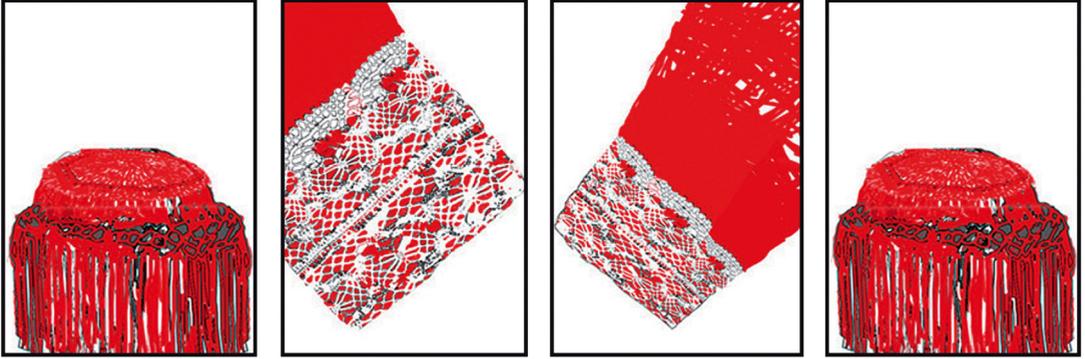


# DERECHO PROCESAL



## De la nulidad procesal a la anulación del Derecho procesal Jueces legisladores y corrupción de legalidad

Ricardo Yáñez Velasco

*Magistrado. Profesor de Derecho Procesal*

**REUS**  
EDITORIAL

# COLECCIÓN DE DERECHO PROCESAL

## TÍTULOS PUBLICADOS

- Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso**, *M.<sup>a</sup> Jesús Ariza Colmenarejo y Candela Galán González (Directoras)* (2009).
- La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)**, *José Luis González-Montes Sánchez* (2009).
- El Derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)**, *Juan Damián Moreno* (2009).
- Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental**, *Piedad González Granda* (2009).
- La imposición de costas en la primera instancia civil. Legalidad y discrecionalidad judicial**, *Pedro Álvarez Sánchez de Movellán* (2009).
- El procedimiento probatorio en el ámbito del juicio verbal**, *Eva Isabel Sanjurjo Ríos* (2010).
- Reflexiones para la reforma concursal**, *M.<sup>a</sup> Jesús Ariza Colmenarejo y Candela Galán González (Coordinadoras)* (2010).
- La prueba pericial civil. Procedimiento y valoración**, *Eva Isabel Sanjurjo Ríos* (2013).
- ¿Quo vadis, jurisdicción voluntaria? (La reestructuración parcial de la materia en la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria)**, *Piedad González Granda* (2015).
- El fiador personal en la ejecución hipotecaria**, *Cristina Carolina Pascual Brotóns* (2015).
- La reforma del sistema interno de la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden civil (Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, entre otras)**, *Piedad González Granda* (2016).
- De la nulidad procesal a la anulación del Derecho procesal. Jueces legisladores y corrupción de legalidad**, *Ricardo Yáñez Velasco* (2019).

COLECCIÓN DE DERECHO PROCESAL

**DE LA NULIDAD PROCESAL  
A LA ANULACIÓN DEL  
DERECHO PROCESAL  
JUECES LEGISLADORES Y CORRUPCIÓN  
DE LEGALIDAD**

Ricardo Yáñez Velasco

Magistrado. Profesor de Derecho Procesal

**REUS**  
EDITORIAL

Madrid, 2019

© Editorial Reus, S. A.  
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid  
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54  
Fax: (34) 91 445 11 26  
reus@editorialreus.es  
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2019)  
ISBN: 978-84-290-2186-8  
Depósito Legal: M 37595-2019  
Diseño de portada: María Lapor  
Impreso en España  
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.  
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

*En memoria de José Yáñez Velasco  
(22 de marzo de 1962 – 4 de abril de 2019)*

*La vida te trató de formas muy injustas pero siempre te  
levantaste con agudo ingenio e infinitas ilusiones. Luchador  
hasta el final, tu pérdida ha dejado un vacío imposible de  
colmar, como imborrable será en nuestra memoria esa lealtad  
inamovible, esa fuerza noble, ese siempre perdonar.*

*Un amor contra todo riesgo.*



# CAPÍTULO I

## ¿PROCESO A LA CARTA?

**Tabla de contenidos.** 1. Legalidad y Derecho procesal.– 2. ¿Ley para el caso concreto? La irresponsabilidad judicial.– 3. La indebida privatización del proceso penal en la práctica.– 4. Derecho de defensa: prueba y garantías procesales.– 5. Derechos procesales de prueba y de defensa.– 6. Un breve apunte histórico: la construcción técnica y la restricción práctica.– 7. Un ejemplo del control de oficio y la indefensión por falta de control judicial del procedimiento. 8. La doctrina civil del acto procesal.

