

**DERECHO PROCESAL
PENAL**

13
COLECCIÓN
PRO LIBERTATE

DERECHO PROCESAL PENAL

JOSÉ MARÍA RIFÁ SOLER

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

MANUEL RICHARD GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

IÑAKI RIAÑO BRUN

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra

Pamplona

2006



**Gobierno
de Navarra**



**Instituto Navarro de
Administración Pública**

Título: Derecho Procesal Penal

- © GOBIERNO DE NAVARRA. 2006
Departamento de Presidencia, Justicia e Interior
Instituto Navarro de Administración Pública
- © Rifá Soler, José María
Richard González, Manuel
Riaño Brun, Iñaki

Diseño de la colección: Sección de Publicaciones
Fotocomposición: Pretexto
Impresión: Graphycems

ISBN: 84-235-2862-6
D.L.: NA. 1.902/2006

Promociona y distribuye: Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra
Dirección General de Comunicación
C/ Navas de Tolosa, 21
31002 PAMPLONA
Teléfono: 848 427 121
Fax: 848 427 123
fondo.publicaciones@navarra.es
www.cfnavarra.es/publicaciones

ÍNDICE

ABREVIATURAS	23
PRÓLOGO	25

PRIMERA PARTE **TEORÍA GENERAL**

CAPÍTULO I

EL PROCESO PENAL. SISTEMAS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL. **FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL**

1. El Proceso Penal	29
2. Sistemas del proceso penal	31
3. Principios del proceso penal	34
3.1. Los principios constitucionales	35
3.1.1. Principio acusatorio	35
3.1.2. Principio de presunción de inocencia	39
3.1.3. Principio de audiencia y contradicción	40
3.1.4. Principio de igualdad	40
3.2. Los principios técnicos	41
3.2.1. Iniciación e Investigación de oficio	41
3.2.2. Oficialidad	42
3.2.3. Oralidad y escritura	42
3.2.4. Publicidad	43
3.2.5. Libre valoración de la prueba	44
3.2.6. Doble instancia	45
3.2.7. Celeridad y proscripción de las dilaciones indebidas	46
4. Fuentes del Derecho Procesal Penal	46

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN PENAL. ELEMENTOS DE IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL. LA ACCIÓN CIVIL *EX DELICTO*

1. La acción penal. Caracteres	49
1.1. Derecho de acción penal y Derecho de penar o <i>ius puniendi</i>	49
1.2. Caracteres de la acción penal	52
2. Los elementos de identificación del objeto del proceso penal	54
2.1. El hecho punible	55
2.2. Los sujetos	56
3. La acción civil <i>ex delicto</i>	57
3.1. El ejercicio de la acción civil en el proceso penal	58
3.2. Regulación normativa: El contenido de la pretensión de resarcimiento	59

CAPÍTULO III

CUESTIONES PREJUDICIALES

1. Concepto y clases	63
2. Tramitación	67

CAPÍTULO IV

LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA

1. La Jurisdicción Penal	71
1.1. Concepto	72
1.2. Reglas para la averiguación del Juez ordinario predeterminado por la Ley	72
1.3. La competencia internacional. Comisiones rogatorias. Auxilio judicial internacional	72
1.4. La Jurisdicción por razón de la materia	74
1.5. Los conflictos de jurisdicción	74
2. La Competencia	77
2.1. La competencia objetiva	77
2.1.1. La competencia objetiva por razón de la materia	80
2.1.2. Competencia objetiva por razón de la persona	90
2.1.3. Competencia objetiva por razón de la conformidad prestada por el acusado	91

ÍNDICE

2.2. La competencia funcional	92
2.3. La competencia territorial	94
2.3.1. Determinación del lugar de comisión del delito	96
2.3.2. Reglas especiales	97
3. Tratamiento Procesal de la competencia objetiva y funcional	99
3.1. Examen de oficio de la competencia	99
3.1.1. Requerimiento e inhibición del órgano jurisdiccional ...	101
3.1.2. Inexistencia de acuerdo entre los órganos jurisdicciona- les en conflicto	102
3.2. Examen de la competencia a instancia de parte	105
3.2.1. Competencia objetiva o funcional	105
3.2.2. Competencia territorial	106
3.3. El reparto de asuntos	110

CAPÍTULO V

LAS PARTES PROCESALES (I)

1. Las partes en el proceso penal. Introducción	113
2. El Ministerio Fiscal	114
2.1. Práctica de diligencias preliminares de investigación	116
2.2. Ejercitando las acciones penales y civiles que correspondan	117
2.3. En la sustanciación del proceso penal	118
3. El Abogado del Estado	120
4. Acusador particular y popular	122
4.1. La acusación particular en concepto de perjudicado u ofendido por el delito	123
4.2. La acusación popular	127
4.2.1. Límites y legitimados para el ejercicio de la acción popular	128
4.2.2. Requisitos para el ejercicio de la acción popular: la fianza ...	130
5. Acusador privado	131
6. Actor civil	132

CAPÍTULO VI

LAS PARTES PROCESALES (II). EL DERECHO DE DEFENSA DEL DETENIDO E INCLUPADO EN EL PROCESO PENAL. DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA

1. El inculpado o imputado	135
2. El responsable civil	138

2.1. La responsabilidad civil directa	138
2.2. La responsabilidad civil subsidiaria	140
3. El derecho de defensa	144
3.1. El derecho de defensa del detenido	145
3.2. Derecho a la asistencia letrada	148
3.2.1. Derecho a la libre designación de abogado y procurador ...	150
3.2.2. Designación de abogado de oficio por el órgano jurisdiccional	150
3.2.3. Designación de abogado de oficio al detenido o preso ...	151
3.2.4. Actos y diligencias excluidos del derecho de asistencia letrada. El régimen de incomunicación de detenidos	152
3.3. Asistencia jurídica gratuita. Nombramiento de abogado y procurador de oficio	155
3.3.1. Introducción	155
3.3.2. Requisitos y procedimiento para la concesión de la asistencia jurídica gratuita	156
3.3.3. Procedimiento en el proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos	162

CAPÍTULO VII

ACTOS PROCESALES

1. Concepto. las resoluciones judiciales penales	165
2. Requisitos de los actos procesales	168
2.1. De lugar	168
2.2. De tiempo	168
2.3. Requisitos de forma	173
2.3.1. Oralidad y Escritura	173
2.3.2. Idioma	174
2.3.3. Publicidad y secreto de los actos procesales	175
3. Actos de comunicación	177
3.1. Finalidad de los Actos de comunicación. Su protección constitucional	177
3.2. Actos de comunicación con las partes o terceros	178
3.2.1. Notificaciones. Requisitos de la comunicación por edictos	178
3.2.2. Citaciones	182
3.2.3. Emplazamientos	184
3.2.4. Requerimientos	185

ÍNDICE

3.3. Actos de comunicación entre órganos jurisdiccionales. Exhortos ...	185
3.4. Actos de comunicación con otros órganos	188
3.4.1. Mandamientos	188
3.4.2. Oficios y Exposiciones	188
4. Cooperación y auxilio judicial internacional	189
4.1. Comisiones rogatorias. Auxilio judicial internacional	189
4.2. Cooperación y auxilio judicial en materia penal en el ámbito de la Unión Europea	190
4.2.1. Cuestiones generales	190
4.2.2. La asistencia judicial en materia penal	192
4.2.3. La Orden Europea de detención y entrega	193

CAPÍTULO VIII

INICIACIÓN DEL PROCESO PENAL

1. Introducción	201
2. Formas de iniciación	205
2.1. De oficio	206
2.2. Atestados policiales	207
2.3. Denuncia	210
2.4. Querrela	215
2.4.1. Concepto	215
2.4.2. Interposición y forma de la querrela. Presupuestos procesales	216
2.4.3. Admisión	218
2.4.4. Efectos	219

CAPÍTULO IX

MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES Y REALES

1. Características y presupuestos	225
2. Medidas cautelares personales	226
2.1. La detención	226
2.1.1. Supuestos de detención	229
2.1.2. Diligencia de identificación personal, del art. 20 LO 1/1992, de 21 de febrero	230
2.2. La libertad provisional	231
2.3. La prisión provisional	234
2.3.1. Naturaleza y características	234

2.3.2. Requisitos para la adopción de la prisión provisional. Motivación	235
2.3.3. Ejecución de la medida de prisión provisional	238
2.3.4. Límites máximos de duración de la prisión provisional	239
2.4. Adopción y modificación de la prisión o libertad provisional ...	242
2.4.1. Procedimiento. Audiencia preliminar. Recursos	242
2.4.2. Modificación de la situación personal de prisión o libertad	246
2.5. Otras medidas cautelares	248
2.5.1. Distanciamiento de la víctima y agresor, relacionadas con los delitos de los artículos previstos en el art. 57 Có- digo Penal	248
2.5.2. La orden de protección a las víctimas de violencia do- méstica	250
2.5.3. Intervención inmediata del vehículo, retención del per- miso de circulación o de conducción; y prohibición de conducir vehículos	253
3. Medidas cautelares reales	254
3.1. Medidas cautelares referentes al objeto civil del proceso penal	254
3.2. Clases de fianza	255
3.3. Embargo de bienes	256
3.4. Insolvencia del acusado	258

CAPÍTULO X

LOS ACTOS DE COMPROBACIÓN Y AVERIGUACIÓN JUDICIAL

1. Concepto, finalidad y límites de la investigación judicial	261
2. Solicitud, adopción e intervención de las partes en la práctica de las diligencias de instrucción	264
3. Actos de comprobación y averiguación judicial	265
3.1. Inspección ocular y reconstrucción de hechos	265
3.2. Cuerpo del delito	269
3.3. Identificación del delincuente y de sus circunstancias personales	272
3.3.1. Identificación material: Reconocimiento fotográfico y en rueda. Cotejo de muestras biológicas	272
3.3.2. Identificación formal	276
3.4. Declaraciones de los acusados, sospechosos o meros inculpados	277
3.5. Declaración del ofendido y de los testigos	279
3.5.1. Declaración del ofendido	279
3.5.2. Declaración de testigos	280
3.5.3. Lugar, forma y práctica de la declaración testifical	282

ÍNDICE

3.5.4. Protección de testigos y peritos. El “agente encubierto”	284
3.5.5. Careo de los testigos e imputados	287
3.6. Informes periciales	287
3.6.1. Informe dactiloscópico	289
3.6.2. Otros informes periciales	291
3.7. Reconocimiento e intervenciones corporales	292
3.7.1. Cacheo	294
3.7.2. Test de alcoholemia	294
3.7.3. Extracción sanguínea	297
3.7.4. Exámenes radiológicos, ecográficos y ginecológicos	298
3.7.5. Suministro forzoso de alimentos	299
3.7.6. Obtención y análisis de muestras biológicas	299
3.8. Intervención de sustancias estupefacientes	301
3.9. Entrega vigilada de drogas, animales u otros bienes y sustancias ...	302
3.10. Entrada y registro en lugar cerrado	304
3.10.1. Concepto de domicilio	304
3.10.2. Presupuestos para la entrada y registro en domicilio	308
3.10.3. Forma de practicar el registro domiciliario	311
3.11. Registro de libros y documentos	314
3.12. La intervención de las comunicaciones privadas	314
3.12.1. La intervención de la correspondencia postal escrita y telegráfica	315
3.12.2. Intervención telefónica	317
3.12.3. Grabación y reproducción del sonido	322

CAPÍTULO XI

LA PRUEBA

1. El derecho a la prueba. Práctica y medios de prueba	325
1.1. Derecho a la prueba: su protección constitucional	325
1.2. Criterios para la admisión de la prueba: pertinencia y necesidad ...	326
1.3. Solicitud y práctica de la prueba	327
1.4. Medios de prueba	328
1.4.1. Piezas de Convicción	328
1.4.2. Declaración e interrogatorio del acusado. Supuesto es- pecial de la declaración inculpatoria de coimputados ...	329
1.4.3. Examen de testigos	331
1.4.4. Diligencia de Careo	334
1.4.5. Informes periciales	335
1.4.6. Inspección ocular y reconstrucción de hechos	336

1.4.7. Prueba documental	337
1.4.8. Otros medios de prueba obtenidos por sistemas técnicos ...	338
1.5. Prueba anticipada y preconstituida. Valor probatorio de las diligencias policiales	338
1.6. Lectura de diligencias practicadas en la fase de instrucción	342
2. Carga y valoración de la prueba. La prueba ilícita	342
2.1. Carga de la prueba. Prueba sobre prueba a instancia del Tribunal (arts. 708, 729 LECrim.)	342
2.2. Valoración de la prueba	344
2.3. Prueba ilícitamente obtenida	347
3. La presunción de inocencia	349
3.1. El derecho constitucional a la presunción de inocencia	349
3.2. Principio de presunción de inocencia	350
3.3. Principio <i>in dubio pro reo</i>	352
3.4. Cauce procesal para alegar la presunción de inocencia ante el Tribunal Supremo en vía casacional y efectos del recurso	353

CAPÍTULO XII

SENTENCIA Y COSA JUZGADA

1. Forma y contenido de la sentencia	357
2. Motivación de la sentencia	361
3. Imposición de costas procesales	363
4. Aclaración y complemento de las sentencias	364
5. La congruencia procesal de la sentencia penal con la acusación	366
6. Clases de incongruencia	370
7. La cosa juzgada penal	371

CAPÍTULO XIII

RECURSOS Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

1. Consideraciones generales	375
2. El recurso de reforma	375
3. El recurso de súplica	378
4. El recurso de apelación	381
4.1. Resoluciones impugnables	381
4.2. Procedimiento	382
5. El recurso de Queja	385
6. El recurso de casación	387
6.1. Introducción	387

ÍNDICE

6.2. Motivos de casación	391
6.2.1. Por infracción de Ley	392
6.2.2. Error en la apreciación de la prueba	394
6.2.3. Por quebrantamiento de forma	395
6.3. Procedimiento del recurso de casación	401
6.3.1. Preparación del recurso	401
6.3.2. Formalización del recurso	403
6.3.3. Sustanciación del recurso. Inadmisión del recurso	404
6.3.4. Decisión del recurso	405
7. El recurso de revisión	407
8. Tratamiento procesal de la nulidad de los actos procesales. El incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones que hubieren adquirido firmeza	410

SEGUNDA PARTE LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

CAPÍTULO XIV

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

1. Antecedentes y ámbito del procedimiento abreviado	417
2. Fase preliminar del procedimiento abreviado	419
2.1. Diligencias de prevención de la Policía Judicial	420
2.2. Diligencias Preliminares del Ministerio Fiscal	422
3. Las diligencias previas	425
3.1. Consideraciones generales	425
3.2. Intervención de las partes	426
3.3. Sustanciación de la fase de Diligencias previas	430
3.4. Reconocimiento de los hechos y sentencia de conformidad	432
3.5. Conclusión de las Diligencias previas	433
4. La fase intermedia	436
4.1. Traslado y alegaciones de las partes acusadoras	437
4.1.1. Solicitud y práctica de diligencias complementarias	439
4.1.2. Solicitud y acuerdo de sobreseimiento de las actuaciones ...	440
4.1.3. Solicitud de apertura del juicio oral y escrito de acusación	442
4.2. Apertura del juicio oral, escrito de defensa y posibilidad del acusado de conformarse	444
4.3. Rebeldía del acusado	447
4.4. Puesta de las actuaciones a disposición del órgano jurisdiccional competente para el juicio oral	447

5. El juicio oral	447
5.1. Inicio de la fase de juicio oral y admisión de pruebas	447
5.2. Celebración del juicio oral en ausencia del acusado	448
5.3. Cuestiones previas al inicio del juicio oral. Causas de suspensión del juicio oral	450
5.4. Conformidad del acusado en el momento de la celebración del juicio oral	457
5.5. Sustanciación del juicio oral	465
5.6. Informes orales y facultad de interpelación del Tribunal a las partes	468
5.7. Eventual variación de la competencia objetiva para juzgar	469
5.8. Acta del juicio oral y sentencia	471
6. Los recursos en el procedimiento abreviado	474
6.1. Régimen de recursos en el procedimiento abreviado	474
6.2. Recursos frente a las resoluciones interlocutorias del Juez de instrucción y de lo Penal	475
6.3. El recurso de apelación contra sentencias definitivas. Segunda instancia	477
6.3.1. Interposición y fundamentación de la apelación	478
6.3.2. Admisión del recurso y traslado de la apelación a las demás partes para formular alegaciones	481
6.3.3. Práctica de la prueba y celebración de vista del recurso ...	482
6.3.4. Sentencia	485
6.4. El recurso de anulación	488
7. Ejecución de las sentencias dictadas en el procedimiento abreviado ...	492

CAPÍTULO XV

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS

1. Principios generales	495
2. Ámbito de aplicación	498
3. Fase de instrucción	502
3.1. Actuaciones de la Policía Judicial	502
3.2. Diligencias urgentes de instrucción ante el Juzgado de Guardia ...	506
3.3. Conclusión de la fase de instrucción	510
4. Preparación y celebración del juicio oral	511
4.1. Trámite previo hasta la apertura del juicio oral	511
4.2. Apertura de juicio oral y formulación de escritos de acusación	512

ÍNDICE

4.3. Convocatoria a juicio. Actuación de la defensa y terceros civiles responsables	514
4.4. Conformidad del acusado y sentencia del Juez de Guardia	516
5. Sentencia y recursos	519

CAPÍTULO XVI

EL JUICIO DE FALTAS

1. Regulación legal y principios que lo informan	521
2. Competencia objetiva y funcional	522
3. Sustanciación del juicio de faltas	524
3.1. Iniciación	525
3.2. Celebración inmediata del juicio oral	526
3.3. Convocatoria a juicio oral cuando no proceda la celebración inmediata del juicio	530
3.4. Celebración del juicio oral	532
4. Sentencia y recursos	535

CAPÍTULO XVII

EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS GRAVES

1. Ámbito y estructura del procedimiento por delitos graves	541
2. Fase de instrucción o de sumario	542
2.1. Inicio del sumario	542
2.2. Secreto del sumario	544
2.3. El auto de procesamiento: concepto, naturaleza y recursos	546
2.4. Conclusión del sumario	550
3. El periodo intermedio. El sobreseimiento	551
3.1. Actuaciones en la fase intermedia	551
3.2. El sobreseimiento	554
3.2.1. Concepto y clases	554
3.2.2. Sobreseimiento libre	555
3.2.3. Sobreseimiento provisional	558
3.3. Efectos	559
3.4. Recursos	560
4. El juicio oral	561
4.1. Apertura del juicio oral	562
4.2. Artículos de previo pronunciamiento. Especial referencia a la prescripción	562

4.3. Escritos de calificación provisional. Conformidad del acusado ...	567
4.4. Suspensión del juicio oral	569
4.5. El juicio oral	573
4.6. Escritos de calificación definitiva	576
4.7. Incoación de información suplementaria	577
4.8. Proposición de la “tesis” por el Tribunal	579
4.9. Informe de las partes	580
5. Acta del juicio oral. Sentencia y recursos	581

CAPÍTULO XVIII

EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

1. Antecedentes y principios del procedimiento de Tribunal de Jurado ...	583
2. Competencia del Tribunal del Jurado	585
2.1. Competencia objetiva	585
2.2. Reglas complementarias de competencia objetiva. Tratamiento de la conexión	587
2.3. Competencia territorial	590
2.4. Competencia funcional	590
2.5. Tratamiento procesal de la competencia	591
3. Composición del Tribunal del Jurado, estatuto jurídico y designación de los jurados	591
3.1. Composición del Tribunal del Jurado	591
3.2. Estatuto jurídico de los jurados	592
3.3. Designación de los jurados	595
3.4. Alegación de excusas o advertencias por parte de los candidatos a jurados a través del cuestionario y recusación por el MF y las demás partes (arts. 20 a 23 LJ)	597
4. Fase de instrucción	597
4.1. Incoación del procedimiento	598
4.2. Comparecencia de imputación	600
4.3. Decisión sobre la continuación de procedimiento	601
4.4. Diligencias de investigación	601
5. Fase intermedia de preparación del juicio oral	602
5.1. Escritos de calificación provisional o de acusación y defensa	602
5.2. Audiencia preliminar	603
5.3. Auto de sobreesimiento o de acomodación a otro tipo de procedimiento	604
5.4. Auto de apertura de juicio oral	605
6. Fase de juicio oral	607
6.1. Designación y funciones del Magistrado Presidente	607

ÍNDICE

6.2. Planteamiento de cuestiones previas	608
6.3. Auto de hechos justiciables, procedencia de prueba y señalamiento de día para la vista del juicio oral	608
6.4. Constitución del Tribunal del Jurado	610
6.5. Disolución anticipada del Jurado	613
6.6. Conformidad del acusado	614
6.7. Celebración del juicio oral	618
7. El veredicto	620
7.1. Determinación y objeto del veredicto	620
7.2. Deliberación y votación	624
7.3. Acta de la votación. Motivación y lectura	627
7.4. Devolución del acta y disolución del Jurado	629
8. Sentencia	630
9. Sistema de recursos	631
9.1. Recursos contra las resoluciones dictadas por el Juez de Instrucción	631
9.2. Recursos contra las resoluciones dictadas por el Magistrado-Presidente	631
9.3. Recurso de apelación contra la sentencia definitiva y determinados autos	632
9.4. Recurso de casación	635

CAPÍTULO XIX

PROCEDIMIENTOS CON ESPECIALIDADES POR RAZÓN DE LA MATERIA

1. Procedimiento por delitos de calumnias o injurias	637
1.1. Procedimiento por delitos de injurias y calumnias verbales o por escrito contra particulares	638
1.2. Procedimiento por delito de injurias o calumnia cometidos por medios mecánicos de publicación o difusión	640
2. Otras especialidades procedimentales	642
2.1. En delitos cometidos por bandas armadas y elementos terroristas	642
2.2. Delitos de contrabando	643
2.3. Delitos contra la propiedad intelectual	644

CAPÍTULO XX

PROCEDIMIENTOS CON ESPECIALIDADES POR RAZÓN DEL SUJETO

1. Especialidades en materia de violencia doméstica o de género	645
1.1. Ámbito de aplicación de la LO 1/2004	645

1.2. Competencia penal de los Juzgados de violencia sobre la mujer ...	647
1.3. Competencia civil de los Juzgados de violencia sobre la mujer ...	649
1.4. Especialidades en materia de medidas cautelares	650
1.5. Especialidades en materia de ejecución de las penas dictadas por delitos de violencia de género	652
2. Procedimientos penales contra aforados	653
2.1. Senadores y Diputados	653
2.2. Agentes Diplomáticos, Consulares y afines	656
2.3. Parlamentarios de las Comunidades Autónomas	656
2.4. Miembros del Ejecutivo de la Administración Central y Comunidades Autónomas. Delegados del Gobierno. Otras especialidades por razón del cargo	657
3. Responsabilidad criminal de Jueces, Magistrados y Fiscales	660
4. Miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado	661

CAPÍTULO XXI

PROCESOS ESPECIALES

1. El proceso de “Habeas Corpus”	663
2. El proceso contra reos ausentes	665
3. La Extradición	667
3.1. Extradición activa	668
3.2. Extradición pasiva	670
4. El proceso de menores	672
4.1. Principios generales	673
4.2. Procedimiento	675
5. El proceso penal militar	681

TERCERA PARTE

LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL

CAPÍTULO XXII

LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL

1. Clases y refundición de penas	689
2. La ejecución de las penas privativas de libertad	691
2.1. Sustitución y suspensión de las penas privativas de libertad	691
2.1.1. La suspensión condicional de la ejecución de penas privativas de libertad	691

ÍNDICE

2.1.2. Supuestos especiales de suspensión de la ejecución	693
2.1.3. La sustitución de las penas privativas de libertad	695
2.1.4. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad por demencia sobrevenida	696
2.2. La ejecución de la pena de prisión	697
2.3. La libertad condicional	699
2.4. La ejecución de la pena de localización permanente	703
3. La ejecución de la pena de multa y de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago	704
4. La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ...	706
5. La ejecución de las penas privativas de derechos	708
5.3.1. La inhabilitación absoluta	708
5.3.2. La inhabilitación especial para empleo o cargo público ...	709
5.3.3. La suspensión de empleo o cargo público	709
5.3.4. La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo	709
5.3.5. La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, o cualquier otro derecho	709
5.3.6. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento	710
5.3.7. La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores	710
5.3.8. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas ...	710
5.3.9. La privación del derecho a residir en determinados lugares, acudir a ellos; aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas que el Tribunal determine	710
5.3.10. La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas	710
6. La ejecución de la responsabilidad civil y de las costas	712
6.1. El cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias	712
6.2. Ejecución de la responsabilidad civil	713
6.3. La tasación de costas	715
7. Conclusión de la ejecución	715
7.1. Conclusión normal de la ejecución	715
7.2. Otros modos de conclusión de la ejecución	717

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
BON	Boletín Oficial de Navarra
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
DT	Disposición Transitoria
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
LECrím.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

PRÓLOGO

La obra que presentamos es el resultado del trabajo y experiencia docente de los profesores del área de Derecho Procesal de la Universidad Pública de Navarra José María Rifá Soler, Manuel Richard González e Iñaki Riaño Brun. El propósito que nos ha guiado en su realización ha sido ofrecer, por una parte, a los estudiantes de Derecho Procesal una obra general que contenga los conocimientos necesarios en esta materia conforme con el plan de estudios vigente. En este sentido, la obra se ha estructurado como un Manual de referencia para los alumnos de Derecho y de las licenciaturas de Ciencias Jurídicas y Empresariales de la Universidad Pública de Navarra. Por otra parte, su consulta también puede resultar de extrema utilidad para los alumnos de la Escuela de Práctica Jurídica, así como en general para abogados, jueces y otros intervinientes o partícipes en el sistema jurídico procesal.

Los autores esperamos que la obra sirva al fin pretendido y que pueda mejorar en sucesivas ediciones con las aportaciones que a buen seguro surgirán de su lectura y exposición tanto en el ámbito docente como profesional.

Y, al mismo tiempo, queremos agradecer al Gobierno de Navarra, y en especial, al Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, D. Javier Caballero, así como al Instituto Navarro de Administración Pública por la oportunidad que nos concede de participar en una colección como la “Pro Libertate”. Esta iniciativa permite dotar a los distintos ámbitos jurídicos de instrumentos útiles y eficaces para lograr un conocimiento adecuado sobre las instituciones jurídicas forales.

José María Rifá Soler
Catedrático de Derecho Procesal

PRIMERA PARTE
TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO I

EL PROCESO PENAL. SISTEMAS Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

1. EL PROCESO PENAL.

El Ordenamiento jurídico encomienda al Derecho sustantivo penal determinar qué hechos o conductas deben ser objeto de tipificación penal. Al Derecho procesal penal le corresponde, como instrumento de la función jurisdiccional, determinar si la conducta tipificada en el Código Penal debe ser castigada mediante la imposición de la pena. Los términos delito, pena y proceso son rigurosamente complementarios y no se puede excluir a ninguno de ellos. De modo que, para la imposición de una pena, será siempre indispensable la existencia previa de un proceso penal finalizado con sentencia condenatoria –art. 1 LECrim.–.

El proceso penal está caracterizado por ser el cauce para la aplicación del *ius puniendi* configurado como una potestad soberana del Estado de Derecho destinada a restablecer el orden jurídico perturbado con la imposición de las penas correspondientes a la comisión de los delitos tipificados en el Código Penal. De este modo, el Estado garantiza el justo derecho a la reparación de los ciudadanos perjudicados por la comisión de los actos delictivos erradicando la autotutela. Ahora bien, la gravedad de las consecuencias de los procesos penales exige la aplicación al proceso penal de una serie de garantías pro-

cesales que eviten el sometimiento del ciudadano a vejaciones odiosas o a una condena injusta. Concretamente, el proceso penal está informado por dos principios constitucionales básicos: el principio acusatorio penal y la presunción de inocencia, que deben propiciar la sustanciación de un “*proceso debido*”. Es decir, sustanciado en condiciones de igualdad, de forma equitativa, pública y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial establecido *ex ante* por la Ley (arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y 6. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Los caracteres del proceso penal vienen determinados por su fundamento y finalidad y se ponen de manifiesto en la contraposición con el fundamento, principios y características que rigen en el proceso civil. En cuanto a su fundamento, el proceso penal, a diferencia del civil, que pretende el restablecimiento de un derecho subjetivo privado lesionado, tiene como fin ejercer el *ius puniendi* del Estado para el restablecimiento del orden jurídico quebrantado por la infracción de la norma. Ello sin perjuicio de que en el proceso penal también pueda ejercitarse, por el perjudicado y junto con la acción penal, la acción civil para la reparación del daño causado y la indemnización de daños y perjuicios ocasionados –arts. 100 y 108 LECrim.–. En todo caso, el art. 108 exige al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción civil, exista o no en el proceso acusador particular.

Respecto a los principios que rigen ambos procesos, en el proceso civil, conforme con la disponibilidad de la acción civil, resultan de aplicación el principio dispositivo y de aportación de parte. En el proceso penal, por el contrario, rigen los principios de oficialidad y de investigación de oficio, con base en el carácter indisponible de la acción penal. Sin perjuicio de los escasos supuestos de delitos perseguibles sólo a instancia de parte mediante querrela.

Son también distintas las reglas que regulan la congruencia y la cosa juzgada. Así, mientras en el proceso civil el Juez queda vinculado por el *petitum* de las partes expresado en el suplico de la demanda, en el proceso penal no se exige una exacta correlación entre acusación y sentencia, pudiendo incluso el Tribunal condenar por un delito distinto del que se había acusado siempre que no comporte pena más grave y sea homogéneo con aquél. Para que opere la cosa juzgada o la li-

tispendencia en el proceso penal se exige solamente identidad subjetiva del acusado y del hecho punible. Por el contrario, en el proceso civil se exige la triple identidad: subjetiva, objetiva y de causa de pedir.

Finalmente, es distinta la terminología técnica utilizada. Así, mientras se habla en el proceso civil de: demanda, *petitum*, actor, demandado, fase de alegaciones, probatoria y decisoria, recurso de reposición, excepciones, renuncia, allanamiento, carga de la prueba, etc.; en el proceso penal se utilizan los términos: querrela, atestado, denuncia, acusación, querellante, acusado, imputado, reo, inculpado, querellado, procesado, sumario, diligencias previas, período intermedio, juicio oral, recurso de reforma, artículos de previo pronunciamiento, sobreseimiento, conformidad del acusado, presunción de inocencia, etc.

En consecuencia, de las diferencias anotadas se deduce la imposibilidad de extrapolar, directamente, al proceso penal los conceptos y términos utilizados en el proceso civil, sino, en su caso, con la debida cautela. Así sucede, por ejemplo, con respecto a las acertadas tendencias vigentes sobre “*igualdad de armas*” entre las partes o la progresiva implantación del principio acusatorio a la fase de investigación del proceso penal, que no puede identificarse con el principio dispositivo, sino con el derecho del inculpado a un “proceso justo”.

2. SISTEMAS DEL PROCESO PENAL.

El proceso penal se ha regido, a través de los tiempos, por alguno de los siguientes sistemas: inquisitivo y acusatorio cuya vigencia venía determinada por la concepción política y jurídica que imperaba en cada momento histórico en una determinada comunidad política. En su desarrollo histórico no encontramos una manifestación pura de cada sistema. En consecuencia, no puede hablarse de uniformidad en la implantación del sistema inquisitivo o del acusatorio en cada momento histórico, sino en una interrelación de ambos hasta llegar a los tiempos actuales. En el derecho romano se pasó de un sistema acusatorio durante la época republicana hacia el inquisitivo en la época imperial con preeminencia del primero. Posteriormente, en la época medieval se acentuó el inquisitivo, por la influencia del derecho canónico,

que consideraba el delito un pecado que debía ser expiado. En España el Fuero Juzgo estableció un sistema predominantemente acusatorio, mientras que en las Partidas se acentuó el inquisitorio hasta llegar a la Constitución de Cádiz de 1812, que constituyó el punto de partida para la instauración del tipo acusatorio mixto, que se plasmó en la LECrim. vigente de 1882.

Los rasgos que caracterizan al sistema inquisitivo son los siguientes: a) El órgano jurisdiccional actúa *ex officio*, concentrando las funciones acusadora, defensora y juzgadora. b) Predomina un criterio contrario al *favor libertatis* del imputado. Es decir, prevalece la tendencia a privar de libertad al inculpado durante todo el desarrollo del proceso. c) El proceso es secreto y no se admite la contradicción del acusado. d) Predomina la forma escrita. La prueba se obtiene de la investigación de oficio del Juez, que la valora de forma tasada, conforme con lo previsto en la Ley. e) No existe juicio oral, pero se admite la doble instancia¹.

El sistema acusatorio viene configurado por una serie de rasgos que, conforme a la doctrina mayoritaria, podrían sintetizarse en los siguientes términos: a) La necesidad de existencia de una acusación, ya que el Juez no puede proceder *ex officio*. Para los delitos públicos se instaura la acción penal pública, mientras que para los privados se re-

1. El sistema inquisitivo se implantó desde el s. XII hasta el s. XIX, por influencia del derecho canónico, y tenía por finalidad obtener la confesión, por cualquier medio, del inculpado. Posteriormente, los movimientos filosóficos imperantes en la época influyeron en la modificación del sistema que evolucionó hacia otro más humanitario. Decisivo para la inflexión fue la obra de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, que dedicó un capítulo a la proscripción de la tortura por ser “una crueldad consagrada por la mayor parte de las naciones” desprovista de total razón. La nueva ideología jurídico penal se recibe, normativamente, en España se produce en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo Cap. III del Tít. V “De la Administración de Justicia en lo criminal” comienza con el art. 286, que dispone que: “*las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal de manera que el proceso sea formado con brevedad y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados*”, consagrando un sistema de garantías para la detención y prisión (arts. 290 y 300), sin exigir juramento al arrestado (art. 290), disponiendo en el art. 301 que al tomar confesión al “tratado como reo” se leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de testigos.

serva la acción penal al perjudicado u ofendido. b) Predomina un *favor libertatis* como regla para las cautelas penales. c) Existencia de contradicción de las partes en el juicio, debiendo ser éste público y oral. d) El material probatorio debe ser aportado exclusivamente por las partes, disfrutando éstas de igualdad de medios de acusación y defensa. e) Libre apreciación de la prueba por el Juez, que se constituye en árbitro del proceso, no admitiéndose la doble instancia con carácter general.

En el proceso penal español rige el sistema acusatorio mixto cuyas características son las siguientes:

a) Existe una separación orgánica entre la función de investigar y la de juzgar. A este fin, el proceso penal se divide en dos grandes fases: la sumarial o de instrucción y la de juicio oral. En la primera fase corresponde a los jueces dirigir la investigación de los hechos para su esclarecimiento a efectos de poder determinar si procede, o no, la prosecución de la causa. En esta fase procesal rige, de algún modo, el sistema inquisitivo en tanto que el imputado o procesado no se halla en plena igualdad de armas respecto a la imputación ejercida por la acusación pública y refrendada por el Juez de instrucción. La fase de juicio oral es competencia de un órgano judicial distinto al que investigó los hechos y tiene por finalidad la práctica de la prueba y la decisión final del proceso con base, únicamente, en la prueba practicada en el juicio oral. En esta fase del proceso rige el principio acusatorio y de contradicción con plena igualdad de las partes personadas. Aunque, debe tenerse presente que la jurisprudencia del TC ha extendido el principio acusatorio a la fase de investigación de modo que se instaurado: la preceptiva intervención de Letrado y la defensa del acusado desde el inicio del proceso penal, el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a disfrutar de todas las garantías procesales (SSTC 106/1989, de 8 junio, 273/1993, de 8 noviembre, 16/1994, de 20 enero, 277/1994, de 17 octubre, 98/1998, de 22 marzo).

b) La acusación siempre será necesaria y será efectuada por el Ministerio Fiscal y por los acusadores particulares, si los hubiera. Además, se prevé la singular figura del acusador popular.

c) El juicio oral es público y se rige por la forma contradictoria y el principio de inmediación. La prueba será valorada libremente por el órgano decisor.

d) Necesaria correlación entre acusación y sentencia y prohibición de la *reformatio in peius*.

3. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL.

El proceso penal está configurado de acuerdo con unos determinados principios que conforman su estructura e informan el contenido de las normas que rigen en el proceso penal y que garantizan la aplicación de los derechos fundamentales de las partes. La tutela judicial efectiva, como señala la STC 163/1989, de 16 octubre, obliga al estricto cumplimiento de los principios rectores del proceso, que no puede considerarse como un conjunto de trámites, sino un ajustado sistema de garantías para las partes, especialmente para el inculpado en el proceso penal. Su infracción o desconocimiento desnaturalizaría la finalidad y esencia del proceso penal que se convertiría en una mera cobertura formal de intereses distintos a la realización de la Justicia.

Los derechos de los ciudadanos en el proceso se compendían en el art. 24 CE en que se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva que incluye, entre otros, los siguientes derechos: de acceso a la jurisdicción y a los recursos; a la defensa y efectiva contradicción como derecho del inculpado a exponer lo que crea oportuno para su defensa; la prohibición de la *reformatio in peius*; a la igualdad de armas; a obtener una resolución fundada en derecho; a la prueba; a la motivación de la sentencias; y a la presunción de inocencia. Estos derechos, de carácter constitucional, se suelen agrupar en torno al denominado principio acusatorio que junto con el derecho a la presunción de inocencia informa todo el proceso penal.

Finalmente, también deben tenerse en cuenta los denominados principios técnicos de cuya observancia y aplicación a un concreto proceso depende del modo de configurar el desarrollo del proceso para la tutela y protección de los intereses sometidos a enjuiciamiento. Estos principios son los de iniciación e investigación de oficio o de iniciación a instancia de parte, según la naturaleza pública o privada del delito, legalidad, publicidad y escritura u oralidad, según la fase del proceso, libre valoración del prueba, doble instancia y celeridad con proscripción de las dilaciones indebidas.

3.1. Los principios constitucionales.

Estos principios se encuentran recogidos en el art. 24 de nuestra Carta Magna y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en Nueva York, el 10 de diciembre de 1948. También en el Convenio Europeo de Roma, de 4 de noviembre de 1950, de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en el Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, de derechos civiles y políticos. Conforme al art. 10.2 CE estas normas internacionales constituyen pautas auténticas para la interpretación de los derechos fundamentales, que estructuran el sistema de garantías en el proceso penal.

Entre sus normas pueden citarse, a los efectos examinados, los arts. 10 (derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente en juicio público y en condiciones de igualdad) y 11 (presunción de inocencia) del Convenio de 1948 que se corresponden con los arts. 6 del Convenio de Roma y 14 del Pacto Internacional de Nueva York.

3.1.1. *Principio acusatorio.*

El principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE, según reiteradamente viene declarando el TC y es aplicable a todas las fases e instancias del proceso penal (SSTC 240/1988, de 19 diciembre, 53/1989, de 22 febrero, 277/1994, de 17 octubre y 230/1997, de 16 diciembre). Se fundamenta en la necesaria existencia de una parte acusadora, distinta e independiente del Juez, que ejercite la acción penal. A su vez admite y presupone el derecho de defensa del inculpado en el proceso penal con igualdad de medios y de oportunidades procesales que los de la parte acusadora. Por último, garantiza la existencia de un órgano judicial independiente que debe fallar con carácter absolutamente imparcial.

El contenido constitucionalmente protegible del principio acusatorio se desglosa en los siguientes derechos: 1.º de defensa; 2.º a ser informado de la acusación y a la existencia de correlación entre acusación y sentencia, con proscripción de la *reformatio in peius*; y 3.º a un Juez imparcial.

– Derecho de defensa. En sentido genérico, el derecho de defensa está compuesto por una serie de derechos instrumentales, recogidos en el art. 24.2.º CE, como son el derecho a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo y el derecho a no confesarse culpable.

Desde un punto de vista técnico-jurídico, el derecho genérico a la defensa garantiza al acusado tres derechos: 1) a defenderse por sí mismo; 2) a defenderse mediante asistencia letrada de su elección; y 3) a recibir, en los casos legalmente previstos, asistencia letrada gratuita. Así lo entienden las SSTC 37/1988, de 3 marzo y 29/1995, de 6 febrero que recogen doctrina sentada por el TEDH en sus Sentencias de 25 abril 1983 (Caso *Paçelli*) y 28 marzo 1990 (Caso *Granger*).

El derecho de defensa garantiza que las partes que intervengan en el proceso sean representadas y defendidas por profesionales libremente elegidos o, en su caso, nombrados de oficio, sin perjuicio de la autodefensa que no excluye la preceptiva defensa técnica, de acuerdo con el mandato contenido en los arts. 520 y 784.1 LECrim. En este sentido se pronuncia el TC que ha declarado que: “... *el carácter no preceptivo de la intervención del Abogado, en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, quedando por consiguiente incólume en tales casos el mencionado derecho cuyo ejercicio se deja a la libre disposición de la parte*” (STC 208/1992, de 30 noviembre). El fundamento de este imperativo legal radica en la garantía de un adecuado uso de los medios técnicos de defensa previstos en el Ordenamiento. El derecho de defensa tiene plena vigencia en la fase de instrucción. Concretamente, en el ámbito del procedimiento abreviado exige:

- oír al imputado, a los efectos de evitar acusaciones sorpresivas en el juicio oral;
- informar al imputado sobre los hechos punibles objeto de acusación, sobre sus derechos constitucionales y sobre su posibilidad de defenderse y participar en dicha fase; y notificar lo antes posible la inculpación para evitar la vulneración del derecho de defensa. Véase a este respecto el arts 779.4 LECrim., que dispone que el Juez de instrucción no podrá decretar la finalización de las diligencias previas y la continuación del procedimiento abreviado sin haber tomado declaración a la persona a la que se imputan los hechos.

– Derecho a ser informado de la acusación y a la congruencia entre acusación y sentencia. Prohibición de la *reformatio in peius*. El derecho a ser informado de la acusación, a los efectos de permitir una adecuada defensa, exige que se conozca el hecho imputado y su calificación jurídica. Este derecho viene complementado con la obligatoria necesidad de poder disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa como se dispuso en la STEDH de 29 noviembre 1989 (caso “*Chiehlian y Ekindjian*”).

Además, el pronunciamiento del Juez o Tribunal debe efectuarse en los términos formulados en el debate, tal como se recoja en las pretensiones de acusación y defensa, lo que significa la necesaria correlación entre la acusación y el fallo. Consecuencia de la necesaria congruencia o correlación entre la acusación y defensa es para la segunda instancia, la prohibición de que, por vía de un recurso de apelación, se produzca una reforma peyorativa de la sentencia apelada (SSTC 242/1988, de 19 diciembre y 45/1990, de 8 febrero).

– Derecho a un Juez imparcial. Una de las manifestaciones más importantes del principio acusatorio es la del derecho a un Juez imparcial no prevenido. Se trata, como las anteriores, de una garantía protegida constitucionalmente en el art. 24 CE, dentro del derecho a un proceso con todas las garantías. También se manifiesta implícitamente este derecho fundamental dentro del art. 24.2 CE, al proclamar el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que exige, fundamentalmente, la creación *ex ante* y no *ex post facto* del órgano judicial por una norma con rango de Ley, invistiéndole de jurisdicción y competencia, sin que pueda calificársele de especial o excepcional para preservar su imparcialidad (SSTC 60/1995, de 17 marzo y 19 julio 1999).

El derecho al Juez ordinario excluye la atribución de un asunto a una jurisdicción especial, que está excluida con carácter general por el art. 117 CE. Aunque sí que existen órganos jurisdiccionales especializados como los de menores y la atribución de determinados asuntos por la Audiencia Nacional, conforme con el art. 65 LOPJ. En estos supuestos, no se viola el derecho al Juez ordinario siempre que la excepcionalidad se haga compatible con un nivel de garantías procedimentales básicas que deben conectarse con la defensa y tutela de los intereses prioritarios que aconsejan la especialización (a propósito de la jurisdicción de Menores –STC 71/1990, de 5 abril–). Tampoco se

vulnera el Juez ordinario cuando se atribuye la causa a la jurisdicción militar en virtud de las normas que determinan la aplicación de esta jurisdicción.

La imparcialidad del Juez, derivada de su falta de prevención sobre el asunto que debe fallar, se traduce en la necesaria separación entre la fase de instrucción y la del juicio oral, correspondiendo conocer de ambas fases a jueces distintos, a fin de evitar un posible prejuzgamiento del asunto. Este derecho a ser juzgado por un órgano jurisdiccional independiente e imparcial también viene recogido en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La garantía e imparcialidad del Juez incluye:

a) la necesidad de que el Juez sentenciador no haya realizado actos de instrucción relevantes para determinar su inculpación, comprometiéndolo su imparcialidad. La jurisprudencia del TEDH y del TC han precisado que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción. En consecuencia, deberá examinarse la actividad desarrollada por un Juez determinado en cada caso, para poder calificar aquella como de naturaleza instructora o no, en función del carácter inquisitivo de la actividad realizada. Así, mientras la declaración del imputado, prevista en los arts. 486 y 488 LECrim., no compromete la imparcialidad del Juez, dada su postura pasiva, sí la compromete el interrogatorio judicial, regulado en el art. 386 LECrim., en virtud del carácter indagatorio e inquisitivo del mismo, de acuerdo con lo previsto en el art. 389. También infringe aquel derecho la adopción de la prisión provisional del detenido de oficio por el Juez, sin existencia de un trámite contradictorio previo y sin previa petición de las partes acusadoras, así como haber conocido por la vía de recursos si existían o no indicios suficientes para ratificar el procesamiento al quedar “contaminados” por la resolución dictada y puesta en entredicho su imparcialidad objetiva (STEDH 28 octubre 1998, Caso *Castillo Algar*).

b) La garantía de conocer con la suficiente antelación la composición del Tribunal sentenciador siempre que ello tenga relevancia constitucional y provoque una incidencia material concreta, puesto que el derecho al Juez ordinario comprende tanto al órgano jurisdiccional como a cada uno de sus concretos componentes (SSTC 47/1983, de 31 mayo, 101/1984, de 8 noviembre, 282/1993, de 27 septiembre).

3.1.2. *Principio de presunción de inocencia.*

La presunción de inocencia en un sentido lato equivale al principio de que toda persona es inocente mientras no se demuestre su culpabilidad. El art. 24. 2 reconoce entre las garantías fundamentales de toda persona sometida a proceso, el derecho a la presunción de inocencia. Su alcance y delimitación ha sido puesto de relieve en diversas resoluciones del TC.

Se trata de un principio que informa todo el proceso penal desde su explícita proclamación en la CE y las tempranas sentencias del TC en esta materia, como la STC 56/1982, de 26 julio, en la que se declara que: “... *el derecho a la presunción de inocencia no surge, ciertamente de la Constitución. En la Exposición de Motivos LECrim. ya se dice que ‘el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no sean suyas ni ser víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado’... (Su) constitucionalización no es simplemente la mera enunciación formal de un principio hasta ahora no explicitado, sino la plena positivización de su derecho...*”.

A diferencia de la citada presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* tiene alcance distinto aun cuando se trate de una manifestación del primero. Mientras la presunción de inocencia presupone la ausencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* opera como norma de interpretación o de apreciación de la prueba cuando ésta resulte insuficiente para la condena de los acusados en el proceso.

Históricamente ambos principios eran conocidos como el *favor rei* o el *favor delinquentis*. Actualmente, el principio *in dubio pro reo* es una regla de valoración de la prueba; y la presunción de inocencia constituye un principio constitucional del proceso penal. Aunque se le denomina “presunción” no tiene tal naturaleza en sentido estricto, puesto que constituye una pauta primaria o verdad provisional interina, que informa el enjuiciamiento criminal en todas sus fases, hasta tanto no sea declarada su culpabilidad definitivamente. No obstante, ha de tenerse en cuenta que este derecho, partiendo de normas idénticas, no ha sido interpretado en igual sentido por el TEDH. Para éste tiene un contenido más estricto, referido a la prohibición de enjuiciamiento de una conducta ilícita con una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado.

3.1.3. *Principio de audiencia y contradicción.*

Se encuentra contenido en el aforismo de que “*Nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio*”. Manifestaciones del principio afirmado son las expresiones *audiatur et altera pars* o *nemo inauditus damnare potest*, que significan que nadie debe resultar condenado sin que haya tenido ocasión de ser oído. Es decir, el inculpado debe haber tenido la oportunidad de comparecer, ser tenido como parte en el proceso, alegar lo que convenga a su defensa y aportar y practicar prueba sobre los hechos objeto de enjuiciamiento. Es reiterada la doctrina constitucional que declara que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el acceso al proceso y a todas sus incidencias, incluidos los recursos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos.

El principio de audiencia impone la necesidad de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputado, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión (STC 273/1993, de 20 septiembre).

La contradicción o *audiatur et altera pars* es un principio procesal que en el proceso penal se erige como el derecho del acusado a contradecir las pruebas de la acusación y efectuar su pertinente defensa, tanto en la fase de instrucción como, especialmente, en el acto del juicio oral que debe celebrarse con audiencia y publicidad. De la aplicación del principio de contradicción se deduce la imposibilidad de celebrar el juicio oral en ausencia del acusado, salvo en las excepciones previstas para el procedimiento abreviado y el juicio de faltas (arts. 786 y 971 LECrim.) (SSTC 277/1994, de 17 octubre y 95/1995, de 19 junio).

3.1.4. *Principio de igualdad.*

Las partes personadas en el proceso penal deben disfrutar de igualdad de medios procesales para formular la acusación y la defensa. Cual-

quier desequilibrio de estos medios produciría una indefensión en la parte contraria, vulnerando con ello el art. 24 CE. Así lo ha declarado el TC que exige el cumplimiento escrupuloso de los principios de contradicción, audiencia e igualdad de las partes o equilibrio procesal intersubjetivo. En este sentido, ha señalado que el principio de igualdad de las partes, o de la *igualdad de armas*, como también se le llama, forma parte del conjunto de derechos que el art. 24 CE establece.

Comparecidas las partes y preservado su derecho de audiencia, se debe garantizar que todas tengan las mismas posibilidades de ataque y defensa, no siendo coartadas por el órgano judicial imponiendo cargas desiguales. Igualmente significa que cada una de las partes intervinientes debe tener la posibilidad de alegar todos los elementos de hecho y de derecho que sirvan a su defensa. Este derecho opera tanto durante la instrucción como en el juicio oral, con la práctica de las pruebas, de tal modo que los interrogatorios y las demás pruebas, incluida la pericial, se lleven a cabo en idénticas condiciones para la acusación y defensa (STEDH de 6 mayo 1985, Caso *Bönisch*, en relación con la práctica en condiciones de desigualdad de una prueba pericial).

Este principio no debe relacionarse con el derecho a la igualdad ante la Ley que garantiza el art. 14 CE. Tampoco garantiza que la resolución que se dicte sea idéntica a otra dictada en proceso independiente.

