



Roj: **STS 1841/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1841**

Id Cendoj: **28079120012023100315**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/03/2023**

Nº de Recurso: **1455/2021**

Nº de Resolución: **176/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Madrid, 15-01-2021 (rec. 300/2020),  
STS 1841/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 176/2023**

Fecha de sentencia: 13/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1455/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: T.S.J.MADRID CIVIL/PENAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1455/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 176/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D.<sup>a</sup> Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 13 de marzo de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1455/2021 interpuesto por Isidro , representado por la procuradora doña Sivila VIRTO BERMEJO bajo la dirección letrada de don José Javier TOLEDO MARTÍN y Leonardo , representando por el procurador don Mario LAZARO VEGA bajo la dirección letrada de Hector Manuel GÓMEZ-CABRERO SÁNCHEZ contra la sentencia dictada el 15/01/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en procedimiento penal 372/2020 (Recurso de Apelación 300/2020), por la que se desestiman los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada el 10/07/2020 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 1582/2019, en el que se condenó a los recurrentes como autores penalmente responsable de un delito de delito de estafa del artículo 248.1 y 249, ambos del Código Penal. Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y Norberto y Olegario , representados por la procuradora doña Amalia JOSEFA DELGADO CID, bajo la dirección letrada de María Luisa PÉREZ ÁLVAREZ.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Madrid incoó Procedimiento Abreviado 1606/2017 por delito de Estafa, contra Leonardo y Isidro , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23. Incoado el Procedimiento Abreviado 1582/2019, con fecha 10/07/2020 dictó sentencia número 320/2020 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado y así se declara que Leonardo , nacido el NUM000 1979, con DM NUM001 , y Isidro , nacido el NUM002 -1972, con DM NUM003 , actuando de acuerdo, fingiendo una solvencia de la que carecían y ofreciendo la disponibilidad de vehículos para la venta en condiciones favorables para los compradores, en el mes de diciembre de 2016 entraron en contacto con Norberto y Olegario , quienes se hallaban interesados en la adquisición de varios vehículos. A tal efecto el acusado Leonardo , que se presentó a sí mismo como " Jose Augusto ", acompañó a Norberto y a Olegario , a tres concesionarios de vehículos de la comunidad de Madrid haciendo ver sus buenas relaciones con personal de éstos, logrando convencerles de lo ventajoso de la operación al poder beneficiarse de descuentos al estar próximo a finalizar el año.

Convencidos tanto Norberto para la adquisición del vehículo PEUGEOT Parthner .... GLS y Olegario para la adquisición del vehículo RENAULT Kangoo ....QNR, y el vehículo PEUGEOT 3008 ....XRF y de la bondad de la operación de venta que se documentó en documentos de 22, 26 y 28 de diciembre de 2016 con el logo SUPER GARAJE, realizaron ingresos y transferencias a la cuenta corriente de la entidad Bankinter, con no NUM004 , abierta a nombre del también acusado Isidro , que se hallaba concertado con Leonardo , siendo por importe de 6.024 euros e realizado por Norberto para la adquisición del vehículo Peugeot Parthner y por importe de 9.235 euros el realizado por Olegario para la adquisición los vehículos Renault Kangoo y el vehículo Peugeot 3008, cantidades que los acusados hicieron suyas, sin entregar ningún vehículo como habían concertado.

Leonardo , ha sido condenado anterior y ejecutoriamente por sentencia de fecha 17 de febrero de 2016 declarada firma en esa fecha, dictada por la Sección Iª de la Audiencia Provincial de Madrid en el procedimiento abreviado 1715/2015 por delito de estafa a la pena de 1 año nueve meses y 1 día de prisión. Isidro , carecía en el momento de los hechos de antecedentes penales."

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Leonardo , como autor responsable de un delito continuado ya definido de estafa, con la concurrencia de la circunstancia a agravante de reincidencia, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y al pago de la MITAD DE LAS COSTAS PROCESALES incluidas las de la acusación particular.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Isidro , como autor responsable de un delito continuado ya definido de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena, y al pago de la MITAD DE LAS COSTAS PROCESALES incluidas las de la acusación particular.

