

# LEGALIDAD Y DEFENSA

## Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal

*Directores*

Nicolás González-Cuéllar Serrano

Eduardo Demetrio Crespo

*Coordinadora*

Ágata Sanz Hermida

*Autores*

Nicolás González-Cuéllar Serrano • Eduardo Demetrio Crespo

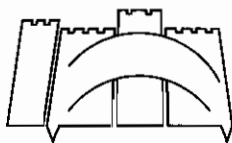
Javier Llobet Rodríguez • Rosario de Vicente Martínez

Gonzalo Quintero Olivares • Teresa Armenta Deu

Vicente Gimeno Sendra • Ágata M<sup>a</sup> Sanz Hermida

Francisco Javier Díaz Revorio • Juan Carlos Ortiz Pradillo

Jordi Gimeno Beviá.



**CASTILLO DE LUNA** EDICIONES JURÍDICAS

Madrid 2015

Imagen de la portada: detalle de *El Juicio Final*, mural de Miguel Ángel  
en la Capilla Sixtina

Queda prohibida la reproducción, distribución o comunicación pública de esta obra, en todo o en parte, por cualquier medio físico o electrónico, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Ediciones Jurídicas Castillo de Luna  
C/. Alcalá, 52 - 3º izda.  
28014 Madrid  
E-mail: [administracion@edicionesjuridicascastillodeluna.com](mailto:administracion@edicionesjuridicascastillodeluna.com)  
<http://www.edicionesjuridicascastillodeluna.com>

© N. González-Cuéllar Serrano, E. Demetrio Crespo, J. Llobet Rodríguez,  
R. de Vicente Martínez, G. Quintero Olivares, T. Armenta Deu, V. Gimeno  
Sendra, A. M<sup>a</sup> Sanz Hermida, F. J. Díaz Revorio, J.C. Ortiz Pradillo,  
J. Gimeno Beviá.

© Ediciones Jurídicas Castillo de Luna

ISBN: 978-84-942764-1-5  
Depósito Legal: M-21085-2015

Impreso en España por *Zridi*, diseño digital, S.L.

*A nuestro querido amigo y compañero  
Luis Ortega Álvarez  
In Memoriam*



# Índice

**PRESENTACIÓN** ..... 13

**EL DERECHO DE DEFENSA Y LA MARCA DE CAÍN.** *Nicolás González-Cuéllar Serrano* ..... 17

I. LA LEGITIMACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL DIÁLOGO PROCESAL. 1. Proceso y persuasión. 2. El papel de la voluntad. 3. La concepción cultural de la justicia penal. 4. Instancias de legitimación. II. ORÍGEN DE LA DEFENSA: EL GÉNESIS Y LA INQUISICIÓN. 1. Pecado y defensa. 2. El abogado del Santo Oficio. 3. Sospecha y culpa. 4. El estigma: la marca de Caín. III. LA SUSTITUCIÓN DE LOS TÉRMINOS DE DESIGNACIÓN DEL SUJETO PASIVO DEL PROCESO. IV. EL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA. 1. Alcance de la reforma. 2. Ampliación del derecho de información del detenido o preso. 3. La entrevista previa del detenido con su abogado. 4. La confidencialidad de la comunicación entre el detenido y el preso y su abogado. V. EL FUTURO DE LA JUSTICIA PENAL: EL DERECHO DE DEFENSA Y EL MODELO ADVERSARIAL. VI. CONCLUSIÓN.

**CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL. El Derecho penal visto desde sus límites.** *Eduardo Demetrio Crespo* . 63

I. HACIA UNA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL PENAL: LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS PENALES: 1. Hacia una hermenéutica constitucional penal: la interpretación constitucional de las normas penales. 1. El “programa penal de la Constitución”: algo más que una vieja aspiración. 1 El control constitucional “a secas” de las leyes penales. II. LOS FINES DEL DERECHO PENAL EN EL

MARCO CONSTITUCIONAL. 1 LOS "PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES" como límites y como fines del Derecho Penal. 2. Expansión del Derecho penal y principios constitucionales. III. DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE AL DERECHO PENAL. 1. El conflicto entre normas de diferente rango. 2 El límite al legislador y al juez penal IV. BIBLIOGRAFÍA.