### 1. LEGALIDAD Y DERECHO PROCESAL

Resulta índice de corrupción inapelable que un fiscal o un abogado pregunten cómo se lleva a cabo algún trámite procesal en función del órgano judicial al que acuden o, particularmente, del juez responsable. En efecto, prueba de esto que cualquiera de aquellos en ejercicio solamente podrá responder sobre múltiples cuestiones relacionadas con un trámite procesal en virtud del actuante en cada caso concreto, en vez de hacerlo bajo el sometimiento propio de una previsión legal que, de buen comienzo y por principio, debiera ser conocida y exigible por y para todos y en todo momento. La respuesta es inadmisibles en una materia indisponible como la que ahora ocupa, definida como Derecho necesario, indispensable sin que el argumento de la interpretación pueda ser útil para explicarla. Es obvio que existen márgenes brindados por la hermenéutica del proceso, más nada tiene ello que ver con los procedimientos establecidos en los preceptos vigentes, taxativos en la inmensa mayoría de supuestos, ni con las instituciones dogmáticas implementadas por un Derecho procesal sustantivo que tampoco admite descuadres tan distantes como los que en la práctica se

padecen. Recuérdese que aun sin la claridad del artículo 1 LEC<sup>1</sup>, la LECr establece en su primer precepto similar contenido para estas cuestiones: «[n]o se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente». La práctica judicial funciona, como se ha expuesto, de un modo hartamente distinto. Esto significa, sencillamente, que la ley vigente se incumple de manera constante.

El legislador procesal ordinario es el único competente para establecer las normas que regulan cada procedimiento en concreto, no obstante hayan de respetar el contenido esencial del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y otros de índole procesal como lo es la prueba, por demás de naturaleza fundamental pero que necesariamente entrañan configuración infraconstitucional (por la ley orgánica u ordinaria). A menos que la propia norma legal incurra en vicio de constitucionalidad por tal motivo —de principio ubicado en restricción intrínsecamente contraria al derecho mismo—, la vulneración pasa por hacer imposible la efectividad del derecho procesal en cuestión. Por ejemplo, denegar el medio de prueba propuesto o no practicar la prueba admitida tras solicitud en forma y momento legalmente establecidos. De ahí que tanto la inadmisión de un medio de prueba propuesto como la falta de práctica del admitido carecerían de relevancia jurídica —tampoco, por supuesto, en el plano constitucional— cuando ha existido una debida y estricta aplicación de la norma legal vigente no puesta en duda constitucional desde una perspectiva abstracta.

Establece el Tribunal Constitucional que el derecho a los medios de prueba es «un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador (STC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3), en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional (STC 33/2000, de 14 de febrero, FJ 2), a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (STC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4), y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de

---

<sup>1</sup> «En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».

las normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 246/2000, de 16 de octubre, FJ 3, y todas las en ellas citadas)»<sup>2</sup>. Se añade a lo anterior que no tiene un carácter absoluto, al modo en que pueda exigirse la admisión de todo lo que quepa proponer, y que no toda irregularidad u omisión verificada es relevante en amparo, sino solo aquellas que hayan supuesto efectiva indefensión. Por último, se destaca especialmente que la violación de ese derecho fundamental sólo puede serlo si «la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas)», y si «la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 27 de enero, FJ 3)».