Los acusados Leonardo , y Isidro deberán INDEMNIZAR conjunta y solidariamente a Norberto en la cantidad de 6.024 euros y a Olegario en la cantidad de 9.235 euros, más los intereses legales correspondientes."

**3.** - Notificada la sentencia, las representaciones procesales de Leonardo y Isidro, interpusieron sendos recursos de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, formándose el rollo de apelación 300/2020. En fecha 15/01/2021 el citado tribunal dictó sentencia 4/2021, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Mario Lázaro Vega en nombre de Leonardo.

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Virto Bermejo en nombre de Isidro.

ESTIMAMOS el recurso de apelación formalizado por la Procuradora doña Amalia Josefa Delgado Cid en nombre de don Norberto y don Olegario.

ACORDAMOS SEA CONFIRMADA LA SENTENCIA NUM. 320/20, DE 10 DE JULIO DE 2020 DICTADA POR LA SECCIÓN 23ª, salvo que concurriendo la agravante de multirreincidencia en Leonardo le es impuesta la pena de TRES AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN.

DECLARAMOS LAS COSTAS DE OFICIO."

**4.** En fecha 25/01/2021 el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó auto aclaratorio de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"SE SUBSANA el error material advertido en el primer párrafo de la página 14 de la Sentencia de fecha 15/01/2021 declarando que donde dice "...reconoce que dispuso de los ingresos para facilitárselos a Ignacio ..." debe decir reconoce que dispuso de los ingresos para facilitárselos a Leonardo ..." manteniendo el resto de los pronunciamientos de dicha resolución."

**5.** Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, la representación procesal de Leonardo y Isidro, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recursos que se tuvieron por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**6.** El recurso formalizado por Isidro, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.1 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender vulnerado el artículo 24 de la Constitución.

2. Por infracción de ley, al amparo de los artículos 849.1 y 847.1b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender infringidos los artículos 248.1 y 249 del Código Penal.

3. Por infracción de ley, al amparo de los artículos 849.1 y 847.1b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender vulnerados los artículos 390.1. 22 y 395 del Código Penal, que no se llega a formalizar.

4. Por infracción de ley, al amparo de los artículos 849.1 y 847.1b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender vulnerado el artículo 74.1 del Código Penal.

5. Por infracción de ley, al amparo de los artículos 849.1 y 847.1b de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender vulnerado el artículo 14.1 del Código Penal.

El recurso formalizado por Leonardo y Isidro, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, respecto a la aplicación del artículo 324 de la Ley Enjuiciamiento Criminal y vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24 de la Constitución.

2. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender infringido el artículo 74 del Código Penal.

3. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 66.1.5ª del Código Penal.

**7.** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 11/11/2021, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La representación procesal de Norberto y Olegario, impugnan ambos recursos y solicitan confirmación de sentencia. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 01/03/2023 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Mediante sentencia 320/2020, de 10/07/2020, dictada por la Sección vigésimo tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, se condenó a los recurrentes por la comisión de un delito continuado de estafa, siendo confirmada esa resolución en grado de apelación por la sentencia número 4/2021, de 15/01/2021, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Frente a esta última sentencia se han interpuesto sendos recursos de casación por ambos condenados.

RECURSO INTERPUESTO POR Leonardo

1. En el primer motivo del recurso, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y del artículo 852 de la LECrim, se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución.

Se alega que los hechos que han servido de soporte a la condena fueron denunciados con anterioridad en un Juzgado de Pozuelo, que acordó el sobreseimiento provisional y archivo por haberse sobrepasado el plazo máximo de instrucción sin haberse tomado declaración en calidad de investigados a los hoy condenados.