3.2. Los principios técnicos.

La organización del proceso, su adecuación formal y los requisitos que constituyen el derecho a la tutela son cuestiones de legalidad ordinaria, que regula el legislador en atención a los intereses y valores a que todo el proceso sirve. Así, según la naturaleza pública o privada del delito se prevé la iniciación a instancia de parte o de oficio. O frente al carácter dispositivo del proceso civil, en el proceso penal rige, con carácter general, el principio de oficialidad de la acción o investigación de oficio.

3.2.1. *Iniciación e Investigación de oficio.*

Para la iniciación del proceso penal no se requiere, necesariamente, la existencia de una parte acusadora, salvo en los escasos supuestos

en que se exige, como presupuesto de procedibilidad, la denuncia o querrela del ofendido. Basta que la *notitia criminis* llegue a conocimiento del Juez instructor para que éste proceda a la averiguación del hecho y de la persona inculpada –art. 303 LECrim.–. Aunque, para preservar el principio acusatorio, el art. 308 LECrim. establece que los Jueces de Instrucción deberán, con carácter inmediato, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la incoación de la causa. En parecidos términos se pronuncia el art. 777 LECrim. con relación a las diligencias previas.

El Juez instructor acordará de oficio la práctica de cuantas diligencias entienda que son necesarias para la averiguación de los hechos objeto de la causa, sin que el Juez instructor quede vinculado por las diligencias propuestas por las partes (arts. 299, 315 y 777 LECrim.). La facultad de investigar de oficio de que goza el Juez instructor, completada por las actuaciones de las partes acusadoras, no impide, en absoluto, que el imputado pueda realizar en su defensa cuantos actos considere adecuados a su defensa, así como la práctica de las diligencias que solicite. Ésta es la consecuencia de la aplicación del principio acusatorio, que rige en todas las instancias y fases del proceso penal (SSTC 227/1994, de 17 octubre y 29/1995, de 6 febrero).

3.2.2. *Oficialidad.*

El proceso penal no es disponible por las partes, por lo que no puede ser suspendido, interrumpido o modificado por voluntad de las partes. Tampoco resulta admisible, a diferencia de lo que sucede para el proceso civil, el allanamiento, la renuncia o el desistimiento, salvo respecto a los denominados delitos privados. No obstante, cabe precisar que existen ciertas manifestaciones del principio de oportunidad que permiten una cierta disponibilidad del objeto del proceso. Así sucede con la denominada conformidad del acusado basada en un principio de consenso con paralelismo con otras figuras de corte anglosajona como son el “*plea guilty*”, si bien éste comporta un reconocimiento de culpabilidad y no es, en puridad técnica, una conformidad con la pena más grave solicitada.

3.2.3. *Oralidad y escritura.*

En el proceso penal rige el principio de oralidad, conforme con el art. 120.2.º CE que dispone que las actuaciones judiciales serán predo-

minantemente orales, sobre todo en materia criminal. También la LOPJ de 1985, en su art. 229, reitera este principio, recogiendo idéntico el redactado de la Constitución. En la LECrim. rige el principio de oralidad durante la fase de juicio plenario, que se denomina de juicio oral, que es la fase esencial del proceso. Así lo explica la Exposición de Motivos de la Ley, al afirmar que en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, y donde los magistrados han de formar su convicción. El principio de oralidad está estrictamente vinculado con la inmediación y concentración de los actos procesales celebrados en unidad de acto y con presencia física del juzgador.

El principio de escritura rige en la fase de instrucción, que está destinada a la investigación de los hechos y a la preparación del material para el juicio oral. Así está previsto en el art. 321 LECrim., que dispone que los jueces de instrucción formarán el sumario ante sus secretarios; y en el art. 774 LECrim. que dispone que todas las actuaciones jurídicas relativas a delitos comprendidos en dicho título se registrarán como diligencias previas. De igual forma reflejará la constatación de la práctica de los medios de investigación, según disponen los arts. 326 y ss. (inspección ocular), 334 y ss. (cuerpo del delito) y 374 (identidad del delincuente), entre otros. Téngase presente que el material que se prepara durante esta fase del proceso no condiciona o incide directamente sobre la resolución de la causa a través de sentencia, sino que servirá de base para la prueba, en el juicio oral, de los hechos en los que se fundamenta la acusación (STC 32/1994, de 31 enero). Ello sin perjuicio de las especialidades respecto a la prueba preconstituida o la anticipada, que permiten tener por acreditados determinados hechos con base en las diligencias de instrucción, en determinados supuestos.

3.2.4. *Publicidad.*

El principio de publicidad se consagra en el art. 120 CE. También la LECrim., en su art. 680.1.º, establece el carácter público de los debates del juicio, bajo pena de nulidad. En el párrafo 2.º del citado precepto se prevé la posibilidad, como excepción, de que las sesiones se celebren a puerta cerrada para terceros en unos determinados supuestos,

debiendo acordarse por auto motivado. Este principio, con sus excepciones, viene recogido también en el art. 232 LOPJ.

Como excepción, se establece el secreto para determinadas actuaciones sumariales. El carácter secreto del sumario viene regulado en el art. 301 de LECrim. respecto de terceros ajenos al proceso. El art. 302 establece que el sumario no será secreto para las partes personadas en la causa, aunque prevé con carácter excepcional, la posibilidad de declararlo secreto por un tiempo no superior a un mes. El Tribunal Constitucional tiene sentado que esta previsión legal no es anticonstitucional y que se ajusta al contenido del art. 120 CE. Precisa que, en todo caso, esta medida debe justificarse razonablemente y debe concederse a las partes la oportunidad posterior para defenderse. La STC 176/1988, de 14 octubre considera, además, ajustada a derecho la posibilidad de prorrogar el plazo de un mes previsto en el art. 302 LECrim., siempre que dicho plazo resulte insuficiente para impedir que se obstaculice la averiguación de la verdad de los hechos.

3.2.5. *Libre valoración de la prueba.*

El Tribunal apreciará, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio oral (art. 741 LECrim.). Frente a la prueba tasada, el principio de libre valoración supone un avance histórico con la finalidad de lograr la verdadera justicia. En cualquier caso, la libre valoración de la prueba no supone una arbitraria decisión de dar como probados los hechos, según un indiscriminado subjetivismo judicial, sino aplicar una crítica racional a la prueba practicada para adquirir el convencimiento íntimo de lo acaecido que, viene presidido por dos reglas: a) Sólo se admitirán las que hayan sido practicadas en el acto del juicio oral o incorporadas por el Tribunal de forma directa o mediante la intermediación material. b) Su valoración deberá realizarse según las reglas de la lógica y la experiencia; es decir, atendiendo a un criterio racional.

La valoración libre y racional de la prueba tiene clara conexión con la aplicación del principio de presunción de inocencia y su necesaria desvirtuación para que pueda dictarse una sentencia condenatoria. Al efecto, la doctrina del Tribunal Constitucional ha señalado que es ne-

cesario para que la libre valoración de la prueba por el Juez pueda desvirtuar la presunción de la inocencia, la existencia de una mínima actividad probatoria, producida con aquellas garantías procesales, de cuyo resultado pueda deducirse la culpabilidad del acusado.

3.2.6. *Doble instancia.*

El sistema originario de la LECrim. optó por el sistema de instancia única, que se justifica en la Exposición de Motivos por motivos de celeridad, considerando, a su vez, que con ello se respetan debidamente todas las garantías procesales con plena vigencia, los principios de oralidad, intermediación y libre valoración de la prueba.

Sin embargo, en el momento presente el principio vigente en nuestro sistema procesal es el de la doble instancia conforme con el derecho a someter el fallo condenatorio a un Tribunal Superior, según lo previsto en el art. 14.5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. De este modo, está previsto recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en el procedimiento de juicio de faltas, procedimiento abreviado –cuyo fallo compete al Juez de lo Penal–, de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y en el proceso del Tribunal del Jurado. En todos estos procesos la apelación abre la segunda instancia del proceso y la revisión del material aportado y valorado en la primera instancia (STC 102/1994, de 11 abril).

No está prevista una segunda instancia del proceso en el supuesto del procedimiento abreviado (por penas que excedan de los cinco años) y por delitos graves de los que conoce en primera instancia la Audiencia Provincial y aquéllos que por criterios de *ratione personae* (aforados) corresponde su enjuiciamiento al TS. Frente a la sentencia dictada en estos procesos únicamente cabe el recurso de casación (no cuando conozca en primera instancia el TS). El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la segunda instancia se cumple con la posibilidad de interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo. A tal fin, ha sentado que “... de la lectura del art. 14.5 del Pacto se desprende claramente que *no se establece propiamente una doble instancia sino un sometimiento del fallo y la pena a un Tribunal superior* y como estos requisitos se dan en nuestra casación, este Tribunal ha entendido que tal recurso a pesar de su cognición restrictiva, cumple con la función revisora y garantizadora exigida por el art. 14.5 del Pacto...” (ATC 369/1996, de 16 diciembre, STC 37/1988, de 3 marzo). En cualquier caso, esta cuestión está

en vías de solución gracias a la reforma de la LOPJ (2003) que ha previsto un recurso de apelación frente a las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en única instancia del que conocerá el TSJ una vez se produzca la necesaria adaptación de las normas procesales a este respecto.

3.2.7. *Celeridad y proscripción de las dilaciones indebidas.*

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es invocable en toda clase de procesos, si bien en el proceso penal adquiere especial relevancia ante la naturaleza de los derechos afectados. Constituye un derecho autónomo, que se concreta en el derecho del justiciable a obtener tutela jurisdiccional en tiempo razonable. Aunque, no comporta siempre una protección constitucional automática del cumplimiento de los plazos procesales puesto que sólo existirá en la medida en que tal infracción procesal afecte a valores constitucionales (STC 10/1997, de 14 enero).

El Tribunal Constitucional, siguiendo el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha afirmado que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas debe entenderse como un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto deberá determinarse en cada caso, atendidos unos determinados criterios objetivos. Tales criterios son: complejidad del litigio y tiempo ordinario de duración de los litigios del mismo tipo; comportamiento de los litigantes; y la conducta de las autoridades judiciales (SSTC 181/1996, de 12 noviembre, 109/1997, de 2 junio y 99/1998, de 4 mayo, recogiendo reiterada doctrina del TEDH en sus Sentencias de 7 julio 1989 –*Caso Sanders*– y 8 febrero 1996 –*Caso A. y otros contra Dinamarca*–).

4. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL PENAL.

La principal fuente del Derecho procesal penal es la Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882. La promulgación de esta ley supuso plasmar en nuestro Ordenamiento procesal penal la vigencia del sistema acusatorio mixto, desterrando el sistema inquisitivo. La LECrim. consta de

998 artículos, divididos en siete libros, que a su vez se subdividen en títulos y capítulos.

Esta Ley constituyó el final de la evolución codificadora desarrollada durante el s. XIX, e instauró el sistema acusatorio no sólo mediante la celebración del juicio oral y público, sino llevándolo en cierta medida hasta la fase de instrucción, según la Exposición de Motivos de la precitada Ley. El punto de partida del sistema vigente de la LECrim. se halla en el Título V de la Constitución de Cádiz titulado: “De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo criminal”. Posteriormente, se suprimieron los apremios y tormentos, el juramento del inculpaado y la publicidad del proceso. La LECrim. fue considerada como la más liberal de su tiempo al introducir principios básicos tales como la brevedad y publicidad del proceso, instancia única, diferenciación entre el Juez instructor y el del fallo, y la regulación de un juicio oral y público. Estos principios han quedado muy diluidos a través de las sucesivas reformas introducidas en los últimos años, que introdujeron una crítica profusión de procedimientos, agravado todo ello por la carencia de medios para aplicarla. Actualmente, los problemas consisten en la alarmante falta de sistemática de la Ley profusamente reformada e interpretada por el TC con base en la aplicación de la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de Derecho y Libertades fundamentales. De este modo, la regulación general de la LECrim. atiende al procedimiento por delitos graves que resulta inadecuado para aquellos delitos que requieren un enjuiciamiento rápido y eficaz. Por esa razón se han regulado unos procedimientos rápidos, que se sustancian por sus propias normas, sin perjuicio de la regulación general de la LECrim. Otros procedimientos de gran importancia como el de Jurado se regulan en otra Ley, ante la imposibilidad de adaptar los principios de la regulación de ese procedimiento con los vigentes y regulados en la LECrim. En esta situación, parece evidente que, más que una reforma parcial que supondría más confusión, la solución ante estos problemas es la de la redacción de una nueva LECrim. adaptada al marco constitucional y las necesidades procedimentales de los tiempos presentes.

Junto con la LECrim., deben citarse también como fuente del derecho procesal penal, la Ley Orgánica del Poder Judicial que regula la organización y funcionamiento de los órganos de la Administración de Justicia y el régimen jurídico de sus miembros. Además de la LECrim. y de la LOPJ, el Ordenamiento penal está, en la actualidad, complementado por diversas e importantes disposiciones legales. Sin ánimo ex-

haustivo pueden enumerarse como más importantes: Ley 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del *habeas corpus*; Decreto de 21 de noviembre de 1952, sobre justicia municipal; Código de Justicia Militar, de 17 de julio de 1945, modificado por LO 9/1980, de 6 de noviembre, y por LO 4/1987, de 15 de julio, sobre competencia y organización de la Jurisdicción Militar; LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales; LO 19/1994, de 23 diciembre, sobre protección a testigos y peritos; LO 5/1995, de 22 mayo, del Tribunal del Jurado modificada por LO 8/1995, de 16 noviembre; Ley 1/1996, de 10 enero, de asistencia jurídica gratuita. Y en materia de Tratados y Convenios Internacionales, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado el 26 de septiembre de 1979. Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1996, de derechos civiles y políticos; Convenio Europeo de 20 de abril de 1959, de Asistencia Judicial en materia penal, ratificado el 14 de julio de 1982; Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, ratificado el 21 de abril de 1982.

La costumbre no es fuente del derecho procesal. Aunque, tendrán carácter supletorio, y servirán para interpretar la ley y cubrir sus lagunas, los usos judiciales uniformes e invariables siempre que no sean contrarios a la Ley. Tampoco puede considerarse como fuente del Derecho procesal a la jurisprudencia, ya que su función no es crear Derecho, sino aplicarlo al caso concreto. No obstante, la jurisprudencia reiterada y constante complementará el ordenamiento jurídico (art. 1.6 CC). Tienen gran importancia, como fuente indirecta, los principios generales del proceso, en cuanto orientan al legislador a la hora de confeccionar la norma procesal futura y sirven de criterio de interpretación de la Ley y en la evolución de la ciencia procesal penal.

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN PENAL. ELEMENTOS DE IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL. LA ACCIÓN CIVIL *EX DELICTO*

1. LA ACCIÓN PENAL. CARACTERES.

1.1. Derecho de acción penal y Derecho de penar o *ius puniendi*.

En el proceso penal debe diferenciarse el derecho a castigar el delito, *ius puniendi*, de la acción penal que conforma el denominado *ius ut procedatur*. Efectivamente, acción penal y derecho a penar se mueven por caminos distintos aunque convergen en el proceso.

El derecho a penar, o *ius puniendi*, se atribuye únicamente a Estado y se encuentra informado por el principio de legalidad que se desarrolla en los arts. 25 CE y 1 y 2 del CP. También se anuncia en el clásico aforismo de *nullum crimen nulla poena sine lege* o en el más moderno de *nulla poena sine lege scripta et stricta*. Frente al interés privado que se hace valer en el proceso civil para el restablecimiento de un derecho subjetivo privado lesionado, el proceso penal tiene como fin ejercer el *ius puniendi* del Estado para el restablecimiento del orden jurídico de naturaleza pública quebrantado mediante la imposición a persona determinada a una pena, conforme lo dispuesto en los arts. 1 LECrim. y 3 CP. No se impondrá pena alguna como conse-

cuencia de actos punibles, sino de conformidad con las normas de la LECrim. y en virtud de sentencia firme. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad, sino por medio de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

El derecho de acción penal existe con independencia del *ius puniendi*, que únicamente tiene y se atribuye el Estado. Se trata de un derecho de naturaleza subjetiva pública, que corresponde a muy diversas personas y se concreta en la notificación al Juez de un hecho o *notitia criminis*. Ahora bien, a diferencia del proceso civil en el que el demandante tiene derecho a obtener una sentencia sobre el fondo, en el proceso penal el derecho de acción sólo comprende un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos. No otorga ni concede derecho alguno a la apertura del proceso ni a su sustanciación.

Esto es así, porque el derecho de acción penal es, por esencia, de contenido abstracto y se contrapone a los principios que rigen el derecho procesal penal y a los derechos del sometido a proceso penal. En este sentido, en el enjuiciamiento criminal no existen intereses privados sino públicos, pertenecientes a la sociedad, de modo que ni siquiera la víctima o el ofendido tienen derecho a que se castigue al culpable o a la obtención de una sentencia condenatoria. En consecuencia, el derecho de tutela judicial efectiva, en el ámbito del enjuiciamiento criminal, no comprende el derecho a que se dicte una sentencia, sino solo un derecho a iniciar el proceso mediante denuncia o querrela. Derecho que se agota con una resolución motivada del Juez sobre la continuación o no del proceso. De otro modo, el denunciado o querrellado quedaría sujeto a las consecuencias en extremo gravosas inherentes al proceso penal por la simple voluntad del denunciante.

De todo delito o falta nace una acción penal para el castigo del culpable y, en su caso, una acción civil para exigir la responsabilidad civil derivada del hecho punible (art. 100 LECrim.). Respecto a la legitimación para ejercitar estas acciones, la LECrim. distingue entre: – La que viene otorgada *ex lege*, con carácter general, al Ministerio Fiscal (art. 105 LECrim.); – La acción penal de los particulares ofendidos por

el hecho delictivo (art. 100 LECrim.); – La acción popular que pueden deducir todos los ciudadanos españoles (arts. 125 CE, 101 y 270 LECrim.); – La que exclusivamente pertenece a los ofendidos en delitos de calumnias e injuria contra particulares, a tenor de lo dispuesto en el art. 104 LECrim. En este último caso, como excepción por la especial naturaleza de los hechos, el Estado delega en determinados sujetos particulares su potestad de perseguir el delito y castigar al culpable. Así sucede en los delitos privados en que el orden social no resulta perturbado por la comisión de una conducta delictiva, como son los de injuria en los que el querellante monopoliza ya no solo la acción penal, sino, también, el impulso y prosecución del proceso. Solamente para estos supuestos cabría aplicar ciertas similitudes con el proceso civil, al tener unas facultades dispositivas con plena incidencia en su conclusión. Sin embargo, ni siquiera en dichos casos, en que se ventilan en el proceso penal intereses privados y no públicos, podemos referirnos a una acción penal con contenido concreto. El querellante ofendido ostenta un poder para ejercitar, en forma exclusiva, la acción penal pero solamente el Estado, por medio de sus órganos jurisdiccionales, puede castigar y ejecutar la sentencia firme (véase sobre las partes acusadoras el Cap. 48).

El derecho a la ejecución de la sentencia forma parte, junto con el derecho de acción, del derecho de tutela judicial efectiva. Las sentencias deberán ejecutarse en sus propios términos, según establece el art. 18.2 LOPJ. Sin embargo, a diferencia del proceso civil, en que existe una acción ejecutiva y un derecho al despacho de ejecución, en el proceso penal no puede hablarse de un derecho del particular o de la víctima a “hacer cumplir la pena”. En el ámbito de la ejecución penal no existe tampoco un *ius ut procedatur*, puesto que corresponde al Estado, por medio de sus órganos judiciales y administrativos, el cumplimiento de la condena. Cuestión distinta de la ejecución de la pena es la referente a la responsabilidad civil *ex delicto*, que participa de la misma naturaleza de la acción civil. Nótese, que conforme al art. 1089 CC., las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitas o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Añade el art. 1092 CC., que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal, sin que ello les haga perder su naturaleza privada que responde al interés particular del perjudicado o de la víctima.

1.2. Caracteres de la acción penal.

La acción penal, conforme con los principios que informan el proceso penal, presenta las siguientes características: es una acción pública e indisponible que está informada por el principio de oficialidad y de legalidad o necesidad (art. 101 LECrim.).

Se afirma que un proceso viene regido por el principio de oficialidad, cuando el Juez puede comenzar el proceso sin necesidad de que nadie lo solicite. Este principio no excluye que puedan existir excepciones, como ocurre con el delito de injurias, en que solamente el ofendido puede ejercitar la acción penal, convirtiéndose en el *dominus litis*. Así, para el inicio del proceso penal no se precisa la iniciativa del particular perjudicado, ni siquiera del Ministerio Fiscal. Al Juez le basta con la adquisición del conocimiento de la *notitia criminis* para que proceda a la investigación y averiguación de los hechos, sin perjuicio de que inmediatamente sea puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal (principio de investigación de oficio) (arts. 303 y 789. 3 LECrim. en relación con el art. 308 LECrim.).

El principio de legalidad, o necesidad, que se aplica a nuestro enjuiciamiento criminal, se caracteriza por el carácter obligatorio del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal, conforme a los arts. 105 y 271 LECrim. Se trata de un deber que, en su caso, tras la práctica de unas diligencias preliminares, le obliga a poner el hecho en conocimiento de la Autoridad Judicial. Para los particulares éste poder/deber se desarrolla en los arts. 259 y ss. y 773 LECrim. Esta declaración de voluntad solamente supone ejercicio de la acción penal cuando se interpone querrela (art. 270 LECrim.).

La indisponibilidad de la acción penal resulta ser otra de las características de la acción penal. Como hemos visto, en el proceso penal operan el principio de oficialidad y de investigación de oficio junto al sistema acusatorio penal. Además, rigen el derecho público de acusar que tiene cualquier ciudadano (art. 101 LECrim.), el derecho público que tiene el Estado de castigar los delitos (*ius puniendi*) y la obligación del Ministerio Fiscal de ejercitar las acciones penales –art. 105 LECrim.–.

De acuerdo con estos principios, la acción penal es indisponible por los particulares de modo que su derecho se agota con la puesta en

conocimiento del Juez de la denuncia o querrela y la obtención de una resolución sobre la petición fundada en derecho. Si el perjudicado no tiene derecho a la prosecución del proceso penal, tampoco lo tiene, con carácter general, para ponerle fin por su propia voluntad. Ello sin perjuicio de que la acusación particular puede decidir retirarse del proceso penal iniciado debido a una transacción extrajudicial u otros motivos. Esta terminación anormal del proceso, a diferencia del proceso civil regido por el principio dispositivo, de aportación de parte y por la forma contradictoria, presenta especiales dificultades, derivadas especialmente de la aplicación de los principios que rigen el proceso penal y por la diferenciación entre delitos públicos, semipúblicos y privados.

A este respecto, debemos distinguir según la clase de delito que se esté enjuiciando en el proceso en el que se produzca la renuncia:

– Cuando se trate de la persecución de delitos públicos, la renuncia del querellante o denunciante (si se ha constituido posteriormente en parte acusadora) no extingue la acción penal, sino que sólo cesa aquél como parte, pero sigue el proceso –arts. 106.1.º y 274.2.º LECrim.–. No debe olvidarse que el Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercitar siempre la acción penal derivada de delito público, haya o no acusador particular –art. 105 LECrim.–. Igualmente, el art. 274.2.º LECrim. establece la posibilidad de que el querellante se aparte en cualquier momento de la querrela, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra por los actos realizados.

Como supuestos específicos de abandono de la acción cabe citar los desarrollados en los arts. 275.2.º y 276 LECrim. en que opera una presunción *iure et de iure* de renuncia tácita de la acción; es decir, motivada por inactividad u omisión del perjudicado.

– Cuando se trate de delitos semipúblicos para cuya persecución haga falta denuncia del ofendido, sólo el perdón de éste conducirá a la extinción de la acción penal, salvo en aquellos casos (delitos contra la libertad sexual) en los que el Ministerio Fiscal sigue obligado a continuar sosteniendo la acusación –arts. 105 LECrim. y 191.2.º CP.–. Téngase presente que en estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

– Cuando se trate de delitos privados perseguibles sólo mediante querrela, es decir, para las injurias y calumnias en los términos establecidos en el art. 215.1.º CP, los arts. 106.2.º y 275 LECrim. regulan expresamente la posibilidad de esta renuncia. En estos supuestos, se deja la acción penal a disposición del acusador que la ejercita, por entenderse que sólo a él le interesa la persecución o no de tales delitos, sin que deba intervenir el Ministerio Fiscal.

Lo expuesto, no afecta a la acción civil que se hubiera ejercitado conjuntamente con la acción penal, que es siempre renunciable por los acusadores –art. 106.2.º LECrim.– alcanzando la renuncia sólo al renunciante pero no a los demás acusadores, si los hubiere –art. 107 LECrim.–. En ese caso, el Fiscal se limitará a sostener exclusivamente la acción penal –art. 108 LECrim.–.

2. LOS ELEMENTOS DE IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO PENAL.

El objeto del proceso penal no se identifica con los tres elementos que configuran el objeto del proceso civil (sujetos, *petitum* y causa de pedir, o sea, *eadem personae, eadem res y eadem causa petendi*), de acuerdo con lo previsto en los arts. 222 y 421 LEC. Esto es así, al no existir una petición concreta de tutela jurídica, sino que el inicio del proceso y la acción penal se agotan con el *ius ut procedatur*. En consecuencia, bastará para la delimitación del proceso penal la existencia de unos hechos punibles y, en menor medida, la de personas determinadas, cuya existencia sólo se exige para la apertura del juicio oral. De este modo, el objeto del proceso penal, en un primer estadio de la sustanciación del proceso penal, se corresponde básicamente con la investigación o averiguación de los hechos punibles que son puestos en conocimiento del Juez y, en su caso, por la persona a la que indiciariamente se le atribuyen, cuya presencia no es necesaria hasta la fase de juicio oral en la que se dirigirá la acción penal frente al acusado. Ello sin perjuicio de haberle puesto en conocimiento de la imputación tan pronto ésta se hubiere puesto de manifiesto.

No puede afirmarse que el objeto del proceso lo constituya una “pretensión punitiva” o el mismo *ius puniendi* o derecho a penar del Estado. En el proceso penal no se deducen acciones concretas para castigar a los presuntos culpables, sino que se ponen en conocimiento del Juez determinados hechos. Si éstos resultan delictivos y se atribuyen a determinados sujetos, se desarrolla el proceso penal con el fin de que sean condenados o, en caso contrario, absueltos. El objeto no resulta identificado por la existencia de delitos sino de hechos que, tras la correspondiente investigación, constituyen la base de la acusación. De ahí que pueda modificarse, con ciertos límites, la calificación jurídica (p.ej. arts. 733, 788 y 789 LECrim.), si bien queda restringida a límites estrechos tanto desde el punto de vista legal como en la jurisprudencia, lo que acentúa y vigoriza el principio acusatorio.

Finalizada la fase de instrucción el objeto del proceso penal quedará determinado por los escritos de acusación en los que se concretarán, entre otras cuestiones, los hechos y las personas a las que se considera responsables de aquello, que, en definitiva, identifican y delimitan el objeto del proceso penal.

2.1. El hecho punible.

El objeto del proceso penal se determina, en primer lugar, por el hecho punible. Es decir, no el hecho en abstracto, o un acontecimiento natural, sino el hecho tipificado como delito o falta susceptible de ser castigado conforme a la Ley Penal. En consecuencia, es el hecho punible lo que constituye el verdadero objeto de investigación, acusación y, posteriormente, condena o absolución.

El hecho punible se delimita por el evento histórico y delito. Ambos elementos, hecho y tipificación penal, sirven para delimitar el objeto del proceso y, concretamente, la *causa petendi*. El modo en el que cada uno de estos elementos incide en el objeto del proceso ha suscitado distintas teorías, al igual que sucede en el proceso civil con la confrontación entre las denominadas teorías de la individualización y de la sustanciación. La cuestión es importante especialmente respecto a la posibilidad de que la acusación pueda modificar en conclusiones definitivas, y el Tribunal pueda condenar, los delitos y las penas objeto de acusación. La respuesta no es fácil. Por una parte, lo relevante son los hechos objeto de acusación que, salvo aspectos accesorios, no pueden

modificarse sin afectar la tutela judicial efectiva del acusado por vulneración del principio acusatorio. Pero, por otra, aun respetando los hechos, no cabe acusar, y condenar en su caso, por un delito distinto al que fue objeto de acusación. En ese caso, se produciría una situación de indefensión del acusado que debe tener pleno conocimiento de la acusación tanto respecto a los hechos como al delito del que se le acusa. Sí que se permite condenar con base en los mismos hechos y por un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación.

2.2. Los sujetos.

La determinación del sujeto viene referida a la persona del acusado y no a las partes acusadoras, y adquiere distinta relevancia según la fase procesal en que se halle el proceso.

En primer lugar, la imputación en la fase de instrucción no determina necesariamente que el sujeto imputado deba ser posteriormente acusado. Precisamente, la investigación sumarial tiene por finalidad el esclarecimiento de los hechos y la identificación de los presuntos responsables (art. 299 LECrim.). Más aún, la fase de instrucción puede iniciarse sin que se haya identificado el sujeto a quien se imputa el hecho, a menos que se deduzca querrela (art. 277.3 LECrim.). De todo ello se deduce que la imputación en la fase de instrucción siempre tiene un carácter provisional sujeto a una posterior modificación por averiguaciones posteriores. Pero ninguna persona podrá ser acusada si no ha sido previamente imputada o procesada en la fase de instrucción y se le ha tomado declaración (art. 779.1.4 LECrim.).

En el juicio oral se exige la determinación precisa del acusado como consecuencia de la vigencia del principio acusatorio. El derecho de tutela judicial efectiva, con interdicción de la indefensión, presupone necesariamente el derecho a ser parte en el proceso y conocer de la acusación para poder defenderse de forma contradictoria frente a ella (SSTC 47/1991, de 28 febrero, 11/1992, de 16 enero, y 56/1994, de 24 febrero). La condena de persona no acusada produciría una infracción de los reseñados principios, más que una alteración del objeto del proceso. De este modo, quedan impedidas las acusaciones implícitas o sorpresivas.

3. LA ACCIÓN CIVIL *EX DELICTO*.

El tenor literal del art. 100 LECrim. establece que de todo delito o falta: "... puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible". Este enunciado puede llevar *prima facie* a varias conclusiones erróneas como son que: – El origen de la acción civil es el delito. – Del acto dañoso, penalmente reprochable, nace una acción. – Esta acción puede considerarse como tal en el sentido procesal del término.

El origen de la acción civil *ex delicto* radica en que el hecho castigado por la Ley penal, además de constituir un delito, constituye un acto ilícito civil. La llamada accesoriedad de la acción civil, en relación a la criminal, lo es, únicamente, por imposición de nuestro legislador, ya que no participa ni de su contenido ni de sus principios. Nótese, que el origen de la acción civil no es el delito, pues éste se agota con la pena o medida de seguridad. No significa esto que no pueda producir otras consecuencias civiles, aunque no cabe identificar delito y derecho del perjudicado a ser civilmente reparado. Ni su naturaleza ni sus principios se corresponden, siendo ambos independientes (p.ej. el derecho de disposición de su objeto o sus causas de extinción).

La responsabilidad criminal no siempre produce responsabilidad civil, puesto que, como señala el art. 116.1.º del CP, para que una persona criminalmente responsable de un delito o falta lo sea también civilmente se requiere que del hecho ilícito se deriven daños o perjuicios. En este sentido, existen ciertos ilícitos formales (p.ej. conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 ó 382 CP, entre otros tipos penales) que no producen consecuencias dañosas ni originan la responsabilidad civil, al no coincidir el presupuesto civil y la antijuricidad material.

Por otra parte, tampoco podemos considerar la petición de resarcimiento como una acción procesal civil propiamente dicha. Así, no provoca expresamente la actuación de un órgano jurisdiccional, dado que su naturaleza es contingente en el desarrollo del proceso. Del acto dañoso castigado por la ley penal no se deriva el nacimiento de una acción, sino una obligación civil, de la que surge un derecho del perjudicado para reclamar la correspondiente indemnización.

3.1. El ejercicio de la acción civil en el proceso penal.

El sistema jurisdiccional de la LECrim., de competencia adhesiva civil del Juez penal o de acumulación heterogénea de acciones se asienta en tres principios:

a) La regla genera es la del ejercicio conjunto de la acción civil con la penal obligatoriamente por el Ministerio Fiscal, siempre que el perjudicado no la hubiese renunciado o reservado de forma expresa. Aunque éste no se muestre parte en la causa, no implica su renuncia, con la excepción de que tratándose de delitos privados, el ejercicio único de la acción civil supone la renuncia tácita de la penal (arts. 108, 110 y 112 LECrim.).

b) Prevalencia de la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de las consecuencias dañosas del ilícito civil derivado del delito, mientras estuviese pendiente el proceso penal (arts. 111 y 114 LECrim.).

En consecuencia, mientras esté pendiente el proceso penal no podrá ejercitarse separadamente la acción civil hasta que aquél finalice por sentencia firme –art. 111 LECrim.–, ni tampoco podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho –art. 114 LECrim.–, en virtud de la regla de preferencia de la jurisdicción penal. Este principio determina que sea necesario notificar a la parte perjudicada, aún no personada en el proceso penal, la terminación de aquél con la finalidad que pueda ejercitar, en su caso, la acción civil que corresponda. En caso contrario se produciría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo, cuando la falta de notificación impidiese ejercitar la acción con la consecuencia de su prescripción.

c) Sistema de vinculación del Juez civil a determinados pronunciamientos que realice el Juez penal en la sentencia que pone fin al proceso penal (arts. 116 y 117 LECrim.).

En estos casos, la resolución definitiva recaída en el proceso penal supone una sentencia subjetivamente compleja, con contenidos que deben compararse ambas jurisdicciones en relación de preclusión. La adopción de este sistema en nuestro derecho positivo lleva a las siguientes consideraciones:

- Cuando la sentencia penal sea condenatoria se proyecta sobre la responsabilidad civil del condenado, la expansión de sus efectos con relación a la realidad del hecho y su ilicitud, pero no en cuanto a la estima-

ción de los daños, pudiéndose, incluso, dirigir la acción contra otros no condenados. Ello se debe a que la declaración de ilicitud penal es un “plus” sobre los elementos comunes de ambas responsabilidades, sin que sea función de la jurisdicción civil suplir omisiones o errores en que pudo incurrir la penal en su enjuiciamiento criminal. Ahora bien, la jurisprudencia ha matizado, en ocasiones, esta solución, en el sentido de que la civil puede complementar la penal cuando en ésta no se pudieron tener en cuenta determinados supuestos o resultados no previstos.

- Cuando fuese absolutoria la sentencia con declaración de la inexistencia del hecho, quedará precluida la acción civil como efecto establecido en el art. 116 LECrim., no sucediendo de forma inversa, según dispone el art. 117 LECrim.
- Cuando la sentencia fuese absolutoria con declaración de existencia del hecho, ésta no prejuzgará la valoración y encuadre de tal hecho, y operará como una obligación civil derivada de las demás fuentes del Código Civil.

3.2. Regulación normativa: El contenido de la pretensión de resarcimiento.

Las normas sobre responsabilidad civil dimanante de delito se hallan en el Código Penal, sin que por ello se altere su naturaleza civil. Su regulación se desarrolla en el Título V del Libro Primero, relativo a “De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”. Los cuatro capítulos agrupados correlativamente en los arts. 109 a 126, tratan: – De la responsabilidad civil y su extensión: arts. 109 a 115 CP. – De las personas civilmente responsables: arts. 116 a 122 CP. – De las costas procesales: arts. 123 y 124 CP. – Del cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias: arts. 125 y 126 CP. Además existen normas dispersas en otros Cuerpos Legales: Así los arts. 1089, 1092, 1813, 1956 y 1964 CC; 85 y 86 CCom., así como otros preceptos, en la LECrim., relativos a su origen y ejercicio.

El principio general en la materia se desarrolla en los arts. 109.1.º y 116.1.º del CP. Estos disponen, respectivamente, que: “*La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios causados*”; y “*Toda per-*

sona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios...”. De estos enunciados se deduce que:

a) Para que derive de una responsabilidad criminal otra civil, se precisa que la criminal produzca consecuencias dañosas, distinguiéndose entre ofensa y daño patrimonial: – Ofensa constituye la “lesión jurídica” o peligro para los bienes jurídicos protegidos por la infracción criminal; es decir, su “antijuricidad material”, que encierra una conducta socialmente dañosa; y – Daño es el perjuicio particular sobre el patrimonio del perjudicado, en su más amplia acepción material, moral, etc.

Se trata de una diferencia que se percibe claramente en los llamados delitos formales o de peligro abstracto y en los imperfectos. En todos ellos la responsabilidad criminal no comporta, necesariamente, la existencia de responsabilidad civil, por no existir perjuicio concreto económicamente valorable.

b) Dictada la sentencia condenatoria queda excluida, *secundum eventum litis*, la competencia del Juez del delito para conocer de los efectos civiles del hecho enjuiciado. En el proceso penal constituye una regla general la necesaria condena del autor del delito para la declaración de responsabilidad civil. No obstante, existen supuestos en que no rige esta regla. Así ocurre en los supuestos descritos en el art. 118 CP, en que basta la fijación del hecho como ilícito típico y antijurídico, para que proceda la responsabilidad civil, incluso con absolución del acusado.

El contenido de la pretensión de resarcimiento, es decir la responsabilidad civil derivada de delito comprenderá la restitución, reparación y la indemnización de perjuicios materiales y morales, que se derivasen de los daños y perjuicios causados por la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta (arts. 109.1.º y 110 CP).

El daño indemnizable, o sea, la violación o lesión que se produce en intereses jurídicamente protegidos que produzcan una disminución patrimonial, en el sentido más amplio del término (daño emergente, lucro cesante, daños

morales), puede agruparse en dos grandes apartados: restitución de la cosa y resarcimiento de los daños. La restitución, como forma específica de devolver la cosa a su dueño, deberá hacerse de idéntica cosa, ya que si es análoga, ya no estaremos ante una restitución, sino ante un resarcimiento. Mayor problema presenta la delimitación del contenido del resarcimiento de los daños. En principio, comprende tanto la reparación como la indemnización de daños y perjuicios –arts. 112 y 113 CP–. En su contenido quedan, pues, comprendidos los daños emergentes y lucro cesante, precio de la cosa y su valor de afección, y los daños morales, cuyo alcance ha sido vivamente discutido.

CAPÍTULO III

CUESTIONES PREJUDICIALES

1. CONCEPTO Y CLASES.

Las cuestiones prejudiciales son cuestiones de naturaleza distinta a la materia penal que es objeto del proceso, y cuya resolución previa resulta necesaria para determinar la responsabilidad penal en un proceso de enjuiciamiento criminal de un ilícito penal.

El principio general en esta materia determina que el tribunal competente para conocer del proceso penal lo sea también para resolver las cuestiones prejudiciales que puedan plantearse cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación (art. 3 LECrim.). En sentido similar se pronuncia el art. 10 LOPJ, cuando determina que: “A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de los asuntos que no le estén atribuidos privativamente”. Así se prevé expresamente para determinadas cuestiones a las que se refiere el art. 6 LECrim. que establece la competencia del Tribunal de lo penal para su conocimiento.

Como especialidad, los arts. 4 y 5 LECrim., así como el art. 10.2 LOPJ, prevén excepciones a esa regla general para determinados supuestos en los que debe diferirse la resolución de la cuestión prejudicial al órgano competente a efectos de su resolución. En el art. 5 se establecen supuestos concretos de cuestiones que tienen carácter devolutivo absoluto; mientras que el art. 4 LECrim. contiene una norma de carácter excepcional que atribuye carácter devolutivo a aquellas cuestio-

nes extra-penales que resultaren determinantes de la culpabilidad o de la inocencia del inculpado.

La distinción esencial entre ambas clases de cuestiones prejudiciales se refiere a la suspensión del procedimiento penal que producen las primeras al tener que diferir la decisión a otro tribunal, razón por la que se denominan cuestiones prejudiciales devolutivas. Debemos distinguir, por tanto, entre:

1.º) Las cuestiones prejudiciales no devolutivas del art. 6 LECrim.

Tienen carácter no devolutivo las cuestiones a las que se refiere el art. 6 LECrim. respecto a las materias relativas a la propiedad de un inmueble o cualquier otro derecho real que podrán ser resueltas por el Tribunal de lo penal cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o actos indubitados de posesión. Para decidir dichas cuestiones –art. 7 LECrim.–, el Tribunal penal aplicará los preceptos de derecho civil o administrativo pertinentes, que sirvan directamente para dilucidar la constitución o extinción de la cuestión prejudicial no devolutiva sometida a juicio.

2.º) Las cuestiones prejudiciales devolutivas absolutas del art. 5 LECrim.

El art. 5 LECrim. dispone que las cuestiones referentes a la validez de un matrimonio o la supresión del estado civil deben resolverse previa e inexorablemente en la jurisdicción civil. En estos supuestos, resultará preciso el pronunciamiento del tribunal del orden correspondiente de modo que su resolución será vinculante para el órgano penal¹.

3.º) Las cuestiones prejudiciales de carácter relativo respecto a las que existe un doble criterio: a) Con carácter general tendrán naturale-

1. Pero, a pesar de su carácter devolutivo absoluto, la jurisprudencia ha declarado que a los efectos de la represión penal, en un delito de bigamia, basta con la ausencia de la disolución legal. La jurisprudencia es restrictiva en la admisión, incluso, de las cuestiones prejudiciales devolutivas y absolutas (por ejemplo la validez de un matrimonio), pues mientras en la STS de 11 noviembre 1971 (RAJ 4553) ha señalado que la jurisdicción penal no es competente para determinar la validez de un matrimonio, en otras como las SSTS de 7 junio 1973 (RAJ 2603) y 22 diciembre 1978 (RAJ 4292) ha declarado que debe concederse al Juez penal plenitud de competencia cuando se constata, por las inscripciones, la validez del matrimonio, sin esperar a la sentencia que recaiga en el proceso civil dado el carácter formal del delito de bigamia.

za no devolutiva (art. 3 LECrim.); b) Con carácter excepcional tendrán naturaleza devolutiva en el caso que de su resolución dependa la culpabilidad o inocencia del inculcado (art. 4 LECrim.).

a) Como regla general las cuestiones prejudiciales en el proceso penal tienen carácter no excluyente o no devolutivas, conforme a los arts. 3 y 10 LECrim., por lo cual, los Tribunales encargados de la Justicia Penal pueden resolver, a los solos efectos de atribución de responsabilidad penal, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales cuando parezcan tan íntimamente unidas que sea racionalmente imposible su separación. Éstas son las que se contemplan en el enjuiciamiento criminal, como regla primaria, y que han experimentando un avance frente al retroceso de las prejudiciales devolutivas².

b) Con carácter excepcional tendrán carácter devolutivo aquellas cuestiones prejudiciales que fuesen determinantes de la culpabilidad o la inocencia del sometido al proceso penal (art. 4 LECrim.).

Estas cuestiones prejudiciales relativas son las que pueden presentar mayor dificultad para su resolución teniendo en cuenta la relatividad del criterio de aplicación. Aunque, en la jurisprudencia se constata una fuerte oposición de la suspensión del juicio criminal al señalar que el Juez penal debe tener poderes absolutos sin mediatización alguna para la apreciación de la culpabilidad penal. Consecuencia de lo afirmado es la de la plenitud, por lo general, del Juez penal para resolver todas las cuestiones prejudiciales que se presenten, y, por ende, lo restrictivo que se debe ser en la admisión de las prejudiciales devolutivas, que en la práctica son de casi nula aplicación³.

2. Éste es el criterio del Tribunal Supremo que ha declarado en numerosas sentencias la preferencia por la resolución por los tribunales de lo penal de las cuestiones prejudiciales que afecten a normas sustantivas extra-penales (STS de 21 octubre 2001 [RAJ 2002, 939]). Tienen este carácter no devolutivo la cuestión referente a la determinación de la cuota defraudada como elemento del tipo delictivo contra la Hacienda Pública (SSTS de 21 diciembre 2001 [RAJ 2002, 1213]; 6 noviembre 2000 [RJ 9271]).

3. No constituyen ni pueden incardinarse como cuestiones prejudiciales devolutivas para resolver sobre el incumplimiento de los deberes sobre impago de pensiones del art. 227 CP, la existencia de alteraciones sustanciales para dejarlas de satisfacer puesto que declarada la obligación en la vía civil ha de cumplirse la sentencia firme que no consta haya sido modificada (SAP Tarragona de 29 abril 1993 [El Derecho 93/12888]), siendo en todo caso que el problema debatido pertenece a la misma esencia del delito

Esta cuestión adquiere importancia si se advierte que en la regulación vigente los tipos penales se extienden a la protección de distintos bienes jurídicos, gran parte de los cuales presentan una base normativa extra-penal: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta realidad determina la necesidad de que el tribunal penal, con excepciones muy concretas, deba conocer de distintas cuestiones prejudiciales. De otro modo, si hubiese que suspender el procedimiento y esperar la previa resolución de la cuestión en otra jurisdicción, la persecución de los delitos quedaría impedida, coartada o vacía de contenido efectivo. El problema que plantea esta opción por la atribución de naturaleza no devolutiva a las cuestiones prejudiciales en el orden penal, es el de la posibilidad de que se produzcan resultados contradictorios entre las decisiones recaídas en los distintos órdenes jurisdiccionales. Aunque sobre esta cuestión el TC ha declarado que la regla general es la de no otorgar a la contradicción relevancia constitucional cuando sea debida a los distintos enfoques jurídicos que los diversos Tribunales hayan dado a unos mismos hechos, en virtud del principio de independencia judicial⁴.

(SAP Badajoz de 12 noviembre 1997 [El Derecho 97/15180]). Respecto a las cuestiones prejudiciales en el ámbito administrativo, no pueden estimarse con carácter devolutivo aquellas que cuestionan la legalidad del acto administrativo (SAP Ávila [El Derecho 97/15885]) ni siquiera cuando se encuentren sometidas a recurso en la vía contencioso-administrativa (SAP Baleares de 4 julio 1998 [El Derecho 98/19093]), puesto que deben entenderse que no tienen otro valor que el de constituir meros presupuestos procesales (STS de 5 noviembre 1991 [RAJ 7948]). Asimismo, la STS de 23 noviembre 1998 (RAJ 8979), entendió que "... según lo dispuesto en el art. 3 LECrim. el Tribunal tenía jurisdicción para resolver a los solos efectos de la existencia del delito la vigencia de la relación arrendaticia...".

4. Ahora bien, lo que no cabe es que unos mismos hechos se declaren existentes para un orden jurisdiccional y para otro no. Con ello se puede producir una vulneración del principio de seguridad jurídica y, además, del derecho constitucional a una tutela efectiva. Por ello, el TC al enfrentarse a este problema ha resuelto que en los casos en que existiere una resolución firme jurisdiccional, los otros órganos judiciales que conociesen de los mismos hechos, deberán asumirlos, adecuadamente, de una forma similar, o bien justificar con la distinta apreciación. A dichos efectos, será necesario que las partes incorporen al proceso la resolución firme, debiendo el Tribunal admitirla, en virtud del art. 5.1 LOPJ, al margen de lo dispuesto en normas procesales. En consecuencia, en aplicación de este criterio excepcional, tendrá carácter devolutivo la cuestión prejudicial referida a la existencia de un arrendamiento respecto a un proceso penal por allanamiento de morada en el caso de que por su especial incidencia en el delito de que se trate, determine la culpabilidad o inocencia del acusado (STS de 23 noviembre 1998 [RAJ 8979]).

Cuando concurra una cuestión prejudicial devolutiva el tribunal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por el órgano competente de la jurisdicción civil o contencioso-administrativa. Pero en este supuesto, corresponde a la parte interesada acudir al tribunal que corresponda a interponer la correspondiente demanda; y el tribunal podrá fijar un plazo que no exceda de dos meses a este efecto. Transcurrido el plazo sin que se acredite haberlo utilizado, el Tribunal penal alzará la suspensión y continuará el procedimiento (art. 4 LECrim.).

2. TRAMITACIÓN.

La LECrim. carece de normativa sobre el trámite adecuado para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales. Ante la falta de norma expresa, se ha tratado de incardinar el tratamiento de estas cuestiones en el régimen establecido en el Libro III, Título II, para los artículos de previo pronunciamiento, regulados en los arts. 666 y ss. LECrim. en sede de procedimiento por delitos graves⁵.

5. No obstante, debe distinguirse la diversa naturaleza de ambas clases de cuestiones: sustantiva, para las prejudiciales, y procesal en los artículos de previo pronunciamiento. En este sentido, deben diferenciarse las cuestiones prejudiciales de otras cuestiones procesales que pueden plantearse en el proceso penal como los artículos de previo pronunciamiento que no son sino presupuestos procesales, a modo de requisitos y condiciones del derecho al proceso o de óbices determinantes de su admisibilidad. Así, mientras las del art. 666 LECrim. se refieren a presupuestos procesales, es decir, a las condiciones formales de admisión del proceso o de una fase de él (declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción del delito, amnistía o indulto y falta de autorización administrativa para procesar en los casos en que sea necesaria), las cuestiones prejudiciales son presupuestos del contenido de la sentencia con distinta naturaleza. A estos efectos, ha de tenerse presente que mientras las cuestiones prejudiciales tienen contenido sustantivo, de derecho material ligadas a la resolución de fondo, las previas o de previo pronunciamiento presentan una naturaleza procesal.

En igual sentido, han de diferenciarse las cuestiones prejudiciales de óbices procesales como son p.ej. la licencia del órgano judicial para deducir acción de calumnia o injuria vertida en juicio –arts. 279 LECrim. y 215.2 CP.–; o la necesaria instancia de parte en la persecución de delitos previa denuncia o querrela de parte, ya que su naturaleza procesal es la determinante de su configuración y regulación, mientras que en las cuestiones prejudiciales es la naturaleza sustantiva extrapenal la definitiva y determinante para acordar la suspensión del proceso criminal.

En el procedimiento por delitos graves las cuestiones prejudiciales tanto devolutivas como no devolutivas se podrán plantear como cuestión de previo pronunciamiento, por cualquiera de las partes o de oficio por el órgano jurisdiccional en el término de tres días a contar desde el de la entrega de los autos para la calificación de los hechos (art. 667 LECrim.).

En el procedimiento abreviado puede plantearse en el escrito de defensa (art. 784 LECrim.); o al inicio del acto del juicio oral (art. 786.2.º LECrim.), en cuyo momento se resolverán. Si se estimase su procedencia, se suspenderá el procedimiento hasta su resolución por quien corresponda, de acuerdo con lo previsto con los arts. 4 y 5 LECrim. Respecto al juicio de faltas, podrán plantearse dichas cuestiones en el acto del juicio oral.

También pueden proponerse ante el Juez de Instrucción. No obstante, como el Juez Instructor carece de competencia para resolver sobre la cuestión prejudicial, debe limitarse a acordar que remita todo lo actuado al Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial para que decida lo procedente sobre la admisión de aquélla.