## 2. ¿LEY PARA EL CASO CONCRETO? LA IRRESPONSABILIDAD JUDICIAL

Sentado lo anterior, no puede sino calificarse de vergonzante el modo en que en la práctica jurídica española abundan la manipulación y el desprecio perenne de las normas procesales por parte de la inmensa mayoría de quienes se sirven de la disciplina. También ocurre con respecto al

---

<sup>2</sup> STC 133/2003, de 30 de junio. Sobre el planteamiento dogmático como derecho constitucional cfr., en general, Joan Picó Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, José María Bosch ed., Barcelona, 1996, y «El derecho a la prueba en el proceso penal: luces y sombras», *Justicia*, 2009, núms. 1 y 2, pp. 99 y ss. V., igualmente, Elena Martínez García, *Actos de investigación e ilicitud de la prueba. El derecho al proceso y sus garantías como límite a la actuación de los poderes públicos en la investigación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, María Luisa García Torres, «Derecho probatorio en el proceso penal desde la perspectiva de la Constitución española. Disposiciones generales sobre la prueba en una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional. 30 años de Constitución. Balances y perspectivas, 2010, pp. 93 y ss., Salud de Aguilar Gualda, *La prueba en el proceso penal a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, José María Bosch ed., Barcelona, 2017, Reynaldo Bustamante Alarcón, *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2018<sup>2</sup>.

Derecho material —así el llamado Código penal líquido<sup>3</sup>—, extendiéndose la figura del juez legislador a todos los ámbitos jurídicos, pervirtiendo gravemente principios esenciales del sistema.

Imagínese que el juez civil rechaza por injustificada una reclamación efectuada por la progenitora custodia en vía ejecutiva, cuando a partir de la voluntad de persona menor de edad que marcha con su padre abandonando a la madre propicia el impago de pensiones de alimentos por decisión unilateral del hombre. En este supuesto conviene plantear si la pensión es como un mero alquiler improcedente cuando el inquilino marcha, o permite su gasto o anticipo por parte del perceptor en orden a un corto o medio plazo organizado. Por ejemplo, sin pactar sobre compra de ropa y calzado poco antes del invierno la persona custodia efectúa un desembolso superior a varias pensiones mensuales para afrontar todo ese período de tiempo, lo que tampoco se encuentra predeterminado como gasto extraordinario.

En un proceso penal subsiguiente el órgano de enjuiciamiento criminal puede aplicar la ley penal o, sin embargo, operar un ajuste del Derecho al hecho, una especie de indulto total anticipado que obviamente no corresponde al juez de sentencia. Para esto no hay competencia. Actúa inapropiadamente el juez penal que rehace sobre una acción declarativa ya objeto de enjuiciamiento plenario civil pretérito, operando de oficio una especie de demanda civil de modificación de medidas con efecto retroactivo que incorpora carta de naturaleza a la impunidad más radical<sup>4</sup>. Un juez justiciero en toda regla. Es cierto que el abandono de familia muestra un bien jurídico protegido que paradójicamente se posterga en pos de una realidad criminosa más fácil de demostrar como punto de partida, el incumplimiento de una resolución judicial, es decir, desobedecer al juez, incluso añadiendo discutibles presunciones de capacidad económica. Y para cuando poder condenar penalmente precisa de la voluntad de impago y, ante todo, desproteger al beneficiado o acreedor directo. Ahora bien, validar contra la vigencia de una resolución judicial un cambio por la vía del hecho supone la más criticable privatización del proceso, tanto del

---

<sup>3</sup> Ricardo Yáñez Velasco, *La vergüenza en el punto ciego. Violencia estatal y cumplimiento de un deber*, José María Bosch ed., Barcelona, 2019, p. 22.

<sup>4</sup> SAP Tarragona, Sección 4ª, 493/2010, de 18-X, rollo 619/2010, Roj 1082, ponente Javier Hernández García, con Francisco José Revuelta Muñoz y María Teresa Vicedo Segura. En la apelación se consideró una especie de prejudicialidad civil sobre el proceso penal al haber rechazado el juez civil, en vía ejecutiva, el cumplimiento de su propia resolución o título de ejecución ni revocado ni anulado, y por supuesto vigente al cometerse, presuntamente, el hecho criminal.

penal como del civil no dispositivo, cual es aquella apoyada en la decisión unilateral de solo uno de los interesados y, además, utilizando lo judicial civil antes que éste fuese conocido por las partes.

