de la constitución del Tribunal del Jurado plantearse que concurre causa de recusación en unos de los jurados pre-seleccionados?

### **3. Derecho aplicable**

- Artículo 125 CE.
- Artículos 10 y 38 LOTJ.