Entiende la defensa que se vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho a la tutela judicial efectiva al presentar una nueva denuncia por los mismos hechos en otro juzgado diferente para sortear la decisión de archivo, en la medida en que si se presentara la nueva denuncia en el mismo juzgado, sin causa que justifique la reapertura, no se revocaría el auto de archivo. Por otro lado, se alega que también constituye fraude de ley presentar la nueva denuncia en otro juzgado para evitar la aplicación del artículo 324 de la LECrim, citando en apoyo de su pretensión la doctrina establecida en la sentencia de esta Sala número 455/2021, de 27 de mayo.

Esta misma queja fue planteada como cuestión previa al inicio del juicio y el tribunal de instancia declaró, una vez comprobado el contenido de las diligencias, que el Juzgado de Instrucción 4 de Pozuelo, en sus Diligencias Previas 7/2017 y mediante auto de 12/07/2017 acordó el archivo del procedimiento, con fundamento en el artículo 324 de la LECrim, haciendo constar que no se llamó a declarar en la fase de instrucción a los investigados y que la fase de instrucción sólo puede proseguir si se les ha tomado declaración, si bien afirmando que "(...) en el presente caso hay que tener en cuenta que en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 y 641(...)". El tribunal de instancia analizó la cuestión desde la perspectiva de la excepción de cosa juzgada desestimando la queja por estimar que un auto de archivo en unas Diligencias Previas de procedimiento abreviado no equivale a un auto de sobreseimiento libre y, por lo tanto, no había resolución judicial firme de fondo que hubiera resuelto de modo definitivo la pretensión penal.

También se planteó el mismo reproche en el recurso de apelación y el tribunal de segundo grado ratificó el criterio de que el auto de archivo no implicaba una resolución de fondo sobre la pretensión penal formulada en el segundo proceso y que, por lo mismo, no era aplicable el instituto de cosa juzgada. Además, analizó la queja desde la perspectiva del artículo 324 de la LECrim señalando que la presentación *ex novo* de una nueva denuncia era procedente ante el vacío del auto de archivo de 17/07/2017, apoyando su argumentación en la doctrina que se deriva de la sentencia de esta Sala 470/2017, de 22 de junio. Señala la sentencia de apelación que "(...) la parte debió instar la reactivación interesando un pronunciamiento de fondo con arreglo al artículo 779 de la LECrim, para recurrir la decisión, en su caso (...)".

2. La cuestión que se suscita en el motivo puede ser analizada en una doble dirección.

Inicialmente el recurrente invocó la excepción de cosa juzgada para censurar la reapertura del proceso en otro juzgado distinto, una vez rebasado el plazo máximo de instrucción y, desde ese enfoque la queja no puede ser atendida.

La sentencia Tribunal Constitucional 69/2010 de 18 de octubre, insiste en que la prohibición de incurrir en bis in idem procesal o de un doble proceso penal con el mismo objeto ha sido encuadrada por este Tribunal en el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE ), concretándose dicha garantía en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme, y se arrojaría sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento ( SSTC 159/1987, de 26 de octubre ; 2/2003, de 16 de enero ; 249/2005, de 10 de octubre ) ; 23/2008, de 11 de febrero ; 60/2008, de 26 de mayo y 91/2008, de 21 de julio ).

Pero según se recuerda en la STS 626/2022, de 22 de junio, con cita de otra anterior (507/2020, de 14 de octubre), ni el auto de sobreseimiento provisional ni el auto de archivo dictado al amparo del artículo 779.1



de la LECrim ( SSTS 974/2012, de 5 de diciembre y 338/2015, de 2 de junio) son resoluciones definitivas y no producen efecto de cosa juzgada porque no resuelven definitivamente el objeto del proceso en cuanto no impiden la reapertura cuando nuevos datos o elementos adquiridos con posterioridad lo aconsejen o lo hagan preciso.

3. Pero la cuestión planteada tiene un segundo enfoque, desde la perspectiva del artículo 324 de la LECrim.

El artículo 324 de la LECrim, vigente al tiempo de los hechos, según redacción dada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, establece un plazo máximo de instrucción de seis meses, que puede ser objeto de prórroga cuando la causa sea declarada "compleja" a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia de las partes. En tal caso el plazo inicial puede prorrogarse hasta los 18 meses, siendo posible otras prórrogas de igual plazo o inferior, también a instancia del Fiscal. Incluso cabe una prórroga adicional sin plazo preestablecido, previa solicitud de parte, si a juicio del Instructor hay razones que lo justifiquen.