Lo anterior debe separarse de aquellos razonamientos que ajustan el sentido sistemático de las normas o cuando menos suponen aplicar principios generales del Derecho. Todo y que el riesgo de esta hermenéutica reside en el autoengaño que acabe por permitir la misma perversión que se critica. Lo fundamental para evitarlo es el razonamiento basado en la misma normativa vigente y en esos principios generales, no en motivaciones inventadas sobre la nada. Ejemplo de lo primero estaría en no aplicar el dictado preceptivo del artículo 48.2 CP por considerar que realmente no hay una prescripción absoluta. La penalidad accesoria prevista en ese precepto podría considerarse de preceptiva imposición tras lectura del artículo 57.2 CP y la redacción «en todo caso» incrustada en el mismo. Ocurre que se exceptúa dicha aplicación en principio preceptiva en relación con el segundo párrafo del artículo 57.1 CP, según el cual se establece un mínimo de un año de duración de la pena accesoria de alejamiento sobre la de prisión aplicada como pena principal. Claro está que cuando la aplicación de ese segundo párrafo —que debe subrayarse comienza con la expresión «[n]o obstante lo anterior»— es inviable cuando no se impone pena de prisión ninguna, sino de otra naturaleza —lo que además impide el cumplimiento simultáneo que cierra el texto del segundo párrafo aludido—, pudiera entenderse, en favor del reo, que entra en juego, sin más, la aplicación del primer párrafo del artículo 57.1 CP. En este las penas accesorias, incluida la del artículo 48.2 CP, resultan potestativas en atención a la gravedad de los hechos o el peligro que el delincuente represente. Y sin gravedad ni peligro específico respecto del acusado es ilógico invocar y aplicar el precepto. Podría considerarse que, el margen entre las normas aludidas, simplemente suprime el mínimo de un año por encima de la prisión impuesta; dicho de otro modo, que la pena de prohibición de aproximación no tendría mínimo según el artículo 57 CP cuando la pena principal fuese distinta de la prisión (trabajos en beneficio de la comunidad, o incluso multa por aplicación automática del artículo 71.2 CP). Pero si tal interpretación sorteaba el carácter potestativo en la imposición de la pena, no su individualización (que con el artículo 68 CP podría llegar a la duración de una pena leve del artículo 33.4.d CP), impondría una especie de aplicación meramente formal y en modo sesgado del texto legal. Ello es así porque daría la espalda a una hermenéutica sistemática sobre reglas acaso confusas que, como tales, no debieran resultar perjudiciales para su destinatario indirecto; en todo caso

desconectadas de una interpretación teleológica o finalista que acoge, fundamentalmente, la prognosis de peligrosidad y nada más. La única alternativa, de lo contrario, estaría en la solicitud del indulto parcial, en cuanto a esa pena accesoria en concreto. Si la interpretación sistemática planteada se concluye como infracción de ley<sup>5</sup>, con más razón supone vulneración de la ley penal inaplicar el delito de impago expuesto en el ejemplo anterior. La justificación de la inaplicación del artículo 48.2 CP, en cambio, no puede extrapolarse a lo segundo. El supuesto de derecho material ejemplifica un reconocimiento del incumplir penalmente ilícito, la impunidad por decisión del órgano judicial. Siquiera se razonó en orden a la ley, que se incumplió, o a la justicia, que pudiera articularse por la vía del indulto.

El juez es el único y auténtico responsable ante el incumplimiento de las partes, cuando no quien directamente desoye la norma sustituyéndola por el propio criterio alegal o ilegal<sup>6</sup>. De ese modo igualmente incontrovertido como exclusivo responsable del disperso y heterogéneo panorama procesal que se padece en nuestro entorno jurídico-procesal. Tanto fiscales como resto de profesionales actuantes en juicios penales instan y reclaman, quejan y protestan, solicitan y suplican o, incluso, actúan directamente o se manejan por la vía del hecho. Ante ello es el órgano judicial, prioritariamente, quien articula como representante estatal la exclusividad jurisdiccional, marcando para todos los intervinientes aquello que se puede o que no se puede hacer. Y para ello ha de actuar bajo la norma procesal en vigor, no en virtud del interés, la comodidad o —acaso más lamentable que cualquier otra cosa— la ignorancia surgida del «siempre se ha hecho así», aberrante parapeto del (falso) jurista. La inercia del actuar de un modo acostumbrado, sin siquiera saber de dónde

---

<sup>5</sup> SAP Barcelona, Secc. 22ª, 11-3-2015, núm. 88, rollo 19, (Roj 3325), ponente Juli Solaz Ponsirenas, con Patricia Martínez Madero y Emili Soler Calucho (FJ 3). Curioso que el carácter absoluto por literalidad del «en todo caso» se vincula a toda la condena por violencia de género contra un «hombre», no de cualquier persona a la que se dirige el artículo 57 CP, mientras que la duración establecida se consideró ilegal (por ser inferior a la mitad superior del artículo 153.3 CP) pero se aceptó e impuso en función del «principio acusatorio» porque fue la pedida por el Ministerio fiscal.