Recibidas las actuaciones en el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, y también en el caso de que la cuestión prejudicial se presente directamente ante éstos órganos, se confiere traslado al querellante, si lo hubiese, y al Ministerio Fiscal para que contesten en el término de tres días, acompañando también los documentos en que funden sus pretensiones o designando la oficina o archivo donde estuvieren, caso de no tenerlos en su poder, para que los reclame el Tribunal. Si el Tribunal accede a la reclamación de documentos, recibirá el incidente a prueba por término que no excederá de ocho días, transcurridos los cuales señalará inmediatamente día para la vista, y al día siguiente de su celebración, dictará auto resolviendo la cuestión prejudicial propuesta. Contra la resolución podrá interponerse recurso de reforma o súplica⁶.

6. El recurso que puede deducirse es el de reforma o súplica, según los casos. No puede interponerse el de casación independiente, sin perjuicio del que pueda deducirse conjuntamente con el fondo de la cuestión; pues aunque formalmente reciben un tratamiento como artículos de previo pronunciamiento no son declinatorias propiamente dichas, ni se hallan entre las resoluciones comprendidas en el art. 884 LECrim. Vid., en este sentido, las SSTs de 6 julio 1998 (RAJ 6231); 1 febrero 1973 (RAJ 590); 14 diciembre 1976 (RAJ 5340); 3 octubre 1983 (RAJ 4697) y 25 marzo 1994 (RAJ 2598).

En el caso de que se acredite haber interpuesto la demanda civil, el Juez de lo Penal o la Audiencia dispondrá que queden en suspenso las actuaciones criminales hasta la resolución del pleito civil. En el caso de que transcurra el plazo concedido sin que se acredite haberlo utilizado, se ordenará alzar la suspensión y continuar el procedimiento, devolviendo, en su caso, los autos al Juez instructor. Igualmente sucederá en el supuesto de que estime no haber lugar a admitir la cuestión prejudicial promovida.

CAPÍTULO IV

LA JURISDICCIÓN Y LA COMPETENCIA

1. LA JURISDICCIÓN PENAL.

1.1. Concepto.

La jurisdicción hace referencia a la potestad general de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado –art. 117.3.º CE– que ostenta todo Juzgado o Tribunal. La competencia supone atribuir a un órgano jurisdiccional el conocimiento de un asunto en particular, conforme a las normas procesales.

La determinación de la jurisdicción y competencia resulta necesaria para la imposición de la pena, que deberá contenerse en sentencia dictada por Juez competente (art. 1 LECrim.). El art. 24.1 CE regula esta garantía refiriéndose al órgano jurisdiccional predeterminado por la Ley y a la necesidad de un proceso público con todas las garantías procesales. Además, el art. 117.3 CE añade los principios de exclusividad e integridad del Poder Judicial: *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes”*.

La función jurisdiccional penal se realiza por los órganos jurisdiccionales penales, previstos en el Título IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aun cuando la jurisdicción es única, el ejercicio de la jurisdicción penal, al igual que los demás tipos de jurisdicción (civil, laboral,

contencioso-administrativa), debe ser desempeñada por unos determinados órganos judiciales jerárquicamente constituidos. Corresponde a los criterios de competencia determinar el órgano jurisdiccional que debe instruir y el que debe fallar una causa penal con preferencia y exclusividad sobre todos los demás.

1.2. Reglas para la averiguación del Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Las reglas sobre jurisdicción y competencia pertenecen al Derecho público, son de *ius cogens* y deben estar reguladas por la Ley de modo previo (*ex ante*) a su aplicación al caso concreto, ya que la determinación de un Juez ordinario predeterminado por la Ley constituye un derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE. De la doctrina del TC se desprende que este derecho fundamental resulta violado tanto si se determina por una norma con rango inferior a la Ley, como si se atribuye indebidamente un asunto determinado a la jurisdicción militar y no a la ordinaria, sin perjuicio de la especialización de órganos judiciales (p.ej. la prevista para determinados delitos en la Audiencia Nacional).

La determinación del Juez ordinario se realizará de acuerdo con varios criterios que seguidamente examinaremos (competencia internacional, jurisdicción por razón de la materia, competencia objetiva, funcional y territorial). La jurisdicción, la competencia objetiva y la funcional, a tenor del art. 9. 6. LOPJ deben examinarse de oficio, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. Serán nulas las actuaciones sustanciadas por Juez que carezca de alguna de ellas (art. 238 LOPJ).

1.3. La competencia internacional. Comisiones rogatorias. Auxilio judicial internacional.

En primer lugar, debe resolverse si los Jueces y Tribunales nacionales tienen competencia para decidir un determinado asunto; es decir, si les corresponde su enjuiciamiento conforme lo dispuesto en el art. 23 LOPJ. Este precepto determina la jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de los delitos y faltas con base en un doble

criterio: 1.º de territorialidad respecto al lugar de comisión del ilícito penal. 2.º de extraterritorialidad con relación a la comisión de cierta clase de delitos por españoles o extranjeros.

Con base en el criterio de territorialidad, se atribuye competencia a los Tribunales españoles para conocer de los delitos y faltas cometidas en España o a bordo de aeronaves españolas, sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados internacionales de los que aquélla sea parte (art. 23 LOPJ). Así, tienen especial importancia las excepciones a la jurisdicción de los Tribunales españoles basadas en criterios de inmunidad derivados de normas de Derecho Internacional Público (art. 21.2 LOPJ).

Los Convenios de aplicación en esta materia son: Convenio de Viena de 18 de abril de 1961 sobre “relaciones diplomáticas”, y de 24 de abril de 1963 sobre “relaciones consulares”, que establecen y desarrollan supuestos de inmunidad de Jurisdicción y de ejecución. Se trata de inmunidades que se conceden a los Jefes de Estado y de misiones diplomáticas y consulares que se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las misiones diplomáticas, que alcanzan a los edificios, archivos, documentos y valija diplomática (arts. 22 y ss. del Tratado de 1961). Otras exenciones se derivan de la ratificación de Tratados internacionales relacionadas con organismos como los de la ONU, Consejo de Estado, Parlamento Europeo, miembros del “Intelsat”, “Immarsat” o “Eutelsat”.

Conforme a las reglas de extraterritorialidad contenidas en el art. 23 LOPJ la competencia de los Tribunales españoles se extenderá al conocimiento de los delitos cometidos fuera del territorio nacional por españoles o extranjeros nacionalizados, siempre que tengan su encaje en alguno de los supuestos descritos en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del citado art. 23.

La Ley contempla en estos preceptos una extraterritorialidad basada en un principio de personalidad en el enjuiciamiento de los delitos cometidos por nacionales o extranjeros nacionalizados españoles fuera del territorio nacional, cuando concurran: a) los requisitos establecidos en el núm. 2 del art. 23 LOPJ (que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, se denuncie por el agraviado o Ministerio Fiscal ante los Tribunales españoles y que no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero); b) por la comisión de determinados delitos agrupados por criterios de protección de intereses nacionales –art. 23.3 LOPJ– (traición, rebelión, sedición, delito contra el titular de la Corona, su consorte, sucesor o el regente, falsificación y expedición de moneda española...); c) de trascendencia universal –art. 23.4 LOPJ– (genocidio,

terrorismo, piratería...), con independencia de que fueran cometidos fuera del territorio español por españoles o extranjeros.

1.4. La Jurisdicción por razón de la materia.

Fijada la competencia de los Tribunales españoles, debe determinarse cuál sea el orden jurisdiccional competente dentro de los cuatro en que se encuentra dividida la jurisdicción ordinaria. Respecto a este criterio el art. 9.3 LOPJ dispone que los tribunales del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar. En el mismo sentido, se pronuncia el art. 10 LECrim. Estos juicios criminales son los seguidos para la persecución de los actos punibles que constituyan delito o falta según lo previsto en la Ley (arts. 25 CE, 1 CP, 1 LECrim.).

Como es sabido unos mismos hechos pueden originar una responsabilidad de distinta naturaleza. Concretamente, toda persona responsable de unos hechos que constituyan delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños y perjuicios (art. 116 CP). Respecto a la responsabilidad civil, los Jueces penales tendrán competencia exclusiva para conocer no sólo de los hechos castigados por la Ley como delitos o faltas, sino también de la acción civil derivada del delito. Asimismo, y por regla general, la competencia de los Tribunales encargados del enjuiciamiento criminal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas.

La jurisdicción penal será preferente de tal modo que no podrá suscitarse un conflicto o cuestión de competencia, ya que según dispone el art. 44 LOPJ ningún Juez o Tribunal pueda plantear “conflicto de competencia” a los órganos del orden jurisdiccional penal.

1.5. Los conflictos de jurisdicción.

Determinada la naturaleza delictiva de una determinada conducta, puede plantearse el problema referente a si el asunto pertenece a la

jurisdicción ordinaria o a la especial (militar). A este efecto son de aplicación las siguientes reglas o principios:

1.º El conocimiento de las causas y juicios criminales corresponde a la jurisdicción ordinaria, reduciéndose la militar a lo estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio conforme lo dispuesto por los arts. 117.5 CE, 3.2 LOPJ y 12 y ss. de la LO 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar¹.

2.º Será competente la jurisdicción militar únicamente en el denominado ámbito estrictamente castrense o militar, que se conforma por aquellas conductas tipificadas en el Código Penal Militar que producen la lesión de bienes jurídicos de naturaleza militar (vid. art. 20 CJM)². Además, debe distinguirse según se trate de tiempo de paz durante el que se extiende su competencia a cualquier clase de delito en el su-

1. Así, es competencia de la jurisdicción militar: La negativa a realizar el servicio militar por ser testigo de Jehová, posteriormente a la incorporación a filas (SS 23 junio y 15 diciembre 1993), resistencia a centinela militar (S. de 14 diciembre 1993), lesiones graves producidas en marcha militar por un “golpe de calor” no atendido por mandos militares (S. de 5 julio 1994) o los daños en vehículo militar producidos por un soldado (S. de 15 diciembre 1994). Y es competencia de la jurisdicción ordinaria: Los supuestos de amenazas y agresión a fuerza armada castigada en el CP (S. de 19 diciembre 1990), la insumisión con anterioridad a su incorporación a filas (SS 14 y 15 diciembre 1993), lesiones y daños producidos en accidente de circulación por vehículo militar (S. de 17 marzo 1994), delito de insulto a superior y detención ilegal por guardia civil eventual (S. de 19 diciembre 1994).

2. Se incluye en este régimen militar a la Guardia Civil, tal y como ha declarado reiteradamente el TC: “no es inconstitucional aplicar el régimen disciplinario militar a la Guardia Civil, tras un razonamiento en el que, en primer lugar, se ha de analizar si es conforme con la Constitución atribuir a determinados órganos de la jurisdicción militar la competencia para conocer de las reclamaciones por vulneración de derechos fundamentales en el ámbito castrense y, concretamente en la materia disciplinaria militar, con lo que ello supone de atribución de la tutela judicial prevista en el artículo 53.2 CE. Si la respuesta a esta primera cuestión es afirmativa, habrá de pasarse a determinar si los casos que están en el origen de estos recursos de amparo, unas sanciones disciplinarias a miembros de la Guardia Civil, se encuentran incluidos dentro de ese ámbito estrictamente castrense, único en el que nuestra Constitución permite el desenvolvimiento de la jurisdicción militar, evitando cualquier posibilidad de hipertrofia de la misma (STC 60/1991 [RTC 1991\60])”. STC 161/1995, de 7 noviembre.

puesto de tropas desplazadas fuera del territorio militar; y tiempo de guerra para el que se fija un ámbito más amplio (vid. arts. 12 y 13 de la LO 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar).

3.º Por lo tanto, la jurisdicción ordinaria prevalece frente a la militar, conforme lo dispuesto en los arts. 9.3 LOPJ y 10 LECrim., sin posibilidad de interpretaciones extensivas por vía de conexidad o analogía.

Aunque, la jurisprudencia del TS y de la Sala de conflictos ha determinado el carácter permanente de la relación de jerarquía establecida en las normas militares. De ese modo las disputas que se produzcan entre militares, aunque sean ajenas al servicio y funciones militares, se sustanciarán por los órganos de la jurisdicción militar.

4.º De otro modo, podría quedar afectado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que garantiza, entre otras cuestiones, que no se atribuya un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria.

Para el supuesto de que se plantease conflicto sobre estas cuestiones la LOPJ regula los denominados conflictos de jurisdicción –arts. 38 a 41– con la finalidad de solventar los conflictos que puedan producirse entre los Juzgados o Tribunales de cualquier orden jurisdiccional y los órganos judiciales militares. El tratamiento procesal está contenido en los arts. 22 y ss. de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, sobre conflictos jurisdiccionales, y corresponde dilucidar la jurisdicción competente a la Sala de Conflictos especialmente designada a este efecto por el art. 39 LOPJ, a la que se remitirán las actuaciones o un testimonio de éstas para su resolución. No cabe recurso alguno frente a la resolución de la Sala en la que se decida el conflicto jurisdiccional planteado, pero sí en su caso recurso de amparo, aunque continúe el procedimiento en la jurisdicción designada.

También puede producirse un conflicto de jurisdicción entre los Tribunales del orden penal y la Administración que se resolverán por el órgano colegiado al que se refiere el art. 38 LOPJ. Aunque en realidad, como ha puesto de manifiesto la Sala de conflictos, será difícil que se produzca esta clase de conflicto.

2. LA COMPETENCIA.

Atribuido un asunto a la jurisdicción penal, según las reglas expuestas, las normas de competencia determinan el órgano jurisdiccional del orden penal que debe conocer del asunto concreto. Estas normas, de carácter improrrogable, fijan la competencia objetiva, funcional y territorial para cada asunto o trámite procesal concreto, determinando el órgano jurisdiccional al que le corresponde conocer del mismo (art. 8 LECrim.).

La competencia objetiva nos indica el grado del órgano jurisdiccional que deberá conocer en primera instancia con preferencia sobre todos los demás. La competencia territorial determinará, una vez establecido el grado del órgano competente, cuál conocerá dentro de aquéllos del mismo grado. Cuando determinado el órgano concreto que deba conocer, existan varios de igual grado en la misma población, se aplicarán las normas de reparto de asuntos, previsto en los arts. 167, 152.1.º y 160.9.º LOPJ³. La competencia funcional servirá para señalar el órgano jurisdiccional que deberá conocer, en cada caso concreto, de los sucesivos actos procesales, tales como incidentes, fases del proceso, recursos, ejecución de la sentencia.

2.1. La competencia objetiva.

La competencia objetiva en nuestro proceso penal se determina partiendo de la clasificación tradicional entre delitos y faltas. Respecto a los primeros, debe tenerse en cuenta además, la distinción entre las fases de instrucción y el juicio oral y, finalmente, la cuantía de la pena señalada para cada delito. Con relación a las faltas, se distribuye la competencia según sea la clase y naturaleza de la falta cometida. Con base en estos criterios la LECrim. designa el órgano jurisdiccional competente objetivamente y el procedimiento penal aplicable (art. 14 LECrim.).

3. Los arts. 68 a 70 LEC regulan el acto material del reparto, y serán de aplicación supletoria para el enjuiciamiento criminal de delitos y faltas, al no existir para éste normas expresas.

Las reglas de atribución de la competencia objetiva son las siguientes:

1.º Criterio general por razón de la materia. Los arts. 14 y 757 LECrim. determinan la distribución de la competencia entre los distintos grados de los órganos jurisdiccionales, atendiendo a la clase y naturaleza de las faltas y a la pena establecida para los delitos. También se establece que corresponderá conocer al Tribunal del Jurado cuando se trate de delitos que le hayan sido atribuidos exclusivamente.

En el juicio de faltas se enjuician las faltas sancionadas con penas leves (art. 33.4 CP); el procedimiento abreviado –arts. 757 y ss. LECrim.– está previsto para los delitos castigados con penas menos graves, así como los castigados con penas graves cuando la pena privativa de libertad no sea superior a nueve años o se prevean penas de distinta naturaleza. El enjuiciamiento y fallo corresponderá a los Jueces de lo Penal cuando la pena de prisión no fuere superior a cinco años (delitos menos graves) o a las Audiencias si la pena superara esa cuantía (delitos graves). Por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se enjuiciarán delitos castigados con penas menos graves de hasta cinco años de privación de libertad. El procedimiento por delitos graves se aplicará exclusivamente para el enjuiciamiento de los delitos graves, siempre serán competentes para fallar las Audiencias Provinciales. Todo ello sin perjuicio de las competencias por la razón de la materia atribuidas en el art. 1 de la LO 5/1995, de 22 de mayo, al Tribunal del Jurado, modificado por LO 5/1995, de 22 de mayo; LO 8/1995, de 16 de noviembre, y por tercera, y hasta ahora, última vez, por LO 10/1995, de 23 de noviembre.

Además, debemos hacer referencia a dos normas especiales de competencia objetiva. A saber:

a) Se atribuye competencia al Juez de instrucción que estuviere de guardia para dictar sentencia de conformidad en los términos establecidos en el art. 801 LECrim. Esta norma, introducida mediante LO 8/2002, se inserta en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, halla justificación en la necesidad de proveer de procedimientos que permitan la aceleración del enjuiciamiento de determinados delitos que producen una evidente alarma social y sensación de aparente impunidad en la ciudadanía (véase exposición de motivos de la Ley 38/2002).

b) Se atribuye competencia a los Juzgados de violencia sobre la mujer que conocerán (art. 87 ter LOPJ y 14.2, 3 y 5 LECrim.): – De la

instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan, siempre que se haya producido un acto de violencia de género. – De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares. – De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas. – Para dictar sentencia de conformidad en los términos previstos en el art. 801 LECrim., en el caso de delitos de violencia de género. – La competencia de estos Juzgados se extiende al conocimiento en el orden civil de determinados procedimientos cuando se produzcan actos de violencia de género.

Estos Juzgados tienen ámbito de partido judicial, en el que habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. No obstante lo anterior, podrán establecerse, excepcionalmente, Juzgados de Violencia sobre la Mujer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia. Aunque, también se prevé que ejerzan esta función uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o de Instrucción en su caso, que conocerá de forma exclusiva o conociendo también de otras materias. En los partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos a que se refiere el art. 87 ter de esta Ley (art. 87 bis LOPJ).

2.º Criterio especial por razón de la persona del acusado. Este criterio se aplicará con carácter excluyente en aquellos casos en los que los acusados sean aforados.

3.º Criterio especial por razón de la conformidad prestada por el acusado en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

2.1.1. *La competencia objetiva por razón de la materia.*

Los criterios para la determinación de la competencia objetiva en el proceso civil se establecen en los arts. 14 y 757 LECrim. y 65, 82, 83, 87 y 89 bis LOPJ en los que se especifica el órgano competente y el tipo de procedimiento a seguir. A saber:

2.1.1.1. *Juicio de faltas.*

Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, cuyos trámites vienen regulados en los arts. 962 y ss. LECrim., serán competentes:

a) *El Juez de Paz*⁴. Con motivo de la reforma de la LECrim. por Leyes 36/1998 y LO 14/1999, se modificó el apartado 1.º del art. 14 LECrim. estableciendo que los Jueces de Paz conocerán y fallarán de: las faltas contra las personas tipificadas en el art. 620 CP (amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve), excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP (el cónyuge o conviviente, los hijos, ascendientes, o aquellos sujetos a su potestad o guarda); faltas contra los intereses generales reguladas en los arts. 626, 630, y 632 CP (daños leves en inmuebles públicos o privados, riesgos causados por animales feroces o dañinos, maltrato a animales); faltas contra el orden público reguladas en el art. 633 CP (perturbación leve del orden).

Nótese, que para las faltas cometidas en aquellos términos municipales donde exista Juez de Instrucción, y, por tanto, ausencia de Juez de Paz –art. 99 LOPJ–, será aquél el competente en todos los supuestos de faltas.

4. La vigente regulación ha solucionado los problemas de interpretación que había planteado la aprobación del CP por LO 10/1995, ya que no se reformó la competencia atribuida a los Jueces de Paz por el art. 14.1.º LECrim. Esa omisión comportó que la atribución competencial fuera referida a los tipos penales sancionados en el Código Penal derogado. Ante esa situación, se procedió a integrar la norma determinando su competencia conforme a aquellos tipos de los sancionados en la ley sustantiva derogada que mantenga el Código Penal vigente.

b) *Jueces de Instrucción*: Conocerán y fallarán de las no atribuidas expresamente a los Jueces de Paz, conforme se establece en el apartado anterior.

En el supuesto del juicio de faltas, puede plantearse la posible inconstitucionalidad del art. 14.1 LECrim., ya que atribuye a un mismo órgano jurisdiccional la instrucción y fallo de las faltas. No obstante, debe tenerse presente que, conforme a lo previsto para el juicio de faltas, todo el material fáctico y probatorio se concentra en la vista oral del juicio, por lo que carece dicho proceso de una fase de instrucción propiamente dicha. Sin embargo, esta observación puede cobrar toda su importancia en los supuestos que, incoadas unas Diligencias Previas, el Juez de Instrucción remitiera la causa a un juicio de faltas y fuera él mismo el competente para enjuiciarlas⁵.

c) *Juez de violencia sobre la mujer*: Entenderán del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III del Código Penal, cuando la víctima sea quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan [arts. 87 ter.1.d) LOPJ y 14.1 y 5.d) LECrim.].

d) *Juez de lo Penal*: Conocerán de las faltas sean o no incidentales, imputables a los autores de los delitos para los que sea competente el Juez de lo Penal. En el caso de un delito de violencia de género conocerá el Juez de lo Penal de la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la mujer (art. 14.3 LECrim.).

2.1.1.2. *Procedimiento abreviado.*

En este tipo de procedimiento pueden distinguirse, con relación a la competencia objetiva, dos fases: a) Fase de instrucción, denominada Diligencias Previas, y b) Fase de juicio oral.

5. Este problema puede darse con relativa frecuencia en los supuestos de conductas imprudentes cometidas con vehículos de motor.

a) Fase de instrucción o de Diligencias Previas.

Esta fase se desarrollará ante:

1.º Juez de Instrucción: Del art. 14.2.º LECrim. se desprende que para la instrucción de las causas que deban seguirse por este procedimiento será Juez competente el de Instrucción del partido en que el delito se hubiera cometido. La instrucción se realizará conforme a lo previsto en los arts. 757 y ss. LECrim.

2.º Juez de violencia sobre la mujer: conocerá de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos que deban sustanciarse en procedimiento abreviado cuando también se haya producido un acto de violencia de género (art. 14.2 y 5 LECrim.)⁶.

3.º Juez Central de Instrucción: Estos jueces tendrán competencia para la instrucción de aquellas causas penales previstas en el art. 65 LOPJ. También tramitarán los expedientes de extradición pasiva, conforme a lo establecido en el art. 88 de la citada LOPJ. La instrucción se realizará de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 757 y ss. LECrim.

b) Fase de juicio oral:

Esta fase se desarrollará:

1.º Ante el Juez de lo Penal: Corresponderá a estos Jueces el enjuiciamiento por este procedimiento de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años (art. 14.2 LECrim.). De este modo conocerá de todos los delitos menos graves, es decir, los

6. El concepto violencia de género supone que el delito sea alguno de los previstos en el art. 87 ter LOPJ: todas las infracciones penales que se refieran a la integridad física, la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexuales, cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación y contra los derechos y deberes familiares; y que se haya cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

sancionados con penas menos graves por el art. 33.3.º CP, así como de los delitos graves castigados con pena de prisión hasta cinco años o con penas de diferente naturaleza hasta diez años. También conocerá de las faltas sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos (art. 14.3 LECrim.).

Así, conocerán de los delitos (y faltas sean o no incidentales) castigados única, conjunta o alternativamente con las siguientes penas (arts. 33 CP y 14.2 LECrim.): a) Prisión de tres meses a cinco años. b) Inhabilitaciones especiales hasta diez años. c) Suspensión de empleo o cargo público hasta diez años. d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a diez años. e) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de seis meses a diez años. f) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, o con otras personas susceptibles de protección, por un tiempo de seis meses a diez años. g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a diez años. h) La multa de más de dos meses. i) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía. j) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.

Conocerá el Juez de lo Penal de la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la mujer cuando el delito sea de los denominados de violencia de género (art. 14.3 LECrim.).

En sede de procedimiento abreviado se plantea un problema al tiempo de fijar la competencia objetiva. Éste se refiere a si el concepto de delito debe entenderse en sentido abstracto, es decir, como delito consumado, o bien debe atenderse a las reglas de aplicación de la pena referentes a tentativa, frustración o a las circunstancias concurrentes. Nótese, que al delito abstracto se le señala una pena abstracta, mientras que al responsable se le impone una pena concreta en función del grado de perfección del delito y de las circunstancias concurrentes que se aprecian en la sentencia. A nuestro entender, a los efectos de determinar la competencia objetiva, será siempre la pena abstracta la que fijará el procedimiento a seguir, con la finalidad de obtener mayor certeza y seguridad jurídica desde el primer momento, al tiempo que se refuerza el principio del Juez ordinario predeterminado por la Ley, según recuerda reiterada jurisprudencia. Con base en esta doctrina, cuando se trate de delitos a los que se puede imponer penas de distinto grado, según las circunstancias de los mismos, la competencia para dictar sentencia vendrá determinada por el grado de la pena más grave, independientemente de la pena concreta que se haya solicitado.

Otra cuestión se refiere a aquellos supuestos en los que existe la posibilidad de imponer distintos grados de pena de un determinado tipo de delito. En tales casos, deberemos distinguir entre el carácter preceptivo o facultativo de la elevación o degradación de la pena. Cuando el aumento de la pena sea preceptivo, será la más grave la que determine la competencia. Cuando el aumento o modificación de la pena sea facultativo, la competencia vendrá determinada en función de la pena atribuida al tipo delictivo de que se trate, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 788.5.º LECrim.

Finalmente el art. 14.3.º LECrim. atribuye a los Jueces de lo Penal el enjuiciamiento y fallo por procedimiento abreviado de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de los delitos o a terceras personas, siempre que la falta o su prueba estuviesen relacionados con dichos delitos. Respecto a esta regla de competencia objetiva deben realizarse dos consideraciones.

Esta norma específica, que extiende la competencia del Juez de lo Penal al conocimiento de las faltas relacionadas con el delito principal, no se encuentra prevista para los casos en que conoce la Audiencia Provincial. En estos supuestos, cuando se trata de faltas no incidentales deberá remitirse testimonio al Juez de Instrucción o de Paz competente. Por otra parte, la norma extiende la competencia de los Jueces de lo Penal a las faltas imputables a terceras personas, siempre que la falta o su prueba estuviesen relacionadas con el delito principal. En consecuencia, la competencia del Juez de lo Penal alcanzará tanto a las personas (acusados, cómplices o encubridores) que hayan participado en la comisión de aquel delito, como a terceras personas autoras de una falta meramente relacionada con aquél o con su prueba. Nótese que tal previsión puede llegar a producir una situación en que el autor de la falta pueda aparecer en el proceso abreviado como acusado, testigo o acusador por el delito principal.

2.º Ante la Audiencia Provincial: Será competente la Audiencia para el enjuiciamiento por este procedimiento –arts. 757 y ss. LECrim.– de los delitos castigados con penas de prisión de cinco a nueve años y, en general, los delitos castigados con penas de otra naturaleza que no se hallen comprendidas entre las atribuidas a la competencia del Juez de lo Penal⁷.

7. Las Audiencias provinciales se compondrán de un Presidente y dos o más magistrados. Ahora bien, según la carga de trabajo podrá tener una composición inferior o superior conforme prevé el art. 81 LOPJ. También se prevé la adscripción de

Por tanto, conocerá de los delitos castigados con las siguientes penas: a) Pena de prisión superior a cinco años y que no exceda de nueve. b) La inhabilitación absoluta. c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a 10 años. d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a 10 años. e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a diez años. f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a diez años. g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, aproximarse o comunicarse con la víctima, por tiempo superior a diez años.

En el supuesto de delitos en materia de violencia de género, conocerá del Juicio oral una sección de la Audiencia Provincial especializada en el enjuiciamiento en primera instancia de asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia, conforme con lo previsto en el art. 98 LOPJ (art. 82.1 LOPJ).

3.º Ante el Juez Central de lo Penal o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional: Serán competentes el Juez Central de lo Penal o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para enjuiciar los delitos, cuya pena coincida con las señaladas en los dos apartados anteriores, referentes a los Jueces de lo Penal y a las Audiencias Provinciales, respectivamente, cuya competencia les venga atribuida en virtud de lo previsto en los arts. 65 y 89 bis 3.º LOPJ.

Se trata de un órgano jurisdiccional, con ámbito estatal, que conoce en razón de la materia de determinados delitos, cuya creación y funcionamiento han sido declarados conformes a los principios constitucionales⁸.

los magistrados a las distintas secciones con carácter funcional, cuando no estuviere separadas por orden jurisdiccional; si lo estuvieren la adscripción se producirá dentro del mismo orden o especialidad.

8. “No es superfluo recordar que la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe de 16 de octubre de 1986 reconoció que la Audiencia Nacional es órgano judicial ordinario, como habían declarado y reiterado esta Sala y el Tribunal Constitucional. En la STC 199/1987, de 16 diciembre (RTC 1987\199), tantas veces citada en el recurso, se afirmaba en el fundamento sexto, que la prohibición Constitucional de jueces excepcionales o no ordinarios no impide que el legislador pueda razonablemente en determinados supuestos disponer que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos se lleve a cabo por un órgano judicial centralizado sin que ello contradiga el art. 24 de la Constitución”. STS de 20 marzo 2002 (RAJ 4124).

2.1.1.3. *Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.*

En este procedimiento pueden distinguirse, con relación a la competencia objetiva, dos fases: a) Fase de instrucción, denominada Diligencias Urgentes y b) Fase de juicio oral.

a) Fase de instrucción o de Diligencias Urgentes. Esta fase se desarrollará: Ante el Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia, del lugar de comisión del delito, o ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer cuando se trate de un delito de violencia de género (arts. 14.3 y 5; 797 y ss. LECrim.).

Recibido el atestado policial, el Juez de guardia incoará, si procede, diligencias urgentes. Nótese que a diferencia de los criterios de competencia de aplicación a otros procedimientos, los referidos a este procedimiento especial resultan muy flexibles. Especialmente el que se refiere a la presumible sencillez de la instrucción, que en algunos casos será difícil de prever *a limine*. Igual sucede en el caso de cualquiera de los delitos que se hallan dentro del ámbito posible de aplicación de este procedimiento, ya que puede suceder que un delito de hurto o robo plantee dificultades especiales para su instrucción. En ese caso, nada impide que el Juez de instrucción de guardia acuerde abrir diligencias previas continuándose en consecuencia el procedimiento abreviado.

b) Fase de juicio oral: Corresponderá conocer de esta fase del proceso y dictar sentencia:

1.º El Juez de lo penal (art. 14.3 LECrim.).

El ámbito máximo de este procedimiento se corresponde con la establecida para el procedimiento abreviado respecto a los delitos de los que conoce el Juez de lo Penal. Así lo prevé el art. 795.1 LECrim., que dispone que el procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido se aplicará a la instrucción y enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años. Dentro de este límite podrá seguirse este procedimiento especial en el caso de que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial con detención del implicado que se hubiere puesto a disposición del Juzgado de Guardia o bien citado para comparecer ante éste en calidad de denun-

ciado en el atestado policial. Además deben concurrir cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que el delito que se imputa sea alguno de los siguientes: los previstos en el art. 795.1.2.^a LECrim.: lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual contra las personas previstas en el art. 173.2 CP (violencia de género); hurto; robo; hurto y robo de uso de vehículos; y contra la seguridad del tráfico. Delitos de daños referidos en el art. 263 CP; contra la salud pública previstos en el art. 368.2 CP (drogas que no causan grave daño a la salud) y delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270, 273, 274 y 275 CP.

b) Que se trate de delitos flagrantes, aun no comprendidos en la anterior relación. A este efecto se entenderá por delitos flagrantes el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente fuere sorprendido en el acto, o se le detuviere tras persecución inmediata, o bien sorprendido con efectos del delito cometido inmediatamente después de cometido el delito (art. 795.1.1.^a LECrim.).

c) Cuando se presuma que la instrucción será sencilla (art. 795.1.1.^a y 3.^a LECrim.).

2.º El Juez de instrucción en funciones de guardia en el caso de producirse la conformidad en los términos del art. 801 LECrim. (art. 14.2 LECrim.). O, en el supuesto de delitos de violencia de género, el Juez de violencia sobre la mujer competente (art. 14.3 y 5 LECrim.).

2.1.1.4. *Procedimiento por delitos graves (o “sumario”).*

El procedimiento por delitos graves es el cauce procesal establecido para enjuiciar los delitos graves castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años. Debe distinguirse entre instrucción de la causa y fallo:

a) Fase de instrucción o sumario

La instrucción de las causas que deban seguirse por este procedimiento corresponderá a los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se hubiera cometido –art. 14.2.º LECrim.–, a los Jueces Centra-

les de Instrucción, mediante la incoación de un sumario –arts. 299 y ss. LECrim.– o a los Jueces de violencia sobre la mujer cuando se trate de un delito de violencia de género (art. 14.2 y 5 LECrim.).

b) Fase de juicio oral

Para el conocimiento y fallo de la causa será la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se hubiera cometido, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando se trate de los delitos que se atribuyen a su competencia. Corresponderá a la Audiencia o a la Sala de lo Penal el enjuiciamiento por este procedimiento de los delitos castigados con penas graves, que excedan de las señaladas para el procedimiento abreviado, es decir, prisión superior a nueve años –art. 14.4.º LECrim.–. Si se tratase de un delito de violencia de género conocerá una sección especializada de la Audiencia Provincial (art. 82.1 LOPJ).

La atribución de competencia a la Audiencia Nacional (Juez Central de Instrucción, de lo Penal y Sala Penal de la Audiencia Nacional), se debió a que el legislador entendió que debía unificarse ante la Audiencia Nacional el enjuiciamiento de unos determinados delitos⁹, bien por su especial naturaleza, bien por el carácter organizado de los delincuentes, bien por la amplia extensión territorial donde eran cometidos.

9. En relación con la competencia objetiva, cabe señalar que la promulgación de la LO 12/1983, de 16 de noviembre, modificó el art. 5 RDL 1/1977, de 4 enero, estableciendo que: “Las cuestiones que se susciten entre Jueces, Tribunales y Audiencia Nacional se sustanciarán con arreglo a lo establecido en la LECrim. y demás normas de general aplicación”. Tras su derogación por la LOPJ, debe seguirse igualmente el criterio de que, con respecto a los Juzgados Centrales y Audiencia Nacional, rigen las normas generales de competencia, siendo preciso que se persigan acciones delictivas con repercusión en varios lugares y producción de perjuicios a una generalidad de personas –AATS de 15 junio 1985 (RAJ 3015), 18 noviembre 1989 (RAJ 8670) y 19 septiembre 1994 (RAJ 7071)– o repercutir gravemente en la seguridad del tráfico mercantil o en la economía nacional –ATS de 22 mayo 1985 (RAJ 2531)–. Sobre concepto de banda armada, vid. SSTS de 28 noviembre 1983 (RAJ 5961), 26 mayo 1984 (RAJ 3487) y 19 noviembre 1985 (RAJ 5428). Vid. BERMÚDEZ DE LA FUENTE, “La Audiencia Nacional en la LOPJ”, AP I (1987), p. 561 y II (1987), p. 609.

Las normas de atribución de esta competencia objetiva vienen recogidas en el art. 65 LOPJ y el procedimiento aplicable para estos delitos será el que resulte en función de la pena que tengan asignada (procedimiento abreviado, o bien por sumario). Serán competentes para la instrucción los Juzgados Centrales de Instrucción, y para su enjuiciamiento el Juez Central de lo Penal, o la Sala Penal de la Audiencia Nacional, según la pena con que están castigados¹⁰, según hemos reseñado.

2.1.1.5. *Procedimiento ante el Tribunal del Jurado.*

El art. 14.3.º y 4.º, establece que, no obstante, los supuestos de competencia del Juez de lo Penal o de la Audiencia Provincial, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste. Esta declaración general, algo imprecisa, ha de ser completada con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley del Jurado, que tras tres reformas sucesivas, durante el año 1995, ha establecido la competencia objetiva del Tribunal del Jurado¹¹. Debe distinguirse entre instrucción de la causa y fallo:

- a) Fase de instrucción o Diligencias previas: Esta fase corresponde al Juez de Instrucción, salvo las competencias atribuidas por razón de las personas a otros Tribunales, conforme los arts. 24 y ss. de la Ley del Jurado; o cuando se trate de un delito de violencia de género en cuyo caso conocerá el Juez de violencia sobre la mujer (art. 14.2 y 5 LECrim.).
- b) Fase de juicio oral: Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será compe-

10. La STC 199/87, de 16 diciembre, ha establecido que tanto los Juzgados Centrales de Instrucción como la Audiencia Nacional son orgánica y funcionalmente, por su composición y modo de designación, órganos judiciales ordinarios, sin que sus competencias vulneren las previsiones constitucionales.

11. La Exposición de Motivos de la Ley del Jurado señala en su epígrafe II: “Los ciudadanos jurados” que “... el ámbito competencial correspondiente al Tribunal del Jurado se fija en el art. 1. Sin embargo, el legislador en el futuro valorará sin duda, a la vista de la experiencia y de consolidación social de la institución, la ampliación progresiva de los delitos que han de ser objeto de enjuiciamiento...”.

tente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:

- a) Del homicidio (arts. 138 a 140 CP).
- b) De las amenazas (art. 169.1.º CP).
- c) De la omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196 CP).
- d) Del allanamiento de morada (arts. 202 y 204 CP).
- e) De los incendios forestales (arts. 352 a 354 CP).
- f) De la infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 a 415 CP).
- g) Del cohecho (arts. 419 a 426 CP).
- h) Del tráfico de influencias (arts. 428 a 430 CP).
- i) De la malversación de caudales públicos (arts. 432 a 434 CP).
- j) De los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438 CP).
- k) De las negociaciones prohibidas a funcionarios (arts. 439 y 440 CP).
- l) De la infidelidad en la custodia de presos (art. 471 CP).

2.1.2. *Competencia objetiva por razón de la persona.*

Tanto la Constitución como otras leyes han atribuido, de forma excepcional, el enjuiciamiento de algunos delitos por su naturaleza especial y por razón de la persona acusada de su comisión, a determinados órganos jurisdiccionales. La finalidad de esta especial atribución de competencia en favor de unos determinados órganos jurisdiccionales radica en la búsqueda de una mayor garantía jurisdiccional dada la relevancia social de los acusados y del tipo de los delitos que deben enjuiciarse.

De entre las personas que gozan de esta prerrogativa de fuero se encuentran las siguientes: a) Senadores y Diputados (arts. 71 CE, 10 a 14 Rgto. Congreso; arts. 22 y 23 Rgto. Senado; art. 57 LOPJ); b) Parlamentarios de las Comunidades Europeas (Tratado de Adhesión a las CEE); c) Parlamentarios de Comunidades Autónomas (Estatutos de Autonomía); d) Miembros del Ejecutivo de las Comunidades Autónomas (Estatutos de Autonomía); e) Miembros del Ejecutivo de la Administración Central (art. 102 CE; art. 57 LOPJ); f) Delegados del Gobierno (art. 3 Ley 17/1983, de 16 noviembre); g) Jueces,

Magistrados y Fiscales (arts. 57 y 73 LOPJ); h) Defensor del Pueblo, e instituciones similares en las Comunidades Autónomas.

2.1.3. *Competencia objetiva por razón de la conformidad prestada por el acusado.*

Un supuesto especial de competencia objetiva para conocer de un asunto concreto es el previsto en el art. 14.3.º LECrim. que atribuye competencia al Juez de instrucción de guardia del lugar de la comisión del delito para dictar sentencia de conformidad en el supuesto previsto en el art. 801 LECrim.

Se trata de un supuesto especial de competencia que únicamente puede tener lugar en el marco de un procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Por tanto, debe concurrir alguna de las circunstancias previstas en el art. 795 LECrim., y el Juez de guardia debe haber acordado continuar por el cauce del citado procedimiento (art. 800 LECrim.). Además, deben concurrir los requisitos previstos en el art. 801 LECrim., que delimitan el ámbito de esta competencia atribuida al Juez de instrucción. Cumplidos estos requisitos, el Juez de Guardia tiene competencia objetiva para dictar sentencia, aunque no para conocer de la ejecución de la sentencia; competencia funcional que se atribuye al Juez de lo Penal, al que le correspondería conocer en razón de la cuantía de la pena (arts. 9 y 801.1 LECrim.).

Debemos señalar la singularidad de esta norma de atribución de competencia, por cuanto la sentencia la dicta el mismo Juez de instrucción, lo que puede afectar al principio que reza: “quien instruye no juzga”, que garantiza la imparcialidad de los tribunales en la impartición de justicia. Sin embargo, no cabe duda de que el Juez de guardia practicará diligencias de instrucción. Véase, en este sentido, que la sustanciación de este procedimiento no excluye que se hayan practicado las diligencias urgentes previstas en el art. 797 LECrim. Pero, en realidad, el fundamento de esta norma de atribución de competencia se halla en el hecho de que el Juez de instrucción no juzga, sino que refrenda en la sentencia la conformidad a la que llegan las partes. De este modo, la circunstancia de que el Juez pueda haber realizado algún acto de instrucción no impide que pueda dictar sentencia, ya que ésta no se dicta y fundamenta de conformidad con los criterios ordinarios en esta ma-

teria, sino que lo que hace el Juez es ratificar la conformidad del acusado en los términos previstos en el art. 801 LECrim.

2.2. La competencia funcional.

La competencia funcional determina el órgano jurisdiccional que deberá conocer en cada caso de los actos procesales, las distintas fases del proceso, de los recursos, de la ejecución de la sentencia, etc. La competencia funcional es un criterio que se aplicará una vez haya sido determinada la competencia objetiva; es decir, una vez que un órgano jurisdiccional está conociendo o haya conocido de la causa. En consecuencia, la competencia funcional quedará determinada de forma automática a partir del órgano que, con aparente competencia objetiva, conozca de la causa.

En primer lugar, el órgano jurisdiccional que esté conociendo de la causa será competente para sustanciar los incidentes que se promuevan, dictar las providencias que sean pertinentes para el desarrollo del proceso (art. 9 LECrim.), y de los recursos contra el acuerdo denegatorio de la asistencia jurídica gratuita (art. 20.2 Ley 1/1996, de 10 de enero).

En segundo lugar, será competente funcionalmente para la ejecución de la sentencia, el órgano jurisdiccional que la hubiere dictado (arts. 9 y 794 LECrim.); sin perjuicio de que cuando se hubieren impuesto penas en distintos procesos, compete la ejecución al último órgano sentenciador.

El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le vienen atribuidas por el art. 98 LOPJ, puede asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o Secciones de las Audiencias Provinciales, en régimen de exclusividad, la competencia respecto a la ejecución de la sentencia. En este sentido, la disposición transitoria quinta de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dispone que el CGPJ podrá asignar a aquellos Juzgados o Secciones de la Audiencia la revisión de las sentencias firmes.

En tercer lugar, la competencia funcional en materia de recursos devolutivos corresponderá a:

a) Los Jueces de Instrucción para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por los Jueces de Paz del partido [art. 87.1 d)

LOPJ], así como del recurso de queja por denegación de la apelación (arts. 219 y 220 LECrim.).

b) Las Audiencias Provinciales para conocer de los recursos de apelación contra resoluciones de los Jueces de Instrucción y de lo Penal de la provincia (art. 82.1.2.º LOPJ); y de los Jueces de Instrucción dictadas en juicios de faltas (art. 82.2 LOPJ). Para el conocimiento de los recursos contra resoluciones de los Jueces de Instrucción en juicio de faltas, la Audiencia se constituirá con un solo Magistrado, mediante un turno de reparto (art. 82.2 LOPJ). Por otra parte, de los recursos que establezca la Ley frente a los Juzgados de violencia sobre la mujer de la provincia conocerá una sección (o varias según el número de asuntos) especializada (conforme con lo previsto en el art. 98 LOPJ) de la Audiencia Provincial especializada en violencia de género (art. 82.1 LOPJ).

c) La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá de todos los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias, y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal y de los Centrales de Instrucción (art. 65.5.º LOPJ).

d) La Sala de Apelación de la Audiencia Nacional conocerá del recurso de apelación frente a las resoluciones dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 64.1 bis LECrim.).

Sin embargo, esta norma de atribución de competencia no será efectiva hasta que no se cumpla el mandato de la DF 2.^a de la LO 19/2003, que prevé la adecuación de las leyes de procedimiento a las disposiciones de la LOPJ modificadas por la citada Ley.

e) La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerá de los recursos contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en primera instancia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado [art. 73.3 c) LOPJ].

También conocerán del recurso de apelación frente a las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales. Sin embargo, esta norma no tiene correlato en la LECrim. que no regula este recurso. Por tanto, esta atribución de competencia no será efecti-

va hasta que no se cumpla el mandato de la DF 2.^a de la LO 19/2003, que prevé la adecuación de las leyes de procedimiento a las disposiciones de la LOPJ modificadas por la citada Ley.

f) El Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación frente a las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia (en procedimiento abreviado o delitos graves); así como frente a las sentencias dictadas por la Sala de los Civil y Penal de los TSJ en única o en segunda instancia (en procedimiento de Jurado o frente a sentencias dictadas cuando se trate de aforados) (arts. 57.1 LOPJ y 847 LECrim.).

Finalmente, en materia de resolución de las cuestiones de competencia, los jueces de instrucción conocerán de las cuestiones de competencia entre Jueces de Paz [art. 87.1.º d) LOPJ]; y las Audiencias Provinciales y Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, resolverán cuestiones de competencia que se susciten entre Juzgados de la Provincia o de la Comunidad Autónoma que no tengan otro superior común [art. 82.5 a) LOPJ]. También conocerán de las recusaciones de sus Magistrados, con excepciones [art. 82.5 b) LOPJ].

2.3. La competencia territorial.

La competencia territorial determina el órgano jurisdiccional, dentro de aquéllos del mismo grado, que va a conocer en primera instancia, con exclusión de todos los demás¹². Este tipo de competencia tendrá el mismo carácter improrrogable que la funcional y la objetiva.

12. Téngase en cuenta que, con excepción de los juicios de faltas y aquéllos en los que se produzca conformidad en los supuestos del art. 801 LECrim., el proceso penal se inicia con la fase de instrucción para la que es competente el Juez del mismo nombre que ejerce su jurisdicción sobre un partido judicial determinado. De este modo, son los jueces de instrucción los que en su conjunto extienden la jurisdicción penal sobre todo el territorio, y respecto de los cuales resultan de aplicación los criterios de competencia territorial, ya que el órgano jurisdiccional competente para la fase de juicio oral, predeterminado por criterios de competencia objetiva, será el que corresponda según normas de organización y reparto de asuntos.

El principio o regla principal que rige en el proceso penal en esta materia es el del fuero del lugar de la comisión de la infracción penal (*forum delicti commissi*), previsto en el art. 14 LECrim.

Pero, este principio general no es de aplicación en el caso de delitos o faltas en materia de violencia de género, cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer. En ese caso, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes por el Juez de guardia del lugar de comisión de los hechos (art. 15 bis LECrim.). El fundamento de la norma no es otro que favorecer a la víctima al establecer como juez competente el denominado Juez natural, que es el de su domicilio.

En el supuesto que no conste el lugar donde se hubiere cometido el delito o falta, el art. 15 LECrim. establece los siguientes criterios para determinar el Juez competente para conocer del proceso: 1.º El del término municipal, partido o circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito¹³. 2.º El de término municipal, partido o circunscripción en que el presunto reo haya sido aprehendido. 3.º El de la residencia del presunto reo. 4.º Cualquiera que hubiese tenido noticia del delito.

En el supuesto de suscitarse cuestión de competencia entre esos Jueces o Tribunales, ésta se decidirá dando la preferencia según el orden establecido en los diversos apartados del citado precepto (art. 15 *in fine* LECrim.).

13. Como aplicación de este principio de subsidiariedad, la STS de 20 abril 1970 y el ATS de 6 julio 1982 (RAJ 4477), en supuestos de falsificación de documentos, declararon la competencia del Juez del lugar donde se descubrieron las pruebas materiales de la falsificación, aunque, por su especial contenido, dichos documentos tenían que haber sido previamente presentados en Madrid para incorporarse a la preceptiva inspección, en los dos casos contemplados por aquellos autos. Tratándose de la falsedad cometida en un documento mercantil respecto de la cual se ignora el lugar exacto en que fue realizada, la competencia para el conocimiento y fallo de la causa en que tal infracción se persigue conjuntamente con otra de estafa corresponde a los Jueces y Tribunales del lugar en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito de que se trata (en el caso, el juzgado del lugar en cuyo banco se presentó el conocimiento de embarque presuntamente tachado de falso) –STS de 21 mayo 1990 (RAJ 4207)–.

Respecto a los delitos cometidos en el extranjero¹⁴, cuando sean competentes los tribunales españoles, en base a una extraterritorialidad de la Ley penal, conforme lo establecido en el art. 23 LOPJ, se estará a lo establecido en este art. 15 LECrim. Es decir, se procederá como si no constase el lugar en que se haya cometido el delito.

2.3.1. *Determinación del lugar de comisión del delito.*

En muchas ocasiones no resulta fácil concretar el lugar donde se ha cometido un delito, ya que el hecho delictivo puede tener un desarrollo en diversos grados, tanto respecto a la acción como al tiempo. Para solucionar este problema se han formulado distintas teorías que podemos reconducir a las siguientes: 1.^a) la teoría de la actividad, que entiende que la comisión del delito radica en el lugar donde se inician y realizan los actos delictivos; 2.^a) la teoría del resultado, que lo fija en el lugar donde finalizan los sucesivos actos que dan como resultado el delito; 3.^a) la teoría de la ubicuidad, que considera cometido el delito tanto en el lugar donde el reo realiza los actos de ejecución, como en el lugar donde se produce el resultado.

En el Derecho comparado se ha impuesto la teoría de la ubicuidad. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo aplica la teoría del resultado con lo que debe entenderse que el delito se comete donde se consuma.

14. Vid. SSTs 15 octubre 1983, 11 diciembre 1980 y 20 diciembre 1980 (RAJ 4990), al examinar el supuesto de un feto expulsado por una mujer española en país extranjero, a consecuencia de prácticas abortivas realizadas con su consentimiento en dicho país, declararon que, por tratarse de delito cometido por un español contra otro español en el extranjero, podía ser castigado en España, en aplicación del principio de personalidad, sin que deba aplicársele el de territorialidad. Obsérvese que de seguirse este último criterio quedaría impune el ilícito, ya que en los casos examinados el delito no era punible en el país extranjero donde se cometió el hecho, acudiéndose en ambas resoluciones a una ficción: reputar el feto como nacido en aplicación no literal de los arts. 29 y 30 CC. En contra de esta tesis, FERNÁNDEZ ENTRALGO, "Aborto y extraterritorialidad: el turismo abortivo", en PJ, 1983, n.º 8, pp. 23 y ss. La STC 75/1984, de 27 junio, declaró que la sanción de un aborto realizado fuera del territorio español vulnera el derecho del art. 25 CE que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas, otorgando el amparo contra el criterio mantenido por las primeramente mencionadas resoluciones. Así lo entendió el TC en la S 75/1984, de 27 junio, que revocó la STS de 15 octubre 1983.