El precepto señala también que los plazos quedan interrumpidos en caso de declaración de secreto y de sobreseimiento provisional, en cuyo caso, cuando se alce el secreto o se proceda a la reapertura de las diligencias continuará la investigación por el tiempo que reste hasta computar los plazos antes indicados.

Y también dispone la norma que *"las diligencias acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos"* (324.7) y que *"en ningún caso el mero transcurso de los plazos máximos fijados en este artículo dará lugar al archivo de las actuaciones si no concurren las circunstancias previstas en los artículos 637 o 641"* (324.8).

Estos dos últimos apartados del precepto permiten concluir, de un lado, que las diligencias practicadas fuera de plazo no son válidas y, de otro, que finalizada la instrucción, en función de las diligencias que se hayan practicado hasta ese momento y sólo con ellas, se habrá de decidir si el proceso ha de continuar o si, en otro caso, procede acordar su sobreseimiento.

El artículo 324.7 de la LECrim no dispone de forma expresa que las diligencias practicadas fuera de plazo sean inválidas pero, por razones de lógica elemental, si se fija un plazo para instruir y si precisa que son válidas las diligencias acordadas dentro de ese plazo, la conclusión obligada es que carecen de validez las diligencias acordadas fuera de plazo ya que, de lo contrario, el propio plazo carecería de finalidad alguna.

En esa dirección y como dijimos en la STS 605/2022, de 16 de junio, "[...] el transcurso del término o su prórroga extemporánea priva de título competencial al juez de instrucción para ordenar diligencias de investigación novedosas. Finalizada la fase de instrucción, el juez no puede seguir investigando el hecho punible practicando diligencias. Esta vinculación del término de instrucción con el propio presupuesto subjetivo de ordenación de actuaciones investigadoras convierte al primero, sin duda, en un término propio esencial y, por ello, en condición de validez. De ahí que su traspaso deba considerarse, ya desde la regulación de 2015, causa de anulación y pérdida de eficacia de la diligencia instructora intempestiva, de conformidad a lo previsto en el artículo 242 LOPJ . Sanción procesal, la anulación, que se ha incorporado expresamente a la regulación de la temporalidad de la fase previa en el hoy vigente artículo 324.3 LECrim (-vid. STS 455/2021, de 27 de mayo) [...]".

En ese mismo sentido, en la STS 455/2021, de 27 de mayo, dijimos que, al margen de que se pueda o no compartir la opción del Legislador de establecer un plazo para la instrucción de las causas penales, lo cierto es que el plazo ha sido establecido y su incumplimiento ha de tener consecuencias jurídicas. La fijación de un plazo, que puede ser objeto de distintas prórrogas a instancias del Ministerio Fiscal o de las partes, potencia la función del primero en su función de fiscalización de la agilización de las diligencias y de controlar que no transcurra el plazo establecido en la ley. Y la consecuencia de la práctica de diligencias fuera de plazo es la invalidez de las mismas, sin que la ley prevea mecanismo alguno de subsanación. Señala la sentencia que *"(...) si se tolerara pedir diligencias y practicarlas, o acordar reabrir la investigación, como aquí ha ocurrido cuando no se acordó la prórroga dentro del plazo de seis meses, se llevarían a cabo de forma no válida por su carácter extemporáneo, y ello produciría un desequilibrio de la reciprocidad entre las partes en el proceso (...)".*

En la STS 48/2022, de 20 de enero, se siguió el mismo criterio señalando algunos argumentos adicionales en pro de la idea de que el plazo de instrucción es un límite infranqueable para la práctica de diligencias, a salvo de las acordadas antes del plazo y practicas o recibidas después.