<sup>6</sup> De ahí que cualquier causa de nulidad debe encontrarse ubicada en la actuación procesal del órgano judicial, no de las partes; cfr. Ricardo Yáñez Velasco, «El Juzgado remite correctamente al Colegio de Procuradores una resolución judicial que el procurador destinatario no recibe efectivamente. ¿Cabe nulidad procesal de las actuaciones generadas en virtud de dicha resolución judicial?», *Economist & Jurist*, núm. 137, 2010, pp. 26 y s.

procede el tipo de comportamiento ajeno a la legalidad, muestra cómo se suspende el trámite durante la interposición de recursos de reforma o apelación sin efecto suspensivo, no advertir a los testigos de su obligación de comunicar cambios de domicilio, la entrega de los autos originales cuando solo procede hacerlo para el trámite de calificación, en general entregar la causa al Ministerio fiscal por cualquier decisión a tomar, particularmente para la resolución de recursos, para resolver sobre prescripción o el destino de piezas de convicción, no incluir las preguntas en el interrogatorio testifical del instructor, sino solo las respuestas —debiendo intuirse las primeras que a veces pueden no ser inequívocas sino múltiples compatibles con las segundas—, grabar las declaraciones de investigados y testigos —que evita lo anterior pero no es legal cuando no se preconstituye prueba—, no copiar los autos para permitir la legalmente ordenada calificación provisional conjunta de todo acusador<sup>7</sup>, la dinámica de aceptar cualquier tipo de diligencia de investigación complementaria si la insta el Ministerio público, no abrir piezas separadas personales —pese a haber puesto en libertad provisional al detenido o acordar comparecencias— ni de responsabilidad civil —pese a ordenar el embargo si no se afianza en veinticuatro horas y tal cosa no se hace—, no indicar el domicilio a efectos de citación en las propuestas probatorias testificales ni a través de folios en concreto por mera alusión a que la dirección está en las actuaciones o en el atestado y aceptarlo, etcétera<sup>8</sup>. El actuar por pura comodidad en absoluto basada en la norma jurídica vigente, también es más habitual de lo que parece. El llamado principio de confianza (firmar sin leer), no aplicar el artículo 661 LECr porque siquiera se inicia el trámite, que supone un trabajo adicional, no leer escritos de calificación provisional y firmar modelo de admisión por todo lo que se propone como medio de prueba, validando a su vez inercias proponentes<sup>9</sup>. En conclusión, si el proceso padece irregularidades o defectos se debe, única y exclusivamente, al juez llamado a ejercer la jurisdicción como tercer Poder del Estado, todo ello al margen de posibles complicidades o cooperaciones.

---

<sup>7</sup> La calificación provisional sucesiva —primero fiscal, después acusación/ones particular/es—, sólo se recoge en el proceso ordinario (artículo 651 I LECr).

<sup>8</sup> V. el desarrollo crítico de alguno de estos ejemplos en Ricardo Yáñez Velasco, «Dilaciones indebidas y judicialismo creador. Especial referencia al Ministerio fiscal», *Economist & Jurist*, núm. 140, mayo 2010, pp. 42 y ss.

<sup>9</sup> Ricardo Yáñez Velasco, *Enjuiciamiento criminal inmediato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 363 y ss.