Ahora bien, la adopción de la teoría del resultado ocasiona una serie de problemas. Así, entre otros, podemos señalar los siguientes: 1) Queda sin determinar el lugar del delito cuando se trata de ilícitos de pura actividad o delitos de riesgo, en los que no se exige un resultado. Así, en los delitos contra la salud pública (tráfico de drogas). 2) Los supuestos de tentativa y delito frustrado, en los que el hecho delictivo no ha sido consumado. 3) Los casos de delitos de omisión y de comisión por omisión. En estos casos, y en aquellos otros en que no proceda aplicar la teoría del resultado, la jurisprudencia ha acudido a soluciones especiales.

Además, consciente de esta dificultad práctica, ha acudido al denominado principio de seguridad o certeza jurídica para aplicarlo de forma subsidiaria y como mecanismo de cierre. Es decir, si no es posible determinar de forma segura y cierta el lugar de comisión, se aplicarán los fueros subsidiarios previstos en el art. 15 LECrim.

En cualquier caso, la determinación *prima facie* de la competencia no atribuye definitivamente su conocimiento a los órganos que hayan iniciado el proceso, sino que sólo conocerá provisionalmente hasta que conste el lugar de comisión de forma cierta. En este sentido, el art. 15 *in fine* LECrim. dispone que tan luego como conste el lugar en que se hubiese cometido el delito se remitirán las diligencias y efectos ocupados. Por tanto, la fijación *prima facie* de la competencia no atribuye definitivamente su conocimiento a los órganos que en ellas se citan, sino que sólo lo hacen con carácter provisional hasta que conste el lugar de comisión del delito.

Respecto a los delitos cometidos en el extranjero cuando sean competentes los tribunales españoles con base en la extraterritorialidad de la Ley penal (art. 23 LOPJ), se procederá como si no constase el lugar en que se haya cometido el delito, atribuyéndose la competencia para conocer a la Audiencia Nacional [art. 65.e) LOPJ].

2.3.2. Reglas especiales.

Puede suceder que diversos actos ocasionen como resultado varios delitos –curso real–, que requieran, para un mejor enjuiciamiento,

un tratamiento procesal único, debido a la conexión existente entre ellos. Los delitos que merecen esta calificación de conexos vienen enumerados en el art. 17 LECrim., es decir, son: a) Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito; b) los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiera precedido concierto para ello; c) los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución; d) los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos, y e) los diversos delitos imputados a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.

Se trata de reglas que establecen el enjuiciamiento conjunto de causas por una evidente razón de economía procesal, sin que por ello comporte una alteración del Juez ordinario predeterminado por la Ley, pues son reguladas *ex ante* y no *ex post facto* como excepciones a los principios ya expuestos sobre competencia territorial.

El art. 18 de la LECrim. ha regulado consecuentemente unas normas especiales que determinan el Juez competente conforme a dos reglas: una especial y una general que contiene, a su vez, tres criterios jerárquicamente ordenados, para conocer de las causas con delitos conexos:

La regla general establece la competencia para conocer de los delitos conexos según los siguientes criterios (art. 18.1 LECrim.): 1.º En atención a la penalidad del ilícito: el del territorio en que se haya cometido el delito o que esté señalada pena mayor. 2.º Aplicación de un criterio de temporalidad: el que primero comencare la causa en el caso de que a los delitos les esté señalada igual pena, y 3.º En supuestos de identidad de pena y tiempo de iniciar la causa: el que la Audiencia de lo criminal o el Tribunal Supremo en sus casos respectivos designen.

Pero estas reglas no se aplicarán en el supuesto que se trate de delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares de una misma provincia, si hubiera precedido concierto para ello. En este caso será competente el Juez o Tribunal del partido judicial sede de la Audiencia Provincial que corresponda, siempre que, además, al menos uno de los delitos se hubiere cometido en el partido judicial donde tuviere la sede el citado partido judicial (art. 18.2 LECrim.).

3. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA.

Las normas que regulan la competencia —objetiva, funcional y territorial— en el proceso penal tienen carácter improrrogable. Es decir, son inderogables e indisponibles por las partes (art. 8 LECrim.). El carácter de *ius cogens* de estas normas obliga a los órganos jurisdiccionales que conozcan de los asuntos penales a examinar de oficio el cumplimiento de las mismas. La partes podrán también denunciar la falta de cualquier clase de competencia en la que incurra el órgano jurisdiccional que está conociendo, para lo que deberá utilizar los mecanismos procesales que a continuación se exponen.

No obstante, en el proceso penal los problemas de competencia tienen una relativa importancia. A este respecto, téngase en cuenta que el primer criterio de competencia en materia penal será la competencia territorial que se atribuye en cualquier caso a los jueces de instrucción con carácter provisional, sin perjuicio de que se pueda plantear, posteriormente, una cuestión de competencia. Determinada la competencia territorial la posterior aplicación de las normas sobre competencia objetiva no planteará excesivos problemas, ya que iniciado un procedimiento por las normas del procedimiento abreviado en cuanto que aparezca que el hecho debe sustanciarse por otro procedimiento se continuará sin retroceder ni suponer mayor inconveniente. Además, debe tenerse en cuenta que no pueden plantearse cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales de distinto grado jerárquico.

3.1. Examen de oficio de la competencia.

No existen especiales problemas respecto a la competencia funcional, ya que se ésta se determinará por una reglas que operan de forma automática en función del órgano aparentemente competente de modo objetivo. Por otra parte, corresponde a los propios Juzgados y Tribunales la aplicación de tales reglas, ya que son ellos los que dan trámite a los procesos.

En cuanto a la competencia objetiva, la norma general atribuye competencia al Juez de Instrucción instruir el proceso penal, salvo en algunos supuestos de faltas, cuyo conocimiento y fallo se encomienda

a los Jueces de Paz –art. 14.1.º LECrim.–. Por esa razón no se plantearán en instrucción problemas de competencia objetiva, salvo en el supuesto en el que se acuse a personas aforadas, y los que sean competencia de los Juzgados Centrales de lo Penal o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En consecuencia, el problema se traslada al de la tipificación provisional de los hechos punibles por el Juez de instrucción a efectos de determinar el procedimiento a seguir. En la regulación vigente los hechos punibles de los que conozca el Juez de instrucción pueden dar lugar a las siguientes actuaciones o procedimiento:

a) Que el hecho punible constituya una falta. En este caso procederá iniciar un juicio de faltas ante el Juez de Paz o de Instrucción, según lo previsto en el art. 14.1.º LECrim.

b) Que el hecho punible lleve aparejada una penas menos graves o graves, salvo la de prisión superior a nueve años. En este supuesto deberán incoarse unas Diligencias previas, siguiéndose los trámites del procedimiento abreviado.

c) Se acordará sustanciar un procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos en los siguientes supuestos: delitos previstos en el art. 795.1.1.ª LECrim.: lesiones, coacciones, amenazas o violencia contra las personas previstas en el art. 173.2 CP; hurto; robo; contra la seguridad del tráfico; daños referidos en el art. 263 CP; contra la salud pública previstos en el art. 368.2 CP (sustancias que no causan grave daño a la salud); y delitos flagrantes contra la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270, 273, 274 y 275 CP; o bien de otra clase siempre que se trate de delito flagrante, o que se presuma que la instrucción será sencilla. En cualquiera de los casos la pena que corresponda no debe exceder de cinco años de prisión o de diez cuando fuere de otra naturaleza, y debe iniciarse e virtud de atestado policial (art. 795 LECrim.).

d) Si el hecho punible puede racionalmente constituir un delito penado con más de nueve años de privación de libertad, procede incoar sumario, sustanciándose por los trámites del procedimiento ordinario (art. 299 y ss. LECrim.).

e) Cuando el hecho punible se encuentre tipificado en alguno de los supuestos que el art. 1.2 de la Ley del Jurado establezca como competencia exclusiva del Jurado, en cuyo caso serán de aplicación las normas establecidas en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 mayo, con independencia de la pena aplicable al ilícito cometido. Deberá incoarse procedimiento para el juicio ante el

Tribunal del Jurado, cuya tramitación se acomodará a las disposiciones de la Ley del Jurado, practicando, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar, según lo dispuesto en el art. 24.1 de la citada Ley, siendo de aplicación supletoria la LECrim. en todo lo que no se oponga a la misma –art. 24.2–.

Si surgiese duda al Juez de Instrucción sobre la tipificación del hecho punible, lo ordinario será que el Juez incoe unas Diligencias previas del procedimiento abreviado, ya que durante esta fase instructora tendrá aquél ocasión de poder determinar el órgano competente y el procedimiento adecuado para el enjuiciamiento. Así lo establece el art. 760 LECrim. que prevé que si se iniciara un proceso de acuerdo con las normas del procedimiento abreviado y apareciere que el hecho no se halla comprendido entre los que se sustancian por ese clase de procedimiento, se continuará instruyendo conforme a las disposiciones generales de la LECrim., produciéndose, de ese modo, un cambio del procedimiento abreviado al ordinario. Igualmente, en sentido contrario, si iniciado un proceso por sumario constase que el hecho enjuiciado se halla comprendido en los que determinan que se siga procedimiento abreviado continuará su sustanciación por éste. Si el hecho podría constituir un delito cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal del Jurado se incoará un procedimiento de jurado conforme al art. 309 bis LECrim.

Por último, cabe indicar respecto de la competencia territorial que los órganos jurisdiccionales de un mismo grado podrán, en cualquier momento de la fase instructora promover una cuestión de competencia por razón del territorio cuando entiendan que deben conocer o abstenerse del conocimiento de un determinado asunto. Las reglas de este tipo de competencia vienen establecidas en los arts. 14 y 19 y ss. y 759 LECrim.

Cuando un órgano jurisdiccional revise de oficio su competencia podrán darse los siguientes supuestos:

3.1.1. *Requerimiento e inhibición del órgano jurisdiccional.*

El órgano que se encuentre conociendo de un asunto podrá acordar la inhibición a favor del órgano que considere competente. Esta

decisión del Juez podrá fundarse en un previo requerimiento de otro Tribunal o bien por considerar que no le corresponde el conocimiento de la causa –art. 25 LECrim.–. Frente al auto dictado por el Juez de instrucción, o de lo Penal, inhibiéndose a favor de otro tribunal o jurisdicción cabe recurso de apelación. Frente al dictado por las Audiencias cabe recurso de casación. Todas las decisiones de estos órganos deberán fundarse en los preceptos que la LECrim. dedica a la competencia territorial, sin que se planteen problemas especiales.

En el supuesto de inhibición, y entre tanto no recaiga resolución definitiva sobre la cuestión de competencia planteada, el Juez de instrucción que hubiere conocido inicialmente de los hechos seguirá practicando todas las diligencias necesarias para comprobar el delito, averiguar e identificar a los posibles culpables y proteger a las víctimas y perjudicados. A este fin el Juez requirente conservará en su juzgado los autos y remitirá testimonio al Juez requerido. Los autos originales se remitirán una vez aceptada o resuelta la cuestión de competencia. Estos extremos se harán constar en la resolución de inhibición (arts. 25 LECrim. y 759.1.ª LECrim. en sede de procedimiento abreviado).

3.1.2. *Inexistencia de acuerdo entre los órganos jurisdiccionales en conflicto.*

Si existe acuerdo entre el órgano que se inhibe y el órgano al que le es remitida la causa, o bien entre aquél y el requirente, no se plantea problema alguno. Ahora bien, si tal acuerdo no se produce, habría que acudir en tal supuesto al procedimiento que establece la LECrim. para resolver tales conflictos planteados de oficio. En este sentido, debemos diferenciar entre:

3.1.2.1. *Resolución de las controversias sobre competencia por decisión del superior jerárquico, cuando se trate de órganos de distinto grado en supuestos de conflictos relativos a competencia objetiva.*

En estos casos nos encontramos ante un requerimiento coercitivo del órgano superior al inferior, por lo que no cabe que el Juez de inferior jerarquía se oponga. La ley establece, con carácter general, este

criterio sólo para el Tribunal Supremo (art. 21 LECrim.); sin embargo resulta extensivo a aquellos otros casos en los que se plantee la cuestión de competencia entre un órgano superior y un inferior¹⁵, según ha previsto el art. 52 LOPJ¹⁶.

3.1.2.2. *Resolución de las controversias sobre competencia promovidas entre órganos jurisdiccionales de igual grado en materia de competencia territorial.*

Cuando se sigan los trámites del procedimiento por delitos graves, el art. 22 LECrim. establece que lo resolverá el superior jerárquico competente. Éste se determinará de acuerdo con lo previsto en el art. 20 LECrim., al que se remite también el art. 51 de la LOPJ.

3.1.2.3. *Resolución de las controversias sobre competencias objetiva y territorial en el procedimiento abreviado.*

El art. 759 LECrim. recoge la misma tramitación para el procedimiento abreviado, si bien con mayor precisión. En este precepto se exi-

15. Cuando corresponda el conocimiento de algún asunto a órganos superiores jerárquicos, ya resulte competente el Tribunal Superior de Justicia o la Sala 2.^a del TS, y el que se halle conociendo fuese un Juzgado de Instrucción, este último no podrá promover controversia sobre competencia de forma implícita o explícita, absteniéndose de remitir la causa o dictar resolución en dicho sentido, sino que "... en su caso, deberá remitir los antecedentes necesarios para resolver a la Sala a quien corresponde la competencia..." (ATS de 21 marzo 1984 [RAJ 6750]), junto con una sucinta exposición, de conformidad con los arts. 21, 22.3.º, 303.5.º, 309 y 782.2.º LECrim. Verificado lo cual se dictará la resolución que proceda con arreglo a derecho por la Sala, que el órgano inferior habrá de cumplimentar.

16. El art. 52 LOPJ establece que no podrán suscitarse cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí; correspondiendo al Juez o Tribunal Superior fijar, en todo caso y sin ulterior recurso, su propia competencia. Vid., respecto de la interpretación del superior común, los arts. 20 LECrim. y 82.5 a) y 73.3 c) LOPJ. En todo caso, la Sala 2.^a del TS conocerá en los problemas de competencia no previstos en los que intervengan órganos de especial relevancia o pertenecientes a distintas Comunidades Autónomas.

ge que los órganos motiven razonadamente sus resoluciones y se regula la intervención de las partes. Así dispone que:

1. Cuando se trate de órganos de distinto grado en materia de competencia objetiva:

- Los Jueces de Instrucción, de lo Penal o Centrales de Instrucción o de lo Penal, no podrán promover cuestiones de competencia a las Audiencias respectivas, sino que deberán exponerles, oído el Ministerio Fiscal, las razones que tengan para creer que corresponde a la Audiencia el conocimiento del asunto. El Tribunal dará vista de la exposición y antecedentes al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, y luego de oídos todos, sin más trámites, resolverá lo que estime procedente (art. 759.1.º LECrim.)
- En el caso de que algún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, viniere conociendo de una causa atribuida a la competencia de las Audiencias respectivas, éstas se limitarán a ordenar a aquéllos, oído el Ministerio Fiscal y las partes personadas, que se abstengan de conocer y les remitan las actuaciones (art. 759.3.º LECrim.).

2. Cuando se trate de órganos del mismo grado en controversias relacionadas con la competencia territorial:

Cuando está conociendo de un asunto un órgano jurisdiccional determinado puede ocurrir que otro órgano jurisdiccional distinto entienda que es aquél a quien corresponde conocer. Una vez haya sido requerido de inhibición el primero podrá contestar afirmativa o negativamente a dicho oficio. Tanto en los supuestos de contestación afirmativa o negativa al oficio de inhibición, se continuarán practicando, en todo caso, las diligencias necesarias para la comprobación del delito, la averiguación e identificación de los responsables, y la protección de los ofendidos o perjudicados, debiendo remitirse recíprocamente, ambos juzgados, testimonio de lo actuado y comunicarse cuantas diligencias practiquen –arts. 22.2.º y 759.1ª.2 LECrim.–.

En el caso de accederse al requerimiento, no se planteará ningún problema puesto que se remitirán al requirente las diligencias practicadas para que siga conociendo dicho órgano. En el segundo caso, después de producirse la “primera comunicación” denegándose el requerimiento por el órgano requerido, el requirente remitirá oficio al superior je-

rárquico, juntamente con otro al órgano requerido, para que a su vez remita oficio a aquél, expresando en cada caso los hechos y razones que les asistan. Deberán acompañar a dichos oficios los testimonios de las actuaciones que se estimen convenientes, salvo si la cuestión es entre Audiencias y hubiese concluido ya la fase instructora, en cuyo caso se podrá no sólo remitir los testimonios, sino todas las diligencias practicadas.

El superior jerárquico decidirá la cuestión oyendo *in voce* al Fiscal y a las partes personadas, en comparecencia que se celebrará dentro de las veinticuatro horas siguientes, decida en el acto lo que estime procedente, sin ulterior recurso (art. 759.1.ª LECrim.). Nótese la ausencia de recurso frente a la decisión del superior jerárquico que, por tanto, será firme. Por último, conviene señalar que estos preceptos resultan aplicables tanto a los supuestos en los que se discuta de oficio la competencia objetiva o funcional de los órganos jurisdiccionales afectados como a las denominadas cuestiones de competencia territorial que se planteen entre aquellos órganos, como hemos señalado.

3.2. Examen de la competencia a instancia de parte.

3.2.1. Competencia objetiva o funcional.

Las partes podrán denunciar la falta de competencia objetiva o funcional durante la fase de instrucción. Esta denuncia deberá circunscribirse a los supuestos de las faltas, de las personas aforadas, o de los delitos atribuidos a los Juzgados Centrales de Instrucción –arts. 19 y 21 LECrim.–. En los demás casos, al corresponder la competencia al Juez de Instrucción, no cabrá tal posibilidad de carencia de competencia objetiva.

En el supuesto más habitual que se sigan Diligencias previas, las partes tendrán, antes de que el Juez de Instrucción decida el órgano competente que va a conocer del juicio oral, posibilidad de manifestarse sobre la competencia de aquel órgano. En primer lugar, podrán interponer recurso de reforma y/o apelación frente a la resolución prevista en el art. 779 LECrim., por la que el Juez de Instrucción, practicadas sin demora las diligencias pertinentes, adoptará alguna de las siguientes

tes resoluciones: sobreseimiento libre o provisional y archivo, remisión a falta, remisión al juzgado de menores o a la jurisdicción militar. Igualmente cabrá interponer recurso de reforma y/o de apelación contra los autos del Juez instructor que remita las actuaciones al procedimiento por delitos graves –art. 760 LECrim.–. También podrán manifestarse respecto de la competencia, al presentar el escrito de acusación (art. 781 LECrim.) o defensa (art. 784 LECrim.) o al iniciarse el juicio oral (art. 786.2.º LECrim.).

3.2.2. *Competencia territorial.*

Cuando surja alguna duda sobre la competencia territorial del órgano jurisdiccional que se encuentra conociendo de un determinado asunto, las partes podrán promover una cuestión de competencia para determinar a qué órgano en concreto le corresponde, dentro de los del mismo grado, conocer de aquella causa. El instrumento procesal por medio del cual las partes pueden promover una cuestión de competencia podrá ser bien una declinatoria, bien una inhibitoria. La primera se interpondrá ante el órgano que está conociendo, por considerarlo incompetente. La inhibitoria se interpondrá ante el órgano que se considere competente, a fin de que requiera de inhibición al que se halla conociendo, para que deje de conocer y le remita los Autos. La utilización de uno de estos expedientes procesales excluye al otro (art. 26 LECrim.). Las cuestiones de competencia podrán ser positivas o negativas, según que los órganos jurisdiccionales intervinientes pretendan conocer ambos del asunto, o se nieguen a hacerlo.

La LECrim. distingue según se trate de un juicio por faltas o por delito:

3.2.2.1. *En los juicios de faltas.*

El art. 19.1.º LECrim. establece que las partes podrán promover cuestiones de competencia desde la citación hasta el acto de la comparecencia. El procedimiento para promover la inhibitoria viene recogido en los arts. 27 a 31 LECrim., indicándose todos los trámites a seguir. La declinatoria viene regulada en los arts. 32 y 46 LECrim.

3.2.2.2. *En el procedimiento abreviado y de enjuiciamiento rápido de determinados delitos.*

En la regulación del procedimiento abreviado, no se establece ninguna norma específica o un momento procesal concreto para el planteamiento de estas cuestiones. Ante la ausencia de norma legal debe entenderse que son de aplicación las normas generales de los arts. 19 y ss. LECrim. Así, las partes podrán plantearse la cuestión de competencia en la fase de instrucción, y hasta la apertura del juicio oral, por medio de inhibitoria o declinatoria ante el correspondiente Juzgado (arts. 26 y ss. LECrim.). Esta interpretación se refrenda por la doctrina del TC que declara que en el proceso penal el art. 11.3.º LOPJ impide una absolución en la instancia por motivos formales. En todo caso, con la discusión de la competencia territorial en la fase instructora se evita que se pueda plantear en el juicio oral una cuestión que pueda conducir a que el órgano judicial no dicte sentencia sobre el fondo.

Así mismo el art. 786.2.º LECrim. prevé la posibilidad de que las partes, al comenzar el juicio oral expongan lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial. Asimismo, se establece que el órgano judicial resolverá en el mismo acto. Al no exigirse una resolución expresa, y tratarse de un acto presidido por el principio de concentración, debe entenderse que habrá de ser resuelta oralmente en aquel acto, y se documentará la resolución y su motivación en el acta que el Secretario levante del juicio oral, conforme a lo previsto en el art. 788.6.º LECrim. En el supuesto de que el Tribunal acoja la falta de competencia territorial, y a los efectos de evitar una posible absolución en la instancia proscrita en nuestro ordenamiento procesal penal, deberá acudir a la fórmula prevista en el art. 788.5.º LECrim. En su virtud, el órgano que se encuentre conociendo, dará por terminado el juicio y remitirá directamente al declarado competente todas las actuaciones.

3.2.2.3. *En las causas seguidas por el procedimiento de delitos graves (o sumario).*

En este tipo de procedimiento serán de aplicación las reglas generales previstas en los arts. 19 y ss. LECrim. Podrán promoverse cues-

tiones de competencia territorial durante la tramitación de la fase de instrucción o sumario, y antes de la presentación del escrito de calificación provisional. Los mecanismos procesales que podrán utilizar las partes serán la inhibitoria o la declinatoria, excluyendo la elección de una el uso de la otra –art. 26 LECrim.–.

La interposición de aquéllas durante la fase sumarial implica la suspensión de los trámites, salvo las diligencias de carácter urgente o indispensable –arts. 23 y 22.2.º LECrim.–. Si se interpusiere, finalizado el sumario, el art. 24 prevé la suspensión del proceso hasta la decisión de aquélla. Por último, señalar que el art. 666 establece la posibilidad de que se interponga la declinatoria como artículo de previo pronunciamiento, antes de la calificación provisional, en cuyo caso también suspende la tramitación del proceso.

3.2.2.4. *Cuestiones de competencia promovidas a iniciativa de parte: Sustanciación.*

a) Declinatoria. Tramitación.

La declinatoria se regula en el art. 45 LECrim. que se limita a remitir la tramitación de la declinatoria a los artículos de previo pronunciamiento, es decir, a los arts. 666 y ss. Debe destacarse que el art. 676.3.º permite que contra el auto resolutorio de la declinatoria, alegada como artículo de previo pronunciamiento, se interponga recurso de casación. Previsión ésta unánimemente criticada por la doctrina, dado su innecesario efecto dilatorio del proceso, como sucede, en general, con el tratamiento excesivamente complejo de las declinatorias e inhibitorias en la LECrim.

b) Inhibitoria. Tramitación.

La cuestión de competencia también puede surgir como consecuencia de haberse planteado una inhibitoria. La tramitación de ésta consistiría en presentar un escrito ante el órgano jurisdiccional que se reputase competente, continuando el curso de las diligencias si no hubiese concluido la instrucción. En caso contrario, procedería suspender la tramitación de las correspondientes diligencias, según lo previsto en el art. 24 LECrim.

3.2.2.5. *La competencia territorial por delitos conexos.*

Las normas generales de determinación de la competencia territorial quedan alteradas cuando se trate de delitos conexos, según los supuestos regulados en el art. 17 LECrim. En estos casos, con independencia del lugar donde se hubiesen cometido, el Tribunal competente viene determinado por las reglas establecidas en el art. 18 LECrim¹⁷. Además, en estos supuestos de delitos conexos se formará, a efectos de tramitación, una pieza con cada hecho punible –art. 300 LECrim.–¹⁸.

17. La jurisprudencia ha seguido diversos criterios en los casos de dilucidar la competencia por conexión. Entre otros, pueden señalarse los siguientes: a) La competencia que afecta al autor absorbe la de los cómplices y encubridores, debiéndose por ello sustanciarse en una sola causa los hechos que pueden imputarse a diversas personas, aunque su participación en los mismos revistiera distinta naturaleza –AATS de 16 marzo 1982 y 23 marzo 1982 (RAJ 1718 y 2011)–. b) Cuando se trate de ilícitos que se concibieron y concertaron en distintos tiempos y lugares, y no constase el lugar donde se hubiera cometido el delito de pena mayor, conocerá el Juzgado que, en primer lugar, hubiese incoado la causa –AATS de 28 y 29 julio 1984 (RAJ 3704 y 3713)– o el del centro donde radiquen las actividades comerciales en los que se fraguaron los distintos delitos, si la actividad inicial hubiese partido del mismo lugar, desarrollándose posteriormente en diversos puntos –STS 7 de marzo 1980 (RAJ 1035) y ATS de 23 marzo 1984 (RAJ 1855)–.

18. Actualmente, tras la consagración legal del delito continuado –art. 74 CP–, adquiere gran importancia el enjuiciamiento en un solo proceso de los delitos conexos, en los supuestos de tratarse de ilícitos que se imputen a una misma persona –art. 17 LECrim.– puesto que ha de pronunciarse sobre la base de dos circunstancias íntimamente relacionadas: a) se trate de infracciones o delitos conexos, y b) sean apreciados según criterio del juzgador –STS de 15 marzo 1985 (RAJ 1652)–. Este enjuiciamiento conjunto en un solo sumario –art. 300 LECrim.– queda condicionado a la formación de piezas separadas por cada uno de los hechos delictivos, dentro del mismo sumario. Esta importancia se acentúa, atendidas las directrices jurisprudenciales –SSTS de 4 octubre 1983 (RAJ 2655) y 17 mayo 1985 (RAJ 2655)– del delito continuado, que recargan las notas objetivas (pluralidad de acciones e infracción del mismo o semejante precepto penal), frente a las subjetivas (que abarcan desde el propósito unitario o plan preconcebido, hasta la simple reiteración de la mera culpa; apareciendo ésta cuando por unas actuaciones ocasionales se realizan los hechos por procedimientos similares que configuran un *modus operandi* determinado). No obstante, debe exceptuarse, en todo caso, las infracciones a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual. Dicha acumulación es aconsejable solicitarla en los primeros trámites sumariales, aunque es posible realizarla hasta

3.3. El reparto de asuntos¹⁹.

Las normas sobre competencia sirven para determinar la circunscripción territorial o Partido Judicial a cuyos órganos judiciales les corresponde el enjuiciamiento de un determinado asunto. Cuando existiesen varios órganos en un mismo Partido judicial, la definitiva fijación del Juzgado o Tribunal que debe conocer se realizará mediante la distribución de asuntos conforme a normas de reparto, aprobadas por la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia a propuesta, en su caso, de las Juntas de Jueces –arts. 152. 1 y 167.1 LOPJ–.

Estas normas, de naturaleza gubernativa, tienen por objeto la distribución de los asuntos conforme a criterios numéricos y cuantitativos. Es decir, procurando la mayor igualdad posible entre los Juzgados de Instrucción, Penales u órganos judiciales (p.ej. Secciones dentro de la misma Audiencia Provincial), siempre que existan dos o más, según criterios de aleatoriedad [arts. 4.a) y 5.a) del Reglamento 4/1995, de los órganos de gobierno y 24.2 Reglamento 5/1995, de 7 junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales].

Se trata de lograr la mayor eficacia y racionalidad en la prestación del servicio de la Administración de Justicia, mediante una distribución equitativa de las cargas competenciales entre los diversos órganos judiciales. En el ámbito penal no se han utilizado los criterios de especialización tanto como en el civil, para la distribución de asuntos. En la práctica han ido evolucionando en un sentido restrictivo (p.ej. la creación de una Sección de Ejecutorias en las Audiencias Provinciales). Estas normas de reparto han de venir fijadas con anterioridad, y cual-

que no hayan sido sentenciados los hechos. No debe proponerse la acumulación como artículo previo pronunciamiento en trámite de calificaciones, ya que no se trata de supuestos encuadrables dentro de una cuestión de competencia. En definitiva, para que se acuerde la acumulación bastará que se dirija petición al Tribunal competente –art. 18 LECrim.–, el cual, previo informe del Ministerio Público, resolverá lo procedente. Igualmente podrá verificarse la acumulación de oficio.

19. Los arts. 68 a 70 LEC regulan el acto material del reparto, normas de aplicación supletoria en el enjuiciamiento criminal de delitos y faltas, en virtud de lo previsto en el art. 4 LEC.

quier modificación debe ser aprobada por las Salas de Gobierno. Se les otorgará la publicidad necesaria para que los criterios de distribución puedan ser conocidos *ex ante*, conforme establece el art. 159.2 LOPJ.

No deben confundirse estas normas de ordenación del trabajo entre los diversos órganos judiciales de una misma circunscripción, con la especialización de determinados Juzgados y Secciones, conforme a lo establecido en los arts. 98.1 LOPJ y 16 a 23 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio. A este respecto, mientras que las normas de reparto hacen referencia a una distribución aleatoria de “todos” los asuntos, la especialización conlleva la atribución a uno o varios Juzgados de Instrucción, Penales o Secciones de las Audiencias Provinciales, con carácter de exclusividad, el conocimiento de determinadas clases de asuntos o las ejecuciones propias del órgano jurisdiccional que se trate. Los presupuestos para su regulación también son diferentes. Mientras las normas de reparto son aprobadas por la Sala de Gobierno, la especialización requiere la aprobación del Consejo General del Poder Judicial y su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El acto material del reparto se realiza bajo la supervisión del Juez Decano, asistido del Secretario, cuando se distribuyan los asuntos entre los Juzgados de Instrucción o de lo Penal. Esta función corresponderá al Presidente de la Audiencia Provincial en los órganos colegiados, a quien le corresponde resolver las cuestiones y conflictos que puedan suscitarse, sin ulterior recurso –art. 167.2 LOPJ y arts. 26 y 27 del Reglamento 5/1995–.

Las partes podrán impugnar la infracción de las normas de reparto vigentes en el momento de incoarse las actuaciones, mediante recurso gubernativo que se interpondrá frente a las decisiones de los Secretarios judiciales y que resolverá el Juez Decano si se trata de Juzgados [art. 168.2.a.) LOPJ], o el Presidente de la Audiencia Provincial, si fueren secciones de la Audiencia Provincial. No se prevé recurso alguno frente a la resolución del recurso, pero el art. 68.4 LEC establece que serán nulas las resoluciones dictadas por tribunales distintos a los que correspondiere conforme a las normas de reparto, siempre que la nulidad se haya instado en el trámite procesal inmediatamente posterior al momento en que la parte tuvo conocimiento de la infracción mediante el correspondiente recurso gubernativo. La petición de nulidad se producirá, conforme a las normas de la LOPJ, mediante los recursos previstos en la ley y los demás medios que establecen las leyes procesales (art. 240.1 LOPJ).

CAPÍTULO V

LAS PARTES PROCESALES (I)

1. LAS PARTES EN EL PROCESO PENAL. INTRODUCCIÓN.

En el proceso penal confluyen dos intereses contrapuestos: el de la sociedad, que persigue el castigo del delincuente, y el del acusado que tiene el derecho a defenderse. De esta contraposición de intereses, sin embargo, no puede deducirse que exista una dualidad de partes, en el sentido en que normalmente se concibe: una parte que solicita una concreta tutela jurídica y otra frente a quien se pide. En el proceso penal quien ejercita la acusación no lo hace para proteger derechos propios, sino para requerir la actuación de la Ley y la aplicación del *ius puniendi*, que corresponde al Estado.

Cuando la LECrim. utiliza literalmente la acepción de “parte” (arts. 222, 467, 785.3, 786.2, y otros LECrim.) lo hace para establecer el régimen de su actuación en el proceso, haciendo valer los mecanismos de defensa y acusación, no para actuar derechos propios. Por tanto, se puede afirmar que en el proceso penal existen partes, pero sólo en cuanto al desarrollo o sustanciación de la causa criminal en la que adquieren plena vigencia los principios de contradicción y defensa. Aunque, también es cierto que, la constante evolución del proceso penal hacia el sistema acusatorio estricto aproxima cada vez más los sujetos del proceso penal al concepto de “partes”, entendidas éstas desde un concepto técnico-procesal.

En el proceso penal pueden distinguirse como partes acusadoras: El Ministerio Fiscal; Abogado del Estado; acusador particular; acusa-

dor privado; y actor civil. Y como partes acusadas se encuentran: el acusado y el responsable civil. No es preciso que todos los sujetos mencionados deban intervenir en el proceso penal. El Ministerio Fiscal, como luego veremos, se constituye como parte necesaria en los delitos públicos y semipúblicos. Pero no interviene en los procesos por delitos privados (injurias). En cualquier caso, será necesaria su presencia en la fase de investigación criminal. A este respecto, el Juez debe poner en inmediato conocimiento del Fiscal el inicio del procedimiento penal –art. 308 LECrim–. Por su parte, desde que exista una concreta imputación, el inculpado o, en su caso, el acusado deberán ejercitar su derecho de defensa.

Todas las demás partes son contingentes, sin que sea necesaria su presencia para la sustanciación y desarrollo del proceso. Así, el acusador particular y el popular tienen naturaleza contingente, ya que, sin perjuicio de su derecho a personarse y ejercer las acciones previstas en la ley, ni su falta de presencia ni su abandono impedirá la prosecución del proceso. El Abogado del Estado puede intervenir tanto como parte acusadora como acusada, en defensa del Estado y Organismos públicos. Y el actor civil ciñe su pretensión al objeto civil del proceso penal, cuando del ilícito se deriven consecuencias civiles y se hubiera personado en la causa. También puede existir una pluralidad de sujetos en la posición procesal de acusados. Así sucederá cuando se imputen los hechos punibles a diversas personas o se reclame responsabilidad civil subsidiaria a terceros civiles responsables.

2. EL MINISTERIO FISCAL.

El Ministerio Fiscal es un órgano constitucional al que el art. 124 CE encomienda la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a instancia de los interesados. De igual modo se pronuncia el art. 541 LOPJ y art. 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre. Se trata de un órgano del Estado integrado, con autonomía funcional, en el Poder Judicial, que ejerce sus funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad –art. 124.2.º CE y art. 2 EMF–.

Debe resaltarse el carácter jerárquico y dependiente del Ministerio Fiscal, al frente del cual se encuentra el Fiscal General del Estado¹. A éste corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos –art. 25 del Estatuto–. A este fin la fiscalía General del Estado impartirá Circulares para unificar los criterios de los Fiscales, pero que no son vinculantes para el Tribunal.

En todos los Juzgados y Tribunales habrá uno o varios representantes del MF, pero existirá una sola Fiscalía con un Jefe único, a cuyas directrices deberán someterse sus subordinados –arts. 12, 19 y 22 del Estatuto–, al ser una institución que interviene en las causas y asuntos que le están encomendados en “unidad de actuación”². Así, en caso de que un Fiscal recibiera una orden que considerase contraria a las leyes, lo razonará a su Fiscal Jefe, mediante informe motivado. Si el superior la ratificase, lo expondrá razonadamente, y relevará a aquél de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento, o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto cuestionado –art. 27 del Estatuto–³. Pero, la sujeción y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal no obsta para que en su actuación deba actuar conforme al principio de imparcialidad con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados (art. 7 del EOMF).

1. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial –art. 29 del Estatuto–. El Gobierno podrá interesar del Fiscal General que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público –art. 8 del Estatuto–.

2. De conformidad con lo dispuesto en el art. 22 EMF, el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado. El Fiscal General del Estado ostenta la Jefatura Superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la Institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal. La jurisprudencia ha declarado –SSTS 14 febrero 1994 (RAJ 736) y 10 febrero 1995 (LA LEY, 1995, R-14.368)– que “El Ministerio Fiscal es una institución que actúa a través de cualquiera de las personas físicas que lo integran. El hecho de que la calificación provisional sea firmada por un Fiscal distinto al que interviniera en el juicio oral es muy frecuente y no hay nada patológico en ello, de acuerdo con el EMF...”.

3. En el art. 40 del EMF se prevé el traslado de los Fiscales de sus respectivas plazas por disidencias graves con el Fiscal Jefe respectivo por causas a aquéllos imputables.

En el proceso penal la actuación del Ministerio Fiscal tendrá lugar con sujeción a la Constitución y demás normas del Ordenamiento jurídico, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes, u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las Leyes lo establezcan. En este sentido, la actuación ordinaria del Fiscal en el proceso penal consistirá en el ejercicio de la acción pública penal formulando acusación y solicitando la imposición de penas al acusado. Ahora bien, esta función debe estar presidida por los principios de su actuación que son los de defensa de la legalidad y los derechos de los ciudadanos entre los que se encuentran tanto los ofendidos por el delito, como los imputados y acusados en un proceso penal. Sobre este particular, téngase en cuenta que la actuación del Fiscal debe ser imparcial velando por tanto por la protección de los derechos de la víctima, como por el respeto de las garantías procesales del imputado (art. 773 LECrim.), debiendo consignar en sus conclusiones tanto las circunstancias adversas como las favorables al presunto culpable (art. 3 LECrim.).

Para el pleno cumplimiento de las finalidades expuestas el Fiscal actuará en el proceso penal ejercitando las siguientes funciones:

2.1. Práctica de diligencias preliminares de investigación.

En primer lugar, y con carácter previo al inicio del proceso penal la Ley atribuye al Fiscal la función de investigación de los hechos indiciarios de delito para lo cual realizará por sí mismo u ordenará a la policía la práctica de las diligencias pertinentes para la comprobación del hechos y la responsabilidad de los partícipes, en virtud de las facultades que le vienen atribuidas en los arts. 773.2, 287 a 290 LECrim., y art. 20 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre Policía Judicial⁴.

Las diligencias preliminares se iniciarán de oficio o bien por denuncia o atestado –art. 5 Estatuto y arts. 294, 295 y 773 LECrim.–⁵. El

4. Vid. Instrucción 2/1988, de 4 de mayo, sobre el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial. BIMJ, n.º 1518.

5. Vid. Instrucción 3/1993, de 16 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto del sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como *notitia criminis* en BIMJ, n.º 1697.

Fiscal podrá acordar cualquier diligencia, con excepción de las limitativas de derechos, o de naturaleza cautelar; salvo la posibilidad de acordar la detención preventiva sometida a los requisitos y plazos previstos en los arts. 17 CE y 520 bis LECrim. Concretamente, en sede de procedimiento abreviado, el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la que deberán observarse las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal (art. 773.2 LECrim.). A este efecto el art. 5 EMF dispone que el sospechoso habrá de estar asistido de abogado. Además podrá tomar conocimiento de las diligencias practicadas.

Tienen especial relevancia las funciones atribuidas a la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas en el art. 18 bis d) del EOMF 50/1981. A saber: la investigación de la situación económica y patrimonial, así como las operaciones financieras y mercantiles de toda clase de personas respecto de las que existan indicios de que realizan o participan en actos de tráfico ilegal de drogas. A este efecto, la Fiscalía impartirá a la Policía Judicial las instrucciones oportunas (véase sobre esta cuestión la STS de 28 diciembre 1999 [RAJ 9449]).

El Fiscal cesará en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos (art. 773 *in fine* LECrim.). Este procedimiento puede iniciarse, precisamente, por querrela del Ministerio Fiscal. En cualquier caso, las diligencias del Fiscal no podrán durar más de seis meses, salvo prórroga acordada motivadamente por el Fiscal General del Estado. A este efecto transcurrido el plazo de seis meses el Fiscal deberá poner fin a su investigación mediante el archivo, o la interposición de querrela o denuncia ante el Juez competente (art. 5 EMF).

2.2. Ejercitando las acciones penales y civiles que correspondan.

El art. 3.4.º del Estatuto, y los arts. 105 y 773 LECrim., establecen la obligación del MF de ejercitar las acciones penales que considere procedentes, exista o no acusador particular. Este deber impuesto al MF se refiere, exclusivamente, a los delitos públicos. Pero, aun con re-

lación a éstos, debe tenerse en cuenta que el ejercicio por el Fiscal de la acción penal queda condicionado a la existencia de un hecho punible, al margen de la calificación que los particulares puedan atribuir a los hechos.

El Ministerio Fiscal deberá entablar la acción civil juntamente con la penal, haya o no en el proceso acusador particular, salvo que el ofendido renuncie expresamente a la misma, en cuyo caso proseguirá la acción penal exclusivamente –arts. 108 y 112 LECrim.– o se la hubiese reservado, ya que el perjudicado puede optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil –art. 109.2 CP–.

Respecto a los delitos semipúblicos será precisa la previa denuncia del ofendido, y en los delitos privados perseguibles sólo mediante querrela no será necesaria la intervención del MF –arts. 104 y 105 LECrim.–. Finalmente, en el juicio de faltas el Fiscal será citado siempre excepto que la falta fuere únicamente perseguible a instancia de parte (art. 964.3 LECrim.). Ahora bien, aun cuando fuere citado a juicio, el Fiscal puede dejar de asistir al juicio cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado, de conformidad con las Instrucciones impartidas por la Fiscalía General del Estado (art. 969.2 LECrim.).

2.3. En la sustanciación del proceso penal.

Iniciado el proceso penal el Fiscal será parte necesaria y actuará con una legitimación por sustitución configurada como un *ius agendi* reconocido a este órgano como portador del interés público en la integridad y efectividad de los derechos fundamentales de todo ciudadano. La intervención del Fiscal se producirá, con carácter general, mediante escrito o comparecencia. Pero el art. 3 *in fine* EMF, modificado en 2003, dispone que también podrá producirse por medios tecnológicos siempre que aseguren el ejercicio de las funciones del Fiscal y ofrezcan las garantías suficientes de la validez del acto de que se trate. El fiscal podrá ejercer el derecho al recurso impugnando las resoluciones dictadas por los tribunales penales, con alegación, en su caso, del derecho a la tutela judicial efectiva.

La actuación del Ministerio Fiscal se producirá en el proceso penal de conformidad con los principios expresados. Ello no es óbice para que existan especialidades en las normas que regulan la intervención del fiscal en cada uno de los procedimientos penales regulados en la Ley. En el procedimiento por delitos graves le corresponde la inspección directa del mismo y la proposición de diligencias al Juez instructor –arts. 306, 311, 334 LECrim.–. Concretamente, intervendrá en los supuestos previstos en los arts. 501, 504, 504 bis.2, 529, 539, 594, 662.2.º, 623 y 641, 645 LECrim., con una participación cada vez más activa inspirada en el principio acusatorio, como se desprende de la reforma operada por LO 5/1995, de 22 de mayo, en relación con la adopción de medidas cautelares personales⁶. En la fase de juicio oral el Fiscal calificará provisionalmente los hechos punibles –art. 649 LECrim.–; intervendrá en la práctica de la prueba –art. 701 LECrim.–, etc.

En el procedimiento abreviado le corresponde igual actividad investigadora y directiva de la Policía Judicial –arts. 773, 767 LECrim.–; así como la intervención en la fase de diligencias previas solicitando su práctica o interviniendo en su realización, para lo cual el Juez le dará cuenta (art. 777 LECrim.). También intervendrá, decisivamente, en la preparación del juicio oral formulando, en su caso, escrito de acusación o la práctica de diligencias complementarias –arts. 780 y ss. LECrim.–. En el juicio oral actuará como parte tanto en la práctica de la prueba, en la calificación definitiva de los hechos, y en el informe en conclusiones finales –arts. 786.1.º, 788 y ss. LECrim.–.

En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos la Ley prevé una intervención activa del Ministerio Fiscal al efecto de poder cumplir con los plazos breves que justifican la regulación de este procedimiento. A este efecto, el Fiscal comparecerá en las diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia y, especialmente, en la comparecencia prevista en el art. 798 LECrim. en la que podrá solicitar que se ponga fin al procedimiento, que siga por el cauce del enjuiciamiento rápido, o bien que se continúe como diligencias previas, además de la adopción de medidas cautelares. El Juez adoptará la resolución en el acto y en el caso que resuelva continuar el procedimiento de enjuiciamiento rápido pedirá al Fiscal que solicite, en su

6. Vid. Circular de 13 de mayo de 1926 sobre la conclusión del sumario e interpretación de los arts. 622 y 630 LECrim. (Gaceta, día 18 julio) y Circular 7 de mayo de 1953, referente a la formación del sumario, así como Instrucción 3/1993, en nota 6. Vid. Capítulo VI, Sección 1. Ver Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre el nuevo régimen procesal de la prisión preventiva.

caso, la apertura del juicio oral y presente de inmediato escrito de acusación (art. 800 LECrim.), procediéndose a la celebración del Juicio en la fecha más próxima y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes. La premura de los plazos exige al Fiscal una presencia constante en los tribunales de justicia y una coordinación con los Juzgados de Guardia y de lo Penal que anuncia el art. 800.3 LECrim.

En el procedimiento del Tribunal del Jurado el Fiscal tiene una intervención esencial tanto en la preparación como en el desarrollo de las causas seguidas antes ese Tribunal —arts. 24 y ss. LO 5/1995, de 22 de mayo—⁷. Concretamente, actuará en la selección de los jurados art. 38 LOTJ), en el acto del juicio oral (arts. 42 y ss. LOTJ), en la audiencia previa a la entrega a los jurados del objeto del veredicto (art. 53 LOTJ).

3. EL ABOGADO DEL ESTADO.

Los Abogados del Estado asumen la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados del Estado, sus Organismos públicos y constitucionales, cualquiera que sea su posición procesal, cuando los procedimientos se sigan por actos u omisiones relacionadas con su cargo (arts. 551 LOPJ; 2 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas y 1.3 RD 997/2003, de 25 de julio)⁸.

7. Véanse las Circulares 3 y 4/1995, de 27 y 29 de diciembre, sobre el Proceso ante el Tribunal del Jurado.

8. Los abogados del Estado están adscritos a la Subdirección General de los Servicios Contenciosos que se integra en la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado del Ministerio de Justicia. Este organismo tendrá, entre otras funciones, la representación y defensa del Estado y de sus Organismos autónomos, así como de las demás Entidades públicas correspondientes. Las normas específicas sobre representación y defensa en juicio del Estado se establecen en los arts. 5 y ss. de la Ley 52/1997 y arts. 31 y ss. del RD 997/2003, que desarrolla el apartado 1.º de la disposición adicional 9.ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, por la que se crea el Cuerpo Superior de Abogados del Estado, que dispone en su art. 1.º que quienes desempeñan los puestos de trabajo de Abogados del Estado, sean o no funcionarios, podrán asumir la representación y defensa del Estado, sus Organismos autónomos y demás Entidades públicas, como igualmente lo establece el art. 551 LOPJ, sin perjuicio de que, y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan ser encomendadas a

La intervención del Abogado del Estado en el proceso penal puede tener lugar de distintos modos. A saber:

a) Como acusador particular en aquellos procesos por delitos comunes en los que el Estado pueda resultar perjudicado.

b) Como defensor en aquellos supuestos en los que un funcionario del Estado sea acusado por actos u omisiones cometidos en el ejercicio de su cargo en los que se haya sujetado estrictamente a la legalidad vigente, o haya cumplido orden de autoridad competente.

En ambos casos, se precisará Orden del Ministerio competente para la correspondiente actuación procesal, conforme a lo establecido en el Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso. Su actuación se acomodará a lo dispuesto en los preceptos de la LECrim., y deberá velar por el aseguramiento de las responsabilidades pecuniaras.

c) Como defensor en aquellos supuestos en que el Estado pudiera verse condenado como responsable civil subsidiario (véase STS de 7 julio de 2000 [RAJ 7459]).

d) En la doble condición de acusador y responsable civil subsidiario como, p.ej., sucede en los delitos de malversación de caudales públicos, pues el Estado, de una parte, es perjudicado respecto de las sumas de que dispuso el funcionario, y por otra, es responsable civil subsidiario en relación a las cantidades que se distrajeron.

abogado colegiado especialmente designado al efecto. A este respecto véase el RD 2016/1994, que establece la Asistencia jurídica del Estado a las Entidades de Derecho Público; el RD 1433/1993, con relación a los Puertos del Estado y las autoridades aeroportuarias. Y la Ley 14/2000 modificó la ley 52/1997 para añadir un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 1, de la Ley, con la siguiente redacción: "Asimismo, los Abogados del Estado podrán representar, defender y asesorar a las Corporaciones locales en los términos que se establezcan reglamentariamente y a través de los oportunos convenios de colaboración celebrados entre la Administración General del Estado y las respectivas Corporaciones o las Federaciones de las mismas". Además, debe tenerse en cuenta que la configuración del Estado Autonómico ha determinado que corresponda a los propios servicios establecidos en las Comunidades Autónomas las funciones de asesoramiento jurídico y defensa en juicio y de control, fiscalización y contabilidad en la Administración que corresponda a los servicios que se transfieren a cada Comunidad Autónoma.

Las actuaciones procesales realizadas por el abogado del Estado devengarán costas que se tasarán, en cuanto a sus conceptos e importe, por las normas generales, aplicándose las percibidas al presupuesto de ingresos del Estado. Las costas a favor del Estado las deberá satisfacer la parte que resultare condenada y actúe en el proceso contra del Estado, sus Organismos públicos, los Órganos constitucionales o personas defendidas por el Abogado del Estado (arts. 13 Ley 52/1997, sobre Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y 44 RD 997/2003). La condena en costas al Estado será abonada con cargo a los presupuestos, conforme a lo establecido reglamentariamente (arts. 13.3 Ley 52/1997 y 44 RD 997/2003).

4. ACUSADOR PARTICULAR Y POPULAR.

En nuestro sistema procesal penal se permite que junto al Ministerio Fiscal comparezca otra parte que formule acusación, ya que la acción penal ejercitada por el Fiscal no excluye la posible acción penal de los particulares. Efectivamente, en nuestro sistema constitucional de derechos el de tutela judicial efectiva ampara a los ofendidos por el delito que tienen derecho a ejercer la acción penal y ser parte en el proceso penal. Más aún, con base en el art. 125 CE se permite a cualquier ciudadano el ejercicio de la acción penal en concepto de acusación popular.

Conviene resaltar la singularidad de esta norma, ya que en otros Ordenamientos procesales como el francés, italiano, o incluso el alemán, sólo el Ministerio Fiscal puede ejercitar la acción penal. No obstante, la presencia del acusador particular en el proceso penal tiene naturaleza contingente, no así la intervención del Fiscal que es necesaria, al estar obligado por la Ley (art. 105 LECrim.) a ejercitar la acción penal en todos los supuestos en que exista un presunto hecho punible en los delitos públicos y, previa denuncia de la parte ofendida, en los semipúblicos.