Se citaba en dicha sentencia la Exposición de Motivos de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que dio redacción al artículo 324 de la LECrim aplicable al caso, en la que se justificaba la fijación de un plazo máximo con la siguiente argumentación: *"Por otro lado, siguiendo la propuesta de la Comisión Institucional antes mencionada, para la finalización de la instrucción, se sustituye el exiguo e inoperante plazo de un mes del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por plazos máximos realistas cuyo transcurso sí provoca consecuencias procesales. Se distinguen los asuntos sencillos de los complejos, correspondiendo*



su calificación inicial al órgano instructor. Se prevé la posibilidad de la prórroga de estos últimos a instancia del Ministerio Fiscal, como garante de la legalidad ex artículo 124 de la Constitución, y en todo caso, oídas las partes personadas, y, para todos los supuestos, de una prórroga excepcional a instancia de cualquiera de las partes personadas y oídas las demás, con mucha flexibilidad, pero de forma que finalmente exista un límite temporal infranqueable en el que el sumario o las diligencias previas hayan de concluir y haya de adoptarse la decisión que proceda, bien la continuación del procedimiento ya en fase intermedia, bien el sobreseimiento de las actuaciones".

Se indicaba también que la invalidez de las diligencias extemporáneas es coincidente con lo dispuesto en el artículo 197 de la LECrim en el que se dispone que *"las resoluciones de Jueces, Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia, y las diligencias judiciales, se dictarán y practicarán dentro de los términos señalados para cada una de ellas"* y con el artículo 202 del mismo texto legal en el que se preceptúa que *"serán improrrogables los términos judiciales cuando la ley no disponga expresamente lo contrario"*.

No obstante, la invalidez de las diligencias tiene alguna excepción. Así, en la STS 605/2022, de 16 de junio, hemos declarado que pueden practicarse fuera de plazo las diligencias de instrucción que se deriven inescindiblemente de otras diligencias ya admitidas dentro de plazo. En la sentencia citada se había solicitado a un operador de Internet los datos de registro de una cuenta de correo así como las IP de las conexiones registradas por esa cuenta y, a raíz de la contestación ofrecida por el operador, se acordó, ya rebasado el plazo de instrucción, la remisión de la dirección de IP asociada a uno de los correos para proceder a la identificación de su titular. Se argumentó que no se trataba de una sucesión de diligencias de investigación funcionalmente diferenciadas sino de diligencias con una incuestionable conexión funcional, en la medida en que para conocer lo que evidenció la segunda de las diligencias la primera diligencia operaba como indefectible presupuesto.

Por otra parte y en relación con la naturaleza de la invalidez de una diligencia de investigación practicada fuera de plazo, alguna de nuestras sentencias se ha inclinado por la nulidad (STS 455/2021, de 27 de mayo), pero la línea mayoritaria se inclina por considerar "irregulares" esa clase de diligencias.

Se trata de diligencias que no contienen ningún tipo de ilicitud constitucional por vulneración de derechos fundamentales sino que contravienen lo dispuesto en la leyes procesales sobre la temporalidad de su práctica y esa contravención no determina la nulidad radical sino la invalidez limitada exclusivamente al momento procesal que impide su aportación, de forma que esas diligencias no pueden servir para fundar el juicio de acusación, pero nada impide que la información que se derive de las mismas pueda aportarse a juicio.

En la STS 836/2021, de 3 de noviembre, se proclamó que "(...) lejos de este escenario de nulidad absoluta por ilicitud constitucional, la intempestividad convierte a la diligencia, como genuina fuente de prueba, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales -vid. SSTs 1328/2009, de 30 de diciembre, 115/2015, de 5 de marzo-. La consecuencia más destacada es que la prohibición de utilización se convierte en relativa, circunscrita, por tanto, al momento y a los efectos fijados por la norma y sin efectos reflejos. La intempestividad de las diligencias no contamina de ilicitud constitucional a las informaciones sumariales reportadas irregularmente al proceso. Reiteramos: el vicio tempo-procesal de producción no reclama en este caso que dicha información quede definitivamente excluida de todo aprovechamiento posible, como acontece con la prueba constitucionalmente ilícita cuya exclusión resulta una exigencia para la protección de la integridad del proceso -vid. STC 97/2019 -(...)".