### 3. LA INDEBIDA PRIVATIZACIÓN DEL PROCESO PENAL EN LA PRÁCTICA

De principio se deja de lado el Estado implicado directamente en la corrupción, poniéndose en juego la independencia auténtica del Ministerio fiscal, lo que se añade a la lucha contra la acción popular que sin posibilidad de acusación particular sería la única posibilidad de ejercitar la acción penal contra el poder establecido. La privatización del proceso penal a través del dispositivo civil (la regla de rogación o iniciativa de parte) fue la errónea noción legislativa conformadora del sistema acusatorio en el enjuiciamiento criminal español en 1882<sup>10</sup>. Una operativa significativamente peligrosa sin necesidad que el propio juez, connivente de alguna sino de todas las partes procesales, privatice el Derecho procesal penal en el caso concreto contra el texto legal vigente. Ahora bien, el órgano judicial puede corregir de oficio errores que perjudican ese Derecho necesario, incluidos los propios, por mucho que se favorezca la audiencia a las partes en el trámite que a ello se conduzca. Esta opción no debiera confundirse con el impulso oficial, en el marco protector de las garantías y depurador del proceder, menos aún con el propio de la alegación y prueba y la estrategia defensiva de cada litigante en disputa.

Los defectos procesales subsanables debieran serlo sin demora, bajo un principio de conservación que ha de evitar la retroacción propia de la nulidad radical sobre aquello insubsanable. Y por supuesto debe limitarse la capacidad del juez de sentencia para propiciar una retroacción del trámite, restricción connatural para el sentenciador a fin de evitar que la causa no vuelva al mismo Juzgado de lo Penal y así que la nulidad o la mera devolución se convierta en un ardid para eludir grandes causas, donde la nulidad puede ser más fácil de utilizar, particularmente la indefensión creada por la falta del ofrecimiento de acciones.

Existe, sin embargo, un problema esencial para llevar a buen término lo anterior, relacionado con la competencia funcional judicial. En primer lugar conviene advertir la viabilidad de sobreseer tras clausurar la instrucción, por ejemplo en lugar de emitir un auto de apertura de juicio oral. Todavía no se abrió la llamada etapa intermedia y con ella la regla de preclusión para sobreseer.

La regla funcional radica en depurar el defecto al ritmo del proceso en curso. Como no es posible la absolución en la instancia tras abierto el juicio

---

<sup>10</sup> Por todos, Emilio Gómez Orbaneja, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Bosch, Barcelona, 1947, p. XVIII.

oral, ni su sobreseimiento (artículo 742 I LECr), parte de la doctrina ha considerado que el legislador articula un trámite como el del antiguo artículo 793 LECr en momento anterior a la apertura del plenario<sup>11</sup>. De ese modo pretende evitarse la actividad procesal que precisamente persigue una preparación del juicio oral, que haga viable la sentencia de fondo, o sencillamente cerrar de antemano con el sobreseimiento donde sí es posible —en la etapa instructora—. De hecho, esta lógica saneadora se advierte de nuevo al comienzo de la vista oral, permitiendo rectificar lo que debió hacerse de antemano a través de la nulidad con retroacción de acciones; corrigiendo, en definitiva, al juez instructor. Pero esto último sólo era posible en el esquema originario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde el órgano judicial llamado a dictar sentencia resultaba jerárquicamente superior que el instructor y funcionalmente competente para anular cualquier parte de lo instruido o el total de la investigación judicial gestada. Esto pervive en el procedimiento ordinario, así como en el abreviado cuando se atribuye el actual enjuiciamiento a una Sección penal de la Audiencia Provincial, también superior jerárquica del juez de instrucción, pero parece cuando sentenciar viene atribuido al Juzgado de lo Penal. Al menos hasta llegar a la aludida Audiencia Provincial, por vía de apelación, o merced al recurso de anulación en un aspecto concreto de la regularidad procesal (artículo 793.2 LECr), lo que demora extraordinariamente el trámite de saneamiento. Estructuralmente no tiene sentido lógico que la categoría del personal jurisdiccional determine el mecanismo de saneamiento, mientras que un dato extrajurídico de elemental importancia se añade al estado estático de esta situación compartimentada, como es el peso que, en los partidos judiciales de mayor volumen, observan los jueces de instrucción, un auténtico *lobby* en ciertos territorios.

Los artículos de previo pronunciamiento, regulados en el artículo 666 LECr para el proceso ordinario, son comprensibles como excepciones procesales, implicando la carga de la prueba del alegante y con ello la aportación de esa parte como es propio de la justicia rogada. En el procedimiento abreviado, con su artículo 786.2 LECr y a diferencia de lo anterior, se permite la incidencia necesaria para alegación de vulneración de derechos fundamentales, la existencia de artículos de previo pronunciamiento o «nulidad de actuaciones» que puede propiciar una terminación anormal del proceso, en forma de auto con base en el artículo 245.1.b LOPJ.