En consecuencia, dentro del concepto amplio de acusación particular debe distinguirse entre la que ejercita el ofendido afectado por el delito –acusación particular, en sentido estricto– y la que puede ejercer cualquier ciudadano –acusación popular–. El acusador particular al ser ofendido por el delito fundamenta su legitimación en la tutela de

sus derechos e intereses reconocidos en el art. 24.1 CE. Por su parte, el acusador popular, en su condición de simple ciudadano, basa su legitimación extraordinaria en el art. 125 CE. No se trata de posturas procesales idénticas, sino que por el contrario existen caracteres y notas diferenciadas entre ambas clases de acusación debido a los diversos y diferenciados intereses en conflicto.

4.1. La acusación particular en concepto de perjudicado u ofendido por el delito.

El acusador particular ejercita su acción en concepto de ofendido o perjudicado por el hecho punible con caracteres y notas diferenciadas de las del acusador popular, en razón de los diversos y diferenciados intereses en conflicto. A este fin, el art. 109 LECrim. prevé que en el acto de recibírsele declaración al ofendido, se le instruirá de su derecho a mostrarse parte en el proceso ejercitando la acusación que se deducirá en forma de querrela (art. 270 LECrim.), sin necesidad de prestar fianza alguna (art. 281 LECrim.)⁹.

La querrela constituye un acto de parte que expresa una declaración de voluntad del ofendido o perjudicado mediante la que ejercita la acción penal y/o civil y le permite comparecer en el proceso como

9. La instrucción al perjudicado del derecho que le asiste a personarse en la causa como acusación particular resulta relevante al efecto de que la parte pueda ejercer su derecho en el proceso. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha declarado que la omisión de tal información no produce necesariamente la nulidad de lo actuado y la retroacción de las actuaciones, sino que se trata de un defecto formal que para que produzca la nulidad debe producir indefensión material al perjudicado. Por otra parte, La circunstancia de que el perjudicado no haga uso de su derecho a personarse en la causa como acusación particular, no puede dar a entender que renuncie a la restitución, reparación o indemnización que pudiera corresponderles. Téngase presente que el art. 108 dispone que el Fiscal debe entablar la acción civil juntamente con la penal, salvo que el perjudicado haya optado por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción civil –art. 109.2 CP–, o la hubiere renunciado, lo cual no puede presumirse y debe realizarse en forma expresa. En el mismo sentido, el art. 771.1 *in fine* LECrim., en sede de procedimiento abreviado, establece que de no personarse en la causa el ofendido y no hacer renuncia o reserva de las acciones civiles, el Fiscal las ejercitará si correspondiere.

acusación particular. Téngase presente que mediante la querrela el perjudicado por el hecho dañoso se constituye en acusador particular solicitando la imposición de unas determinadas penas. De este modo, su actuación quedará limitada a las peticiones efectivamente ejercitadas en el proceso sin que esté legitimado para recurrir respecto a la denegación de aquellas pretensiones de condena que no hubiera asumido en su escrito de conclusiones definitivas¹⁰.

No son de aplicación al acusador particular las inhabilidades establecidas en los arts. 102 y 103 LECrim. que se refieren al ejercicio de la acción popular. De modo que podrán querrellarse y personarse como acusación particular el Juez o el cónyuge, frente al otro cónyuge, cuando ellos fueren los perjudicados por el delito. También pueden ser acusación particular los extranjeros ofendidos por el delito, que están excluidos de la posibilidad de ejercitar la acción popular (art. 270 LECrim.). En todo caso se les exigirá la prestación de fianza, prevista en el art. 280 LECrim., salvo que resulten exentos en virtud de Tratado internacional, o por el principio de reciprocidad, según prevé el art. 281, *in fine*, LECrim.

No cabe el ejercicio de la acusación particular en el ámbito del proceso militar en el supuesto de que “ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación”, y ello por aplicación de lo dispuesto en el art. 108, párrafo 2, de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOJM), y en el art. 127, párrafo 1, de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LOPM). Sin embargo, el TC en su Sentencia 115/2001, de 10 mayo, concedió el amparo solicitado y reconoció el derecho a comparecer como acusación particular en dicho proceso, por entender que la prohibición citada no tiene justificación constitucional suficiente, y conculca el principio constitucional de igualdad en la Ley. En el mismo sentido se pronuncia la STC 157/2001 de 2 julio. También cabe la personación como acusación particular

10. No será necesaria la formulación de querrela en el procedimiento abreviado, por cuyo cauce se sustancian la mayor parte de los delitos, ya que la Ley establece que aquélla no será necesaria para mostrarse como parte en la causa (arts. 761 y 771 LECrim.). No obstante, debe precisarse que a pesar de no exigirse querrela en el procedimiento abreviado el perjudicado debe manifestar la voluntad inequívoca de ser parte en el proceso, en cuyo caso deberá comparecer con abogado, o bien solicitar al órgano jurisdiccional que se le nombre uno de oficio.

en el proceso de menores. Esta posibilidad, vedada en la redacción originaria de la ley, ha sido admitida por la modificación de la Ley por LO 15/2003, que establece que podrán personarse como acusación particular las personas directamente ofendidas por el delito con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento (art. 25 LORPM).

Los legitimados para comparecer en el proceso como acusador particular podrán mostrarse parte en el proceso hasta el momento en que se evacue el trámite de calificación del delito (art. 110 LECrim.). Cuando se personaren dos o más personas, o cuando resulten coincidentes las dos acusaciones, lo verificarán bajo una misma dirección y representación cuando sus intereses fuesen coincidentes (art. 113 LECrim.)¹¹. No obstante, en la ponderación del interés del derecho a la defensa y asistencia de Letrado libremente elegido por el interesado y un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por reiteración de actuaciones de idéntica finalidad, debe prevalecer el derecho a la libre designación de abogado y procurador¹².

11. El art. 113 LECrim. dispone que cuando sean dos o más las personas que ejerciten las acciones derivadas de un delito o falta lo verificarán en un sólo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal, lo cual, a la luz del derecho constitucional de defensa y asistencia Letrada, ha sido interpretado por el TC, en el sentido de que "... se dé una suficiente convergencia de intereses e incluso de puntos de vista en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de las diligencias instadas o actos realizados por sus respectivas representaciones y asistencia letradas..." (STC 193/1991, de 14 octubre).

12. En relación con el ejercicio de acciones dimanantes de delito o falta por varias personas a la vez, y a la vista de la facultad que el art. 113 LECrim. concede al Tribunal para establecer un litisconsorcio necesario impropio permitiéndole acordar que tal ejercicio se haga bajo una misma dirección y representación, la STC 30/1981, de 24 julio, ha declarado que si bien tal facultad concedida por la Ley al Tribunal viene a reforzar el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas y el principio de economía procesal, no debe entenderse la facultad en un sentido meramente discrecional, pues para que el Juez pueda ejercitarla es preciso una convergencia de intereses e incluso de puntos de vista en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligencias instadas o actos realizados por sus respectivas representaciones letradas; en otro caso se produce una merma del derecho de defensa ante los Tribunales. El TC, en este caso, otorgó el amparo contra el auto de la Audiencia Provincial que acordaba que las personas que ejercitaban la acusación particular lo hicieran "bajo una misma y única representación y dirección letrada".

El acusador particular podrá separarse del proceso penal en el que era parte, sin que para ello sea obstáculo la naturaleza indisponible del proceso penal, ya que el ejercicio del *ius puniendi* correspondiente al Estado lo ejercita en todo caso el Fiscal. En efecto, a diferencia del Ministerio Fiscal que debe actuar por imperativo legal, el acusador particular ejercita un derecho renunciable en cualquier momento, sin que ello afecte la continuación del proceso penal que seguirá, a pesar de la renuncia del acusador particular (arts. 106 y 107 LECrim.). La LECrim. ha previsto esta retirada del acusador particular del proceso en los arts. 274 y 276, aunque quedará sujeto a las responsabilidades que pudieran resultarle por actos anteriores¹³.

Se extinguirá la acción penal en aquellos casos en los que la Ley admite el perdón del ofendido, como ocurre en los delitos de calumnia e injuria de conformidad con lo dispuesto en el art. 215.3.º CP o en los de daños por imprudencia grave, descubrimiento y relevación de secretos según lo previsto en el art. 267.3.º CP, con las limitaciones impuestas en el art. 130.4 CP. Es decir, el perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta, y cabe la posibilidad de ser rechazado por el Juez o Tribunal sentenciador cuando el perdón hubiera sido otorgado por los representantes de menores o incapacitados.

En el caso del fallecimiento del querellante los herederos podrán continuar con su acción en la misma posición del originario acusador particular, para lo cual deberán personarse dentro de los treinta días siguientes con el fin de sostener la acción, a cuyo efecto se les citará dándoles a conocer el procedimiento. Pero, en muchos casos pueden existir problemas para la determinación de

13. Las SSTs de 18 febrero 1965 (RAJ 883) y 7 febrero 1962 (RAJ 672) señalan que son indemnizables los perjuicios que se ocasionen con el ejercicio de una querrela infundada si medió culpa o negligencia, máxime cuando sean consecuencia de las medidas precautorias instadas por el querellante. En análogo sentido, la STS de 5 diciembre 1980 (RAJ 4738) declaró que "... para la viabilidad de la petición de resarcimiento, ocasionado por actuaciones judiciales de cualquier índole, es menester que la parte que las inició... haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada y lo que significa la concurrencia de un *animus nocendi* o intención dañosa, que no existirá cuando, sin traspasar los límites de la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial...".

quien sea el heredero que hiciere preciso, v.g., instar un expediente judicial de declaración de heredero. En ese caso, debidamente acreditada esta circunstancia, debe procederse a la suspensión de la causa hasta su resolución. De otro modo, se impedirá la personación de los legítimos herederos con la consecuencia de la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, respecto a un supuesto de fallecimiento del querellante en un proceso por estafa (véase STC 84/2000, de 27 marzo).

La acusación particular interviene plenamente en el proceso penal y en calidad de parte le asisten los derechos que le son propios. En este sentido, la tutela judicial efectiva ampara a todos los intervinientes en el proceso, pero ello no supone una completa equiparación con la parte acusada que ostenta derechos que le son propios, como el derecho a la presunción de inocencia o de defensa al detenido e inculpado que únicamente ostenta el sometido al proceso penal (véase STC 20/1998, de 27 enero). En calidad de parte podrá promover cuestiones de competencia –art. 19.5.º LECrim.–; intervenir en la fase instructora y proponer la práctica de diligencias que estime adecuadas para la averiguación del delito –arts. 302, 311, 312, 314, 623, y 776.3 en sede de procedimiento abreviado LECrim.; 25 y 27 LOTJ–; intervenir en la petición de sobreseimiento –arts. 642, 544, 645, 782 LECrim., 32 LOTJ–; emitir escrito de calificación provisional –art. 651, 780 LECrim., 29 LOTJ–; proponer prueba –art. 656, 781 LECrim., 29 LOTJ–; intervenir en el juicio oral –arts. 701 y ss., 785 y ss. LECrim., y 42 y ss. LOTJ–, etc.

En todas estas actuaciones la acusación particular deberá comparecer debidamente constituida con abogado y procurador. Así deberá suceder en el acto del juicio, o en la vista de recursos. Sin embargo, no es infrecuente que comparezca únicamente el abogado. En ese caso, no obstante la infracción procesal producida el Tribunal Supremo considera que se trata de un defecto formal que no puede impedir el ejercicio efectivo del derecho de la acusación particular a defender sus pretensiones en el acto del juicio (STS de 10 junio 1998 [RAJ 5310]).

4.2. La acusación popular.

La acción popular se fundamenta en la legitimación genérica que se concede a todos los ciudadanos españoles en los arts. 125 CE y 19.1 LOPJ.

Este derecho se incluye en el de tutela judicial efectiva, siempre que haya sido reconocido por la Ley ordinaria (art. 101 LECrim.), y se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional. Estas normas, no obstante, condicionan su ejercicio a lo establecido en la Ley. En este sentido, los arts 101 y 270 LECrim. establecen el derecho de los “ciudadanos españoles”, hayan sido o no ofendidos por el delito, a ejercitar la acción penal por medio de querrela. En el mismo sentido, el art. 761 LECrim. dispone que el ejercicio de la acción penal por los particulares, sean o no ofendidos por el delito se efectuará en la forma y con los requisitos señalados en los arts. 270 y ss. LECrim.

La posibilidad de ejercitar la acción popular en el proceso penal constituye una singularidad de nuestro sistema procesal, que deberá ejercitarse con observancia de los límites previstos en la Ley que se constatan en los siguientes: 1.º respecto a los sujetos legitimados e inhabilitados para el ejercicio de la acción popular; 2.º a la constitucionalidad y límites de la fianza prevista en la ley.

Los límites expresados exigen únicamente el cumplimiento de determinados requisitos formales. De este modo, cualquier persona física o jurídica de nacionalidad española que preste la debida fianza podrá personarse en calidad de acusación particular en el proceso, lo que ha determinado críticas doctrinales. Sobre este particular, se aprecian determinados supuestos en los que la acción popular sirve como arma procesal destinada a la persecución selectiva de determinadas conductas o personas, sin que en realidad exista una legitimación concreta que soporte esta acción, teniendo en cuenta que la acción pública ya la ejercita el Ministerio Fiscal. El Tribunal Supremo se ha pronunciado a este respecto, aunque *obiter dicta*, poniendo de relieve este problema.

4.2.1. *Límites y legitimados para el ejercicio de la acción popular.*

El art. 125 CE reconoce el derecho a ejercer la acción popular en la forma que la Ley determine. Se trata, por tanto, de un derecho que se inserta en el genérico de tutela judicial efectiva de los ciudadanos, que queda condicionado, sin embargo, por los límites establecidos en la

Ley. Estos límites se concretan en la inexistencia de la acción popular en aquellos procesos en los que no se halle expresamente prevista.

Otros límites para el ejercicio de esta acusación se concretan en las inhabilitaciones absolutas para el ejercicio de la acción popular previstas en los arts. 102 y 103 LECrim. Estos supuestos se refieren a las personas que no gocen de la plenitud de los derechos por incapacitación legal (art. 200 CC); los condenados dos veces por sentencia firme como reo de delito de denuncia o querrela falsa; el Juez o Magistrado; los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, entre sí. Pero sí se podrá ejercitar la acción penal cuando sea el ofendido por el delito quien actúa en calidad de acusación particular. En cualquier caso no se impide la denuncia del hecho delictivo al órgano competente. La razón de estas limitaciones se hallan en la protección y salvaguardia de derechos e intereses; por ejemplo, en el caso de los cónyuges la de la propia institución familiar, a cuyo fin se impide el ejercicio de la acción penal en calidad de acusación popular, lo que podría socavar la estabilidad y armonía de las relaciones familiares.

Las personas jurídicas también están legitimadas para el ejercicio de la querrela penal en concepto de acción popular. La interpretación amplia del precepto legal, y en consecuencia la admisibilidad de la querrela ejercitada por personas jurídica, se desprende de la naturaleza, en el proceso penal, de los intereses en conflicto. Si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso, y se reconoce protección a las personas jurídicas dentro del ámbito del art. 53.2 CE, debe admitirse que se encuentran legitimadas para el ejercicio de la acción popular. Sin embargo, una primera doctrina jurisprudencial de la Sala 2.^a TS no permitía interponer la acción popular a las personas jurídicas. Finalmente, se ha abierto paso la doctrina opuesta que considera que también las personas jurídicas pueden ejercitarlas. En este sentido, como razona la STC 241/1992, de 21 diciembre, en doctrina reiterada en las SSTC 34/1994, de 31 enero y 154/1997, de 29 septiembre, las personas jurídicas también pueden invocar la vulneración de derechos fundamentales como los de tutela efectiva, en su vertiente de prestación de la actividad jurisdiccional.

Cuestión distinta es la del ejercicio de la acción popular por Entes sin personalidad jurídica, a quienes no puede aplicárseles la anterior

doctrina, por no quedar amparados por lo dispuesto en el art. 53.2 CE. En cualquier caso, se requerirá una conexión directa que ampare el ejercicio de la acción popular, ya que carecen de personalidad jurídica y quedan inhabilitadas para ejercitar otros derechos que no tengan relación con los fines que desarrollan.

Tampoco cabe que se persone como acusación popular una administración pública, ya que los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos, y frente a los que se alzan, precisamente, las garantías constitucionales (véase SSTC 64/1988, de 12 abril; 91/1995, de 19 junio; 197/1988, de 24 octubre; 129/1995, de 11 septiembre). Finalmente, respecto a los límites, tampoco cabe el ejercicio de la acción popular en el ámbito de la jurisdicción militar.

En el supuesto del ejercicio de la acción popular por varias acusaciones particulares será de aplicación el art. 113 LECrim., que impone la obligación de litigar conjuntamente. Esta norma tiene por finalidad la de evitar innecesarias reiteraciones en las actuaciones judiciales que, a su vez, pudieran vulnerar el derecho a no sufrir retrasos indebidos en la tramitación y resolución de la causa; y se fundamenta en el hecho de que al no concurrir en la acusación popular la condición de perjudicado puede existir una mayor convergencia de intereses, más allá del particular del ofendido por el delito. Pero, al mismo tiempo la aplicación de esta exigencia puede obstaculizar o limitar el derecho de defensa de la acusación popular que pudiera verse lesionado. Con base en estas premisas el TC ha declarado que la norma del art. 113 LECrim. configura un litisconsorcio necesario impropio, que determina la necesidad que dos o más acusaciones populares litiguen conjuntamente, debe interpretarse y aplicarse de forma que respete el derecho de defensa y asistencia letrada de la parte o partes a las que se obliga a litigar bajo una misma defensa y representación.

4.2.2. *Requisitos para el ejercicio de la acción popular: la fianza.*

La acción popular se ejercitará en el proceso mediante querrela que deberá contener los extremos y observar los requisitos previstos en el

art. 277 LECrim. Además, según resulta de los arts. 280 y 281 LECrim. el querellante que no fuere ofendido por el delito deberá prestar fianza en la cuantía que fijare el Tribunal para responder de las resultas del juicio. Sobre este particular, se ha planteado la cuestión de si la fianza establecida en la Ley para el ejercicio de la acción popular (art. 280 LECrim.) puede ser contraria al derecho constitucional¹⁴.

5. ACUSADOR PRIVADO.

La intervención del acusador privado únicamente tendrá lugar en aquellos supuestos en que se trate de delitos perseguibles sólo a instancia de parte —art. 104 LECrim—. Actualmente sólo deben incluirse en esta categoría los delitos de injurias y calumnias (art. 215.1.º CP), que precisarán de la previa formulación de querrela por parte del ofendido. El Ministerio Fiscal no se constituye en parte en este tipo de procesos. Cuando el ofendido ejercite la acusación en este tipo de delitos privados comparecerá en su calidad de acusador privado, ya que sólo a éste corresponde el ejercicio de la acción penal en este tipo de procesos.

La legitimación únicamente la ostenta la persona ofendida por el delito o su representante legal, siendo suficiente la denuncia cuando se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. El acusador privado dispondrá de la acción, pudiendo bien renunciar a ella (arts. 106.2.º y 275 LECrim.), o bien ofrecer el perdón al acusado (art. 215.3.º en relación con el 130.4.º CP).

14. El TC ha resuelto que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva siempre que la cuantía de la fianza impuesta al acusador popular esté en relación con los medios de quienes pretendan ejercitarla, y, por tanto, no impida u obstaculice gravemente su ejercicio. En caso contrario, se produciría una situación de indefensión proscrita en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, el art. 20.3 LOPJ establece que no podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular. Tampoco existe desigualdad, o trato discriminatorio, respecto a la exclusión de fianza de los ofendidos por el delito, herederos y otra personas con ellos relacionados, cuando ejerzan la acción particular (art. 281 LECrim.) (vid. SSTC 62/1983, de 11 julio; 147/1985, de 29 octubre, y 202/1987, de 17 diciembre, 326/1994, de 12 diciembre, 154/1997, de 29 septiembre).

La querrela se entenderá abandonada cuando se dejase de instar el procedimiento dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que el instructor la acuerde (art. 275 LECrim.). No se trata sólo de una caducidad del proceso, sino de una renuncia tácita al derecho, siempre que la causa de la paralización resulte imputable a la parte y no al órgano judicial. Idénticos efectos se producen en caso de muerte o incapacitación del querellante, si no comparece ninguno de sus herederos o representantes legales a sostener la querrela dentro de los treinta días siguientes a la citación que al efecto se les deba hacer, de conformidad con el art. 276 LECrim.

6. ACTOR CIVIL.

Tiene el carácter de actor civil aquella parte procesal que, siendo perjudicada por el hecho punible, solamente ejercita la acción civil *ex delicto*. La existencia de esta parte procesal trae causa de la posibilidad de que en el proceso penal, junto con la acción penal, se ejercite la acción civil. Por medio de esta acción se solicita la restitución, reparación y la indemnización que a favor de los perjudicados pueda acordarse.

La acción civil pueden ejercitarla: a) El Ministerio Fiscal, que la formulará juntamente con la penal, por imperativo legal según dispone el art. 108 LECrim.; b) los perjudicados por los hechos punibles, cuando lo hagan juntamente con la acción penal, presumiéndose tal ejercicio conjunto en el art. 112 LECrim.; c) los perjudicados por los hechos constitutivos de delitos públicos o semipúblicos, cuando ejerciten aquélla exclusivamente, dejando que sea el Fiscal el único acusador que accione penalmente. Será en este último supuesto cuando el perjudicado se denominará actor civil.

La sucesión procesal, por transmisión *inter vivos* del posible crédito a terceros, queda excluida. En consecuencia, las aseguradoras que hayan suscrito un seguro para cubrir los daños que se puedan ocasionar por la comisión de un ilícito penal culposo quedan excluidas como perjudicadas, ya que la lesión patrimonial que alegan se ha producido como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas y no por el delito castigado, sin perjuicio del derecho de repetición (art. 117 CP).

El actor civil se constituye como parte en el proceso, quedando constreñida su actividad procesal a la obtención del contenido jurídico privado del proceso: la reparación del daño, restitución de la cosa, o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho punible.

En las diligencias de investigación y comprobación del delito, su intervención se limitará a procurar la práctica de aquéllas que puedan conducir al mejor éxito de su acción, apreciadas discrecionalmente por el Instructor (art. 320 LECrim.). También debe notificársele el auto de conclusión del sumario y su emplazamiento ante la Audiencia (art. 623 LECrim.), y se le pasará la causa para calificación provisional (art. 651 LECrim.), con posibilidad de proponer la correspondiente práctica de la prueba (art. 656 LECrim.). Intervendrá en la práctica de la prueba en el juicio oral (art. 701 LECrim.), y emitirá su informe al final del juicio oral circunscrito a la responsabilidad civil derivada del delito (art. 735 LECrim.). Podrá interponer recurso de casación, si bien su legitimación se circunscribe sólo a aquello que pudiera afectar a su derecho (art. 854.2.º LECrim.).

CAPÍTULO VI

LAS PARTES PROCESALES (II). EL DERECHO DE DEFENSA DEL DETENIDO E INCULPADO EN EL PROCESO PENAL. DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA

1. EL INCULPADO O IMPUTADO.

El imputado o inculpado es aquella persona frente a la que se dirige el proceso penal, en el que se le imputan unos determinados hechos de carácter punible. Esta inculpación puede tener lugar desde el mismo inicio del proceso, por constar la identificación del presunto responsable en la querrela, denuncia o atestado, o bien puede efectuarse en un momento posterior como consecuencia de las diligencias practicadas en la fase instructora. Corresponde al Juez instructor efectuar una provisional ponderación de aquella atribución, y sólo cuando nazca una sospecha contra determinada persona, deberá considerársela como imputado¹.

1. Así, cuando el órgano instructor entienda en un sumario que existen suficientes indicios racionales de criminalidad contra un inculpado, dictará contra él un auto de procesamiento –art. 384 LECrim.–. Cuando se incoen diligencias previas en un procedimiento abreviado, al no existir auto de procesamiento, el instructor podrá acordar la detención, prisión o libertad provisional con o sin fianza, así como el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse del delito. Cualquiera de estos actos procesales implica la imputación formal de un presunto

La imputación formal de un acto punible a una persona determinada tendrá lugar en el procedimiento por delitos graves mediante el auto de procesamiento –art. 384 LECrim.– que dictará el órgano instructor cuando entienda que en el sumario existen suficientes indicios racionales de criminalidad contra un inculpado. En las diligencias previas del procedimiento abreviado no existe auto de procesamiento, pero sí imputación que se producirá en la primera comparecencia en la que el Juez informará al imputado de sus derechos y los hechos que se le imputan (art. 775 y 765.2 LECrim.). Con base en esta imputación el instructor podrá acordar la detención, prisión o libertad provisional con o sin fianza, así como el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que pudieron derivarse del delito. Cualquiera de estos actos procesales implica la imputación formal de un presunto delito a una persona determinada. El imputado podrá intervenir en la fase instructora y solicitar las diligencias que estime pertinentes –arts. 303 y 311 LECrim.–. En cualquier caso, y con base en el art. 118 LECrim., el imputado, en su concepto más amplio, tiene capacidad procesal para defenderse desde el mismo momento en que se le comunique la existencia del proceso o la adopción de cualquier medida cautelar.

La imputación es un acto trascendente por cuanto desde ese momento el interesado podrá acceder al proceso y ejercer su derecho de defensa, y con éste una efectiva y equilibrada contradicción procesal. En caso contrario se producirá una omisión procesal que podrá producir una efectiva indefensión según el supuesto. Así sucederá en el caso que se hubiere tramitado la instrucción sin notificar al imputado su condición, sin darle ninguna posibilidad de intervenir hasta la fase de juicio oral. En este caso se producirá una obvia afectación del derecho de defensa del justiciable (véanse SSTC 220/1998, de 16 noviembre; 273/1993, de 20 septiembre). En razón de la importancia del acto de imputación el Juez instructor no debe retardar la puesta en conocimiento del imputado de los hechos que se le imputan a fin de que, efectivamente, el imputado pueda defenderse. Ahora bien, la condición de imputado en un proceso penal no conlleva únicamente ventajas, sino también una serie de cargas o efectos negativos, tanto proce-

delito a una persona determinada. Para llegar a la imputación formal contra una persona el titular del órgano instructor deberá ponderar provisionalmente los hechos y las circunstancias, de modo que nazca en él una sospecha contra persona determinada.

sales como extraprocesales. Es por ello por lo que si bien no debe retardarse la puesta en conocimiento de la imputación, tampoco puede admitirse que se atribuya esa condición sin un control previo basado en una provisional ponderación de aquella atribución con base en la responsabilidad indiciaria del imputado en los hechos objeto de la instrucción penal.

La situación de imputado determina la aplicación de una serie de efectos procesales previstos en la LECrim., así como una obligada protección de sus derechos fundamentales, regulados en el art. 24 CE. De los arts. 118 y 520 LECrim. y del art. 24 CE puede configurarse el siguiente cuadro de derechos del imputado, que surgirán desde que se le comunique la existencia de aquella imputación. Aunque, algunos de éstos no se harán efectivos hasta el juicio oral. A saber:

a) *Derecho de defensa*. A este derecho nos referimos en otro apartado de este Capítulo.

b) *Derecho al Juez predeterminado por la Ley*. La predeterminación legal del Juez significa que la Ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial. Su aplicación permitirá en cada supuesto litigioso determinar el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. Con ello se garantiza la inexistencia de Jueces nombrados *ad hoc*, y que el Juez que resulte nombrado con arreglo a una norma preexistente al caso litigioso no pueda ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones de un órgano gubernativo. Según afirma el Tribunal Constitucional, la norma para determinar al Juez competente deberá ser una Ley Orgánica, y no un Decreto-ley ni disposiciones emanadas del Ejecutivo.

c) *Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas* y con todas las garantías. El Tribunal Constitucional ha definido este derecho como autónomo, aunque instrumental, respecto del Derecho a una tutela efectiva, sin que quepa un amparo constitucional automático del cumplimiento de los plazos procesales, debiendo atender a la complejidad del litigio, conducta de las partes, etc.

d) *Derecho a usar los medios de prueba pertinentes*. Este derecho abarca todas las pruebas que puedan practicarse en el proceso, siempre que sean pertinentes al fin del proceso. No supone un derecho ilimitado a practicar cuantas pruebas proponga la parte, sino sólo las que resulten pertinentes; es decir, las que guarden relación entre los hechos objeto de prueba y el *thema decidendi*. Esta declaración corresponderá al Tribunal de instancia, debiendo motivar la resolución en que se declaren impertinentes. e) *Derecho a la presunción de inocencia*. El Tribunal Constitucional, de forma reiterada, ha señalado que

será necesario, para que opere la protección constitucional de esta presunción, que se haya dictado sentencia condenatoria en un proceso en el que no haya existido una mínima actividad probatoria practicada con las debidas garantías procesales, o bien que haya existido insuficiente prueba de cargo. En la vía de amparo no se podrá, por otra parte, entrar a examinar la valoración de la prueba practicada ante el Tribunal de instancia.

2. EL RESPONSABLE CIVIL.

La responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo calificado como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios causados –art. 109 CP– y comprende tanto la restitución de la cosa, como la reparación del daño ocasionado, y la indemnización de perjuicios materiales y morales –art. 110 CP–. Dentro del concepto de responsabilidad civil puede distinguirse una responsabilidad directa y una subsidiaria.

2.1. La responsabilidad civil directa.

Será responsable civil directo toda persona que resulte responsable criminalmente –art. 116 CP–, sea como autor o cómplice. También será responsable directo el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito –art. 122 CP–. Con base en esta responsabilidad el art. 127 CP dispone que la imposición de la pena llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan, los instrumentos, así como las ganancias del delito. A este efecto serán decomisados los bienes a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

Tendrán responsabilidad civil directa aquellas personas que ejerzan su potestad o guarda sobre los individuos señalados en el art. 20, apartados 1.º y 3.º, CP, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia –art. 118.1.º CP–. Igualmente tendrán este carácter aquellas personas comprendidas en el art. 20, apartado 2.º (estado de intoxicación plena o síndrome de abstinencia a causa de dependencia de sus-

tancias psicotrópicas), de conformidad con el art. 118.2.º CP. En el caso del núm. 5.º del art. 20, es decir, estado de necesidad, serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya evitado el mal. Y en el supuesto del núm. 6 (miedo insuperable), quienes hubieran causado el miedo y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho. Cuando concorra un error invencible sobre un hecho constitutivo de infracción penal –art. 14 CP–, los autores del hecho serán igualmente responsables civiles.

Los aseguradores que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando se ejercite contra ellos en el proceso penal la acción civil indemnizatoria, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente prevista (seguro obligatorio) o convencionalmente pactado (seguro voluntario), sin perjuicio del derecho de repetición –art. 117 CP–, en concordancia con el art. 76 Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro. A este efecto, el art. 762.11.ª LECrim. en sede de procedimiento abreviado prevé que: “cuando los hechos enjuiciados deriven del uso y circulación de vehículos de motor, se reseñará también, en la primera declaración que presten los conductores, los permisos de conducir de éstos y de circulación de aquéllos y el certificado del seguro obligatorio y el documento que acredite su vigencia en aquellos otros casos en que la actividad se halle cubierta por igual clase de seguro”. Y, el art. 764.3 LEC dispone que se requiera a la entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, para que afiance, hasta el límite del seguro obligatorio, la responsabilidad civil. La entidad aseguradora o el Consorcio no tendrán la consideración de parte en el proceso penal, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar que podrá ejercer en la pieza correspondiente (art. 764.3.2 LECrim.).

En el procedimiento abreviado el art. 764.1.º LECrim. establece que el Juez de Instrucción podrá acordar, mediante auto, el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias de los que pudieran resultar responsables directos o subsidiarios, formándose a tal efecto pieza separada. Por su parte el art. 783.2 prevé que, si no lo hubiere hecho ya, el Juez de instrucción al acordar la apertura del juicio oral exigirá fianza si no la prestare el acusado. Téngase presente que, en la actualidad, el art. 117 CP regula la responsabilidad directa de las Aseguradoras cuando se produzca el evento que determine el riesgo asegurado

y hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada. Véase el apartado anterior *in fine*.

En cuanto a los criterios de determinación de la responsabilidad civil derivada de accidente de circulación declarada en un proceso penal debe aplicarse el baremo previsto en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. En este sentido, tras plantearse la duda de la aplicación en el proceso penal, el TC ha declarado la constitucionalidad de la citada Ley, con la salvedad de determinados apartados de la ley (STC 181/2000, de 29 junio).

Finalmente, constituye un supuesto especial de responsabilidad civil la que se produce en el enjuiciamiento de determinados delitos, en cuyo proceso se solicite la nulidad de contratos civiles que deba afectar a varios sujetos. Así, por ejemplo en el caso del delito de alzamiento de bienes, en el que se producirá una situación de litisconsorcio pasivo necesario que exigirá que se dirija el procedimiento frente a todos los intervinientes en el contrato ejercitando, ya sea exclusivamente la acción civil de nulidad, o bien ejercitando la acusación como partícipes en el delito. En el primer caso tendrán la consideración de demandados civiles; en el segundo de acusados.

2.2. La responsabilidad civil subsidiaria.

La responsabilidad civil subsidiaria se constituye en una obligación legal de indemnizar que proviene y se fundamenta en el riesgo creado². Tendrán el carácter de responsables civiles subsidiarios, por insolvencia del responsable criminal, según la vigente redacción de los arts. 120 y 121 CP:

a) Los padres o tutores por los daños y perjuicios causados por los hijos mayores de 18 años, sujetos a su patria potestad o tutela, cuando

2. La jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS ha señalado –SSTS de 27 julio 1985, 20 febrero 1989, 25 junio 1990, entre otras– que el art. 1902 CC, respecto a la obligación legal de indemnizar los daños y perjuicios causados, no tiene el carácter de norma sancionadora, sino de reparación o compensación. Añade que no se trata de probar, en el derecho civil, la existencia de “culpables” o “inocentes”, sino de acreedores y deudores. Si el deudor no cumple se presume culpa. Por tanto, acreditado el hecho ilícito realizado por los deudores, éstos deben responder de los daños causados.

vivan en su compañía y haya mediado culpa o negligencia. Se refiere la Ley a la falta de la diligencia del buen padre de familia, a la que se refiere el art. 1104 CC³.

b) Las personas naturales o jurídicas titulares de medios de difusión oral o escrita por quienes los hayan utilizado, sin perjuicio de la solidaridad establecida en el art. 212 CP; es decir, cuando el hecho sea tipificado como calumnia o injuria.

c) Las personas naturales o jurídicas, por los delitos o faltas cometidos en los establecimientos de que sean titulares, cuando se hayan infringido las reglamentos de policía o las disposiciones gubernativas relacionadas con el hecho punible, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

d) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

e) Las personas naturales o jurídicas propietarias de vehículos, por la comisión de delitos o faltas realizados por sus dependientes, representantes o personas autorizadas en la utilización de aquéllos.

Se trata en los dos últimos supuestos de una responsabilidad que descansa sobre presupuestos meramente objetivos, configurándose, en cierto modo, como una responsabilidad *in re ipsa*. Esta se funda sobre todo en el principio de que quien se benefició de una actividad de otro que puede generar perjuicio para tercero, está obligado a asumir la carga económica de las acciones perpetradas por el responsable principal, en tanto en cuanto no pueden ser resarcidas con el peculio de éste. Concretamente, el Tribunal Supremo ha declarado la existencia de esta responsabilidad en supuestos de actuaciones delictivas de empleados de sucursales bancarias.

f) El Estado y de los Entes públicos por hechos cometidos por sus funcionarios en actos de servicio, cuando sea consecuencia directa del

3. Este motivo requiere que el criminalmente responsable del delito sea una persona mayor de dieciocho años sujeta a la patria potestad o tutela de los padres o tutores y que éstos hayan incurrido en culpa o negligencia en el ejercicio de los deberes inherentes a la patria potestad o a la tutela que hayan sido expresamente declarados probados por el Tribunal y no meramente presumida o sospechada (véase STS de 31 enero 2001 [RAJ 492]).

funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios (art. 121 CP). Presupuesto de la declaración de responsabilidad del Estado es que se haya acusado y condenado como responsable de delito o falta alguna autoridad o funcionario dependiente de la Administración Pública.

Resultará responsable el Estado cuando se constate la concurrencia de dos requisitos: a) La existencia de una relación de dependencia entre el autor de la infracción penal y la Administración de la que depende. b) Que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas (SSTS, 24 febrero 1993 [RAJ 1529]; 23 abril 1996 [RAJ 2922]; 22 enero 1999 [RAJ 403]). En consecuencia, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado no tiene carácter objetivo, ya que se requiere un engarce o conexión del delito o falta con el desempeño de deberes, obligaciones o servicios, que se estatuyen como la premisa de arranque de la responsabilidad civil⁴.

La condición de parte del responsable civil subsidiario se deducirá de la efectiva petición de la acusación en las conclusiones provisionales

4. Aunque, por otra parte, ha declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ha de ser interpretada extensivamente, desbordando incluso los tradicionales criterios de la culpa *in eligendo* o culpa *in vigilando*, para adentrarse en los terrenos marcados por la creación del riesgo o peligro que supone poner en marcha una actividad o servicio, de tal manera que debe hacerse cargo de las consecuencias que se derivan del peligro creado, siempre que exista una situación de dependencia entre el autor del hecho delictivo y el ente en el que está integrado (STS de 21 octubre 1997 [RAJ 6985]). Con base en esta interpretación extensiva se ha declarado la responsabilidad subsidiaria del estado en el supuesto de Funcionarios de policía que hacen mal uso de su arma fuera de servicio (SSTS de 17 septiembre 2001 [RAJ 7729]; 16 diciembre 1998 [RAJ 10314]); o en el caso de agresiones a internos en Centros Penitenciarios con base en el insatisfactorio cumplimiento de las medidas exigibles para garantizar la seguridad de los reclusos, así como la integridad física de las personas encomendadas a su custodia (SSTS de 5 junio 2001 [RAJ 7187]; 28 junio 2000 [RAJ 5649]; 10 julio 2000 [RAJ6616]). Sin embargo, el Tribunal Supremo ha considerado que no concurre la responsabilidad subsidiaria del Estado en el supuesto de delitos cometidos por un interno durante un permiso concedido por el Juez de vigilancia Penitenciaria (STS de 29 mayo 2001 [RAJ 4575]).

y definitivas. No cabe establecer una responsabilidad civil de un tercero que no fue parte en el proceso⁵. La responsabilidad civil de un tercero, sea principal o subsidiaria, se sustanciará en pieza separada —arts. 619 LECrim., arts. 116 y ss. CP—. El Juez podrá, a instancia del actor civil, exigirle fianza y en su defecto embargarle los bienes que sean necesarios para cubrir aquélla —art. 615 LECrim.—. Los autos que se dicten respecto a las medidas cautelares destinadas a asegurar la responsabilidad civil son irrecurribles según dispone el art. 621 LECrim., sin perjuicio de su reforma posterior una vez debatida esta cuestión en el juicio oral⁶.

El tercero responsable civil actuará en el juicio con las mismas facultades que las demás partes y, concretamente las atribuidas al imputado, pero referidas exclusivamente al contenido civil que se les reclama. Tampoco tienen derecho de última palabra. A estos efectos, durante la fase del juicio oral se establece el traslado de la causa al tercero civil responsable para el trámite de calificación provisional —art. 652 LECrim.—, cuando haya sido designado como tal en los escritos de calificación de las partes acusadoras —art. 650—⁷. También se prevé en el art. 736 LECrim. el trámite de informe para el responsable civil, si no se defendieran bajo una sola representación. En el procedimiento abre-

5. Aunque, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que para el ejercicio de la acción civil en las conclusiones provisionales no se requiere; “*que previamente haya existido una declaración formal de responsabilidad civil subsidiaria que tenga naturaleza de una condición de procedibilidad civil*” (SSTS de 31 enero 2001 [RAJ 492]; 3 diciembre 1996 [RAJ 9350]). Por tanto, corresponde a la acusación ejercitar la acción civil contra el que responsable civil subsidiario, sin que sea necesario que previamente se haya producido una “*imputación*” formal respecto a esa petición.

6. La formación de pieza separada tiene naturaleza meramente cautelar, de forma que su inexistencia no es obstáculo para que, en su momento, las responsabilidades pecuniarias sean exigidas y debatidas en el juicio oral, siempre que esta pretensión viniera oportunamente formulada desde la calificación, permitiendo al tercero alegar o probar lo conveniente a su defensa.

7. En el supuesto de no procederse a la citación del responsable civil subsidiario se producirá un defecto procesal. Ahora bien, corresponde a la parte interesada, es decir al perjudicado, ponerlo de manifiesto. En cualquier caso, no puede ampararse en esa irregularidad el acusado, al que en nada afecta la falta de emplazamiento del responsable civil subsidiario ni le puede producir indefensión.

viado el art. 784.1 LECrim. dispone que, abierto el juicio oral, se emplazará a los terceros responsables para presentar escrito de defensa.

Si fuesen varios los responsables civiles de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de la que deba responder cada uno de aquéllos –art. 116 CP–. Al respecto, ha de indicarse que los autores y los cómplices, según dispone el párr. 2.º del art. 116 CP, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables, sin perjuicio del derecho de repetición que le asistiere. Ésta se hará efectiva, primero sobre los bienes de los autores y luego, en la de los cómplices.

En cuanto a los recursos se ha planteado la cuestión referente a si el responsable civil subsidiario puede recurrir la sentencia respecto a la responsabilidad penal del acusado, que determina en última instancia su condena. Sobre este particular el TC ha declarado que se vulnera el derecho de defensa de esta parte si no se le permite el acceso a la apelación, por lo que debe entenderse que es posible (STC 48/2001, de 26 febrero). Pero, las cantidades fijadas como indemnizaciones derivadas de la responsabilidad criminal no son revisables en casación, ya que se trata de una cuestión que queda al prudente arbitrio del juzgador de instancia, por lo que los efectos de un recurso de esta naturaleza sólo pueden circunscribirse a la determinación de las bases sobre las que se asienta el señalamiento de la cantidad fijada (STS de 22 mayo 2000 [RAJ 5751]). Tampoco ampara al responsable civil subsidiario el derecho de presunción de inocencia, que sólo se proyecta en relación con la comisión y autoría de un ilícito (STC 367/1993, de 13 diciembre).

3. EL DERECHO DE DEFENSA.

El derecho de defensa se atribuye, en sentido amplio, a todos los intervinientes en el proceso y garantiza la intervención de las partes en el procedimiento penal, de modo que puedan defender su posición procesal sin que pueda producirse indefensión. Este derecho genérico adquiere especial importancia respecto al detenido e inculcado y se

concreta en el cumplimiento de un catálogo de derechos, de obligado cumplimiento por la policía judicial y el órgano jurisdiccional, cuyo fundamento se halla en la garantía del derecho a la libertad, que resulta afectado en la detención y, en general, de la tutela judicial efectiva del sometido al proceso penal.

La plena vigencia del derecho de defensa se extiende a las diligencias tanto judiciales como policiales y es plenamente eficaz y ejercitable desde la detención, como se expone a continuación, sin perjuicio de su posterior protección y eficacia durante el desarrollo del proceso. En este sentido, el inculcado podrá intervenir, en su calidad de parte, en la fase instructora, para: a) solicitar las diligencias que estime pertinentes —arts. 303 y 311 LECrim.—; b) participar en todas las diligencias practicadas en sede judicial, por aplicación directa de los principios constitucionales de tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, de un proceso público sin dilaciones indebidas; c) utilizar todos los “*medios de prueba*” necesarios para su defensa (arts. 118, 520 y 767 LECrim.); d) solicitar la presencia de abogado para que le asista a cualesquiera diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad que sea objeto [arts. 333, 336, 476, 520.2 c) LECrim.]. La plena eficacia del derecho de defensa en la fase de instrucción se garantiza mediante la imposibilidad de dirigir la acusación, en el juicio oral, contra persona que no haya sido imputada, ya que en ese caso se podrían producir acusaciones sorpresivas de ciudadanos con la consiguiente apertura contra ellas del juicio oral, aun cuando no hubieren gozado de la más mínima posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a lo largo de la fase instructora.

En la fase de juicio oral el acusado podrá ejercer el derecho de defensa mediante la formulación de alegaciones y práctica de la prueba pertinente, que estime oportuna para su defensa. Finalmente, el derecho de defensa también se extiende al uso de los recursos y medios de impugnación previstos legalmente.

3.1. El derecho de defensa del detenido.

La detención es una medida cautelar restrictiva del derecho a la libertad, que precisa del cumplimiento de las normas constitucionales y

legales previstas para la garantía de los derechos del detenido. La regulación de estos derechos se contiene en el art. 520 LECrim., que desarrolla el ejercicio del derecho de defensa del detenido, conforme con lo dispuesto en el art. 24 CE y 118 LECrim.

Se garantizan al detenido los siguientes derechos:

1.º A la asistencia de Abogado desde el primer momento de la detención, conforme a lo previsto en los arts. 520.4.º, 5.º y 6.º y 767 LECrim. 2.º En caso de estar detenido, a ser puesto en libertad en el plazo de 72 horas o a disposición judicial (art. 17 CE y 520.1 LECrim.). 3.º A ser informado de la acusación con carácter inmediato (arts. 520.1 y 771.2ª LECrim.). 4.º A guardar silencio, no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24 CE, art. 520.2 LECrim.). 5.º A que se avise a un familiar o persona que desee sobre el hecho de la detención y el lugar de custodia en cada momento [art. 520.2.d) LECrim.]. 6.º A ser asistido gratuitamente por un intérprete cuando se trate de extranjero [art. 520.2.e) LECrim.]. 7.º A ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal [art. 520.2.f) LECrim.].

No todas las garantías previstas en el art. 520 LECrim. afectan al derecho fundamental a la defensa, ya que algunas tienen el carácter de garantía ordinaria. Así, el derecho a ser asistido por el médico forense, avisar a un familiar o ser asistido de un intérprete son exigibles por el detenido o imputado, pero su infracción no determinará necesariamente que se produzca indefensión. Respecto al derecho al intérprete, téngase presente que tiene por finalidad que el detenido o inculcado entienda los términos de la imputación, sin que sea necesario que la declaración se produzca en la lengua propia de la nacionalidad de aquél, sino en una que comprenda. En cualquier caso, será preciso que la parte afectada por la vulneración reclame la práctica de la diligencia.

El primer derecho del detenido será el de ser informado, con carácter inmediato, de los hechos que se le imputan, así como de los derechos que le asisten, conforme con lo previsto en el art. 520 LECrim. La información deberá ser leída al detenido de modo que le sea comprensible siendo aconsejable la entrega de una copia de las normas. Pero, la entrega de documentación por escrito supone, únicamente, un

elemento de acreditación que no resulta constitucionalmente necesario, ya que lo esencial es la información oral y directa al detenido⁸.

Si el detenido fuese extranjero que no conociese suficientemente el español, deberá entregársele una copia en su idioma, y en todo caso, ha de garantizársele el derecho a ser asistido por intérprete⁹. Especial mención merece el derecho que tiene el detenido a guardar silencio sobre las preguntas que le formule la Policía, manifestando que sólo declarará ante el Juez, así como el derecho a entrevistarse de manera reservada con su Abogado¹⁰. Esta entrevista se producirá al término de la práctica de la diligencia de declaración ante la policía según dispone el art. 520.6.c) LECrim., con independencia de que haya declarado o no. Ahora bien, en la declaración indagatoria ante el Juez en fase de diligencias previas o sumario se permitirá al inculcado entrevistarse reservadamente con su letrado antes y después de la declaración (art. 775 LECrim.).

El detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial en el término máximo de 72 horas (arts. 17.1 CE, 520.1 LECrim.). Se trata de un plazo de obligado cumplimiento, ya que sobrepasado el mismo se produciría una situación de ilegalidad de la detención, sin

8. La fórmula empleada por la policía y posteriormente por el Juez en la declaración indagatoria no tiene por qué adoptar una forma concreta, sino que admite su formulación de distintos modos, siempre que se alcance el fin previsto en la norma de informar adecuadamente al imputado de los derechos que le asisten. En este sentido, el TC ha declarado que la genérica advertencia de guardar silencio puede entenderse comprensiva del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Por otra parte, el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituye una “garantía” instrumental del genérico derecho de defensa, al que el inculcado puede acogerse optando por defenderse o no garantizándose, en todo caso, que no pueda ser forzado o inducido a declarar.

9. El art. 6.1.e) CEDH establece la obligatoriedad de que el extranjero que desconoce la lengua del país sea asistido de un intérprete de oficio (STEDH de 28 noviembre 1978) por leve que sea la infracción que se le impute (STEDH de 21 febrero 1984). Según el Tribunal Constitucional, es aplicable no sólo a los extranjeros, sino también a los españoles que pudieran ignorar el castellano. Vid. SSTC 74/1987, de 25 mayo, y 71/1988, de 19 abril.

10. Consulta de la Fiscalía General del Estado n.º 4/1985, de 20 de mayo, sobre Asistencia Letrada al detenido no comunicado: el nacimiento del derecho a la entrevista reservada: “son diligencias de declaración practicadas tanto las positivas como las negativas” (Suplemento BIMJ, n.º 23/1986, p. 22).

perjuicio de la posibilidad de prolongación de este término en los supuestos de delitos de terrorismo (art. 520 bis). La puesta a disposición judicial se producirá con independencia de que no se hubiere podido, por cualquier causa, tomar declaración al detenido.

3.2. Derecho a la asistencia letrada.

El derecho a la asistencia letrada es uno de los contenidos esenciales del derecho a la defensa y a un juicio justo. Se reconoce en los arts. 24.2.º y 17.3.º CE y su efectivo cumplimiento en el proceso penal constituye una exigencia estructural de su propio desarrollo. Su finalidad consiste en hacer efectivo el derecho de defensa y los principios de igualdad de las partes y de contradicción, de modo que se eviten desequilibrios entre las partes actuantes en el proceso penal, o limitaciones en la defensa que causen indefensión¹¹. A este fin, resulta preciso que los sometidos al proceso penal estén defendidos por abogado, como único medio de asegurar los principios procesales de igualdad y contradicción, con proscripción de la indefensión.