Se señalaba, a título de ejemplo, que la aportación extemporánea de un documento impide la valoración de ese documento para decidir sobre la procedencia de la continuación del proceso conforme a lo que preceptúa el artículo 779.1.4 LECrim pero, de existir otros indicios suficientes para la prosecución del proceso, ningún obstáculo procesal había para aportar ese documento en el juicio, bien con el escrito de conclusiones bien en su trámite inicial. Decíamos en la sentencia citada que no había razón legal que impidiera que el contenido informativo de la diligencia practicada fuera de plazo pudiera "(...) ser introducido en el acto del juicio como dato probatorio de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes -vid. SSTC 303/93, 171/99, 259/2005, 216/2006, 197/2009 - (...)".

Por lo tanto, la prohibición de incorporar diligencias de investigación una vez agotado el plazo de instrucción no conlleva que la información de las pruebas intempestivas no pueda ser aportada a juicio bien mediante la proposición de pruebas en los escritos de calificación, bien mediante su proposición en el acto del juicio.

**4.** Sin embargo, la cuestión tiene un enfoque singular cuando se trata de la declaración del investigado, que es una diligencia imprescindible y sin cuya práctica no puede continuar el procedimiento hasta juicio.

Según dispone expresamente el artículo 779.1 4 de la LECrim el auto de conclusión de la investigación no pueda adoptarse sin haber tomado declaración al investigado en los términos en el artículo 775.



Esa disposición tiene su razón de ser en que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, una vez admitida la denuncia o querrela contra una determinada persona y por un determinado delito, no es admisible que esa imputación sea desconocida por el investigado y no cabe que la instrucción concluya sin haberle informado de sus derechos y sin haberle oído ( SSTC 128/1993, de 19 de abril, FJ 4; 129/1993, de 19 de abril, FJ 4; 152/1993, de 3 de mayo, FJ 3, y 273/1993, de 20 de septiembre, FJ 3), ya que una investigación penal no puede hacerse a sus espaldas, sino que debe llevarse a efecto con una equilibrada contradicción, respetando el derecho de defensa, que en el ámbito penal tiene la máxima relevancia por la trascendencia de los intereses en juego ( SSTC 277/1994, de 17 de octubre, FFJJ 2, 4 y 5, y 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2).

La declaración del investigado tiene una doble naturaleza. De un lado, es una diligencia de investigación pero, de otro, es una garantía del derecho de defensa.

En efecto, el Tribunal Constitucional viene reiterando que "(...) una de las garantías contenidas en el derecho al proceso justo consiste en ser citado para adquirir la condición de imputado, conocer el hecho punible que se le atribuye, ser ilustrado de los derechos que en tal condición le asisten, especialmente el de ser asistido de letrado, declarar ante el Juez y exponer su versión exculpatoria (por todas SSTC 186/1990, 15 de noviembre de 1990, FFJJ 5, 6, 7 ; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 ; 19/2000, de 31 de enero, FJ 5 ; 87/2001, de 4 de abril, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 4 ; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5 ). En este sentido, hemos dicho que lo que prohíbe el artículo 24 CE es que el inculpado no tenga participación en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se fragüe a sus espaldas, sin haber tenido conocimiento alguno de ella' ( SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 4 ; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5 ). Más concretamente, hemos afirmado también que la garantía de audiencia previa 'implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente el de designar abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el artículo 789.4 [de la Ley de enjuiciamiento criminal ]'; imponiéndose asimismo la exigencia de que, desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible el imputado no declare como testigo porque, a diferencia de este último, 'el imputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE' ( SSTC 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2 ; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5 (...)" .