El Derecho procesal como disciplina necesaria observa una finalidad primordial que conviene clarificar en todo tiempo procesal. La averigua-

---

<sup>11</sup> Guillermo Ormazábal Sánchez, *El período intermedio del proceso penal*, McGraw Hill Interamericana de España, Madrid, 1997, p. 132.



# ÍNDICE

<b>CAPÍTULO I. ¿PROCESO A LA CARTA?</b> .....	7
1. Legalidad y Derecho procesal.....	7
2. ¿Ley para el caso concreto? La irresponsabilidad judicial.....	9
3. La indebida privatización del proceso penal en la práctica.....	14
4. Derecho de defensa: prueba y garantías procesales .....	16
5. Derechos procesales de prueba y de defensa.....	19
6. Un breve apunte histórico: la construcción técnica y la restricción práctica .....	22
7. Un ejemplo del control de oficio y la indefensión por falta de control judicial del procedimiento.....	24
8. La doctrina civil del acto procesal.....	31
<b>CAPÍTULO II. PRINCIPIOS Y REGLAS: JUSTICIA, SEGURIDAD JURÍDICA, CONVALIDACIÓN Y CONSERVACIÓN EN TORNO AL ACTO PROCESAL</b> .....	35
1. Ley, justicia y seguridad .....	35
2. La configuración legal y el contenido esencial de los derechos cons- titucionales fundamentales .....	37
3. La forma y la conservación.....	39
4. La investigación oficial .....	41
5. Prueba, conservación y nulidad .....	47
5.1. El acto de inadmitir .....	47
5.2. La denegación de los medios de prueba.....	48
5.3. La decisión judicial equivocada.....	56
5.4. Errores de valoración probatoria .....	60
5.5. Conducta procesal e indefensión .....	62
5.6. La discusión y la protesta .....	64
5.7. La protesta como acto procesal .....	66
6. Sobre la competencia judicial .....	69

7. Incongruencia y nulidad.....	72
8. La cuestión previa insustancial .....	74
9. En particular, la intencionalidad criminal como objeto de prueba y las vicisitudes de la apelación.....	76
<b>CAPÍTULO III. TEORÍA DE LAS CAUSAS DE NULIDAD Y SISTEMAS EN PRESENCIA .....</b>	<b>81</b>
1. Introducción general.....	81
2. El derecho de defensa y la infracción de la norma procesal.....	83
3. Sobre la mera posibilidad de indefensión.....	84
4. Fe pública procesal .....	88
5. Presencia de abogado .....	88
6. La intervención del juez de sentencia.....	91
<b>CAPÍTULO IV. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y SUBSANACIÓN ..</b>	<b>93</b>
1. Derecho al recurso y objeto impugnativo.....	93
2. El «recurso» de aclaración.....	94
3. El cómputo de plazos.....	96
4. Introducción a la prueba en segunda instancia.....	97
5. La práctica de los medios de prueba y la intermediación en segundo grado.....	103
6. Error en la apreciación de la prueba.....	110
7. Nulidad y plazo razonable .....	111
8. Jueces, comodidad e imagen.....	112
9. Competencia para ejecutar .....	117
10. El incidente excepcional de nulidad de actuaciones.....	119
<b>CAPÍTULO V. LA PRUEBA PERICIAL.....</b>	<b>123</b>
1. Sobre el concepto.....	123
2. Objetivo y posibilidad del perito .....	128
3. Terminología. En particular, «nombrar» y «designar» .....	129
4. Propuesta .....	134
5. Control de imparcialidad.....	139
5.1. Abstención del experto.....	139
5.2. La recusación del perito nombrado .....	140
6. Práctica.....	144
7. Documentos, prueba documental y documentación .....	149
8. La prueba pericial sobre cuestiones jurídicas.....	156
9. Nulidad o subsanación .....	157
10. Nulidad a iniciativa del juzgador penal .....	162
11. De formalidades inventadas .....	169