Se trata de un derecho fundamental que, en ningún caso, cabrá transformar en un mero requisito formal, sino que debe garantizarse su plena efectividad. De modo que debe predominar el derecho de defensa sobre cualquier otra clase de finalidad de menor entidad. En este sentido, el TS considera que el abogado puede tomar conocimiento de las causas penales sin necesi-

11. Existe abundante doctrina constitucional sobre el amparo de este derecho, pudiéndose destacar los siguientes pronunciamientos: con carácter general (STC de 24 julio 1981 y STS de 5 octubre 1994 [RA] 7625)); la asistencia letrada es, en ocasiones, un derecho estricto del imputado, y, en otras, además, un requisito procesal (STC 42/1982, de 5 julio); solamente puede entenderse infringido el derecho de defensa como consecuencia de una insatisfactoria actuación de un Abogado, si éste hubiese sido designado de oficio; en tal caso, cabría equiparar éste a la actuación de un órgano jurisdiccional, a los efectos del art. 44.1.b) LOTC (STC 94/1983, de 24 noviembre); el derecho de defensa puede ser ejercitado por el imputado desde el mismo momento en que tenga conocimiento del proceso (STC 44/1985, de 22 mayo), ya que asumida la condición de imputado surge con plenitud el derecho de defensa, lo que implica (arts. 270 LOPJ y 2 LECrim.) la necesidad de que se lleven a cabo las notificaciones precisas para la efectividad de aquel derecho (STC 121/1995, de 18 julio).

dad de haber comparecido en el procedimiento penal, salvo respecto de aquéllas que hubieren sido declaradas secretas por la Ley. El abogado que intervenga en la causa tendrá plena libertad para comunicarse con su cliente, sin que puedan someterse sus contactos al control del tribunal ni producirse ninguna otra restricción del ejercicio libre del derecho de defensa¹².

Como excepción, no se precisa la asistencia técnica en el juicio de faltas. En este procedimiento, la presencia y asistencia del abogado resulta potestativa. Pero nada impide que la parte designe abogado, o bien que solicite el nombramiento de uno de oficio¹³. Tampoco es necesaria la asistencia de letrado en materia de derecho penitenciario y concretamente en los expedientes ante el Juez de vigilancia penitenciaria o en los recursos de apelación frente a las resoluciones dictadas por aquél. En todos estos casos, únicamente se producirá indefensión en el supuesto que la capacidad del interesado, el objeto del proceso o su complejidad técnica hagan estéril la autodefensa que el mismo puede ejercer mediante su comparecencia personal.

La infracción del derecho de asistencia letrada producirá la nulidad de lo actuado cuando la ley establezca su intervención preceptiva. Así sucede en el acto del juicio oral al que deberá asistir preceptivamente el abogado que defienda al acusado sin cuya presencia no podrá sustanciarse el juicio. En otros casos en los que la ley no establece expresamente la intervención de abogado, por ejemplo en las diligencias practicadas en la fase de instrucción, también se producirá la nulidad de pleno derecho en el caso que la ausencia de asistencia letrada hubiere producido efectiva indefensión¹⁴.

12. A tenor de lo declarado por la STEDH de 30 septiembre 1985, “no es compatible con el derecho de asistencia efectiva de un abogado garantizada por el art. 6.3.c) CEDH someter los contactos entre el abogado y el acusado al control del Tribunal”. Ello sin perjuicio del establecimiento de las correspondientes normas deontológicas, disciplinarias o penales contra los Abogados que incumplan sus Estatutos o del establecimiento de legislaciones excepcionales antiterroristas.

13. En materia de intervención del Abogado véase la STC 208/1992, de 30 noviembre, que distingue entre la defensa técnica necesaria y el derecho potestativo a la designación y actuación de Abogado de confianza.

14. Reiteradamente tanto la jurisprudencia constitucional (STC 11/1995, de 16 enero), como la del Tribunal Supremo en SS de 26 mayo 1984 (RAJ 3487), 11 octu-

3.2.1. *Derecho a la libre designación de abogado y procurador.*

El derecho a la defensa y la asistencia letrada incluye el derecho del inculpado a encomendar su defensa al abogado de libre designación que considere conveniente, salvo disposición expresa de la Ley¹⁵. El inculpado podrá cambiar de abogado cuando lo considere conveniente. Pero, el tribunal desestimará la petición cuando se produzca en fraude procesal con la consecuencia de producir dilaciones indebidas (v.g. de producir la suspensión del juicio) o perjuicio procesal a alguna de las partes.

El derecho de designación libre incluye al abogado y al procurador. Ahora bien, en el procedimiento abreviado se presenta la particularidad de que el Abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo por tanto necesaria la intervención de Procurador hasta la apertura del juicio oral –hasta entonces el Letrado debe cumplir el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos– (art. 768 LECrim.). Cuando éstos no sean designados por los imputados se nombrarán de oficio, según se expone a continuación.

3.2.2. *Designación de abogado de oficio por el órgano jurisdiccional.*

La asistencia de letrado constituye un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar de oficio. Si el encausado no designa abogado el órgano jurisdiccional deberá proceder a solicitar el nombramiento de abogado y procurador de oficio que asista al inculpado (arts. 118.3.º y 4.º, 767 LECrim.)

bre 1984 (RAJ 4836), 27 enero 1988 (RAJ 495), 20 y 30 marzo 1995 (*La Ley*, 1995, R-14.424 y 14.459, respectivamente), entre otras, han señalado que las declaraciones sumariales sin asistencia de Letrado, si bien carecen de fuerza para provocar la nulidad del juicio, tampoco podrán tenerse en cuenta a los efectos de destruir la presunción de inocencia que favorece a todo ciudadano cuando no exista una mínima actividad probatoria, por lo que aquéllas no constituirán prueba y operará aquella presunción.

15. Así lo prevé el art. 545 LOPJ. No se podrá designar libremente abogado en los supuestos de incomunicación del detenido o preso (art. 527 LECrim).

La defensa del abogado designado de oficio debe producirse en los términos profesionales adecuados a la función desempeñada. No obstante, el TC se ha pronunciado sobre la posible indefensión que puede ocasionar la actuación procesal de un abogado designado de oficio respecto de su defendido. En esta jurisprudencia el TC contrapone la actuación del abogado designado libremente por el inculpado, de la que no se podrá predicar indefensión, con la del abogado de oficio que hipotéticamente podría producir una infracción del derecho de defensa, si aquélla hubiera sido ocasionada por las circunstancias concurrentes en un letrado designado de oficio. Ello es así porque sólo en este supuesto cabría buscar un nexo causal entre la violación denunciada y la actuación de los Tribunales, conforme exige el art. 44.1.º.b) LOTC. Cuando la lesión del derecho de defensa proviniera de la actuación de un abogado libremente designado por el perjudicado no procederá el amparo por no encuadrarse dentro del supuesto de hecho de aquel precepto¹⁶.

3.2.3. *Designación de abogado de oficio al detenido o preso.*

El art. 520.2.º.c) LECrim. establece el derecho de todo detenido a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración y de identificación de aquél. Añade el mismo precepto que si el detenido no hiciera uso de este derecho se le designará por turno de oficio. Se trata de un derecho que despliega toda su eficacia en relación con el detenido o preso y que no queda sujeto a los presupuestos y requisitos que se exigen para la concesión de la asistencia jurídica gratuita, al constituir un derecho fundamental que como tal se recoge en el art. 17.3 de la CE¹⁷.

16. Vid. SSTC 94/1983, de 14 noviembre, y 112/1989, de 19 junio. Obsérvese que del contenido de estas sentencias se deduce que el Tribunal Constitucional parece equiparar, a los efectos del recurso de amparo, el Letrado de oficio con un órgano judicial. En el mismo sentido, la STC 71/1988, de 19 abril, le atribuye un carácter semipúblico.

17. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse, reiteradamente, sobre este derecho de asistencia letrada al detenido; y ha indicado que para que pueda ser apreciada la infracción del art. 17.3.º CE debe invocarse en su mo-

En el caso que el detenido no designe abogado para que le asista en su declaración en sede policial, se asegurará el derecho de defensa requiriendo la asistencia de un abogado del turno de guardia que se establece a esos efectos en el correspondiente Colegio de Abogados. Así lo establece el art. 29 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. A estos efectos los arts. 26 a 29 del Reglamento aprobado por RD 996/2003, de 25 de julio, desarrollan la prestación de los servicios de guardia mediante turnos permanente de presencia física o localizable de los letrados y a disposición de dicho servicio durante las veinticuatro horas del día. Para cumplir con las reseñadas previsiones, el Juez puede dictar una resolución requiriendo la realización de la oportuna designación. En el caso que hubieren transcurrido ocho horas, sin que se hubiere personado el abogado a asistir al detenido, se podrá proceder a la declaración o reconocimiento de aquél, siempre que lo consintiere (art. 520.2.4 LECrim.).

3.2.4. *Actos y diligencias excluidos del derecho de asistencia letrada. El régimen de incomunicación de detenidos.*

El derecho constitucional a la asistencia letrada resulta de necesaria observancia en los términos que hemos expuesto. Ahora bien, el derecho a la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales que reconoce el art. 17.1 CE no tiene por fundamento el derecho a un proceso debido, sino la tutela del derecho a la libertad. De este modo, únicamente será necesaria la asistencia de letrado en el caso de que se practiquen diligencias policiales o judiciales, y concreta el art. 520.2 c), “de declaración e intervengan en todo reconocimiento de

mento para que los Tribunales ordinarios, o bien el Tribunal Constitucional, en su caso, la puedan subsanar. Si no se alega tal vulneración, la falta de asistencia letrada en la declaración policial sólo podría ser relevante en la medida en que hubiese determinado la indefensión posterior. En caso contrario, no se producirá la nulidad [del juicio, en virtud de la aplicación del principio de conservación de los actos válidos posteriores conforme lo dispuesto en el art. 242 LOP], aunque la declaración no podrá formar convicción en el Tribunal para desvirtuar la presunción de inocencia. Vid. Acuerdo de 18 junio 1995 (BOE de 19 julio), del Pleno del Tribunal Constitucional, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional; y SSTC 94/1983, de 14 noviembre, 55/1984, de 7 mayo, y 132/1992, de 28 septiembre, entre otras].

identidad de que sea objeto”. Es decir, diligencias dirigidas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, o en las que se pueda producir una declaración de culpabilidad (véase sobre este particular, STS de 24 abril 2000 [RAJ 2446]).

En consecuencia, no resulta necesaria la asistencia de letrado en los supuestos de restricción provisionalísima de la libertad deambulatoria, practicados por la policía en el ejercicio de sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento de los delincuentes, a cuyo efecto está facultada para efectuar registros e inspecciones oculares de conformidad con el art. 126 CE, arts. 282 y ss. LECrim. y art. 11.1 g) de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Igual se regula en la LO 12/1995, de 12 de diciembre de Represión del Contrabando, con relación a la práctica voluntaria de una exploración radiológica que determinará, en su caso, una posterior detención e imputación formal sometida a todas las garantías¹⁸.

Tampoco será necesaria la asistencia de letrado en las diligencias de instrucción en las que por su momento de realización no se haya procedido a formalizar la imputación. Éste será el caso de las siguientes diligencias de instrucción: De registro domiciliario¹⁹; de apertura del paquete postal en presencia judicial (art. 584 LECrim.); el acto de lectura de derechos previsto en los arts. 520.2 y 771.2 LECrim.; o la declaración efectuada por un testigo ante la policía en el curso de las denominadas diligencias de prevención, aunque posteriormente el citado como testigo resulte finalmente detenido o imputado por los hechos por los que fue preguntado.

Por razones distintas, la Ley establece la posibilidad de renuncia del derecho del detenido a la designación de Abogado y su presencia en el lugar de

18. A este efecto, el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su reunión de 5 de febrero de 1999 adoptó el siguiente Acuerdo: *“Cuando una persona –normalmente viajero que llega a un Aeropuerto procedente del extranjero– se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa detención con instrucción de sus derechos”*. Véanse en este sentido jurisprudencia constante del TS: SSTS de 22 diciembre 1999 (RJ 1999\9700); 27 septiembre 2000 (RAJ 8257).

19. Pero, no cabe que el detenido preste su consentimiento para efectuar el registro de forma voluntaria sin la debida asistencia letrada.

custodia, para el supuesto de que la detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico. Se trata de una norma singular introducida en la reforma de 1983 que carece de fundamento válido, ya que resulta difícil que pueda renunciarse a un derecho que cumple una función de garantía objetiva de la legalidad y de los principios procesales. En cualquier caso, esta restricción se justifica por la conexión del derecho de asistencia al detenido con la garantía del derecho a la libertad, y no con el derecho a un juicio justo.

Otro supuesto, también singular, es el previsto en el art. 520 bis LECrim. que prevé que se pueda decretar la prisión incomunicada con relación a los detenidos como presuntos partícipes de un delito de terrorismo o banda armada a los que se refiere el art. 384 bis LECrim. En estos casos, el abogado será designado de oficio y no tendrá derecho a la comunicación reservada con el detenido que prevé el art. 520.6.c) LECrim. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de esta norma que establece que cuando el detenido se encuentre sujeto a un régimen de incomunicación en los términos establecidos en el art. 527 LECrim. se hallará afectado por las siguientes restricciones: a) La restricción a la libertad de elección de Abogado que, en todo caso, será designado de oficio. b) No tienen derecho a la comunicación prevista en el apartado d) del art. 520.2. c) Tampoco tendrán derecho a la entrevista con su Abogado establecida en el apartado c) del número 6 del mencionado precepto²⁰.

El régimen de incomunicación se acordará por auto en el que se ponderarán los bienes, valores y derechos en juego, que la proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales exige. A este efecto, deberán constar en la resolución la existencia de indicios que relacionen al sometido a la medida con el delito investigado de te-

20. El fundamento de esta restricción de los derechos constitucionales se halla en la protección de los bienes reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 de la Constitución, cuales son la paz social y la seguridad ciudadana, en cuya defensa constituyen pieza esencial la persecución y castigo de los delitos (STC 196/1987; ATC 155/1999). Para ello resulta necesario ante cierta clase de delitos evitar el conocimiento del estado de la investigación por personas ajenas, de modo que se puedan destruir u oculten pruebas o bien puedan sustraerse a la acción de la justicia otros implicados (STC 196/1987; ATC 155/1999). No obstante, la preeminencia del derecho de asistencia letrada al detenido o preso impone una interpretación restrictiva de las normas limitativas previstas en la Ley.

rorismo o relacionado con banda armada, en tanto que se trata del presupuesto para la adopción de esta medida.

3.3. Asistencia jurídica gratuita. Nombramiento de abogado y procurador de oficio.

3.3.1. Introducción.

La designación de abogado es un derecho de la parte. Ahora bien, por distintas razones también cabe que se nombre de oficio. A saber: porque así lo prevea la Ley como excepción (v.g. en el caso de decretarse la prisión incomunicada conforme con el art. 527 LECrim.), porque lo solicite, o no lo nombre, el interesado siendo preceptiva su intervención. En todos estos supuestos el Juez procederá a la designación de oficio del abogado, que tendrá carácter gratuito para quien acredite insuficiencia de recursos para litigar en los términos previstos en la Ley (art. 545.2 LECrim.).

Aunque los Convenios Internacionales –art. 14.3.d) PIDCP y art. 6.3.c) CEDH– condicionan la intervención del abogado de oficio a que el acusado carezca de medios suficientes para sufragarlos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rechazado una interpretación literal de sus normas reguladoras en sus Sentencias de 25 abril 1983, 9 octubre 1983 y 28 marzo 1990 (Casos *Pakelli*, *Airer* y *Granger*) entre otras, por cuanto prima el mandato constitucional de una defensa técnica efectiva y obligatoria. En esta última se precisa que si bien se reconoce en principio el derecho a la asistencia jurídica gratuita por el Abogado de oficio si el acusado no tiene medios para pagarlo, lo será siempre “cuando los intereses de la justicia así lo exijan”, matizando una solución que debería ser aceptada con mayor amplitud. De este modo, la falta de asistencia letrada, cualquiera que sea la causa, no puede ocasionar indefensión al inculcado en un proceso penal.

Como excepción, no se exige la intervención de abogado en el juicio de faltas en razón de la levedad de las condenas que pueden recaer en dicho juicio. Aunque el TC ha declarado que la falta de asistencia letrada gratuita en un proceso que permite la comparecencia personal (como el juicio de faltas) puede producir indefensión si, examinadas las circunstancias del caso concreto, la autodefensa ejercida no puede compensar la ausencia de Abogado (STC 233/1998, de 1 diciembre).

El derecho a la justicia gratuita se reconoce en el art. 119 CE que establece que: “*La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”. En igual sentido, se pronuncian los arts. 20.1.º y 2.º LOPJ. Se trata de un derecho de carácter prestacional e instrumental respecto del derecho de acceso a la jurisdicción, que se configura legalmente por el legislador determinándose su alcance y contenido según criterios de distinto orden, entre éstos, presupuestarios. El contenido del derecho y el procedimiento para su reconocimiento y efectividad se regulan en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y el RD 996/2003, de 20 septiembre.

3.3.2. *Requisitos y procedimiento para la concesión de la asistencia jurídica gratuita.*

El beneficio de justicia gratuita es un derecho subjetivo público de carácter procesal y rango constitucional art. 119 CE), cuyo fundamento es el derecho de acción establecido en el art. 24.1 CE en relación con el principio de igualdad establecido en el art. 14 de la Norma Fundamental²¹. Este derecho se atribuye a los ciudadanos españoles y los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, los extranjeros que se encuentren en España. También tienen este derecho determinadas personas jurídicas en atención a su naturaleza y fines. En cualquier caso, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 2 LO 1/1996).

El derecho de justicia gratuita se aplica, especialmente, al inculpa-do. Pero también asiste al perjudicado por el delito de conformidad con las normas generales de la Ley 1/1996, de 10 de enero²². En cual-

21. Vid. SSTC 28/1981, de 23 julio, 30/1981, de 24 julio, 77/1983, de 3 octubre, 47/1987, de 22 abril, y 216/1988, de 14 noviembre. Vid. también GÓMEZ COLOMER, “El nuevo sistema del beneficio de la asistencia jurídica gratuita”, *La Ley*, n.º 4020 (22 abril, 1996), pp. 1 y ss.

22. Sobre el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio para los perjudicados, véanse las SSTC 115/1984, de 3 diciembre, 63/1985, de 10 mayo, y 217/1994, de 18 julio, declarando la vulneración de derechos fundamentales por indefensión al

quier caso, este derecho queda condicionado, obviamente, por la existencia de responsabilidad penal en los hechos objeto del procedimiento penal. Téngase en cuenta que no puede haber causa penal sin indicios racionales de criminalidad. Si el Juez advierte que éstos no existen no dará curso a la petición de los perjudicados de nombramiento de abogado y procurador de oficio.

Determinadas normas se refieren, de modo específico, al derecho a la asistencia jurídica gratuita de las víctimas de determinados delitos. Así, la Ley 30/1995, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos contra la libertad sexual que establece el deber de informar a la víctima de las posibilidades para reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, así como de la obtención del beneficio de justicia gratuita (art. 15.4 Ley 35/1995). En el mismo sentido, el art. 20 LO 1/2004, de protección integral contra la violencia de género garantiza la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.

Los requisitos para la concesión del derecho de justicia gratuita se contienen en el art. 3 de la Ley 1/1996. Son los siguientes:

1) Carencia de medios económicos suficientes, cuyo tope legal se fija en el doble del salario mínimo profesional. No obstante, se denegará el beneficio cuando a pesar de no superar el citado límite se aprecie la existencia de signos exteriores de riqueza (art. 4 Ley 1/1996). Por otra parte, puede reconocerse, excepcionalmente, el derecho para quienes, sobrepasando aquellos límites, acrediten determinadas circunstancias familiares, estado de salud u obliga-

no proceder al nombramiento de Procurador de oficio, archivando las diligencias. Por ello, no será necesaria una previa solicitud para el ejercicio de las acciones penales, sino que bastará su petición en el mismo escrito, proveyéndose a su nombramiento, sin paralización de las diligencias de investigación. En cambio, la STC 131/1991, de 13 junio, declara que la decisión de sobreseer las diligencias sin responder a la solicitud del denunciante de que se le nombrase Abogado y Procurador del turno de oficio no obstaculizó el acceso del denunciante al proceso en cuanto no se trató de una decisión infundada o injustificada, en cuanto el proceso que se pretendía incoar mediante la denuncia era reproducción de otro anterior que había sido sobreseído y archivado tras la pertinente tramitación.

ciones económicas, a tenor de lo dispuesto en el art. 5, siempre que sus ingresos no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional. En estos casos, el derecho tendrá el contenido que el órgano administrativo competente para su concesión (Comisión de Asistencia Jurídica gratuita) determine, entre los beneficios establecidos en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero²³. Estas circunstancias económicas deben existir al momento de la solicitud. Pero, en el supuesto de insuficiencia económica sobrevenida con posterioridad a la sustanciación de la causa o en fase de recursos, el interesado podrá solicitar el beneficio acreditando aquella circunstancia.

2) Que quien lo solicite, sea persona física o jurídica, lo sea para litigar por derechos propios. Respecto a qué personas físicas quedan excluidas, especialmente los extranjeros que no sean de la Comunidad Europea ni aquellos otros de países que tengan suscritos Tratados y Convenios, se debate su posible inconstitucionalidad derivada de una indebida aplicación del principio de igualdad. De todos modos, en el orden jurisdiccional penal –art. 1.2.º–, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español; y

3) La sostenibilidad de la pretensión, es decir, que no sea del todo infundada. El examen de este presupuesto tiene su cauce en los órdenes civil, laboral o contencioso –art. 32 de la Ley 1/1996–. En cambio, en el proceso penal basta que se incoe un proceso en que el hecho perseguido se encuentre tipificado en el Código Penal, para que sea presupuesto suficiente para declarar a una persona imputada y se dirija el procedimiento contra él²⁴.

El procedimiento de concesión de justicia gratuita es, básicamente, administrativo. La solicitud se presentará ante los Colegios Profesionales del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso princi-

23. Los arts. 1 a 7 del Reglamento aprobado por RD 996/2003, de 25 de julio, establecen las normas de organización y funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita. Las funciones de dicha Comisión, según establece el art. 7, son el reconocimiento o denegación del derecho de asistencia jurídica gratuita, la revocación del derecho, la realización de las comprobaciones necesarias para la confirmación de la exactitud de los datos proporcionados por el solicitante, la tramitación de las solicitudes y las comunicaciones relativas a la insostenibilidad de la pretensión, y la supervisión de las actuaciones de los Servicios de Orientación Jurídica previstos en el art. 21 del Reglamento.

24. Vid. art. 35 del Reglamento aprobado por RD 996/2003, de 25 de julio, sobre la sostenibilidad de la pretensión.

pal —art. 9 Ley 1/1996— con los documentos que reglamentariamente se determinan en el art. 8 y Anexo I del Reglamento aprobado por RD 996/2003, de 25 de julio, para su acreditación, los datos que permitan apreciar la situación económica del interesado y de los integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, la pretensión que se quiere hacer valer y la parte o partes contrarias en el litigio, si los hubiese.

Dicho documento será presentado en los Servicios de Orientación Jurídica y en las sedes que se indican en el art. 9 del Reglamento. Tras la presentación, y constatada la insuficiencia de la documentación o algunas deficiencias se procederá por los servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados a la concesión de un plazo de diez días para su subsanación —art. 14 de la Ley y art. 10 del Reglamento— con el apercibimiento de su archivo. Si de la solicitud y sus documentos se demuestra, *ab initio*, que se reúnen los requisitos reseñados, se podrá realizar una designación provisional —art. 15 Ley 1/96 y art. 10 del Reglamento—, comunicándolo inmediatamente al Colegio de Procuradores para que, caso de ser preceptivo, se designe Procurador en el plazo de tres días para que asuma la representación.

En el caso de que el Colegio de Abogados estime que el peticionario no cumple con las condiciones exigidas en la Ley, o que la pretensión principal es manifiestamente insostenible o carente de fundamento, notificará al solicitante, en cinco días, que no ha efectuado la designación provisional y trasladará la solicitud a la Comisión de Asistencia Jurídica gratuita.

La importancia de la designación provisional reside en que el instante pueda obtener defensa y representación a la mayor brevedad, sin esperar a la sustanciación del procedimiento administrativo que ha de llevarse a cabo ante la Comisión, dado que, en ocasiones, la perentoriedad de los plazos o la urgente situación del perjudicado puede ocasionarle evidentes perjuicios por su tardía personación.

La designación provisional tiene lugar, conforme establece el art. 15 de la Ley y art. 11 del Reglamento, cuando de la solicitud y los documentos justificativos que presente resulta acreditado que el peticionario reúne los presupuestos para su concesión conforme dispone el art. 2 de la Ley. Este nombramiento se lleva a cabo directamente por el Colegio de Abogados, con anterioridad a la intervención de la Comisión de Asistencia Jurídica, en el plazo máximo de quince días y se sigue de una inmediata comunicación al Colegio de Procuradores para que cuando sea preceptivo se designe Procurador que le represente. En el supuesto de que no se dictara resolución en el plazo máximo anteriormente indicado, el solicitante puede dirigirse directamente a la Comisión para que proceda a dicha designación provisional.

Conviene destacar que el art. 21 Ley 1/1996 prevé la posibilidad de que el órgano judicial que se encuentre conociendo del proceso requiera, motivadamente y en atención a las circunstancias o de la urgencia del caso, de los Colegios Profesionales el nombramiento provisional de Abogado y Procurador cuando fuera preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos. En este caso, continuará luego la sustanciación del expediente ante el Colegio de Abogados y la Comisión de Asistencia Jurídica para su designación definitiva.

Realizada la designación provisional se procederá en el plazo de tres días al traslado del expediente a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para la resolución definitiva de la solicitud²⁵. A este efecto, la Comisión podrá realizar las comprobaciones pertinentes y recabar los datos que estime necesarios, inclusive a la Administración Tributaria, tras lo cual dictará resolución en el plazo de treinta días, de conformidad con los arts. 17 de la Ley y 15 a 17 del Reglamento. El silencio de la Comisión tendrá efecto positivo con la consecuencia de la declaración del derecho por el Tribunal, proceder a petición del interesado (art. 17.4 Ley 1/1996). Pero, la Comisión de Asistencia Jurídica podrá revisar de oficio y revocar el reconocimiento del derecho en el caso de que la declaración fuese errónea o se constatará el falseamiento u ocultación de los datos (art. 19 Ley 1/1996).

Las resoluciones en las que, de modo definitivo, se reconozca o deniegue el derecho a la asistencia jurídica gratuita podrán impugnarse en el plazo de cinco días, desde la notificación de la resolución o desde que haya sido conocida por cualquiera de los legitimados. El recurso se interpondrá por escrito ante el Secretario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, quien remitirá el escrito junto con el expediente y una copia certificada de la misma al Juez o Tribunal competente o al Juez Decano para su reparto. No es preceptiva la intervención de Letrado. Tras la remisión de actuaciones y recepción por el órgano judicial se iniciará una fase jurisdiccional de revisión de la actuación administrativa anteriormente desarrollada que comenzará con la citación a comparecencia de las partes, y al Abogado del Estado o Letrado de la

25. El funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica, debe ajustarse a lo dispuesto por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –art. 11 de la Ley 1/1996–, según establece el art. 6 del Reglamento, reuniéndose con una periodicidad, como mínimo de quince días. En su consecuencia, se ratifica la naturaleza administrativa del órgano y su sujeción a los normas administrativas comunes.

Comunidad Autónoma correspondiente, dentro de los ocho días siguientes. Tras oírles y practicar la prueba que estime necesaria dentro del plazo de cinco días, dictará auto manteniendo o revocando la resolución impugnada, sin que el auto que recaiga sea susceptible de ulterior recurso (art. 20 Ley 1/1996).

Sustanciado el expediente administrativo y, en su caso, la subsiguiente impugnación ante los órganos judiciales, se producirá el reconocimiento definitivo del derecho y del nombramiento de Abogado y Procurador de oficio (art. 18 de la Ley 1/1996 y el art. 16 del Reglamento). En cambio, si la Comisión de Asistencia Jurídica desestimara la petición, quedarán sin efecto los nombramientos y la subsiguiente obligación de abonar los honorarios de estos profesionales. Así se prevé en el art. 121 LECrim., reformado por la Ley 1/1996, que dispone que todos aquellos que sean parte en una causa tendrán la obligación de satisfacer los derechos y honorarios de Procuradores y Abogados cuando no se les hubiere reconocido el derecho a la asistencia gratuita. El Procurador nombrado por los que fueran parte en la causa están obligados a pagar los honorarios de los Letrados de que se valiesen los clientes para su defensa. Esta norma se fundamenta en la circunstancia de que son dichos profesionales quienes han de disponer de la oportuna provisión de fondos, si bien en la práctica quienes tienen un mayor contacto con la parte son los abogados.

Quienes hubiesen obtenido el derecho a la asistencia jurídica gratuita no podrán actuar simultáneamente con Abogado designado de oficio y Procurador libremente elegido o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renunciara por escrito a percibir sus honorarios o derechos ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y el Colegio correspondiente (arts. 27 Ley 1/1996 y 121.4.º LECrim.). Los Abogados y Procuradores designados desempeñarán sus funciones de forma real y efectiva –art. 31.1 Ley 1/1996– hasta la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate y, en su caso, la ejecución de la sentencia siempre que se produzca dentro de los dos años desde la designación²⁶. Pero únicamente en el proceso penal podrán

26. De conformidad con el art. 25 de la Ley y 33 del Reglamento, se prevé la formación y especialización de Abogados y Procuradores, y el establecimiento de los requisitos generales mínimos necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, así como aquéllos relativos a experiencia profesional previa, con posible desarrollo reglamentario por las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la DT segunda del Reglamento establece que hasta tanto no se dicte la OM por el Ministerio de Justicia, serán de aplicación la condiciones fijadas en virtud del art. 6 del RD 108/1995, de 27 de enero, que se deroga en todo lo demás, sobre medidas para instrumentar la subvención estatal a la asistencia jurídica gratuita.

los abogados excusarse del nombramiento siempre que concurra un motivo personal y justo que debe alegarse en el plazo de tres días y resolverse dentro de los cinco días siguientes a su presentación, por los Decanos de los Colegios respectivos (art. 31.2 Ley 1/1996).

3.3.3. *Procedimiento en el proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.*

El RD 996/2003, de 25 de julio, ha introducido una regulación especial para la designación de abogados en el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos, de modo que se asegure la asistencia letrada y defensa en estos procedimientos caracterizados por la rapidez y concentración de actuaciones.

Designado abogado de oficio, el procedimiento se iniciará presentando solicitud normalizada, que cumplimentará y firmará el interesado, que presentará el abogado ante el servicio de orientación jurídica del Colegio de abogados. Dada la inmediatez en la prestación de asistencia letrada, no será precisa la acreditación previa de la carencia de recursos económicos por parte del asistido, sin perjuicio de la obligación de presentar la documentación necesaria ante el Colegio de Abogados. No obstante, si el abogado designado para la defensa apreciara que el posible beneficiario carece, de manera notoria, de medios económicos, elaborará informe que se unirá a la solicitud, para su valoración por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Sin perjuicio de recabar las informaciones que estime necesarias sobre la situación económica del interesado.

El procedimiento se impulsa, en gran parte, por el abogado que podrá presentar la solicitud, aunque no estuviere firmada por el interesado por cualquier circunstancia, cuando apreciara que es posible beneficiario de asistencia jurídica gratuita. En ese caso, se hará constar esta circunstancia, a fin de que continúe la tramitación, lo cual se acreditará mediante certificación expedida por el secretario del órgano judicial en el que se lleva a cabo la instrucción del procedimiento judicial (art. 21 RD 996/2003).

La solicitud se presentará en el plazo de cinco días. Analizada la solicitud y documentación presentada, si ésta fuere insuficiente, se le requerirá para que subsane los defectos advertidos en el plazo de diez días; de no hacerlo así, se le tendrá por desistido. Si la documentación fuese suficiente o subsanasen los defectos advertidos, una vez analizado el informe emitido por

el letrado, el Colegio de Abogados adoptará una primera decisión provisional sobre si el solicitante reúne los requisitos legalmente exigidos para la concesión del derecho y la trasladará, junto con el expediente completo, en el plazo de tres días a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para su verificación y resolución definitiva, comunicándole asimismo la designación de letrado efectuada (art. 22 RD 996/2003).

La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita dará preferencia absoluta a la tramitación de estas solicitudes procurando que la resolución, que reconozca o deniegue el derecho, se dicte con anterioridad a la fecha de celebración del juicio oral y sin que en ningún caso el plazo para efectuar comprobaciones y recabar la información necesaria para verificar la exactitud de los datos declarados, así como para dictar resolución, exceda de treinta días desde su recepción (art. 23 RD 996/2003). La falta de resolución expresa de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en el plazo establecido en el artículo anterior producirá la confirmación de las decisiones previas adoptadas por el Colegio de Abogados referentes al cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos legalmente establecidos para ser beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita o al archivo de la solicitud por falta de documentación (art. 24 RD 996/2003).

En caso de que la persona reclamada haya sido extraditada a España desde un tercer Estado, y de que la misma estuviere protegida por disposiciones del acuerdo en virtud del cual hubiere sido extraditada relativas al principio de especialidad, la autoridad judicial española de ejecución deberá solicitar la autorización del Estado que la haya extraditado para que pueda ser entregada al Estado de emisión (art. 27).

CAPITULO VII

ACTOS PROCESALES

1. CONCEPTO. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES.

El proceso se caracteriza por constituirse en una sucesión de actos de naturaleza procesal realizados por las partes o por el órgano jurisdiccional, que producen los efectos jurídicos previstos en Ley. La nota de voluntariedad del acto procesal sirve para diferenciarlo de los hechos procesales, ya que estos producen efectos jurídicos en el proceso con independencia de la voluntad de su causante.

Las resoluciones judiciales son actos procesales del órgano jurisdiccional dictados en el ejercicio de su jurisdicción. Tradicionalmente se ha distinguido entre providencias, autos y sentencias, cuya regulación legal se encuentra, en la LEC, y en la LOPJ, además de en las normas específicas de la LECrim.

La LEC 1/2000 regula las actuaciones judiciales en los arts. 129 a 235; y específicamente las resoluciones judiciales en los arts. 206 a 224. Esta regulación pretende constituirse en la común para todos los procesos que se susciten en cualquier orden jurisdiccional. De ese modo la LEC asumirá la función de ley procesal común que hasta el momento desempeña la LOPJ¹. Sin embargo, la reforma de la LOPJ por LO 19/2003

1. En este sentido, resulta ilustrativa la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 que dispone que: “la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aspira también a ser Ley procesal común, para lo que, a la vez, se pretende que la vigente Ley Orgánica del Poder

no ha derogado completamente todas las normas que regulan los actos procesales, por lo que coexiste la regulación de la LOPJ y la de la LEC que, por otra parte, constituye la ley procesal supletoria aplicable con carácter subsidiario a los procesos penales, en defecto de disposiciones específicas en las leyes que regulan aquella clase de procesos.

Las providencias tienen por objeto la ordenación material del proceso, según establecen los art. 206.2.1 LEC y art. 245.1 LOPJ. En el mismo sentido, el art. 141.1 LECrim. dispone que las resoluciones judiciales se denominarán providencias cuando sean de mera tramitación. En definitiva, por medio de esta resolución judicial se impulsa la tramitación del proceso, limitándose su contenido a lo ordenado por el Juez (art. 141 LECrim.)². Por esta razón, no precisa de motivación, aunque podrán ser sucintamente motivadas cuando así se estime conveniente (arts. 208.1 LEC; 248.1 LOPJ)³.

Judicial, de 1985, circunscriba su contenido a lo que indica su denominación y se ajuste, por otra parte, a lo que señala el apartado primero del artículo 122 de la Constitución. La referencia en este precepto al ‘funcionamiento’ de los Juzgados y Tribunales no puede entenderse, y nunca se ha entendido, ni por el legislador postconstitucional ni por la jurisprudencia y la doctrina, como referencia a las normas procesales, que, en cambio, se mencionan expresamente en otros preceptos constitucionales. Así, pues, no existe impedimento alguno y abundan las razones para que la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprenda de normas procesales, no pocas de ellas atinadas, pero impropia-mente situadas y productoras de numerosas dudas al coexistir con las que contienen las Leyes de Enjuiciamiento. Como es lógico, la presente Ley se beneficia de cuanto de positivo podía hallarse en la regulación procesal de 1985”.

2. Las providencias deben distinguirse: de las diligencias de ordenación dictadas por el Secretario Judicial a pesar de la similitud de su finalidad, ya que éstas tienen por objeto resolver los actos de ordenación formal del proceso, dando a los autos el curso ordenado por la Ley (arts. 223 LEC y 456.2 LOPJ); y de las certificaciones o testimonios de las actuaciones judiciales que expedirán los Secretarios Judiciales (art. 453.2 LOPJ).

3. El contenido y forma de las providencias se regula en los arts. 206 y 208 LEC. Se suprimen las providencias de mera tramitación siendo sustituidas, para la ordenación del proceso, por las diligencias de ordenación –arts. 223 y 224 LEC–. Se dictará providencia cuando la resolución no se limite a la aplicación de normas de impulso procesal, sino que se refiera, según dispone el art. 206. 2.1.º LEC., a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, bien por establecerlo la Ley, bien por derivarse de ellas cargas o por afectar a derechos procesales de las partes, siempre que en tales casos no se exija expresamente la forma de auto. Igualmente quedan derogadas las propuestas de providencias y propuestas de autos, es decir, los arts. 290 y 291 LOPJ.

Los autos tienen por objeto la resolución de los incidentes y los puntos esenciales del proceso, con excepción de la decisión definitiva sobre el mismo. La ley opta por establecer una relación casuística de las resoluciones judiciales que deban adoptar forma de auto. Este será el caso de: las cuestiones que afecten de manera directa a los procesados o acusadores, la competencia, la recusación, la resolución de los recursos contra de providencias, la prisión, la libertad provisional, las admisión o denegación de prueba, o el derecho a la asistencia jurídica gratuita (arts. 141.3 LECrim., 206.2.2 LEC, 245.1 LOPJ). En definitiva, por medio de auto el Tribunal resuelve todas aquellas cuestiones que afectan de manera directa y esencial a los intervinientes en el proceso, y a los actos esenciales del proceso. En consecuencia, la Ley exige que los autos estén fundados y contengan los hechos y los fundamentos de derecho en los que el Tribunal basa su decisión (art. 208.2 LEC, 248.2 LOPJ)⁴.

Finalmente, la sentencia pone fin al proceso y decide de forma definitiva sobre la acción penal ejercitada en el mismo [arts. 206.2.3.º LEC, 245.1.c) LOPJ y 141 LECrim.]. En este sentido, el art. 742 LECrim., con relación al procedimiento por delitos graves, dispone que en la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo a los procesados, y decidiendo, en su caso, sobre la responsabilidad civil. La sentencia se constituye, por tanto, en la resolución judicial en la que, además de un razonamiento o juicio sobre las peticiones deducidas por las partes, se contiene la declaración de la voluntad del órgano jurisdiccional imponiendo la pena en nombre del Estado⁵.

En cuanto a la forma y contenido de las sentencias nos remitimos al Capítulo XII, en el que se atiende de forma específica a esta clase de resolución que adquiere una importancia esencial en razón de la función que se le atribuye.

4. El contenido y forma de los autos se regula en los arts. 206 y 208 LEC. Se dictarán autos en aquéllos supuestos que en forma casuística establece el art. 206. 2.2.º LEC.

5. La forma y contenido de las sentencias se regula en los arts. 206 y 209 LEC., con posibilidad de que sean dictadas oralmente conforme establecen los arts. 210 LEC. y 794.2 LECrim. Sobre requisitos internos de las sentencias y sus efectos, vid. arts. 218 a 222 LEC.

2. REQUISITOS DE LOS ACTOS PROCESALES.

La eficacia de los actos procesales está condicionada al cumplimiento de unos requisitos, según se regula en la LOPJ, sin perjuicio de las normas en esta materia que se contienen en los arts. 141 y ss. LECrim. Se pueden clasificar del siguiente modo:

2.1. De lugar.

Las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional, según establece el art. 129 LEC (art. 268.1 LOPJ). No obstante, el párrafo segundo del citado artículo prevé que los Juzgados y Tribunales podrán constituirse en cualquier lugar del territorio de su jurisdicción, cuando ello fuere necesario o conveniente para la práctica de las actuaciones judiciales. En la instrucción penal son frecuentes las diligencias que deben realizarse fuera de la sede del órgano jurisdiccional. Así, la inspección ocular o el levantamiento de cadáveres.

Cuando el acto procesal deba realizarse fuera de la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional, éste deberá recabar la cooperación del Juzgado o Tribunal competente (arts. 274 LOPJ y 169 y ss. LEC). No obstante, los Jueces podrán realizar diligencias de instrucción penal en un lugar próximo al territorio de su jurisdicción, cuando ello fuere conveniente por razones de economía y eficacia procesal, dando inmediata noticia al Juez competente (arts. 275 LOPJ, 323 LECrim.).

Los actos de parte, no adquieren eficacia procesal hasta su presentación en la sede del órgano jurisdiccional competente. En consecuencia, carece de relieve procesal el lugar de su confección. Cuando los actos estén sujetos a plazo perentorio podrán presentarse en el Juzgado de guardia.

2.2. De tiempo.

Para que los actos procesales sean eficaces deben realizarse en tiempo hábil, y dentro del término o plazo señalado para su realización. Así, es preciso distinguir los requisitos de tiempo que atañen a los actos procesales en su conjunto (días y horas hábiles), y los relativos

al cómputo de plazos y términos señalados por la Ley para los distintos actos procesales de las partes o del órgano jurisdiccional.

a) Días y horas hábiles.

Son días hábiles para las actuaciones penales todos los del año, con excepción de los correspondientes al mes de agosto (art. 130 LEC), período durante el cual se constituirá una Sala de vacaciones (art. 180 LOPJ). También son inhábiles los sábados, domingos, días 24 y 31 de diciembre, festivos en el ámbito nacional y los festivos a efectos laborales establecidos en la correspondiente Comunidad Autónoma y en la localidad respectiva (art. 182 LOPJ). En consecuencia, ante la existencia de distintos días festivos en las diversas Comunidades Autónomas, el cómputo de plazos deberá hacerse con base en el calendario judicial que rija en cada Juzgado o Tribunal, según el calendario del municipio en donde radiquen.

Las horas hábiles van desde las ocho de la mañana hasta las ocho de la tarde, salvo que la Ley disponga lo contrario (art. 130.3 LEC). No obstante, el TC ha declarado que los días de los plazos deben considerarse como días naturales, a los efectos de computarlos de veinticuatro horas (STC 65/1989, de 7 abril). Así deberá transcurrir el último día completo —*dies ad quem*— para entender agotado el plazo.

Estos criterios se complementan con las siguientes salvedades, derivadas de la especificidad de las actuaciones penales: a) Durante la instrucción son hábiles todos los días y horas del año, sin necesidad de habilitación especial (art. 201 LECrim.)⁶. b) En la fase decisoria, o de juicio oral, son hábiles los

6. Una cuestión de indudable interés, no pacífica en la doctrina, es la de determinar si la previsión legal contenida en el art. 201 LECrim., referente a que todos los días del año son hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial, se aplica exclusivamente a actos de instrucción, o alcanza también al cómputo de los plazos para la interposición de recursos contra aquellos actos. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, optando por equiparar los actos de instrucción como los recursos interpuestos contra aquéllos (vid. STC 1/1989, de 16 enero). De acuerdo con esta interpretación, en los plazos establecidos por días para interponer recursos durante la fase de instrucción de un proceso penal deben computarse también los días inhábiles. El argumento básico en que se ha apoyado el Alto Tribunal es la conjunción de los arts 184.1.º (ahora art. 201 LECrim.) y 185.2.º LOPJ, en-

días festivos y los del mes de agosto para las actuaciones que se declaren urgentes en las leyes procesales (art. 131 LEC)⁷.

b) Cómputo de plazos y términos. Presentación de escritos. El cómputo de los escritos presentados por el Ministerio Fiscal.

Los actos procesales deben realizarse en el tiempo señalado, sea en un tiempo determinado o un plazo procesal. Términos son momentos exactos en que deben efectuarse unos determinados actos procesales. Los plazos suponen un período de tiempo durante el cual puede realizarse válidamente un acto procesal. Sin embargo, aunque se trata de conceptos distintos, la LECrim., al igual que la LEC, no distingue entre ambos, confundiéndolos en muchos casos (vid. arts. 197, 198, 202 ó 215 LECrim.).

Los actos y diligencias judiciales, se dictarán y practicarán dentro de los términos señalados para cada uno de ellos (art. 197 LECrim.). Corresponderá al Secretario judicial asegurar la observancia y cumpli-

tendiendo que no cabe aplicar el art. 185.2.º LOPJ (ahora 133.4 LEC) que establece que si el último día del plazo fuera inhábil, se entenderá prorrogado el plazo hasta el primer día hábil siguiente. Entiende que ello es así porque en el art. 184.1.º no se distingue entre días hábiles e inhábiles, y, en consecuencia, no es aplicable el art. 185.2.º LOPJ. Sin embargo, a nuestro juicio no deben excluirse los días inhábiles en el cómputo del plazo para interponer recursos, aunque con éstos se impugnen resoluciones dictadas en la fase de instrucción. Para la interposición de estos recursos la Ley fija unos plazos de días, respecto de los que ni la LOPJ ni la LECrim. autorizan expresamente a computar los días inhábiles. Además, la LECrim. regula los días hábiles para la realización de los actos de instrucción en el art. 201 y pospone a los arts. 211, 212 y 213 la cuestión referente a los plazos para interposición de los recursos. También supondría una infracción del principio de igualdad en cuanto en unos casos podrían existir estos días inhábiles y en otros no, por lo que se dispondría de más tiempo real.

7. En el proceso penal es difícil que se presente este último supuesto, ya que las diligencias urgentes se desarrollan normalmente en fase de instrucción, las cuales precisamente no se suspenden por las razones antes apuntadas. No obstante, cuando surgiera esta necesidad respecto de las actuaciones de la fase de juicio oral, el órgano jurisdiccional correspondiente podrá habilitar días y horas hábiles. A este efecto se consideran urgentes las actuaciones cuya dilación pueda causar grave perjuicio a la buena administración de justicia, a los interesados, o hacer ilusorio lo acordado en una resolución judicial. “El Juez o Tribunal apreciará la urgencia y resolverá lo que estime conveniente sin ulterior recurso”. Véanse los arts. 6 a 8 del Reglamento 5/1995 de 7 de junio, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

miento de los términos y plazos para evitar dilaciones inútiles. En este sentido, la Ley encomienda a los secretarios la obligación de seguimiento de las causas penales –arts. 214, 215 LECrim.–. En los supuestos en los que no se fije término, se entenderá que han de dictarse y practicarse sin dilación (art. 198 LECrim.). La infracción de estas normas comportará, en su caso la corrección disciplinaria sin necesidad de petición de parte, y sin perjuicio de deducir queja ante el Ministerio de Justicia a efecto de dilucidar la responsabilidad que proceda y la indemnización de daños y perjuicios (arts. 199 y 200 LECrim., y 414 y ss. LOPJ).

Los plazos procesales son improrrogables salvo que la Ley expresamente disponga lo contrario (art. 202 LECrim.). No realizado dentro del plazo otorgado a la parte, el acto procesal es ineficaz, salvo que la ley disponga otro efecto. En este sentido, el art. 386.2 LECrim. prevé la prórroga del plazo de declaración del procesado si mediare causa grave. Con carácter general, el art. 202.2.º LECrim. prevé la posibilidad de reabrir el período hábil de un plazo ya transcurrido, derogando en este caso el principio de preclusión de los actos procesales. Se exige para ello que sea posible la reapertura del plazo sin necesidad de retrotraer el juicio del estado en que se halle al anterior, y que exista justa causa probada.

El cómputo de los plazos, salvo norma expresa en contrario, se regula en el art. 133 LEC, que prevé que en los plazos señalados por días, los comunes en el ámbito procesal, el cómputo se inicia el día siguiente al que se ha dictado la resolución excluyendo o no los días inhábiles, según se trate de actuaciones sumariales o de la fase decisoria (art. 201 LECrim.)⁸.

Los escritos de parte se presentarán en los plazos señalados al efecto y dentro del horario de la oficina judicial (de 8 a 14 horas)⁹. Pero el día debe computarse por entero. Por tanto, se plantea la cuestión de

8. La Ley encomienda a los Secretarios Judiciales la obligación de seguimiento de las causas penales, para asegurar la observancia y cumplimiento de los términos y plazos. Así, el art. 214 LECrim. dispone que los Secretarios pondrán en conocimiento del Tribunal el vencimiento de los términos judiciales, consignándolo así por medio de diligencia.

9. Para los actos de comunicación y ejecución se consideran también hábiles desde las 20 hasta las 22 horas –art. 130. 3 LEC.–.

cuál sea el modo y el lugar de presentación de escritos sujetos a plazo perentorio. Es decir de aquellos escritos cuyo plazo fine el día de su presentación. A este respecto, los escritos se presentarán ante el Juzgado de guardia de la sede donde están ubicados los órganos judiciales a que se dirigen, una vez cerrado el registro de entrada del órgano destinatario o la conclusión de la jornada de trabajo. La organización de los Juzgados de Guardia se regula en el Acuerdo Reglamentario 5/1995, de Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales modificado por el Acuerdo 2/2003, de 26 de febrero, distinguiendo a estos efectos, según el número de juzgados de Guardia existentes en el Partido Judicial. Según estos criterios la oficina judicial del Juzgado que se halle de Guardia se hallará abierta, al efecto de presentar los escritos, en horario distinto, que puede ser de veinticuatro horas (de 9 a 9 horas) (art. 49); de 9 a las 19 horas (art. 53, 55); de 9 a las 20 horas [art. 57, y 58.3.a)]. En consecuencia, el escrito se presentará en el Juzgado de Guardia. Pero, en el caso que la oficina judicial se hallare cerrada los escritos sujetos a plazo podrán presentarse en la Secretaría del Tribunal al que va dirigido hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo o, de existir, en la oficina o servicio de Registro Central que se haya establecido (art. 135.1 LEC). Este criterio ha sido refrendado por el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del TS de 24 de enero de 2003, que se contiene en el ATS 12 de febrero de 2003. Los escritos de esta clase dirigidos al TS deberán presentarse ante el Juzgado de guardia de Madrid, por radicar en esta ciudad la sede del Alto Tribunal.

Cuando se trate del cómputo de los plazos de los recursos o escritos que deba presentar el Ministerio Fiscal, cuya notificación del acto procesal se le hubiese realizado por vía postal con acuse de recibo, el plazo empezará a contar a partir del día siguiente al de la recepción, aunque el acuse de recibo de ésta lo hubiese firmado un miembro del personal auxiliar de la Fiscalía¹⁰. Sin embargo, el Tribunal Supremo

10. Las conclusiones de la Consulta 3/1994, de 29 de noviembre, elevada a la Fiscalía General del Estado, sobre las notificaciones al M.º Fiscal fueron: "1.º El plazo para la interposición de recursos por parte del Fiscal cuando la resolución no le ha sido notificada directamente, sino a través de remisión postal, ha de comenzarse a contar, por aplicación del art. 647 de la LECrim., al día siguiente de la recepción de la copia de la resolución en la Fiscalía. 2.º La firma del acuse de recibo por un miembro del perso-

ha considerado que la presentación de escritos por el Fiscal fuera de plazo constituye una mera irregularidad formal¹¹.