**BECCARIA Y EL NACIMIENTO DEL GARANTISMO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL.** *Javier Llobet Rodríguez*. . . . . 87

I. BECCARIA Y EL NACIMIENTO DEL GARANTISMO CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL. II. BIBLIOGRAFÍA.

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL ¿EN PERIODO DE REBAJAS?** *Rosario de Vicente Martínez*. . . 107

I. INTRODUCCIÓN. II. LA FORMULACIÓN TEÓRICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. III. LA CONSAGRACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. IV. FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. 1. Fundamento político democrático-representativo. 2. Fundamento político-criminal. 3. Fundamento tutelar del ciudadano frente al poder del Estado. V. REACCIÓN Y CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. 1. REACCIÓN CIENTÍFICA. 2. REACCIÓN POLÍTICA. 3. Crisis del principio de legalidad en el Derecho penal actual. VI. BIBLIOGRAFÍA.

**LA REALIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.** *Gonzalo Quintero Olivares* . . . . . 129

I. LA PROPORCIONALIDAD EN EL PENSAMIENTO ILUSTRADO. II. EL SIGLO XX, LA DOCTRINA DEL TEDH Y OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES. III. LA PROPORCIONALIDAD PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC. 1. El caso HB, excepción o cambio de tiempo. IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DEBATE ACADÉMICO. 1. La doctrina penal y la proporcionalidad, prevención y retribución. 2. Reflexionando sobre las ideas dominantes. V. LA PROPORCIONALIDAD Y EL ARBITRIO JUDICIAL. VI. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA, GRAVEDAD Y PERSONALIDAD. 1. La gravedad del hecho. 2. La personalidad del autor. 3. Ideas que resultan y relación con la proporcionalidad. VI. REFLEXIÓN FINAL. VII. BIBLIOGRAFÍA.

**PROCESOS ACUSATORIO, MIXTO Y ADVERSATIVO: SIGNIFICADO Y DESCALIFICACIONES APRIORÍSTICAS.** *Teresa Armenta Deu* . . . . . 179

HIPÓTESIS DE PARTIDA. I. SISTEMA Y PRINCIPIO ACUSATORIO/MIXTO: 1. Elementos esenciales del sistema acusatorio. 2. Principio acusatorio, principio de contradicción y prohibición de indefensión. II. SISTEMA ACUSATORIO/ADVERSATIVO: NOTAS COMUNES DEL SISTEMA ADVERSATIVO: PARIDAD Y CONTRADICCIÓN COMO PARÁMETRO. III. ADVERSATIVO Y ACUSATORIO, EQUIPARACIÓN IMPRECISA Y DIFERENCIAS RESALTABLES. IV. CRÍTICA Y PRECISIONES EN TORNO A LOS ERRÓNEAMENTE DENOMINADOS SISTEMAS INQUISITIVOS. RECHAZO DE DESCALIFICACIONES APRIORÍSTICAS.

**EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.** *Vicente Gimeno Sendra* . . . . . 201

I. INTRODUCCIÓN. 1. La carga material de la prueba incumbe exclusivamente a las partes acusadoras. 2. La prueba ha de practicarse en el juicio oral bajo la inmediatez del tribunal sentenciador. 3. No constituyen actos de prueba los atestados y demás actos de investigación de la policía judicial. 4. El tribunal no puede fundamentar su sentencia en la «prueba prohibida». 5. No puede el tribunal decisor fundar una sentencia de condena exclusivamente en la declaración de coimputados. 6. Prohibición de fundar la prueba en declaraciones de testigos indirectos. 7. Obligación del tribunal de razonar la prueba. La prueba indiciaria. 9. El derecho a un proceso con todas las garantías y la inmediatez del tribunal «*ad quem*» en la valoración de la prueba de carácter personal.

**PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS VÍCTIMAS: EL NUEVO ESTATUTO JURÍDICO.** *Ágata M<sup>a</sup> Sanz Hermida* . . . . . 219

I. INTRODUCCIÓN. II. HACIA UN ESTATUTO JURÍDICO DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS. 1. La armonización proyectada en la UE. 2. La armonización en España: la creación de un nuevo instrumento. III. CONCEPTO DE VÍCTIMA. IV. DERECHOS. V. PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS. 1. El derecho a la protección y las medidas para su consecución. 2. Víctimas con necesidades especiales de protección. 2.1. Delimitación: la evaluación individualizada. 2.2. Medidas de protección para

víctimas con necesidades especiales de protección. 2.3. Medidas de protección reforzada. V. OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

**REFLEXIONES SOBRE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.** *Francisco Javier Díaz Revorio* . . . . . 251

I. LAS TIC Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: PANORAMA GENERAL. II. LA CONVERGENCIA ENTRE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN Y LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN ENTRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES. III. EL ACCESO A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: ¿UN NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL? IV. INTERNET: SU INFLUENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y VALORES CONSTITUCIONALES. V. INTERNET, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PRIVACIDAD. VI. INTERNET, IGUALDAD Y DEMOCRACIA: LA PARTICIPACIÓN DE TODOS EN LA VIDA POLÍTICA Y EL “VOTO ELECTRÓNICO”. VII. REFLEXIONES FINALES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

**INVESTIGACIÓN POLICIAL SOBRE DISPOSITIVOS Y CONTROL JUDICIAL EN LA REFORMA DE LA JUSTICIA PENAL.** *Juan Carlos Ortiz Pradillo* . . . . . 283

I. ÉRASE UN HOMBRE A UN TELÉFONO MÓVIL PEGADO. II. LOS DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS COMO FUENTE DE PRUEBA. III. LA INSUFICIENTE PROTECCIÓN DE LOS DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS A LA LUZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN EL ART. 18 CE. 1. Insuficiencia del derecho fundamental a la libertad informática del art. 18.4 CE. 2. Insuficiencia del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE. 3. Insuficiencia del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE. 4. Insuficiencia del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE. IV. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD E INTEGRIDAD DE LOS DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS EN LA REFORMA DE LA LECRIM. V. LA URGENCIA Y NECESIDAD COMO EXCEPCIÓN AL CONTROL JUDICIAL PREVIO. VI. BIBLIOGRAFÍA.



<b>LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL.</b> <i>Jordi Gimeno Beviá</i> .....	311
1. LA PERSONA JURÍDICA COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES. II. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Intervención de las telecomunicaciones. 2. Inviolabilidad del domicilio. III. OTRAS CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 1. <i>Non bis in idem</i> . 2. Derecho a la no autoincriminación. 2.1. Procedimiento administrativo sancionador <i>vs</i> proceso penal. 2.2. Derecho a no declarar. ¿Y derecho a mentir? 3. Presunción de inocencia y carga de la prueba. IV. BIBLIOGRAFÍA.	



# Presentación

Legalidad y defensa son las más esenciales garantías del Derecho y la Justicia Penal. Sin legalidad el castigo se convierte en capricho, sin defensa la sanción deviene arbitraria. Legalidad y defensa son los pilares básicos de la estructura garantista del sistema penal, formada por un conjunto de derechos y principios constitucionales sobre cuyo alcance y aplicación el debate es permanente. Solo por ello, debido a la continua discusión sobre el contenido de las garantías, la obra que presentamos al lector resulta oportuna. El debate sobre las garantías siempre lo es. Pero sucede, además, que las reformas legales penales y procesales penales del año 2015 suscitan importantes cuestiones para la reflexión, que los autores del libro abordamos, desde distintos ángulos, en nuestros respectivos capítulos. ¿Cuál es la finalidad de la ley penal en el Estado constitucional de Derecho? ¿Para qué sirve la justicia penal? ¿Se satisface ciertamente el principio de legalidad? ¿Son las penas proporcionadas? ¿Qué modelo procesal penal resulta preferible? ¿Se respeta el derecho de defensa? ¿Y la presunción de inocencia? ¿Cuál es el alcance de las garantías para las víctimas? ¿Qué valoración merecen las medidas de investigación tecnológica? Tales interrogantes expresan algunas de las cuestiones a las que se intenta dar respuesta desde la reflexión crítica de los autores cuyos trabajos se publican.