Partiendo de esta doble naturaleza hay determinadas posiciones que abogan por la tesis de que la declaración del investigado pueda realizarse una vez transcurrido el plazo de instrucción y que no es admisible decretar el archivo de las diligencias únicamente porque no se haya tomado esa declaración en plazo, ya que, de admitirse esa posibilidad, se estaría configurando una causa de sobreseimiento no prevista en la ley.

Así se pronunció la Circular 1/2021 de la FGE, citando en apoyo de su tesis la doctrina expuesta en el ATC 5/2019, de 29 de enero de 2019, que inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad, precisamente del artículo 324 LECrim (apartados 6º y 7º).

En esa Circular se decía lo siguiente: "*La especial naturaleza de esta diligencia, el carácter netamente procesal del plazo previsto en el artículo 324 LECrim -del que no cabe predicar efecto sustantivo alguno- y el hecho de que su omisión no constituya causa que determine el sobreseimiento libre o provisional de las actuaciones, parecen justificar la posibilidad de que la declaración de la persona investigada pueda ser decretada y practicada una vez expirados los plazos de la investigación judicial*".

Sin embargo, siendo cierto que en el ATC 5/2019 se aludió a la doble naturaleza de la diligencia, no se dijo que la declaración del investigado se pudiera practicar una vez concluida la instrucción, ya que sobre esa cuestión el alto tribunal no se pronunció.

Lo que se dijo, con apoyo en las concretas circunstancias del caso que sirvió de soporte al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, es que al investigado se le había tomado declaración con todas las garantías ( artículos 118 y 775 LECrim), después de formulada denuncia pero antes de que se presentara la querrela (necesaria como requisito de procedibilidad), y que "*la falta de toma en consideración en el auto de planteamiento de esta vertiente de la declaración de investigado no solo como pura prueba o acto de investigación sino como "garantía" o "medio de defensa" del investigado, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, hace que tampoco puedan considerarse debidamente cumplimentados los juicios de aplicabilidad y relevancia respecto de los apartados 6 y 7 del artículo 324 LECrim , y, en consecuencia, acreditada la necesidad de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los mismos por la jurisdicción constitucional en un proceso abstracto de declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o erga omnes, como es la cuestión de inconstitucionalidad*".

En aquel procedimiento el investigado tuvo conocimiento de la imputación desde el primer momento, incluso antes de que se formulara querrela, y ese fue el dato determinante para no admitir a trámite la cuestión de



inconstitucionalidad planteada. En este caso, por el contrario, la declaración de los investigados tuvo lugar una vez concluido el plazo de instrucción previsto en la ley y cuando se abrió la segunda investigación.

Es cierto que en el artículo 324 de la LECrim no se dispone expresamente que la declaración del investigado deba practicarse durante la instrucción, aunque de su literalidad se deduce que todas las diligencias de investigación deben realizarse dentro de ese plazo, bajo sanción de invalidez. También es cierto que el artículo 779.1.4 sólo prescribe que esa declaración debe llevarse a cabo necesariamente antes de que se dicte el auto previsto en el artículo 779.1.4 LECrim, por lo que es posible que se reciba la declaración del investigado después del plazo de instrucción pero antes de que se dicte el auto referido. Así ha ocurrido en este caso en que, finalizado el plazo de instrucción, se incoaron unas segundas diligencias y en su seno se recibió declaración a los investigados antes de que se dictara el auto de conclusión de esa fase procesal.

Ante esta situación podría argumentarse que la diligencia, aun siendo irregular o inválida, cumple con las exigencias del artículo 779.1.4 LECrim pero, más allá de una interpretación puramente literal de los preceptos aludidos y precisamente por la función de garantía que se asigna a esta singular diligencia, hay una sólida justificación de orden constitucional que obliga a que esa declaración se realice en la fase de instrucción y, siempre que sea posible, desde el mismo momento en que se aprecien indicios de la participación criminal del investigado.

Si no se actúa de esa forma hay un riesgo cierto de lesión del derecho de defensa, en cuanto no cabe una instrucción sin contradicción y realizada de espaldas o al margen del investigado, que tiene derecho no sólo a conocer la imputación, sino a intervenir en la instrucción ofreciendo su versión de descargo y solicitando, en su caso, la práctica de las diligencias oportunas.