2.3. Requisitos de forma.

2.3.1. *Oralidad y Escritura.*

Las actuaciones judiciales pueden producirse en forma oral o escrita. A este respecto, el art. 120 de la Constitución establece que el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal. En el mismo sentido se pronuncia el art. 229 LOPJ que establece que en esta materia las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sin perjuicio de su documentación¹².

Concretamente, en el proceso penal cabe distinguir, en orden a la forma, entre las actuaciones realizadas en la fase de instrucción y en la fase de juicio oral. En la primera, los actos procesales se producen, preferentemente, en forma escrita. En la segunda, se manifiesta plenamente la forma oral con plena concentración e inmediatez. Así se es-

nal auxiliar de la Fiscalía no sustituye la notificación al Fiscal, pero sí es suficiente para acreditar la fecha en que la comunicación se ha recibido en la Fiscalía¹¹.

11. Véase doctrina reiterada del Tribunal Supremo en este sentido SSTS de 22 enero 2002 (RAJ 4267); 21 julio 1999 (RAJ 6486). Sin embargo, el principio de igualdad de armas exige que la actuación del Fiscal, que es formalmente parte, deba ajustar su actuación a las normas procesales, lo que incluye la presentación de los escritos en plazo al igual que debe hacer el resto de partes personadas. Así, lo ha admitido alguna sentencia (véanse las SSTS de 30 junio 1997 [RAJ 4959]; 21 enero 1999 [RAJ 402]; 30 mayo 1997 [RAJ 3638]; y STSJ de Cataluña de 7 junio 2000. Por otra parte, el art. 3 *in fine* EMF modificado por Ley 14/2003, prevé que las actuaciones del Fiscal puedan tener lugar por medios tecnológicos lo que facilitara el cumplimiento de sus funciones en tiempo y forma.

12. La documentación de las actuaciones es ampliamente desarrollada en los arts. 146 y 147 LEC que establecen que deberá realizarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. Para ello la Disposición Adicional Tercera LEC dispone que se adoptarán por el Gobierno y las Comunidades Autónomas que tengan transferidas las competencias aquellas medidas necesarias para que los órganos judiciales dispongan de los medios materiales necesarios para la aplicación de los preceptos reseñados sobre la documentación de las actuaciones judiciales.

tablece en los arts. 680 y ss. LECrim. para el procedimiento por delitos graves, y en los arts. 785 y ss. para el procedimiento abreviado.

El desarrollo del juicio oral, y en general de los actos procesales orales, deben ser documentados en acta, bajo la fe pública del Secretario, que contenga todas las circunstancias de relevancia en el proceso que hubieran acaecido durante su práctica. Especialmente, se contendrá el desarrollo y contenido esencial de la prueba practicada (arts. 743 y 788.6 LECrim.). La sentencia dictada sin la preceptiva redacción del acta es nula.

Los actos procesales del órgano jurisdiccional se documentarán en papel de oficio, mientras que los escritos de las partes pueden realizarse en papel común. También permite la Ley la utilización, a las partes o al órgano jurisdiccional, de cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que quede garantizada su autenticidad y el cumplimiento de los requisitos exigibles a los actos procesales (art. 230 LOPJ).

2.3.2. *Idioma.*

Los Tribunales usarán el castellano en todas las actuaciones judiciales, como idioma oficial del Estado (art. 142.1 LEC). No obstante, los integrantes y demás funcionarios de los órganos jurisdiccionales podrán usar, también, la lengua oficial de la Comunidad Autónoma, si ninguna de las partes se opusiere alegando desconocimiento que pudiera producir indefensión (art. 142.2 LEC y art. 231 LOPJ).

Con relación a las partes, éstas pueden utilizar en sus actos orales o escritos el idioma oficial de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales (art. 142.3 LEC). En ese caso, el acto tendrá plena validez y eficacia sin necesidad de traducción al castellano. No obstante, respecto a los actos escritos, se procederá a su traducción: a) cuando deba surtir efecto fuera de la Comunidad Autónoma, que no comparta el mismo idioma; b) cuando no se acompañe copia traducida del escrito podrá el Juez de oficio requerir su traducción con suspensión del proceso; c) cuando alguna de las partes personadas alegue indefensión, o así lo dispongan las leyes (art. 142.4 LEC). En las actuaciones orales el Tribunal podrá habilitar, previo juramento o promesa, como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua autonómica empleada (art. 142.5 LEC).

2.3.3. *Publicidad y secreto de los actos procesales.*

El último requisito relativo a la forma de los actos procesales es el de publicidad (vid. Capítulo I, respecto a la publicidad como principio del proceso). La regla general, establecida en el art. 120 de la Constitución es la de la publicidad de las actuaciones judiciales con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. En el mismo sentido se pronuncia el art. 232 LOPJ. Estas excepciones se refieren a la posibilidad de limitar, por resolución motivada del Juez o Tribunal, el ámbito de la publicidad o acordar el carácter secreto de todo o parte de las actuaciones, por razones de orden público o de protección de derechos y libertades (art. 232 LOPJ).

El art. 138 LEC regula la publicidad de actuaciones judiciales con las excepciones señaladas en su pf 2.º, manteniéndose el secreto de las deliberaciones de los Tribunales colegiados —art. 139 LEC.— Asimismo, los arts. 140 y 141 reglamentan la información y el acceso a libros, archivos y registros públicos, siempre que se acredite un interés legítimo, salvo que tengan carácter reservado. Se podrá obtener información, a su costa, mediante testimonios o certificaciones de los extremos que se precisen. La Disposición Adicional Cuarta remite a un posterior desarrollo reglamentario las tasas para la obtención de copias de documentos e instrumentos.

Por su parte, la LECrim. dispone que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la Ley (art. 301 LECrim.). No obstante, en la reforma del art. 302 LECrim. por la Ley 53/1978 se introdujo el principio acusatorio en la fase de sumario. De este modo, el citado artículo establece que las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento, constituyendo una excepción al principio del secreto de sumario (también en el mismo sentido el art. 118 LECrim. que establece el derecho del imputado a ejercitar del modo más amplio posible el derecho de defensa). Excepcionalmente, cuando el delito fuere público, el Juez de instrucción, a propuesta del Fiscal o de las partes, podrá declarar por auto el secreto total o parcial de las actuaciones, por un tiempo no superior a un mes, y necesariamente con diez días de antelación a la conclusión del sumario (art. 302.2 LECrim.). Este plazo es susceptible de ser prorrogado por el tiempo estrictamente necesario.

En la fase de juicio oral, sin embargo, la norma general es la publicidad de todos los actos del proceso (art. 649 y 680.1 LECrim.). No obstante, también en esta fase se prevé la posibilidad de celebrar las sesiones a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia (art. 680.2 LECrim.)¹³. Así se prevé, en efecto, en el art. 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y art. 6.1 Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de los que se deduce que el derecho a un juicio público, y en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de audiencia, durante la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas en las leyes. El Tribunal Constitucional, en reiteradas resoluciones, ha estimado la constitucionalidad de celebrar el juicio a puerta cerrada por razones de orden público y/o moralidad, justificable para facilitar el correcto y ordenado desarrollo del proceso¹⁴.

13. El Tribunal puede adoptar medidas de restricción de la publicidad en el caso de la declaración de testigos protegidos (arts. 2, 3, 4 LO 19/1994), menores (arts. 4 y 9 LO 1/1996, de protección jurídica del menor), o víctimas de delitos de agresión sexual (art. 15.5 Ley 35/1995). La resolución se tomará por el Tribunal, de oficio o a instancia de parte mediante auto motivado, antes de comenzar el juicio oral o en cualquier momento (art. 682 LECrim.). Pero, en el caso de las resoluciones que se adopten en esta materia durante el transcurso del juicio, no es exigible una especial motivación; y en cualquier caso, la ausencia de aquella constituirá una irregularidad únicamente relevante en el caso de que la decisión aparezca como manifiestamente infundada con la consecuencia de haber producido indefensión a la parte. Aunque, en alguna sentencia el TS ha exigido especialmente que la resolución de celebrar el juicio a puerta cerrada se adopte previa deliberación y constanding la motivación.

14. Cuando el Tribunal adopta la decisión de que un juicio se celebre a puerta cerrada, no se encuentra prejuzgando que el inculpado sea o no inocente ni está vulnerando el derecho a la tutela efectiva de Juez y Tribunales, siempre que la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada esté fundada en derecho (STC 62/1982, de 15 octubre). Tampoco se desvirtúa el carácter público del acto del juicio cuando el Tribunal, por razones de seguridad dado el espacio de la Sala, tenga que limitar el número de personas que accedan a presenciarlo, sin poder permitir el acceso a otras (STC 30/1986, de 20 febrero). En el supuesto examinado en la STC 65/1992, de 29 abril "... la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada... tenía como finalidad el facilitar el correcto y ordenado desarrollo del proceso, evitando cualquier intimidación dirigida a los procesados, sus defensores y los testigos...".

3. ACTOS DE COMUNICACIÓN.

3.1. Finalidad de los Actos de comunicación. Su protección constitucional.

Los actos de comunicación tienen como finalidad la puesta en conocimiento de las partes, terceros, órganos jurisdiccionales, u organismos oficiales, de las resoluciones adoptadas por el órgano jurisdiccional que conoce del asunto. Partiendo de esta finalidad común es preciso distinguir entre los actos de comunicación que se dirijan a las partes, a un tercero, o bien a otro órgano jurisdiccional, por responder a fines distintos. La finalidad de los primeros no es otra que permitir al destinatario, conocida la resolución, disponer la mejor defensa de sus derechos e intereses. Los segundos responden al concepto de “auxilio jurisdiccional” o deber de los órganos jurisdiccionales de prestarse auxilio mutuo para la práctica de todas las diligencias que fueren necesarias en la sustanciación de las causas criminales. En cualquier caso, corresponderá al órgano jurisdiccional, y específicamente a los Secretarios judiciales, adoptar las debidas garantías que aseguren la práctica correcta de los actos de comunicación para que éstos lleguen efectivamente a conocimiento de las partes y puedan cumplir su finalidad, especialmente en el caso de que la comunicación tenga por destinatario al sometido al proceso penal¹⁵.

La omisión o práctica defectuosa de un acto de comunicación puede vulnerar el derecho de defensa; especialmente cuando de la correcta realización

15. El órgano jurisdiccional se comunica con las partes o terceros mediante las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, regulados en los arts. 166 a 182 LECrim. Estos actos pertenecen al ámbito de las garantías del derecho a la defensa, debiendo ejecutarse de modo que sirvan en plenitud a su objetivo. En este sentido, los actos de comunicación tienen por objeto permitir al destinatario conocer de las resoluciones que le afecten, y de ese modo poder disponer de la mejor defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, no se trata de meros trámites, por lo que la actuación del órgano judicial no debe limitarse a cumplir las formalidades legales, sino que debe asegurar la efectividad del acto de comunicación, mediante su colaboración activa, así como la de las partes (SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 72/1988, 205/1988, 142/1989, etc.) (STC 17/1992, de 10 febrero).

del acto de comunicación depende la personación de la parte en el proceso. Ahora bien, el TC exige también que esta indefensión provocada a la parte deberá ser de naturaleza material; es decir que le impida el ejercicio de sus derechos de forma involuntaria (SSTC 59/1998, de 16 marzo y 122/1995, de 18 julio). Por tanto, no se producirá infracción constitucional en el caso de que la irregularidad no produzca, en definitiva, perjuicio alguno al recurrente¹⁶.

3.2. Actos de comunicación con las partes o terceros.

Los actos de comunicación del órgano jurisdiccional con las partes y con terceros son las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, regulados en los arts. 166 a 182 LECrim.

3.2.1. Notificaciones. Requisitos de la comunicación por edictos.

La notificación es el acto destinado a comunicar a las partes o a terceros un determinado acto procesal, de manera que se configura como un acto procesal complementario del principal, que es el objeto de la comunicación. También deben ser notificados todos aquellos a los que la resolución se refiera o pueda producir un perjuicio cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la Ley (art. 270 LOPJ). Concretamente, debe notificarse a la víctima o perjudicado por el delito, aunque no estuviere personada en la causa, los siguientes actos procesales: la notificación del sobreseimiento del proceso cuando el Juez de Instrucción estimare que el hecho no es

16. En este sentido, el TS ha declarado, que no son supuestos de nulidad de actuaciones, en tanto que no se acredite el perjuicio o menoscabo sufrido por el recurrente, lo siguientes: – La falta de notificación al imputado del auto incoando procedimiento abreviado constituye una mera irregularidad que no puede producir la nulidad de las actuaciones (STS de 14 marzo 2002 [RAJ 4334]). – La falta de notificación al procesado y a su defensa del auto de incoación de Sumario, la del auto de acumulación de Diligencias Previas (STS de 24 octubre 2001, [RAJ 10318]) o la omisión de la notificación del cambio en la composición del Tribunal, al momento de procederse al acto del juicio (SSTS de 26 diciembre 2001 [RAJ 2002-2034]; 22 marzo 2001 [RAJ 3319]). – Cuando la falta o irregularidad de la comunicación fuere debida a la negligencia o pasividad de las partes impedirá que se produzca una situación de indefensión, lesiva para la causante de aquélla.

constitutivo de infracción penal o no aparece suficientemente justificada su perpetración (art. 779.1ª LECrim.); la pretensión de sobreseimiento del Ministerio fiscal [art. 782.2.a) LECrim.]; la celebración del juicio (art. 785.3 LECrim.); la sentencia (art. 789.4 LECrim.); el señalamiento de la vista en apelación (art. 791.2 LECrim.); la sentencia dictada en apelación (art. 792.4 LECrim.) o los autos relativos a la situación personal del imputado (art. 506.3 LECrim.).

Las notificaciones deberán hacerse de forma personal al interesado por medio de un funcionario del Cuerpo de auxilio judicial (art. 478 LOPJ). Aunque la LECrim. aún se refiere a los antiguos Cuerpos de funcionarios –Agente judicial u Oficial de Sala (art. 166 LECrim.)–. Para la práctica de las notificaciones, el Secretario extenderá una cédula, que contendrá: 1.º) el motivo y los nombres y apellidos de las partes; 2.º) la copia literal de la resolución que hubiere de notificarse; 3.º) el nombre de las personas que deben ser notificadas; 4.º) la fecha y la firma del Secretario (art. 167 LECrim.).

La notificación se efectuará leyendo la resolución y entregando la cédula a su destinatario. Se hará constar la entrega por diligencia en la cédula original. Se anotará el día y hora de la entrega y será firmada por el notificado y por el funcionario que practique la notificación (arts. 170 y ss. LECrim.). En el caso que el testigo no supiere o no quisiera firmar la cédula lo harán dos testigos (art. 171.2.º LECrim.). No obstante, en el caso que intervenga el Secretario no será preciso acudir a la firma de testigos. En los supuestos en que no resulte posible notificar personalmente al interesado el acto, podrá, subsidiariamente, notificarse por cédula. En tal caso, deberán cumplirse los requisitos previstos en la LECrim. –arts. 172 y ss.–, y dejar constancia de ello debidamente diligenciada¹⁷.

17. Así, cuando el destinatario no fuese hallado, cualquiera que fuese la causa y el tiempo de su ausencia, se entregará la cédula al pariente, familiar o criado, mayor de catorce años, que se halle en la dirección prevista. Si no hubiere nadie, se hará la entrega a uno de los vecinos más próximos (arts. 172 y ss. LECrim.). El receptor de la notificación tiene obligación de entregarla a la persona a la que aquélla se refiera inmediatamente que ésta regrese a su domicilio, y de no hacerlo así puede incurrir en una multa (art. 173 LECrim.). Este modo de entrega plantea el problema de que la notificación no llegue de forma efectiva al interesado, lo cual se acreditará sin duda cuando se entregue directamente a aquél. En consecuencia, en el supuesto que se hubiere entregado la cédula a un tercero con la obligación de hacerla llegar a su destinatario y éste no cumpliera con su deber, o bien la entregara con evidente retraso, se podrá producir una situación de indefensión del destinatario que no le podrá ser imputada.

Cuando el que haya de ser notificado no tuviere domicilio conocido, se darán las órdenes convenientes a los Agentes de Policía judicial por el Juez o Tribunal competente para que se le busque. Si finalmente no fuere hallado, se mandará notificarlo, citarlo, o emplazarlo por edictos, publicados en los Diarios Oficiales correspondientes (art. 178.2.º LECrim.); pero en el procedimiento abreviado no será necesaria la publicación (art. 762.3 LECrim.). El Tribunal Constitucional ha entendido que antes de acudir a la comunicación por edictos deben haberse utilizado infructuosamente los demás medios previstos en la Ley para realizar la comunicación¹⁸. En el proceso penal este principio se refuerza con exigencias adicionales en razón de los derechos e intereses afectados, y concretamente en el caso de que se trate de la citación del acusado al acto del juicio oral.

Las notificaciones también podrán practicarse personalmente en estrados, o bien por medio de Procurador cuando esté personado en los autos, salvo en los casos previstos en el art. 182 LECrim. que se refiere a las notificaciones que por disposición expresa de la Ley deban realizarse en la persona del interesado; entre éstas la sentencia. En este supuesto no obsta a la comunicación al Procurador para que se deba notificar a la parte la resolución de que se trate, por ejemplo la sentencia¹⁹.

18. El Tribunal Constitucional ha insistido en que la citación por correo con acuse de recibo deberá practicarse correctamente y repetirse cuando resulte infructuosa. No cabe pasar directamente a la citación por edictos cuando sea conocido el domicilio del acusado. La STC 41/1987, de 6 abril, establece que la utilización de los servicios de Correos no hace concluir el deber de colaboración de los órganos jurisdiccionales ni permite que en todos los casos en que ha sido practicada la citación por correo infructuosamente se acuda a la citación por edictos, pues este sistema sólo es utilizable cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que deba ser notificada o emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio. Aplicando esta doctrina general, dicha sentencia estima el amparo si en el acuse de recibo se hizo constar “ausente en horas de reparto” y se emplazó por edictos. También se otorgó el amparo cuando en el acuse de recibo no aparecía más que una firma ilegible que además no concordaba con la del interesado. Asimismo, vid. STC 234/1988, de 2 diciembre.

19. A este efecto, resulta práctica usual que se cite al que deba ser notificado para comparecer ante el Tribunal a tal efecto. En el supuesto de incomparecencia, se plantea el problema de determinar cuál sea el inicio del cómputo del plazo del recurso. A nuestro entender, lo procedente será dictar resolución motivada en la que se volverá a citar al interesado con el apercibimiento que de no comparecer se iniciará el cómputo del plazo para recurrir. Este momento inicial deberá ser el del día de la

Las notificaciones al Procurador podrán efectuarse en el local de notificaciones previsto en los arts. 272 LOPJ y 160 LEC. La recepción de la notificación por este servicio producirá plenos efectos jurídicos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del TC en esta materia, que considera constitucionalmente correctas las fórmulas de comunicación procesal alternativas a aquellas que garantizan la recepción personal por el destinatario. De ese modo, se asegura el desarrollo normal del proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva de la contraparte (SSTC 39/1987 ó 216/1989). Pero, en estos supuestos se exige un especial rigor en la práctica del acto procesal de comunicación, ya que a través de dichos procedimientos de comunicación no queda igualmente garantizado su conocimiento por el afectado.

La notificación podrá, así mismo, efectuarse por correo certificado con acuse de recibo. Así se prevé en el art. 166 LECrim. debiendo dar fe el Secretario del contenido del sobre remitido. El acuse de recibo, una vez devuelto cumplimentado, deberá unirse a los autos. Esta posibilidad fue introducida en el citado artículo por la Ley 33/1978, de 17 de julio, siendo tal innovación necesaria para aliviar el excesivo trabajo de los Juzgados, en orden a notificaciones, citaciones y emplazamientos²⁰.

segunda citación, ya que dada la premura de los plazo, si se estableciese el del día en el que se notificó al Procurador, ningún interés tendría para la parte acudir a la citación, teniendo en cuenta que el plazo para recurrir ya habrá transcurrido. Por tanto, no bastará con la notificación de la sentencia al Procurador. En un supuesto de falta de notificación al interesado el TC ha declarado que el cómputo para interponer el recurso de apelación no se iniciará hasta que se produzca la notificación personal de la sentencia. Pero, la falta de notificación personal no puede aducirse como motivo de nulidad cuando efectuada al Procurador o al letrado se constata que llegó efectivamente a conocimiento de la parte, sin que se haya producido indefensión.

20. El propio precepto establece una serie de excepciones a tal procedimiento, declarándolo no aplicable a las notificaciones contempladas en los arts. 160, 501 y 517 LECrim., que deberán realizarse personalmente. Se trata de supuestos legales de notificación directa a las partes, en razón de la importancia del acto. Éste es el caso de la sentencia (arts. 160 y 789 LECrim.); el auto de procesamiento o su denegación (art. 384 LECrim.); notificación del auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto (art. 501 LECrim.); requerimiento al procesado para que señale bienes (art. 597 LECrim.). Además, el art. 160 LECrim., en la redacción dada por la LO 1/2004, de protección integral de las víctimas de la violencia de género, dispone que cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la sentencia será remitida al mismo por testimonio de forma inmediata, con indicación de si la misma es o no firme.

El art. 271 LOPJ añade que las notificaciones podrán practicarse por medio de telégrafo o cualquier otro medio en consonancia con el art. 160 LEC. Deberá ser, en todo caso, la autoridad judicial quien acuerde la utilización de esta vía, no procediendo de forma automática. Tal y como señala la jurisprudencia se trata de un modo de notificar que exige más que una forma concreta, la efectiva constatación de que la notificación ha llegado al destinatario. Este medio podrá también utilizarse para las comunicaciones internacionales. Sin embargo, en estos casos deberá estarse a lo previsto en los Tratados y Convenios Internacionales o, en su defecto, al principio de reciprocidad –art. 177.2.º LECrim.–.

Respecto de las notificaciones efectuadas al Ministerio Fiscal mediante correo certificado, la Fiscalía General ha entendido que, a los efectos del cómputo de plazos, la firma del acuse de recibo por un miembro del personal auxiliar de la Fiscalía acredita la fecha de comunicación²¹.

3.2.2. Citaciones.

La citación es la convocatoria que se hace a una parte o a un tercero para que comparezca ante el órgano jurisdiccional en un momento determinado, siendo normalmente realizada por medio de acuse de recibo –art. 166 LECrim.–, según las fórmulas ya vistas, o por telégrafo o cualquier otro medio técnico más rápido. Se practicarán en la forma establecida para las notificaciones mediante cédula de citación que contendrá los siguientes requisitos: el Tribunal que la hubiere dictado, la identificación del citado, el objeto de la citación, el lugar, día y hora en que ha de concurrir el citado, y las consecuencias del incumplimiento de la obligación de comparecencia que recae sobre testigos y peritos (art. 175 LECrim.).

21. Las conclusiones de la Consulta 3/1994, de 29 de noviembre, elevada a la Fiscalía General del Estado, sobre las notificaciones por correo al Ministerio Fiscal fueron: “1.º El plazo para la interposición de recursos por parte del Fiscal cuando la resolución no le ha sido notificada directamente, sino a través de la remisión postal, ha de comenzarse a contar, por aplicación del art. 647 de la LECrim., al día siguiente de la recepción de la copia de la resolución en la Fiscalía. 2.º La firma del acuse de recibo por un miembro del personal auxiliar de la Fiscalía no sustituye la notificación al Fiscal, pero sí es suficiente para acreditar la fecha en que la comunicación se ha recibido en la Fiscalía”.

A este respecto, los testigos y peritos tienen obligación de comparecer al llamamiento judicial en la fecha acordada. En caso de imposibilidad temporal para hacerlo deberán comunicar al Tribunal esta circunstancia (arts. 410, 463 LECrim.) (a salvo de los supuestos excepcionales de exención de este deber del art. 412 LECrim.)²².

Comparecidos, tienen la obligación de declarar la verdad sobre todo lo que sepa y se le pregunte. A salvo del derecho a no declarar sobre su ideología, religión o creencias o a no declarar contra el acusado en el caso de ser cónyuge, padres, hijos, hermanos o parientes de aquél hasta el segundo grado civil (arts. 16 CE y 416 LECrim.). El incumplimiento de estas obligaciones puede dar lugar a la imposición de una multa; a que se acuerde su detención; a que sea acusado del delito de desobediencia o del de falso testimonio (arts. 420 LECrim., 237 y 326 CP).

En cuanto a los perjudicados, tienen derecho a ser parte acusadora en el proceso nombrando Abogado y Procurador en las condiciones establecidas para los acusados (arts. 24 CE y 109 LECrim.). En caso contrario, serán citados en calidad de testigos con los derechos y obligaciones expuestos. Ello sin perjuicio que se informe y notifique al perjudicado por el delito de los actos procesales de especial relevancia tales como el acto del juicio, la sentencia, la vista de apelación, o la sentencia dictada en la alzada.

Por último, debemos referirnos especialmente a las citaciones que tengan por objeto al inculcado o al acusado en el proceso penal que podrá tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento (art. 302 LECrim.). en el procedimiento abreviado se practicarán conforme al art. 762.3 y 4ª LECrim. También se citará al imputado para la práctica de diligencias complementarias

22. En la citación se hará constar el apercibimiento que de no comparecer al primer llamamiento se le podrá imponer multa de 200 a 5.000 euros; y si se tratase del segundo de ser perseguido como reo de delito de obstrucción a la justicia tipificado en el art. 463.1 CP (arts. 175.5 y 420.1 LECrim.). Terminada la declaración el Juez Instructor hará saber al testigo la obligación de comparecer cuando se le cite nuevamente a este efecto, así como la de poner en conocimiento del Tribunal los cambios de domicilio que hiciere hasta ser citado para el juicio oral, bajo apercibimiento de incurrir en multa de 200 a 1.000 euros, sin perjuicio de incurrir en responsabilidad criminal (art. 446.1 LECrim.).

(art. 780.2 *in fine* LECrim.). Aunque la citación resulta especialmente trascendente cuando lo es para el acto del juicio oral. La asistencia del acusado al juicio es un presupuesto para su celebración, de modo que, salvo supuestos concretos y excepcionales, no puede celebrarse el juicio oral en ausencia del acusado. La justificación de esta garantía es clara, ya que un proceso con todas las garantías exige que el acusado haya podido tener la oportunidad efectiva de alegar y probar, especialmente, en el acto del juicio oral²³.

3.2.3. *Emplazamientos.*

El emplazamiento es la convocatoria que se hace a una parte o a un tercero para que comparezca ante el órgano jurisdiccional dentro de un plazo determinado²⁴. Podrá realizarse conforme al modo previsto en el art. 166 LECrim. Es decir, personalmente, o también mediante correo certificado con acuse de recibo, cuando el tribunal lo considere conveniente, dando fe el secretario en los autos del contenido de la comunicación, y uniéndose a los autos el acuse de recibo.

En el supuesto de comunicación personal se hará en el modo ya expuesto para la notificación, entregando al interesado cédula de emplazamiento que contendrá los requisitos que señala el art. 175 LECrim.,

23. La celebración del juicio oral en ausencia del acusado podrá tener lugar en el procedimiento abreviado cuando se den los siguientes requisitos: 1.º que el acusado hubiere sido citado personalmente en el domicilio que hubiere designado, o bien en la persona que hubiere designado, de conformidad con el art. 775 LECrim.; 2.º que lo acuerde el Juez a solicitud de la acusación, oída la defensa; 3.º que la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, de seis años (art. 786.1 LECrim.). En el juicio de faltas la ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración, y resolución, del juicio siempre que conste haberse realizado correctamente la citación; y siempre que el Juez, de oficio o a instancia de parte, no crea necesaria su declaración (art. 971 LECrim.).

24. Normalmente, el emplazamiento vendrá precedido de la notificación de la resolución respectiva en el que se acuerda efectuarlo. Puede destacarse, entre otras diligencias, la de notificación a los procesados del auto de conclusión del sumario y emplazamiento ante la Audiencia Provincial; o el emplazamiento al acusado para que comparezca en la causa de procedimiento abreviado con abogado y procurador (art. 784 LECrim.).

entre ellos el término o plazo dentro del cual ha de comparecer el emplazado, con la prevención de que si no comparece incurrirá en los perjuicios a que hubiere lugar en Derecho.

3.2.4. *Requerimientos.*

El requerimiento es el acto por el que se impone a una persona —parte o tercero— una conducta consistente en entregar, hacer o dejar de hacer alguna cosa; es decir, una conducta distinta de la comparecencia ante el órgano jurisdiccional. La LECrim. no regula sistemáticamente los requerimientos, salvo en preceptos aislados. Éste es el supuesto de las normas respecto a la garantía de la responsabilidad civil derivada de delito. Por ejemplo, los arts. 597 y 764.3 LECrim., para el procedimiento ordinario por delitos graves y abreviado; o la orden al imputado de abstenerse de conducir vehículos de motor, a cuyo efecto se requerirá al imputado con apercibimiento de incurrir en desobediencia. Como se puede observar, el requerimiento es un acto complejo que contiene una orden o mandato y que, por tanto, lleva aparejada una sanción en caso de incumplimiento. Concretamente la desobediencia prevista en el art. 556 CP²⁵.

3.3. Actos de comunicación entre órganos jurisdiccionales. Exhortos.

Los actos de comunicación entre órganos jurisdiccionales son inherentes al deber de cooperación y auxilio judicial que tienen los Tri-

25. La LECrim. también prevé que la policía judicial requiera a distintos sujetos al efecto de realizar las diligencias preliminares que la Ley establece. Precisamente, por tratarse de actuaciones previstas en la LECrim., se trata de actuaciones preprocesales que la policía debe realizar tan pronto tenga conocimiento de un delito actuando por delegación del Juez. Se distinguen, por tanto, de las diligencias de prevención que realizan para la garantía de la seguridad ciudadana. En esta función, la policía judicial requerirá la presencia de cualquier facultativo o personal sanitario que fuere habido para prestar, sin fuere necesario, los oportunos auxilios al ofendido por el delito (art. 770.1.ª LECrim.); o el auxilio de otros miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando fuere necesario para el desempeño de las funciones que le encomienda la LECrim. (art. 772 LECrim.).

bunales entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 273 LOPJ). En este sentido, los Jueces y Tribunales se auxiliarán mutuamente para la práctica de todas las diligencias que fueren necesarias en la sustanciación de las causas criminales (art. 183 LECrim.). Este auxilio se efectuará por medio de exhortos²⁶.

En cuanto al modo de cursar los despachos en solicitud de cooperación judicial, la LECrim. –arts. 183, 184, 185– sigue contemplando dentro de estos actos de comunicación los exhortos, suplicatorios y mandamientos. Sin embargo, tanto en la LEC –arts. 169 y ss.–, como en la LOPJ –art. 274– únicamente está prevista la fórmula del exhorto²⁷. De acuerdo con la regulación vigente, debe entenderse también que esta única fórmula regirá en el proceso penal, aunque no han sido expresamente derogados aquellos preceptos. Así se desprende del art. 762.1.^a y 2.^a LECrim.

26. El auxilio o cooperación judicial tendrá lugar siempre que una diligencia judicial deba ser ejecutarse por un Juez o tribunal distinto del que la haya ordenado (art. 184 LECrim.). Ello implica que no siempre que la actuación judicial se desarrolle fuera de la circunscripción del órgano que la hubiera ordenado (tal y como de modo general establece el art. 274 LOPJ), sea necesario recabar auxilio judicial. En este sentido, determinada la competencia judicial por el lugar de la comisión del delito, el Juez competente lo será para conocer de todas las incidencias del proceso de modo que el propio Juez podrá ordenar la práctica de diligencias incluyendo los mandamientos y requerimientos que sean oportunos entendiéndose directamente con la autoridad o funcionario que deba realizarla, sin que sea preciso en todo caso acudir al auxilio judicial, sino, únicamente, cuando fuere necesario (art. 762.1 LECrim., en sede de procedimiento abreviado).

27. La LEC regula el auxilio judicial en los arts. 169 a 177 LEC que disponen que las comunicaciones se llevarán a cabo mediante exhorto que contendrá los requisitos establecidos en el art. 171 LEC. Su expedición y autorización corresponde al Secretario Judicial y se remitirá directamente al órgano exhortado por medio del sistema informático judicial o cualquier otro sistema de comunicación que garantice la constancia de la recepción –art. 172 LEC–. Tras ser cumplimentado por el órgano jurisdiccional exhortado –art. 173 LEC–, se procederá a devolverlo comunicándose al exhortante su resultado por medio del sistema informático judicial o cualquier otro que garantice la constancia de la recepción. No resulta aplicable en el orden jurisdiccional penal la posibilidad de intervención de las partes en la tramitación del exhorto, según dispone para el proceso civil el art. 174 LEC.

La petición de cooperación por medio de exhorto, cualquiera que sea el órgano judicial a que se dirija, se efectuará siempre directamente, sin dar lugar a traslados ni reproducciones a través de órganos intermedios –art. 274.2.º LOPJ–. El órgano exhortado acusará recibo al exhortante, y acordará su cumplimiento inmediato. Una vez cumplimentado, lo devolverá sin demora en la misma forma que lo hubiere recibido (art. 191 LECrim.). Cuando se demore el cumplimiento el órgano exhortante remitirá, de oficio o a instancia de parte, un recordatorio al Tribunal exhortado. Los Juzgados de lo Penal podrán también diligenciar exhortos de otro Juzgado de lo Penal. Así lo ha interpretado el Consejo General del Poder Judicial, por Acuerdo de fecha 5 abril 1990, al tratarse de órganos con iguales competencias²⁸.

En sede del procedimiento abreviado (art. 762.2.ª LECrim.) se ha dispuesto que los exhortos que se expidan, se tramiten siempre por el medio más rápido posible, acreditando por diligencia las peticiones de auxilio que no se hayan solicitado por escrito. Así, se admite el exhorto telegráfico, por medio de telefax, o por comunicación telefónica, convenientemente diligenciada, que además de ser indispensable en ciertas ocasiones (cursar órdenes de libertad provisional), es frecuente en la práctica judicial. La copia del telegrama, sellada por la oficina de telégrafos, se unirá a los autos o la pieza correspondiente.

También pueden practicarse determinados actos procesales mediante el uso de la denominada “videoconferencia” que permite rapidez y contradicción, aunque no una efectiva inmediación. Este medio de comunicación puede utilizarse para la práctica de determinados actos en cumplimiento de la cooperación judicial, de conformidad con los arts. 230.1 LOPJ y 135.5 LEC. También se regula en el art. 11

28. El Acuerdo citado declara: “El primer punto de la consulta se refiere al auxilio judicial entre Juzgados de lo Penal, formulada desde la perspectiva competencial, en el sentido de que si entre las funciones que la Ley Orgánica 7/88 asigna a aquellos Juzgados se encuentra la de diligenciar exhortos de otro Juzgado de lo Penal. Por otra parte, el art. 748 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece con carácter general para Juzgados y Tribunales, sin excluir por tanto a los de lo Penal, la necesidad de que las diligencias que hayan de practicarse por otro Juzgado o Tribunal a instancia del primero, se soliciten directamente a quien haya de practicarlas, para lo que se utilizará siempre el procedimiento rápido”.

del Convenio Europeo de 29 de mayo de 2000 sobre asistencia judicial en materia penal (que aún no se halla en vigor). Así lo ha admitido la Instrucción 1/2001, de 7 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, que sin embargo rechaza la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia, criterio que debemos compartir por vulnerar los principios de inmediación, publicidad, y la efectiva contradicción que no se puede garantizar plenamente con este medio de comunicación.

3.4. Actos de comunicación con otros órganos.

Los actos procesales de comunicación con otros organismos de la Administración o con terceros ajenos a la misma son, en definitiva, los mandamientos y los oficios.

3.4.1. Mandamientos.

Se empleará la forma de mandamiento, cuando el Juez solicite de algún Registrador de la Propiedad, Mercantil, de Buques, de Ventas a Plazos, Notario, Corredor de Comercio, el libramiento de alguna certificación o testimonio; o bien ordene a algún Agente judicial o de la policía judicial la práctica de alguna diligencia (art. 186 LECrim.).

3.4.2. Oficios y Exposiciones.

Cuando los Jueces o Tribunales deban comunicarse con autoridades, funcionarios, o miembros de las Fuerzas Armadas, que no estuvieran bajo su autoridad, emplearán la forma de oficios (art. 195 LECrim.).

Se utilizarán las exposiciones cuando se dirijan a miembros del Poder Legislativo o a Ministros del Gobierno, en demanda de auxilio o de obtención de datos (art. 196 LECrim.). Las exposiciones tienen una forma más solemne y se utilizan para la comunicación de asuntos importantes a altas personalidades del Estado.

4. COOPERACIÓN Y AUXILIO JUDICIAL INTERNACIONAL.

4.1. Comisiones rogatorias. Auxilio judicial internacional.

El auxilio judicial internacional se produce cuando un órgano jurisdiccional de un estado se dirige a otro de otro estado, a fin de practicar alguna diligencia judicial (arts. 276 LOPJ y 193, 194 LECrim.).

Las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia. Éste tramitará la comisión rogatoria a las autoridades competentes del Estado requerido, en la forma prevista en los tratados internacionales, sea por vía consular o diplomática o bien directamente, si así se prevé –art. 276 LOPJ–²⁹. A falta de Tratado internacional se estará al principio de reciprocidad (art. 193.2 LECrim.). En la comisión rogatoria deberá hacerse constar la autoridad que formula la solicitud, el objeto o motivo de ésta, la identificación de la persona de que se trate, la acusación y breve exposición de los hechos –art. 14 del Convenio Europeo de Estrasburgo de 1959–.

29. En la actualidad los Convenios más importantes suscritos por España en materia de asistencia judicial penal son: 1.º Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Fue ratificado por España el 14 de julio de 1982 (BOE de 17 septiembre). 2.º Convenio Europeo sobre la represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977. Fue ratificado por España el 9 de mayo de 1980 (BOE de 8 octubre). 3.º Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, y ratificado por España el 10 de junio de 1983 (BOE de 10 junio 1985). 4.º Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978. Ratificado por España el 27 de mayo de 1991 (BOE de 2 agosto). 5.º Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988. Ratificada por España el 30 de julio de 1990 (BOE de 10 noviembre). 6.º Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975. Ratificada por España el 22 de junio de 1987 (BOE de 15 agosto). 7.º Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre España y Argentina, de 3 de marzo de 1987, y Canje de Notas de 12 y 20 de febrero de 1991 (BOE de 22 mayo).

4.2. Cooperación y auxilio judicial en materia penal en el ámbito de la Unión Europea.

4.2.1. *Cuestiones generales.*

La cooperación y auxilio judicial en materia penal en la Unión europea tiene su base en el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. En este Acuerdo se instrumentaron una serie de medidas destinadas a intensificar la cooperación policial, el control de la inmigración, el derecho de asilo y la cooperación judicial entre los Estados firmantes. Este Acuerdo se ha desarrollado en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990. España se adhirió al Convenio de 1990, mediante Instrumento de ratificación de 23 de julio de 1993 (BOE 5 de abril de 1994) y entró en vigor el 1 de marzo de 1994.

Ese conjunto de disposiciones han supuesto un importante avance para la consolidación del denominado espacio judicial europeo, aunque con alcance y ámbito limitado por las divergencias entre los distintos sistemas judiciales. Es por ello que a partir del Tratado de Ámsterdam y, especialmente, del Consejo Europeo de Tampere de 1999 se acordó que la cooperación judicial debía fundarse en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales emitidas en los estados miembros, a cuyo efecto el Consejo adoptó el 29 de noviembre de 2000 un programa de medidas destinado a hacer efectivo ese principio. En este marco se han aprobado los siguientes instrumentos:

- El Convenio de asistencia judicial en materia Penal entre los Estados miembros de la Unión europea hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, que tiene por finalidad la prestación de auxilio judicial y la ejecución de peticiones de extradición en estas materias. Entre las principales novedades que incluye el convenio se halla la de la inversión de la norma general del Convenio de 1959 que prevé que la práctica de las comisiones rogatorias se producirá según las normas del Estado requerido; se mantiene la norma general establecida en el Convenio de Schengen de transmisión directa entre autoridades judiciales; y en caso de urgencia por conducto de la Interpol. También pueden tramitarse por la Europol creada en el Convenio de 26 de julio de 1995. Aunque a efectos prácticos, tal vez la norma más novedosa es la que se refiere a la admisibilidad y práctica del procedimiento de videoconferencia que

está previsto en el art. 10 del Convenio; e incluso por conferencia telefónica (art. 11). El Tratado citado no entrará en vigor hasta que no haya sido ratificado al menos por la mitad de los Estados firmantes, al amparo del art. 34.2 Tratado de la Unión. Es decir, cuando lo ratifiquen como mínimo ocho estados miembros a la fecha de su conclusión. El estado español declaró la aplicación provisional del Convenio en fecha de 6 de octubre (BOE de 15 de octubre de 2003).

- Decisión Marco del Consejo de la Unión sobre la Orden Europea de detención y entrega, de 13 de junio de 2002, que se introdujo en nuestro derecho por la Ley 3/2003 (véase sobre esta materia *infra*).
- Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 22 de julio de 2003, sobre ejecución de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas.
- Otros órganos e instrumentos jurídicos europeos de cooperación judicial son los siguientes: La red judicial europea³⁰ y Eurojust³¹, a los que se puede dirigir cualquier órgano judicial o fiscal para solicitar asisten-

30. La Red Judicial Europea está compuesta por especialistas en cooperación judicial internacional que actúan como intermediarios para facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea, prestando asistencia a los órganos jurisdiccionales y a los fiscales que lo reclamen para la correcta remisión y eficaz cumplimiento de las solicitudes de cooperación jurisdiccional internacional. A este objeto: informan, asesoran y coordinan las actuaciones en esta materia. La Red Judicial Europea se organiza en España en dos redes internas: La Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE), regulada por el artículo 76 bis del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995. La REJUE está compuesta por 62 Magistrados especializados (30 en materia civil y 32 en materia penal), que se distribuyen por todo el territorio nacional. El Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial es el responsable de la coordinación de la Red y de su adecuado funcionamiento. Existe como mínimo un punto de contacto de la red en cada Fiscalía, que tiene la función de facilitar los contactos directos de la Fiscalía con las autoridades judiciales internacionales cuando dichos contactos fueran necesarios para la ejecución o la elaboración de una petición de auxilio judicial internacional (véase la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2003, que regula la red de Fiscales de Cooperación Judicial Internacional).

31. Eurojust es un órgano de la Unión europea, creado con fecha de 28 de febrero de 2002 por Decisión del Consejo de la Unión, constituido por Jueces y Magistrados, Fiscales y Policías de los estados miembros de la Unión que ejercen funciones de coordinación, cooperación e investigación de los procesos penales relacionados con la criminalidad organizada en los Estados miembros de la Unión.

cia o auxilio, cuando lo consideren necesario para la correcta ejecución de un acto de cooperación judicial en el ámbito de la Unión, o específicamente en la emisión o ejecución de una orden europea.

4.2.2. *La asistencia judicial en materia penal.*

La asistencia judicial intergubernamental en materia penal se regula en los arts. 48 a 53 del Convenio de 1990, que se remiten al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 20 de abril de 1959, completado con el Protocolo Adicional al convenio de 17 de marzo de 1978, ratificado por España el 18 de agosto de 1982 y suscrito por todos los Estados de la UE.

La concesión de comisiones rogatorias queda sujeta a las siguientes condiciones: a) Que el hecho que haya dado lugar a la comisión rogatoria sea sancionable según el Derecho de ambas Partes contratantes a una pena privativa de libertad o a una medida de seguridad que restrinja la libertad durante un período máximo de, al menos seis meses, o sea sancionable con arreglo al Derecho de una de las Partes contratantes con una sanción equivalente y, según el Derecho de la otra Parte contratante, constituya una infracción de reglamentos perseguida por autoridades administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante una jurisdicción competente, en particular en materia penal. b) Que la ejecución de la comisión rogatoria sea compatible con el Derecho de la Parte contratante requerida (art. 51)³².

Una novedad importante introducida por este Convenio es la contenida en el art. 53 referente a que las solicitudes de asistencia judicial podrán hacerse directamente entre las autoridades judiciales, sin perjuicio de la facultad de envío y reenvío de las solicitudes entre los Ministerios de Justicia o a

32. Cada una de las partes contratantes podrá remitir los documentos referentes al procedimiento directamente por correo a las personas que se hallen en el territorio de la otra Parte (art. 52). Será necesaria la traducción de los documentos remitidos cuando existan razones para pensar que el destinatario no comprende la lengua en que esté redactado el documento (art. 52.2). No podrá imponerse sanción ni medida coercitiva alguna al perito o testigo que no comparezca después de haber sido citado por correo, ni podrá contener la citación requerimiento alguno (art. 53.3). El envío de documentos podrá realizarse, sin embargo, por medio de las autoridades judiciales de la Parte requerida, cuando la Parte requirente exija una notificación personal.

través de las oficinas centrales nacionales de la Organización Internacional de Policía Criminal. Entre estas autoridades se incluyen los miembros del Ministerio Fiscal según la declaración efectuada por España en su ratificación³³.

Las peticiones de traslado temporal o de tránsito de personas que se hallen en situación de arresto provisional o detención o que sean objeto de una medida privativa de libertad, así como de intercambio periódico u ocasional de datos relativos al registro de penados deberán hacerse a través de los Ministerios de Justicia (art. 53.3). Las autoridades judiciales de la Parte contratante requerida podrán remitir directamente a las autoridades judiciales de la Parte contratante requerida las denuncias por infracciones de la legislación relativa al tiempo de conducción y de descanso, efectuadas con arreglo al artículo 21 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959 o al art. 42 del Tratado Benelux de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal de 27 de junio de 1962, modificado por el Protocolo de 11 de mayo de 1974 (art. 53.5).

4.2.3. *La Orden Europea de detención y entrega.*

La orden de detención europea se regula en la Decisión Marco del Consejo de la Unión de 13 de junio de 2002 y en el derecho interno en la Ley 3/2003, como un paso más en la voluntad de la Unión Europea de avanzar en la creación de un espacio judicial único³⁴. Se trata de una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea que tiene por finalidad la detención y la entrega por un Esta-

33. Dos observaciones pueden hacerse a esta posibilidad de asistencia: 1) Una opción similar está ya regulada en el art. 15.2 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959, si bien su utilización queda restringida a los casos de urgencia. En el Convenio de Schengen se generaliza esta posibilidad. Además existen también los conductos ordinarios organizados en los Ministerios de Justicia. 2) Se ha propuesto que estas comunicaciones directas se efectuaran por medio de “autoridades judiciales intermedias” de forma inicial, para facilitar una adaptación progresiva de la estructura judicial. En este sentido las autoridades judiciales intermedias propuestos por España han sido las Audiencias Provinciales.

34. La LO 2/2003 complementaria de la Ley 3/2003, modifica la LO del Poder Judicial para otorgar competencia al Juzgado Central de lo Penal y a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

do de la Unión de una persona a la que se reclama con relación a un proceso penal o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad en otro estado miembro (art. 1 DMC 2002 y Ley 3/2003).

También puede solicitarse la entrega y traslado temporal de la persona reclamada para la práctica de diligencias penales o la celebración de la vista oral, o bien ser autorizada para trasladarse al Estado de ejecución con el fin de tomar declaración a dicha persona. Así sucederá, en el caso de demorarse la decisión sobre la entrega definitiva, o bien cuando se suspendiera la entrega hasta la celebración de juicio o hasta el cumplimiento de la pena impuesta en el Estado de ejecución, por un hecho distinto del que motivare la orden europea (arts. 8 y 16 Ley 3/2003).

Se trata de una medida cautelar sometida a la concurrencia de determinados requisitos. En primer lugar, debe concurrir la apariencia de buen derecho que debe constatarse en la existencia de un proceso penal en el que existan indicios racionales de criminalidad o en una sentencia pendiente de cumplimiento. Aunque, tanto la Decisión Marco como la Ley 3/2003 disponen que procede dictar la Orden de detención: “*para el ejercicio de acciones penales*” (art. 1 Ley 3/2003). Esta expresión debe entenderse en el sentido de existir unas diligencias en las que se haya imputado al individuo reclamado.

En segundo lugar, la Ley exige la existencia de un riesgo que se concreta en la pena o medida de seguridad que lleve aparejada el delito que se imputa cuya duración máxima debe ser como mínimo de doce meses (art. 5 Ley 3/2003). Por lo tanto, la pena mínima puede ser inferior al referido plazo. En el caso de que se solicite la detención a efecto del cumplimiento de una pena o una medida de seguridad ésta no podrá ser inferior a cuatro meses de privación de libertad.

En todo caso, el período de privación de libertad que haya sufrido la persona a que se refiera la orden europea, se deducirá de la pena o medida de seguridad que se imponga (art. 20 Ley 3/2003).

La Orden Europea emitida por un Estado miembro se ejecutará, conforme establece la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, según el desarrollo legal otorgado a la misma en la legislación de los distintos Estados de la Unión. Debe distinguirse entre la emisión y la ejecución de la Orden.

a) Emisión de una Orden de detención europea.

La Orden de detención la puede dictar, en España, el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes (Autoridad judicial de emisión). Es decir, cualquier Juez de instrucción, que conozca el paradero de la persona reclamada remitirá la Orden a la autoridad de ejecución del país de la Unión donde se halle el individuo. Si el Estado de ejecución hubiere comunicado a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión Europea la entrada en vigor de las disposiciones de transposición de la Decisión Marco, la ejecutará conforme con esa normativa. En caso contrario, seguirá el procedimiento de extradición habitual. Por lo tanto, los Jueces de instrucción pueden dictar Órdenes de detención a cualquier estado de la Unión con independencia de si el país receptor ha adaptado su legislación a la Decisión Marco, ya que en caso contrario se procederá según el procedimiento anterior.

Si no se conociere el paradero del sujeto objeto de la Orden, el Juez español podrá introducir la descripción de la persona reclamada en el Sistema de Información Schengen a la que acompañará orden de detención conforme a lo previsto en el art. 3 Ley 3/2003; o comunicar directamente la orden de detención a los servicios de Interpol. En cualquier caso, el Juez español remitirá al Ministerio de Justicia una copia de las órdenes europeas tramitadas (art. 7 Ley 3/2003)³⁵.

La Orden europea se expedirá en español acompañada de traducción al idioma oficial del Estado de ejecución o al idioma aceptado por el país receptor (de ejecución). Contendrá la siguiente información: a) La identidad y nacionalidad de la persona reclamada. b) El nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial de emisión. c) La indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva emitida con relación a los delitos previstos en el art. 9 de la Ley y en los supuestos del art. 5 y, si es posible, las consecuencias del delito. Si el delito fuere de los previstos en el art. 9.1 de la Ley el Juez lo hará constar expresamente. d) Una des-

35. La Orden Europea se aplica en el ámbito de los países de la Unión por lo que no resulta de aplicación a Noruega e Islandia, aunque ambos países participen del acuerdo de Schengen.

cripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada. e) La pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de penas que establece la legislación para ese delito. g) La solicitud, en su caso, que, de conformidad con su derecho interno, entreguen los objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito. En cualquier caso, con posterioridad de la transmisión de la orden, la autoridad judicial española de emisión podrá transmitir cuanta información complementaria sea de utilidad para proceder a su ejecución.