<b>CAPÍTULO VI. OFRECIMIENTO DE ACCIONES Y PERSONA- CIÓN EXTEMPORÁNEA</b> .....	173
1. Nulidad contra vulneración de la norma vigente.....	173
2. Garantía del proceso y conducta procesal .....	185
3. Con su propia ley .....	187
<b>CAPÍTULO VII. JUICIO EN AUSENCIA</b> .....	195
1. La decisión del legislador procesal ordinario.....	195
2. Incomparecencia del coacusado al juicio oral .....	196
3. Juicio en ausencia del condenable .....	197
<b>CAPÍTULO VIII. NULIDAD DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL AUTO- RIZANTE DE LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DEL INCUPLADO</b> .....	203
1. Planteamiento normativo.....	203
2. Confusiones técnicas.....	210
<b>CAPÍTULO IX. TÉCNICAS DE EVITACIÓN PROCESAL</b> .....	215
1. Introducción.....	215
2. La evitación radical .....	220
3. La evitación sobrevenida.....	225
4. ¿Nulidad o atribución competencial?.....	227
5. Sobre la iniciativa de las cuestiones de competencia y su discutida realidad dogmática .....	237
6. Colofón: el derecho de defensa técnica y el personalísimo doble derecho a la información y la autodefensa .....	241
<b>CAPÍTULO FINAL. CONCLUSIONES</b> .....	249
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA</b> .....	257



Las casos judiciales mediáticos son fáciles de identificar con la Política y la corrupción del poder, lo que en buena medida radica en la perenne crítica a la elección de los miembros de tribunales superiores, y también del Tribunal Constitucional, eventual interviniente ulterior. Pero la inmensa mayoría de juicios, cotidiana y habitual, se lleva a cabo en órganos judiciales ajenos a ese interés partidista tan publicitado, de mano de un personal jurisdiccional que, a pesar de la creciente llamada al respeto del Estado de Derecho que desde la representación del colectivo judicial viene reiterándose en los últimos años, es a no dudarlo el protagonista último y principal del incumplimiento sistemático y generalizado del orden procesal establecido por el legislador ordinario. Muy lamentablemente, la explicación de tan paradójica y vergonzante situación se asienta, por lo general, en dos grupos de causas, la ignorancia del siempre se ha hecho así y la mera comodidad.

A fin de sostener estas afirmaciones se han repasado diversas instituciones jurídicas manipuladas en el día a día judicial por marginar las normas en vigor y el recto entendimiento de principios jurídicos y valores constitucionales, tomando como eje de estudio la nulidad procesal enlazada con derechos y garantías del justiciable tan representativos como la prueba y la defensa, singularmente el peritaje en el proceso penal, el ofrecimiento de acciones penales y civiles a las presuntas víctimas y ofendidos, el juicio en ausencia del acusado y la expulsión de personas de nacionalidad extranjera antes o durante su enjuiciamiento criminal, añadiendo a lo anterior ejemplos específicos de una técnica de evitación procesal que agrupa cuestiones vinculadas con la nulidad y el derecho de defensa y la relación conflictiva entre jueces de instrucción y jueces de lo penal: la necesidad de conocimiento por parte del inculpado de los hechos criminosos que durante la instrucción de la causa se imputan, primero, y se acusan, después.

El autor es licenciado y doctor en Derecho por la *Universitat de Barcelona*, donde ha sido docente en el Departamento de Derecho administrativo y Derecho procesal, así como profesor invitado en otras Universidades de Cataluña. En la actualidad es profesor del Instituto Superior de Derecho y Economía e imparte clases de su especialidad en la Facultad de Psicología de la *Universitat Autònoma de Barcelona*; ha publicado medio centenar de trabajos en revistas jurídicas especializadas, así como una docena de monografías y ocho obras en colaboración.

Asesor letrado del equipo jurídico de *Amnistia Internacional-Catalunya* desde 1994 a 2000, integró la Comisión de Cultura del *Colegio de Abogados de Barcelona* hasta noviembre de 2003 siendo miembro del *Instituto de Psicología, Sociología y Medicina Jurídicas*. Desde febrero de 2000 ejerce la jurisdicción: por concurso en Barcelona, por oposición desde 2004, decano en los partidos judiciales de Vilafranca del Penedès y Esplugues de Llobregat y, desde 2011, magistrado de lo Penal en Barcelona.

Está casado y es padre de cuatro hijos.