Resulta difícil imaginar un escenario en el que se lleve a cabo la declaración fuera del plazo de instrucción sin comprometer gravemente el derecho de defensa y precisamente es en clave constitucional donde ha residenciarse el análisis de esta incidencia.

5. Desde este enfoque y en lo que a este caso se refiere resulta obligado destacar, en primer lugar, que una vez finalizada la instrucción y decretado el archivo por el Juzgado de Instrucción 4 de Pozuelo, se formuló una nueva denuncia por los mismos hechos y se abrió una segunda investigación por un Juzgado diferente (Instrucción 1 de Madrid).

En la medida en que este segundo procedimiento estuvo dirigido a sortear el archivo provisional decretado por el Juzgado que primero conoció de los hechos, ya que ninguna razón de peso había para reabrir la investigación o para presentar la denuncia en un Juzgado distinto al que ya había conocido de los hechos, debe reputarse como realizado en fraude de ley lo que conduce a la aplicación de la norma cuya elusión se ha pretendido ( artículo 6.4 CC).

Frente a lo que se indica en la sentencia impugnada, para que la resolución de archivo produzca efectos no se precisa que las partes insten una declaración de sobreseimiento a fin de recurrir, en su caso, la decisión que se adopte.

En general, un auto de archivo de Diligencias Previas ( artículo 779.1.5 LECrim) produce el efecto del cierre provisional de la investigación y a esto se limita su eficacia. No es un auto de sobreseimiento libre, sino provisional y, no produce efectos de cosa juzgada material. El archivo provisional no impide formalmente la reapertura del procedimiento ( SSTS 2507/2001, de 29 de diciembre, 16-12-95, 3-2-98, 15-10-98, 18-11-98 y 25-10-01, entre otras) pero, si se adopta por haber transcurrido el plazo de instrucción sin la práctica de diligencias suficientes para realizar el juicio de acusación, no cabe la reapertura.

De otra parte y en atención al momento en que se llevó a cabo la declaración de los investigados hubo lesión efectiva del derecho de defensa, no ya porque la instrucción realizada dentro de plazo legal se llevó a cabo sin la intervención de las defensas, sino porque dada la naturaleza y complejidad de los hechos investigados resultaba del todo inviable dictar el auto de imputación del artículo 779.1.4 LECrim sin conocer la versión de éstos, máxime cuando uno de ellos fue el que formuló la denuncia inicial y su cambio de posición procesal exigía ineludiblemente conocer su versión y darle la posibilidad de interesar las diligencias procedentes.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado y procede la libre absolución de ambos acusados, conforme a lo que previene el artículo 901 de la LECrim, sin necesidad de dar contestación a los restantes motivos de casación de ambos recursos.

6. De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben declararse de oficio las costas procesales derivadas del recurso de casación.

## FALLO





Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.. ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Leonardo y Isidro contra la sentencia dictada 15/01/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por delito de estafa, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

**2.. DECLARAR** de oficio las costas procesales causadas por ambos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no se podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 1455/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 13 de marzo de 2023.

Esta sala ha visto la causa 1455/2021, seguida contra la sentencia dictada el 15/01/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se desestiman los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada el 10/07/2020 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 1582/201, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Madrid, por un delito de estafa, contra Leonardo con D.N.I. NUM001, nacido en Madrid el NUM005 /1979 hijo de Emiliano y Erica y contra Isidro con D.N.I NUM006, nacido en Toledo el NUM002 /1972 hijo de Florentino y Gloria. La citada sentencia fue recurrida en casación, y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1. De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación y estimándose producida la lesión de los derechos fundamentales invocados en el motivo primero del recurso interpuesto por la representación procesal de don Leonardo, procede la libre absolución de los acusados

#### **FALLO**



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Absolvemos a Leonardo y Isidro de los hechos por los que han sido acusados.
2. Se declaran de oficio las costas procesales causadas en primera instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no existe recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