A diferencia de las otras aproximaciones al tema de las garantías en el ámbito del *ius puniendi*, efectuadas unilateralmente por penalistas o procesalistas —colocados de espaldas entre sí y reñidos con la realidad de la imposibilidad de la aplicación de la ley penal sin proceso—, el libro que aquí comienza es una obra de colaboración entre profesores de ambas disciplinas (con la valiosa contribución también de un prestigioso constitucionalista), que he tenido el honor de dirigir, junto con mi compañero de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Toledo de la Universidad de Castilla-La Mancha, Eduardo Demetrio Crespo, Catedrático de Derecho penal. Entre ambos y con la colaboración de Ágata Sanz Hermida, Profesora Titular de Derecho Procesal como coordinadora, hemos seleccionado los autores y los temas que nos han permi-

tido presentar una visión actual de los pilares básicos de la estructura de garantías del sistema penal a la que antes hice referencia.

Esperamos que el libro resulte de interés al lector y sirva como contribución en la tarea del fortalecimiento de la comprensión de la ley penal y de la norma procesal penal como instrumentos de limitación del poder estatal y de protección de los derechos y libertades individuales, una perspectiva que no siempre resulta evidente que se adopte, ni en el debate público sobre el papel de la justicia y el tratamiento de la delincuencia, ni en el ámbito forense, en el cual se observa un preocupante retroceso de las garantías constitucionales que es preciso denunciar. No es casual que la tremenda expansión normativa del Derecho penal (más delitos) y el aumento de su intensidad punitiva (mayores penas) vayan unidos a un debilitamiento práctico de la tutela de los derechos fundamentales en el proceso penal (menos derechos). Son fenómenos que responden a la misma cultura autoritaria e inquisitorial que, desgraciadamente, comparten amplios sectores sociales y que se expresa en muchas ocasiones en la persecución de los delitos, con la utilización injustificada de la detención y la prisión provisional, el abuso del secreto del sumario, etc. No es la presentación de la obra el lugar donde deba tratarse esta problemática en concreto, pero sí una buena ocasión para dejar constancia de que, en los últimos tiempos, las garantías se han devaluado.

Tampoco resulta casual, en mi opinión, que el retroceso se observe especialmente tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007 que aniquiló la virtualidad práctica del recurso de amparo como remedio eficaz contra la vulneración de los derechos fundamentales. Resulta un auténtico sarcasmo que, cuanto más clara sea la lesión de un derecho fundamental, menores sean las posibilidades de admisión del recurso de amparo, porque no exista duda alguna sobre el alcance del derecho y la existencia de la infracción. Hace algunos meses compartí esta reflexión con mi amigo y compañero Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha y, desde 2011 y hasta su reciente fallecimiento, Magistrado del Tribunal Constitucional, en una cena muy agradable, en la que también participó Cristina Escribano, su mujer y también compañera de la Facultad de Toledo. Luis se mostró de acuerdo con la necesidad de reconsiderar los criterios de admisión de los recursos de amparo. Sus ponencias y sus votos particulares en el Tribunal Constitucional muestran su gran sensibilidad en la tutela de las garantías y en la protección de los derechos fundamentales. En esa misma cena Luis aceptó formar parte del Consejo Editorial de Ediciones Jurídicas Castillo

**Presentación.** *Nicolás González-Cuéllar Serrano*

de Luna. Desde aquí sus compañeros del Consejo y los autores del libro rendimos homenaje a la memoria de tan querido colega y amigo, prematuramente desaparecido, cuyo recuerdo quedará siempre entre nosotros.

*En Albuquerque, a 14 de junio de 2015.*

Nicolás González-Cuéllar Serrano