El sistema funciona con base en la simplicidad del procedimiento. A saber, el Juez expedirá la Orden de detención que comunicará directamente, a la autoridad de ejecución competente según el país de que se trate, por cualquier medio fiable que permita dejar constancia de la autenticidad de la Orden de detención. A saber: correo certificado, fax, correo electrónico u otras vías de comunicación. En caso de duda la autoridad de ejecución, receptora de la orden, deberá ponerse en contacto con la autoridad de emisión al efecto de su solución. A este fin se podrá recurrir a todos los instrumentos europeos de cooperación judicial disponibles: Magistrados de enlace, red judicial europea de puntos de contacto y Eurojust, que ya ha sido expuestos con anterioridad.

Autorizada la entrega, el Estado emisor podrá proceder al enjuiciamiento, condena o detención con vistas a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad, respecto de toda infracción cometida antes de la entrega de una persona, aunque sea distinta de la que motivó la entrega. Ahora bien, eso será así siempre que el Estado de la autoridad judicial de ejecución haya notificado a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea su disposición favorable al respecto. En cualquier caso, la autoridad judicial de ejecución puede limitar la entrega al delito que motivo la petición, conforme al principio de especialidad. En ese último caso, la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado ésta, salvo que el Estado de ejecución lo autorizase.

b) Ejecución de una Orden de detención europea.

En el caso de España, el procedimiento de ejecución y entrega se regula en la Ley 3/2003. La competencia para la ejecución de la Orden de detención se atribuye al Juzgado Central de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (arts. 2.2 Ley 3/2003 y 88 LOPJ).

Recibida una Orden europea de detención el órgano judicial español que la reciba, si no fuere competente la transmitirá de oficio a la

Audiencia Nacional, e informará de ello a la autoridad judicial de emisión. La Orden deberá estar traducida al español, salvo que la detención de la persona reclamada sea consecuencia de la introducción de su descripción en el Sistema de Información Schengen, efectuada de conformidad con lo dispuesto en el art. 95 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. En ese caso, el Juzgado Central de Instrucción procederá, de oficio, a la traducción de la orden, sin suspender el procedimiento.

El detenido será puesto a disposición del Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional en el plazo máximo de 72 horas que le informará de la orden europea, su contenido, la posibilidad de consentir con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten. Asimismo la detención será comunicada a la autoridad judicial de emisión por el Juzgado Central de Instrucción (art. 13 Ley 3/2003). En su caso, el Juez Central de Instrucción puede solicitar a la autoridad judicial de emisión información sobre el contenido preceptivo de la Orden de detención o sobre los posibles motivos de denegación o condicionamiento de la ejecución.

La audiencia de la persona detenida se celebrará ante el Juez Central de Instrucción, en el plazo máximo de 72 horas desde la puesta a disposición judicial, con asistencia del Ministerio Fiscal, del abogado de la persona detenida y, en su caso, de intérprete, debiendo realizarse conforme a lo previsto para la declaración del detenido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si el detenido consiente la entrega se extenderá acta en la que se hará constar este extremo y la renuncia al principio de especialidad. En caso contrario, el Juez oír a las partes sobre la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega, con la petición de prueba que corresponda sobre estos extremos (art. 14). La prueba se practicará en el acto o bien dentro de los plazos previstos en la Ley para resolver el procedimiento. Finalmente, el Juez Central de Instrucción resolverá sobre la situación personal del detenido, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional o la libertad provisional, adoptando cuantas medidas cautelares considere necesarias, atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad de asegurar la ejecución de la orden europea. Frente a la resolución judi-

cial decidiendo sobre la adopción de medidas cautelares cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

El Juez deberá finalizar el procedimiento en el plazo máximo de 10 días desde la detención, si la persona reclamada consiente la entrega, y de 60 días en caso contrario. Estos plazos pueden prorrogarse, por causa justificada, por otros 30 días, comunicando a la autoridad judicial de emisión tal circunstancia (art. 19).

Si la persona afectada hubiera consentido en ser entregada al Estado de emisión y el Ministerio Fiscal no advirtiera causas de denegación o condicionamiento de la entrega, el Juez Central de Instrucción podrá acordar mediante auto su entrega al Estado de emisión³⁶. En los demás supuestos, el Juez Central de Instrucción elevará sus actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que resolverá mediante auto frente al que no cabe recurso alguno (art. 18).

La decisión puede acordar o denegar la entrega. En cuanto a los criterios en orden a la entrega de la persona reclamada la Ley establece los siguientes criterios: 1.º Aplicación de cláusulas que permiten: a) negar a la entrega, b) que facultan para conceder o denegar la entrega según el caso, c) exigir determinadas garantías. 2.º En el resto de supuestos que no están regidos por las excepciones citadas se distingue entre los delitos previstos en los arts. 9 de la Ley 3/2003 y 2 DMC, que tienen en común su gravedad y especial peligrosidad. En estos casos, si la pena o medida de seguridad que llevará aparejada el delito fuere superior a tres años, se acordará la entrega de la persona reclamada sin control de la doble tipificación de los hechos³⁷. *A sensu contrario* en

36. En caso de que la persona reclamada haya sido extraditada a España desde un tercer Estado, y de que la misma estuviere protegida por disposiciones del acuerdo, en virtud del cual hubiere sido extraditada, la autoridad judicial española de ejecución deberá solicitar la autorización del Estado que la haya extraditado para que pueda ser entregada al Estado de emisión (art. 27).

37. También caben acordar la entrega suspendida, hasta la celebración de juicio o hasta el cumplimiento de la pena impuesta, o condicional cuando la persona reclamada tenga proceso penal pendiente ante la jurisdicción española por un hecho distinto del que motive la orden europea. En esos supuestos podrá autorizarse la entrega temporal de la persona reclamada en las condiciones que formalice por escrito con dicha autoridad judicial y que tendrán carácter vinculante para todas las autoridades del Estado miembro emisor (art. 21).

el resto de supuestos la entrega, que se solicite a la autoridad judicial española de ejecución, podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de la orden europea sean constitutivos de un delito conforme a la legislación española, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación del mismo. En cualquier caso, serán de aplicación el límite mínimo de 12 meses de pena, o cuatro en caso de cumplimiento de condena.

Acordada la entrega, ésta se hará efectiva por agente de la autoridad española, dentro de los diez días siguientes a la decisión judicial de entrega, que podrá prorrogarse por otros diez días, cuando por causas ajenas al control de alguno de los Estados de emisión o de ejecución no pudiera verificarse la entrega en el plazo inicialmente previsto. Transcurridos los plazos máximos para la entrega sin que la persona reclamada haya sido recibida por el Estado de emisión, se procederá a la puesta en libertad de la persona reclamada, sin que ello sea fundamento para la denegación de la ejecución de una posterior orden europea basada en los mismos hechos (art. 20). También se hará entrega, a petición de la autoridad judicial emisora o por propia iniciativa, de los objetos que constituyan medio de prueba o efectos del delito, sin perjuicio de los derechos que el Estado español o terceros puedan haber adquirido sobre los mismos. En este caso, una vez concluido el juicio, se procederá a su restitución (art. 22)³⁸.

38. Como se expuso *supra* la entrega del reclamado se presume incondicionada siempre que el Estado de ejecución, en este caso España, haya notificado a la Secretaría General del Consejo la aceptación favorable a ese respecto. En tanto no se produzca esa notificación la entrega atenderá al principio de especialidad y se concretará al delito que fundó la Orden, aunque podrá acordarse la entrega sin limitación alguna cuando se hubiere acordado así por petición expresa de la autoridad judicial del país de emisión solicitando la autorización a ese respecto. A salvo de la renuncia del interesado, o la concurrencia de alguna de las excepciones previstas en el art. 24 Ley 3/2003. También se precisará autorización de la autoridad de ejecución española para la entrega ulterior, por el Estado de emisión del reclamado a un tercer Estado, en virtud de una orden europea dictada para una infracción cometida antes de su entrega, en tanto no se realice por España la declaración a la Secretaría General a la que nos hemos referido con anterioridad.

CAPÍTULO VIII

INICIACIÓN DEL PROCESO PENAL

1. INTRODUCCIÓN.

El proceso penal inicia su actividad con la recepción o conocimiento de la *notitia criminis* por parte del Juez instructor. Este conocimiento le puede llegar por medio de la querrela, denuncia, atestado, o de oficio. El objeto de esta noticia deberá ser necesariamente un supuesto de hecho que revista los caracteres esenciales del delito y que, además, sea subsumible en uno de los tipos especificados en el Código Penal o en leyes penales especiales. La *notitia criminis* también puede tener su origen en una investigación policial o en la instrucción de un delito distinto. Este será el caso, por ejemplo, del descubrimiento casual de delitos durante la práctica de diligencias de prevención de la policía. En estos casos, se abrirá otro procedimiento penal distinto al efecto de esclarecer los hechos.

La iniciación del proceso penal se encuentra directamente relacionada con la naturaleza del proceso penal y la forma de persecución de los delitos. En este sentido, es clásica en Derecho Penal la diferencia entre delitos perseguibles de oficio y los perseguibles sólo a instancia de parte. La regla general, como es bien sabido, es que los delitos sean perseguibles de oficio. Su fundamento resulta obvio en tanto que el *ius puniendi* sólo debe ser ejercitado por el Estado, sin que deba renunciarse tal derecho a disposición de los particulares. Así lo entendió el legislador de 1882, según se desprende de los arts. 105, 271 y 308 LECrim. No

obstante, ello no es óbice para que las personas sean o no ofendidas puedan también, en algunos casos, provocar el inicio del proceso penal, obligados unas veces en calidad de denunciantes –art. 259 LECrim.–, y voluntariamente otras interponiendo querrela –arts. 101 y 270 LECrim.–.

Dentro de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte, cabe distinguir entre: 1) delitos perseguibles sólo si media querrela del ofendido, y 2) delitos perseguibles previa denuncia del perjudicado. Dentro de este segundo grupo, cabe diferenciar aquéllos en los que resulta necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal (arts. 201 y 267 CP), y los delitos en los que junto a la denuncia del ofendido cabe también la querrela del Ministerio Fiscal. Éste es el supuesto de los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales (art. 191.1 CP). Estos últimos ilícitos se denominan, según el Tribunal Supremo, delitos semipúblicos. Se trata de delitos de escasa incidencia en el orden social, aunque con posibles graves efectos para los sujetos privados (calumnia e injuria, de conformidad con el art. 215 CP). En estos supuestos el proceso sólo podrá iniciarse a petición de parte, facultad que opera como condición de procedibilidad.

Por tanto, según lo expuesto, y con base en el Código Penal, cabe distinguir en esta materia entre las siguientes clases de delitos atendiendo a la forma de iniciación:

1) Delitos perseguibles de oficio. Es la regla general. Incluye todos los delitos y faltas para los que el CP no exige la previa querrela o denuncia del ofendido.

2) Delitos perseguibles sólo mediante querrela del ofendido. Para los delitos de injuria y calumnia es necesaria la querrela de la persona agraviada o de su representante legal, siendo suficiente la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. Nótese a tenor de lo establecido en el art. 215.3 CP, que el perdón del ofendido o de su representante legal comporta la exención de la responsabilidad criminal en los términos del art. 130.4 CP.

Cuando las injurias o calumnias fueran vertidas en juicio, será necesaria la previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido –art. 215.2 CP–.

3) Delitos perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Al optar el legislador por esta vía procesal ha

querido simplificar la postura procesal del ofendido, ya que la denuncia le dispensa de los requisitos formales exigidos por la querrela. También implica el impulso de oficio del proceso y la asunción por el Ministerio Fiscal de la acusación y del sostenimiento de la acción penal –art. 105 LECrim.–, quedando intacto al ofendido su derecho a participar en el proceso en calidad de parte, según se desprende de los arts. 109, 110.1 y, en todo caso, del art. 270 LECrim. Además, conviene señalar que, en estos supuestos, la denuncia no se reduce a una simple declaración de conocimiento, cuyo fin sea poner la *notitia criminis* en conocimiento del Juez, sino que equivale a la exteriorización de un acto volitivo, que tiene como efecto inmediato enervar la condición de procedibilidad (naturalmente esta barrera procesal podría también obviarse mediante la oportuna querrela)¹.

En estos casos, se pone de manifiesto el vigente principio de intervención mínima del Derecho Penal que determina que en ciertos supuestos se subordine la iniciación del proceso penal a la previa denuncia del ofendido. Este requisito de procedibilidad viene justificado por la aplicación de la llamada “teoría del doble fundamento”, es decir: a) Por la escasa trascendencia del delito o infracción punible, dada la levedad de la infracción y su nula o escasa trascendencia social, y repercusión exclusiva en la esfera privada. b) Porque en determinados delitos los inconvenientes que para el agraviado derivan de la persecución judicial de la infracción deben primar sobre el interés del Estado y por ello se condiciona la perseguibilidad a la previa denuncia por estas razones de oportunidad.

Dentro del primer grupo de delitos cabe incluir los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, salvo en los supuestos del art. 198 CP o cuando afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas –art. 201 CP–; los daños causados por imprudencia grave en cuan-

1. La denuncia constituye un requisito de procedibilidad, que no de punibilidad. De este modo, iniciado un proceso penal con base en la imputación de un delito que no exige denuncia previa, ninguna nulidad se produce si finalmente, del delito objeto de la acusación se desglosa una falta autónoma que no se calificó inicialmente por entenderse incluida en el delito. En estos casos, la irregularidad de la ausencia de la denuncia previa quedará subsanada, por ejemplo, con la efectiva declaración inculpatoria de la víctima. A mayor abundamiento no cabe exigir el cumplimiento *ad cautelam* de requisitos procesales cuando éstos no resultan necesarios.

tía superior a diez millones de pesetas –art. 267.1 CP– o los daños en cosas compradas a plazos –art. 12 Ley Venta a Plazos de 17 enero 1965–; delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado o a los consumidores, salvo cuando la comisión del ilícito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas –art. 287 CP².

Pero ello no impide que requerida la policía judicial a instancia de parte legítima tengan obligación de practicar las diligencias necesarias para su comprobación y descubrimiento de los delincuentes. Concretamente, cuando se trate de delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial la policía judicial podrá realizar las primeras diligencias de prevención sin necesidad de denuncia previa (art. 282.2 LECrim.). Por otra parte, cuando el agraviado sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar en los citados casos el Ministerio Fiscal (arts. 201, 267 y 287 LECrim.).

En el segundo grupo se encuentran los delitos contra la libertad sexual –arts. 178 y ss. CP–: agresiones, acoso y abuso sexual, para los que resulta precisa la denuncia de la persona agraviada o su representante legal. Se trata de un requisito de procedibilidad que admite, no obstante y en razón de la naturaleza de estos delitos, la subsanación. Es decir, que podrá iniciarse el procedimiento de oficio admitiéndose la posterior comparecencia de la parte denunciando los hechos. No es preciso que la denuncia conste de forma expresa, sino que basta con la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas en el curso del procedimiento ya iniciado, colaborando con la investigación judicial del delito ofreciendo datos para el esclarecimiento de los hechos, o mediante su declaración inculpatoria, sin que el perjudicado o su representante legal, en el caso de menores, manifiesten su disconformidad con la continuación del proceso.

Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o se trate de una persona desvalida pueda también actuar el Ministerio Fiscal, mediante denuncia (art. 191.1 CP). En estos delitos el perdón del ofendido o

2. En esta clase de delitos el perjudicado o agraviado puede disponer, en algunos casos, del objeto del proceso por medio del perdón. Así sucede, en los supuestos reglados en los arts. 201.3 CP (descubrimiento y revelación de secretos) y 267.3 CP (daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a diez millones de pesetas).

del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad criminal (art. 191.2 CP).

En materia de faltas, también precisan de denuncia previa las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, o cuando se saquen éstos en riña, siempre que no sea en legítima defensa; o los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve –art. 620 CP–. Asimismo, las lesiones previstas en el art. 147.2, causadas por imprudencia grave; o cuando por imprudencia leve se causare la muerte o una lesión constitutiva de delito, con o sin uso de vehículo a motor –art. 621 CP–. De igual forma, las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada, que perjudiquen u ofendan a los particulares, y las injurias leves –arts. 104.2.º LECrim. y 620 CP–. Dentro de las disposiciones comunes a las faltas, el art. 639 CP establece que también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si el ofendido fuese menor de edad, incapaz o se tratase de una persona desvalida. En cualquier caso, la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las diligencias a prevención. En estas faltas –art. 639.3 CP– el perdón del ofendido o de su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el art. 130.4 CP³.

2. FORMAS DE INICIACIÓN.

Conforme a lo expuesto, el proceso penal se iniciará por acuerdo del Juez de instrucción una vez ha llegado a su conocimiento la *notitia criminis* de la comisión de hechos presuntamente delictivos. La finalidad de la instrucción, que se denomina “Diligencias previas” en el procedimiento abreviado y “sumario” en el procedimiento por delitos graves, será la de la averiguación completa y exhaustiva del hecho mediante la práctica de diligencias de investigación.

El Juez de instrucción puede conocer de la *notitia criminis* de varios modos: de oficio (art. 308 LECrim.); por atestado policial (art. 282 LECrim.); por medio de la denuncia o querrela de los ciudadanos haciendo efectivo, según el caso, un deber o un derecho (arts. 259, 100,

3. Desde la LO 3/1989, de 21 de junio, se extendió el presupuesto de la denuncia previa a las faltas contra las personas y contra la propiedad, reguladas en los arts. 586 bis, 589, 590, 600 y 602 CP derogado.

110 LECrim.). Todos los casos expuestos constituyen formas de iniciación del proceso penal a las que se atiende a continuación.

2.1. De oficio.

Los Jueces de instrucción podrán iniciar de oficio el proceso penal cuando hayan tenido conocimiento público —medios de comunicación— o privado de la comisión de un delito dentro de su partido o demarcación respectiva (art. 303 LECrim.). También puede iniciarse el proceso de oficio en el caso de los delitos cometidos contra la administración de justicia, tales como falso testimonio o desobediencia. Pero el hecho de haber iniciado el proceso penal no convierte al Juez en acusador, sino que se limitará a dar traslado, inmediatamente, de lo incoado al Fiscal para que sostenga, en su caso, la acusación (art. 308 LECrim.).

Algunos autores consideran que debe el Juez de instrucción únicamente iniciar de oficio el proceso penal cuando se trate de delitos perseguibles de oficio, pero no en el caso de los delitos perseguibles a instancia de parte. Sin embargo, para otra corriente doctrinal no cabe establecer diferencia alguna, sino que el Juez de instrucción iniciará de oficio el proceso penal cuando llegue a su conocimiento la *notitia criminis*, directamente, y sin distinguir entre la clase de delito. La LECrim. hace referencia, en sus arts. 106 y 303, a ambas posibilidades, dejando a salvo, en cualquier caso, el principio acusatorio penal, toda vez que el inicio del período de instrucción no supone, en ningún caso, el ejercicio definitivo de la acción penal. Ésta será posteriormente fijada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. De este modo, y teniendo en cuenta las dificultades de precisar en un primer momento la naturaleza de los hechos delictivos, y la posibilidad de subsanar que siempre le queda a la parte legitimada para ello, cabe entender que el Juez de oficio puede iniciar el proceso penal, sin perjuicio de la posterior presentación de denuncia, incluso de forma tácita declarando en contra del imputado o acusado, en el caso de ciertos delitos que precisan denuncia previa. Así, este criterio resulta de aplicación indudable en el caso, por ejemplo, de los delitos contra la libertad sexual, o cuando la víctima sea menor de edad o incapaz⁴.

4. Sin embargo, en otros supuestos este criterio no resulta de tan clara aplicación. Éste es el supuesto de los delitos relativos a la propiedad industrial, intelectual o similares. A nuestro juicio, también en este supuesto podrá iniciarse el proceso penal de

2.2. Atestados policiales.

El proceso penal puede iniciarse mediante el atestado realizado por la policía en el ejercicio de las funciones que le atribuye la Ley para la averiguación de los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación⁵. A ese fin, la policía practicará, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para la comprobación y descubrimiento de los delitos, que se harán constar en el atestado que entregará al Juez junto con los efectos, instrumentos o pruebas del delito⁶.

oficio, siempre que se interponga *a posteriori* la correspondiente denuncia, en este caso exigible de forma expresa. Un criterio a favor de este argumento se halla en el art. 282.2 LECrim. modificado por la Ley 38/2002, que establece que la ausencia de denuncia no impedirá que la policía judicial practique las diligencias de prevención necesarias para asegurar los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Ciertamente, la Ley se refiere a la policía judicial, ahora bien, entregado el atestado al Juez de instrucción, y a falta de denuncia, éste abrirá diligencias previas o incluso indeterminadas y requerirá al perjudicado a interponer denuncia. Con base en esa regulación nada impedirá que sea el Juez de instrucción el que de oficio inicie el proceso penal, a los efectos de asegurar aquellos delitos, y por extensión los que requieren denuncia de parte, sometida su continuación a que se interponga denuncia por el perjudicado.

5. Estas funciones le vienen atribuidas a la policía judicial en los arts. 547 y ss. LOPJ; y en la normativa específica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, establecida por LO 2/1986, de 13 de marzo, y RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, y LO 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana; así como en los arts. 282 y 769 y ss. LECrim. Con base en esta habilitación legal la policía judicial podrá realizar, por su propia iniciativa, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento del delito dando cuenta a la autoridad judicial directamente o a través de las unidades orgánicas de la Policía Judicial (arts. 282, 770 LECrim., 19 LO 1/1992, y 4 RD 769/1987).

6. También actuarán realizando diligencias de prevención en el caso de ciertos delitos que precisan denuncia de partes: los relativos a la libertad sexual, o cuando intervengan menores. Igualmente en el supuesto de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, respecto a los que el art. 282.2 LECrim., modificado por la Ley 38/2002, dispone que aunque no exista denuncia la policía judicial deberá practicar las diligencias de prevención necesarias para asegurar los elementos del delito. Se trata de posibilitar la persecución de la venta en la vía pública de bienes producidos con violación de aquellos derechos de propiedad ante la falta, la mayoría de las veces, de denuncia del perjudicado que desconocerá los hechos.

Debe señalarse la progresiva potenciación de las diligencias y actuaciones de la policía judicial que se constata en la Ley 38/2002, en la que se regulan estas actuaciones

El atestado constituye un escrito complejo en el que constará la relación circunstanciada del hecho, declaraciones, diligencias practicadas y todas las circunstancias observadas que pudiesen ser prueba o indicio del delito –art. 292 LECrim.–. El atestado no debe revestir una forma especial. Se extenderá en papel común y su redactor firmará todas las hojas de que conste⁷. También firmarán, en la parte que les afecte, los peritos, testigos y demás intervinientes. Si no lo hicieren se expresará la razón –art. 293 LECrim.–. El atestado deberá presentarse ante la autoridad judicial en un plazo máximo de 24 horas –art. 295 LECrim.– junto con los efectos del delito. Además, en el atestado se hará constar y se dará cuenta al Juzgado de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en las bases de datos de la policía.

El atestado policial constituye un acto preparatorio de la instrucción penal resultado de la investigación preliminar o preventiva de un delito. Debe distinguirse, por tanto, entre las actuaciones de carácter policial que se constatan en el atestado y las diligencias sumariales, aunque puedan coincidir en su contenido. Así sucede con las diligencias de inspección ocular y recogida de los efectos del delito que regula el art. 334 LECrim., pero que acostumbra a realizar la policía judicial levantando atestado al efecto. En este sentido, son distintos los requisitos exigibles para la realización de las diligencias de prevención y las de instrucción. Así, en la práctica de la inspección ocular o de registro de vehículo por la policía judicial no es exigible la presencia del Abogado, que sí sería

nes en los arts. 769 a 772 LECrim. de aplicación al procedimiento abreviado, con precisiones de gran interés como la referida al traslado del cadáver cuando se hallare en la vía pública o en la vía férrea restableciendo el servicio interrumpido, y dando cuenta de inmediato a la autoridad judicial (art. 770.4.ª LECrim.). Además, en sede de procedimiento rápido para el enjuiciamiento diligente de determinados delitos la Ley se refieren expresamente a diligencias que se desarrollan, con carácter general, en sede de instrucción judicial: la remisión al instituto de Toxicología de las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente; o la tasación de objetos por medio de perito o el servicio correspondiente (art. 796.1.6.ª y 8.ª LECrim.).

7. El atestado no se halla regido por estrictos requisitos de forma, de modo que la existencia de un defecto o irregularidad no determinará la nulidad de todas las demás actuaciones contenidas en él, ni tampoco la de la prueba posterior practicada en el plenario.

necesaria de procederse de conformidad con el art. 334 LECrim. en sede de diligencias previas en las que hubiere persona imputada⁸.

El atestado tendrá la consideración, a efectos legales, de denuncia (art. 297 LECrim.). Por ello, como sucede con la querrela o denuncia interpuesta por un particular, el atestado no puede ser incorporado a la libre apreciación realizada por el Tribunal para formar convicción acerca de la culpabilidad del inculpado. Dicha culpabilidad debe quedar acreditada por los medios de prueba practicados en el juicio oral, e incorporados a la causa en la fase de instrucción judicial. A este fin, las declaraciones y manifestaciones que se contengan en el atestado deben ratificarse por los funcionarios de policía intervinientes en el acto del juicio oral, en el que su declaración tendrá valor de declaración testifical (arts. 297.2 y 717 LECrim.).

De este modo, el atestado deberá ratificarse por sus instructores en el juicio oral, a los efectos de permitir a la defensa del acusado someterlo a la oportuna contradicción⁹. Ahora bien, los atestados tienen un especial valor, que se

8. Cuando se inicien las Diligencias previas o un sumario, la policía deberá cesar, con carácter inmediato, las diligencias que estuviese practicando. Acto seguido se entregarán al Juez de instrucción que estuviese conociendo, juntamente con los efectos del delito que se hubiesen recogido. Igualmente se podrán en el acto a su disposición los detenidos, si los hubiera –art. 285 LECrim–. A partir de ese momento deberán atenerse exclusivamente a las instrucciones que reciban del Juez o del Fiscal competentes –arts. 287, 288, 773, 777 LECrim.–. La autoridad judicial, una vez se encuentre al frente de la instrucción, podrá acordar, y reiterar, las diligencias que considere conveniente (véase STS de 26 enero 2000 [RAJ 167]).

9. Vid. STC 173/1985, de 16 diciembre, en la que se establece: “Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de la Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales”, según el art. 297.1 LECrim. No se trata, pues, de quitar valor a los atestados, sino de no valorarlos como lo que no son, es decir, como pruebas. Si se hubieran ratificado los policías (identificables fácilmente por sus placas) en el juicio oral, con la posibilidad de contradicción entre las partes, se produce una verdadera actividad probatoria destinada a destruir la presunción de inocencia, y cuyo resultado hubiera debido y podido ser valorado como suficiente o no a tal efecto por el Juzgador. Vid., también, SSTC de 28 julio 1981; 9/1984, de 30 enero; 101/1985, de 4 octubre, 159/1985, de 27 noviembre; 49/1986, de 23 abril; 201/1989, de 30 noviembre; 107/1993, de 22 marzo, y 157/1995, de 6 noviembre.

constata en una fehaciencia *erga omnes*, en cuanto al “hecho” que ha motivado su actuación y a la “fecha” de éste¹⁰. En este sentido, tendrán valor de prueba preconstituida los datos objetivos y verificables que no puedan practicarse en el juicio oral. Además, los informes técnicos que se adjuntan al atestado sobre análisis de sustancias estupefacientes tendrán en el procedimiento abreviado carácter de prueba documental, conforme con lo previsto en el art. 788.2 de la LECrim., *cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas*. Esta misma norma puede aplicarse a cualquier otro informe técnico aportado por la policía en el atestado (balístico, de dactiloscopia, de médico forense). De este modo, y con base en esta consideración, estos informes técnicos emitidos por organismos oficiales podrán ser valorados como prueba, si las partes no los impugnan expresamente (Acuerdo de Sala General del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999).

2.3. Denuncia.

La denuncia es el acto procesal por el que se pone en conocimiento de la autoridad judicial, del Fiscal o de la Policía la comisión de un hecho delictivo, provocando el inicio del proceso penal. Se trata, por

10. La STS de 3 julio 1984 (RAJ 3775) declara: “... cuando se trata de actas extendidas por funcionarios del Cuerpo Superior de Policía y en las que uno de ellos actúa como Instructor y otro como Secretario, a tenor de lo dispuesto en el art. 596 LECrim. y en los arts. 1216 y 1218 CC tienen una fiabilidad incontrovertible e incontestable *erga omnes*, al menos a lo que se refiere al hecho que ha motivado el levantamiento de las referidas actas y a la fecha de éste”. Por “hecho” no debe entenderse el contenido del acta que tiene el valor de denuncia, sino lo que haya motivado su actuación y las demás constataciones objetivas, que no sean apreciaciones personales. Vid. SSTC 60/1986, de 17 junio; 82/1988, de 28 abril, y 137/1988, de 7 junio. Véase también la STC 157/1995, de 6 noviembre, que declara “... En definitiva, el atestado equivale, en principio, a una denuncia (art. 297 LECrim.), pero también tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables que expuestos por los agentes con su firma y rúbrica y con las demás formalidades exigidas en los arts. 292 y 293 LECrim. han de ser calificados como declaraciones testimoniales...”. Vid., también, SSTC de 20 enero 1986 (RAJ 153), 1 noviembre 1993 (Sentencia 2421/1993) y 25 noviembre 1994 (RAJ 8175), sobre el valor de las percepciones directas que realizan los agentes de la Policía Judicial en la persecución y aprehensión de los presuntos autores de un delito.

tanto, de una declaración de conocimiento, de obligado cumplimiento para aquél que hubiese presenciado la perpetración de cualquier delito perseguible de oficio, sin perjuicio de las excepciones previstas en la Ley al deber de denunciar (arts 259, 260, 261, 263 LECrim.)¹¹.

La denuncia no constituye en parte al denunciante, aunque éste podrá personarse en las actuaciones en tal calidad, ya sea como acusación particular o popular. Para ello deberá formular querrela en el procedimiento por delitos graves (art. 270, en relación con el art. 101 LECrim.). Pero, en el procedimiento abreviado el ofendido o perjudicado por el delito puede mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela (art. 761.2 LECrim.).

No se exigirá fianza al denunciante, a diferencia de lo que ocurre con el querellante particular –arts. 280 y 281 LECrim.–. Tampoco deberá darse al denunciante traslado de las posteriores actuaciones judiciales, a menos que se constituya en parte¹². Ahora bien, en el procedimiento abreviado, reformado por Ley 38/2002, se establece la información y notificación a la víctima, aunque no sea parte en el proceso: de la fecha y lugar de celebración del juicio (art. 785.3 LECrim.), de la sentencia (art. 789 LECrim.), de la vista y de la sentencia dictada en apelación (arts. 791.2 y 792.4 LECrim.)

11. La definición expuesta se refiere a la denuncia ordinaria de los particulares ofendidos o no por el delito. Pero también cabe señalar la existencia de otras clases de denuncia según la persona o autoridad que la interponga. Así, cabe distinguir entre: denuncia ordinaria de los particulares; los partes profesionales o facultativos que sirven para comunicar a la autoridad judicial la comisión de un hecho delictivo, del que se ha tenido conocimiento en virtud del ejercicio de una profesión –art. 262 LECrim.–; la denuncia del Fiscal instando al Juez la incoación del procedimiento (art. 773.2 LECrim.); o finalmente, el llamado tanto de culpa que consiste en la remisión al Juez de Instrucción de la noticia de la perpetración de un hecho delictivo conocido o cometido durante la tramitación de un proceso jurisdiccional –arts, 40 y 186 LEC–.

12. A este respecto, el ATC 132/1981, de 4 diciembre, dispuso que el derecho a la tutela efectiva –art. 24.1.º CE– no queda vulnerado por la falta de pronunciamiento sobre la denuncia presentada, ya que la formulación de una denuncia no supone el ejercicio de acción penal, ni constituye en parte al que la formula, por lo que no existe un derecho al procedimiento –art. 269 LECrim.–, a diferencia de lo que ocurre con la querrela que ha de dar lugar al menos a una resolución relativa a su admisión o inadmisión.

El deber jurídico de denunciar se establece en la LECrim. —arts. 259 a 264—. Según estos preceptos, la obligación alcanza a todas las personas físicas, salvo a los incapaces —art. 260—. Están especialmente obligados a denunciar aquellas personas que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público¹³.

Quedan exceptuados de este deber especial los abogados y procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes; y los sacerdotes respecto de las noticias conocidas en el ejercicio de su ministerio —art. 263 LECrim.—. Tampoco están obligados a denunciar aquellos testigos presenciales que fuesen el cónyuge del delincuente; los parientes consanguíneos o afines hasta el segundo grado inclusive; los hijos extramatrimoniales respecto de la madre en todo caso y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos —art. 261—.

No se exigen especiales requisitos de forma para formular el escrito de denuncia. Según el art. 265 LECrim., la denuncia podrá hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial. En el caso de que se formule por escrito, la denuncia deberá estar firmada por el denunciante, y la autoridad o funcionario que la recibiere rubricará y sellará todas las hojas. Cuando se presente por medio de mandatario, deberá constar el poder autorizado que faculta al representante para denunciar los hechos objeto de la denuncia. La denuncia verbal que se realice por medio de mandatario, deberá posteriormente ratificarse por el titular denunciante, sin perjuicio de presentar el poder especial al tiempo de formular la denuncia. Cuando el denunciante formule verbalmente la denuncia, se extenderá un acta por el funcionario que la recibiere, firmándola ambos a su término (art. 267 LECrim.)¹⁴.

13. El deber jurídico de denuncia no alcanza a las personas jurídicas en general. Distinto ocurre cuando resulten afectados u ofendidos por un delito. En estos casos podrán denunciar o bien querellarse, ya que los intereses lesionados son los agrupados bajo una sola personalidad jurídica. Cuando se trate de meras declaraciones de conocimiento deberá actuar el preceptor de éste como persona física.

14. Podrá utilizarse cualquiera de los idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma donde radique el órgano ante el que se presenta —art. 142 LEC—. La falta de la previa denuncia de los supuestos en que aparece como presupuesto procesal de pro-

En la denuncia deberá constar la identidad del denunciador –art. 268 LECrim.–. En el supuesto de faltar ese requisito la denuncia sería anónima. Esta denuncia no será admisible en tanto que tal denuncia. Sin embargo, cabe señalar que los hechos puestos en conocimiento de las autoridades policiales o judiciales tendrá eficacia en tanto que aquéllos la hagan suya sirviendo en este caso de inicio de unas diligencias de prevención pre-procesales o, directamente, de instrucción. A este respecto, téngase en cuenta que la LECrim. no prohíbe expresamente esta clase de denuncia, a diferencia de la legislación anterior a la promulgación de la LECrim. que prohibía su utilización como vía para la comunicación de hechos delictivos¹⁵.

La denuncia anónima es un medio habitual de poner en conocimiento de la autoridad la existencia de hechos delictivos. Concretamente, la denuncia anónima de ciudadanos o de confidentes, resulta ser un modo habitual de iniciar la investigación policial que se incluye en lo que se viene a denominarse la colaboración ciudadana. En este caso, corresponderá a la policía judicial, la fiscalía o el Juez de instrucción actuar para iniciar una investigación criminal, según criterios de proporcionalidad y verosimilitud, e incoar las correspondientes diligencias policiales de prevención o de instrucción, según el caso (arts. 282 y 308 LECrim.)¹⁶. Pero, la única existencia de una denuncia anónima no puede fundamentar una diligencia de instrucción limitativa de

credibilidad, ha de entenderse subsanable por la posterior personación y ejercicio de las acciones penales y civiles por los legitimados para hacerlo.

15. Ya la legislación anterior a la LECrim. –Título XXXIII, Ley VII de la Novísima Recopilación, como los arts. 166 y 168 LECrim. de 1872– proscribió la denuncia anónima como forma de comunicación de los hechos delictivos. Posteriormente, la RO Circular de 27 de enero de 1924, en consonancia con la obligación establecida en el art. 266 LECrim. sobre la necesidad de identificación del denunciante, estableció que “... las denuncias anónimas no deben ser atendidas por las autoridades, y menos dar lugar a actuación alguna respecto del denunciado sin previa comprobación de los hechos cuando parezcan muy fundados”.

16. Vid. Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1993, de 16 de marzo, que trata, entre otros extremos, la denuncia anónima y su virtualidad como *notitia criminis*, y concluye, tras analizar los antecedentes históricos, derecho comparado y legislación procesal, que habrá de ponderarse su intensidad ofensiva, la proporcionalidad y conveniencia de la investigación y en fin, la legitimidad con la que se pretende respaldar las imputaciones delictivas innominadas.

derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo)¹⁷.

La LECrim. no exige la identificación del denunciado, que en muchas ocasiones no será conocido por denunciante. Precisamente, uno de los fines de la fase de instrucción será, en su caso, la identificación del delincuente y la posterior imputación y acusación en el marco del correspondiente proceso penal. Ahora bien, si apareciese identificada la persona denunciada, deberá el Juez darle traslado inmediato de las actuaciones practicadas, a los efectos de que pueda ejercitar su derecho de defensa —art. 118.2 LECrim.—. Cuando se trate de una persona jurídica, el Juez deberá imputar formalmente a la persona que aparezca como responsable criminal. En principio, esta responsabilidad criminal recaerá sobre la persona del administrador o administradores de la persona jurídica, en función de su participación en los hechos denunciados.

La denuncia tendrá por objeto los hechos que revistan la apariencia de delito, independientemente de los tipos y las circunstancias concurrentes (art. 259 LECrim.). Por tanto, la denuncia podrá limitarse a describir los hechos presuntamente delictivos —art. 267 LECrim.—. El Juez no podrá inadmitir la denuncia por motivos formales, pero no por ello la denuncia dará lugar al inicio del proceso penal, sino únicamente en el caso que el Juez aprecie la existencia de indicios racionales de criminalidad tras la práctica, en su caso, de las diligencias procedentes

17. Ahora bien, la denuncia anónima no puede constituir por sí sola prueba de cargo. De modo que la condena no podrá fundamentarse ni directa ni indirectamente en supuestas declaraciones de personas no identificadas. No será admisible, por tanto, el testimonio de referencia de la policía en el acto del juicio oral declarando sobre la denuncia anónima del confidente, en caso contrario se infringiría el art. 24 CE y el art. 6.3 d) Convenio de Roma respecto al derecho a interrogar a los testigos de cargo. Así lo ha establecido el TEDH que ha declarado la legalidad de la utilización de fuentes confidenciales de información: “siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo” (Sentencias *Kostovski* de 20 noviembre 1989, *Windisch* de 27 septiembre 1990).

—art. 269 LECrim.—¹⁸. Si la denuncia se interpone ante la policía o el Fiscal, se procederá al archivo de las actuaciones en el caso de que el hecho no revistiera caracteres de delito, previa práctica, en su caso, de una investigación preliminar. Aunque, en ese caso, el art. 773.2 LECrim. dispone que el Fiscal comunicará el archivo de las actuaciones al denunciante a fin que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En el caso que el hecho revista caracteres de delito, el Fiscal o la policía judicial remitirán las actuaciones al Juez de instrucción que iniciará la instrucción del delito cesando aquéllos en las diligencias preliminares. Estas actuaciones de la policía judicial formarán el atestado, al que se atribuye valor de denuncia, aunque en realidad no tiene ese carácter, sino que la denuncia *stricto sensu* se incluirá en su caso en el atestado. El Fiscal, por su parte, instará del Juez la incoación del procedimiento penal utilizando la denuncia o la querella.

2.4. Querella.

2.4.1. *Concepto.*

La querella es el acto procesal en el que se ejercita la acción penal. En la querella se emite una declaración de voluntad, a diferencia de la denuncia que constituye una mera declaración de conocimiento mediante la que se transmite a la autoridad competente la *notitia criminis*.

Según el art. 270 LECrim. todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse. También podrán querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o sus bienes o las personas o bienes de sus representados. Así, po-

18. Nótese, a este respecto, el diferente régimen que para la inadmisión de plano existe entre la querella (art. 313 LECrim.) y la denuncia (art. 269). En este sentido, el derecho a la tutela efectiva no queda vulnerado por la falta de pronunciamiento sobre la denuncia presentada, ya que la formulación de una denuncia no supone el ejercicio de acción penal, ni constituye en parte al que la formula, por lo que no existe un derecho al procedimiento —art. 269 LECrim.—, a diferencia de lo que ocurre con la querella que ha de dar lugar al menos a una resolución relativa a su admisión o inadmisión (ATC 132/1981, de 4 diciembre). Vid., también, SSTC 15/1984, de 3 diciembre, y 157/1990, de 18 octubre.

drán ejercitar la acción penal las personas físicas y las jurídicas: en concepto de acusación particular cuando sean perjudicadas u ofendidas por el delito; o de acusación popular o pública cuando no hayan sido afectados por aquél.

No existe ninguna restricción para el ejercicio de la acción penal en concepto de ofendidos por el delito, para aquéllos que disponen de capacidad procesal; y si no la tuvieren podrán ejercitar la acción penal aquéllos que los representen. Sin embargo, para el ejercicio de la acción popular, se establecen límites. En este sentido, los arts. 102 y 103 LECrim. restringen la capacidad para querellarse a los que no gocen de la plenitud de los derechos civiles; a los que hubieren sido condenados dos veces o más por sentencia firme por delito de acusación calumniosa; y a los jueces y magistrados. Así mismo, tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos. En estos casos, los sujetos afectados no podrán ejercer la acción popular, pero sí la acción particular cuando se trate de delitos cometidos contra sus personas o bienes; o los delitos o faltas cometidos por los unos contra las personas de los otros en el supuesto de delitos cometidos entre familiares.

También puede, y está obligado en los casos previstos en la Ley, interponer querrela el Ministerio fiscal, al que corresponde ejercitar de oficio las acciones penales por delitos públicos (arts. 105 y 271 LECrim.)¹⁹. Quedan por tanto al margen de la persecución del fiscal aquellos delitos en los que se exija querrela del ofendido.

2.4.2. *Interposición y forma de la querrela. Presupuestos procesales.*

La querrela deberá presentarse por escrito en el que se expresará el Juez competente ante quien se presente (art. 277 LECrim.). Se expre-

19. Sobre la obligación del Fiscal de formular querrela, la Consulta n.º 8 de 3 de octubre 1973, entiende que sólo existe esta obligación cuando el Fiscal disponga de los elementos suficientes y los hechos denunciados son constitutivos de delito. Cuando carezca de elementos suficientes podrá limitarse a formular denuncia para que puedan comprobarse los hechos en la fase de instrucción.

sará la identidad del querellante y del querellado, pero si se ignoran las circunstancias de éste se expresarán las señas más adecuadas para su identificación. En la querella deberá relacionarse circunstanciadamente el hecho delictivo, con expresión del lugar, fecha y hora en que se ejecutó, si se conociere; y, en su caso, la expresión de las diligencias que deben practicarse para la comprobación del hecho. Finalmente, no basta con la transmisión de la *notitia criminis*, como ocurre con la denuncia, sino que el art. 277.6 LECrim. exige que se exprese la petición de que se admita la querella, que se practiquen las diligencias solicitadas, que se proceda a la detención y prisión del presunto culpable, o que se exija fianza de libertad provisional y que se acuerde, en su caso, el embargo de bienes.

También resultan exigibles los siguientes requisitos:

1.º) De postulación: La querella debe ser presentada por Procurador con poder especial y firmada por Letrado. El poder que debe acompañarse a la querella, en expresión del art. 277 LECrim., debe ser bastante, es decir, especialísimo, conteniendo una cláusula que faculte al apoderado para presentar la querella en relación a la persecución de un hecho punible concreto. Caso de que el poder fuese general para acciones penales sin especificar, será necesaria la ratificación del querellante, como trámite previo a su admisión, incoándose, antes de pronunciarse sobre dichos extremos, diligencias indeterminadas. En cualquier caso, se trata de un vicio subsanable, que no puede erigirse en motivo de rechazo *a limine* de una querella.

2.º) De procedibilidad: En determinados supuestos de delitos únicamente perseguibles a instancia de parte se exige que con la querella se aporte acreditación de: a) la celebración del acto de conciliación, en los supuestos de delito de injuria o calumnias contra particulares –art. 804 LECrim.–, y b) la licencia de órgano judicial para deducir acción de calumnia o injuria vertidas en juicio –art. 279 LECrim. y 215.2 CP.–.

3.º) Fianza: Cuando se ejercite la acción popular, el art. 280 LECrim. exige, como presupuesto de su admisibilidad, la prestación de fianza de la clase y en la cuantía que determine el Juez para responder de las results del juicio. Quedan exentos de este presupuesto el ofendido y sus herederos o representantes legales; en los delitos de asesinato o de ho-

micidio, el viudo o viuda, los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, y demás parientes fijados en el art. 282.2 LECrim²⁰.

2.4.3. Admisión.

Presentada la querella, el Juez debe examinarla para comprobar si reúne o no los requisitos del art. 277 LECrim. En caso afirmativo, decretará su admisión mediante auto en el que ordenará la práctica de las diligencias que se propongan, denegando aquéllas que sean contrarias a las Leyes, innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella –art. 312 LECrim.–. En caso negativo inadmitirá la querella²¹. También podrá desestimar la querella por entender que los hechos en que se funda no son constitutivos de delito (art. 313 LECrim.). Téngase presente, que el *ius ut procedatur* que ostenta el querellante no contiene un derecho incondicionado a la iniciación de una instrucción penal. Por lo tanto, puede y debe el Juez decretar la inadmisión de la quere-

20. La exigencia de fianza sólo para el acusador popular no es discriminatoria, sino que trata de evitar posibles abusos de los no ofendidos y de facilitar la vía penal a los ofendidos, además de asegurar los perjuicios derivados de una acusación calumniosa o de una conducta procesal fraudulenta. Tampoco debe considerarse contraria al contenido esencial del derecho reconocido en el art. 24.1 CE, ya que no impide el acceso a la jurisdicción. La cuantía de la fianza será determinada por los órganos de la jurisdicción ordinaria por tratarse de una cuestión de hecho. Deberá ser adecuada y proporcional a la verdadera capacidad económica del acusador popular, sin que pueda ser gravemente desproporcionada, de forma que resulte irracional y arbitraria. En caso contrario podría constituir un límite para el ejercicio de la acción popular que condujera a la indefensión.

21. También puede inadmitirse la querella en razón de no ser competente el Tribunal para su sustanciación, lo cual será el caso de los aforados, o de los delitos de los que conoce, en razón de la materia, la Audiencia Nacional (art. 313 LECrim.). En ese caso, si el Tribunal que se considera incompetente, considera que existen indicios de criminalidad remitirá la querella y su documentación al Juzgado competente, con base en el deber de denunciar que tienen todos los ciudadanos (arts. 259 y ss. LECrim.) y particularmente los que conocen por razón de sus cargos, profesiones u oficios (art. 262 LECrim.). Pero si considera que no existe delito se procederá a inadmitir la querella y su archivo sin más trámite, sin perjuicio que el querellante presente nueva querella ante el Juzgado o Tribunal que considere competente.

lla siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal y, concretamente, cuando considere que los hechos en los que se funda no constituyen delito²².

Este será el supuesto en el que no se ofrezcan datos o elementos fácticos que indiciariamente pudieran aparecer como constitutivos de los delitos que se imputan en el escrito de querrela. No sirviendo a este efecto la mera aportación de recortes de prensa o similares sin más constatación o acreditación (véase ATS de 9 mayo 2000 [RAJ 2002, 6653]). En este sentido, debe ponerse de manifiesto que la querrela no puede constituir un instrumento interesado de naturaleza coactiva que sirva a fines distintos de los legalmente previstos. A saber, no puede emplearse la querrela como medio de presionar a los deudores con un instrumento procesal utilizado de forma inadecuada. Éste es el caso de las denominadas, incluso por el TC, “querellas catalanas”: “*esta querrela tiene todo el aspecto de una querrela ‘catalana’, interpuesta única y exclusivamente con la finalidad de evitar la toma de posesión por el hoy recurrente*” (ATC 71/1997).

Cuando proceda la inadmisión, el Juez de instrucción dictará auto motivado que podrá ser objeto de recurso de reforma y de posterior apelación ante la Audiencia. Contra el auto resolutorio de la apelación no cabe recurso de casación, procediendo solamente el recurso de súplica, art. 884.2, en relación con el 848 LECrim.

2.4.4. Efectos.

El efecto principal de la querrela, siempre que se admita a trámite, consistirá en la iniciación del proceso penal y la apertura de las correspondientes diligencias previas o de sumario en las que el querellante estará comparecido como parte con todos los derechos inherentes a tal

22. Ahora bien, únicamente cabe inadmitir *a limine* la querrela en el supuesto en el que no se aprecien indicios racionales de criminalidad, ya que si el hecho objeto de la querrela constituye delito, el Juez de instrucción deberá proceder a realizar las diligencias precisas para su comprobación y atribución al querrellado. En cualquier caso, el tribunal deberá desestimar la querrela tan pronto considere que no existe causa penal que pueda justificar la apertura o continuación de un proceso penal.

condición. Además, la querella produce otros efectos o consecuencias cuales son la anotación preventiva, la interrupción de la prescripción, y la imposición de las costas.

2.4.4.1. *Anotación preventiva de querella.*

La anotación preventiva de querella en el Registro de la Propiedad es una de las diligencias que el querellante puede solicitar en su escrito de querella. Ahora bien, ésta no podrá acordarse cuando se admita la querella, sino en un momento procesal posterior, cuando resulten indicios racionales de criminalidad de las diligencias practicadas.

La anotación preventiva se fundamenta en la acción civil que se ejercita conjuntamente con la penal y que tiene por objeto la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios (arts. 100 LECrim. y 110 CP). Desde un punto de vista técnico-jurídico, nos encontramos ante una anotación preventiva de la pretensión civil ejercitada juntamente con la acción penal, encuadrable dentro del art. 42.10 LH. Sin embargo, en la práctica jurídica se ha optado por denominarla anotación preventiva de querella²³.

La anotación preventiva tendrá por objeto la acción civil derivada del delito, cuando esa acción tenga efectiva trascendencia real, con la finalidad de garantizar en el ámbito registral la efectividad del pronunciamiento judicial que en su día se dicte. Para que pueda adoptarse será necesario: a) Que se acuerde en el momento procesal en el que el Juez entienda que existen indicios racionales de criminalidad contra

23. Algunas resoluciones de la DGRN habían denegado la anotación preventiva por entender que la querella no se incluía en ninguno de los supuestos previstos en el art. 42 LH. Sin embargo, no cabe duda que ningún problema existe para anotar la pretensión civil que se hace valer en el proceso penal. De este modo, si bien es cierto que no cabe la anotación de la mera interposición de la querella criminal, en Resoluciones de la DGRN se admite actualmente la anotación cuando en la querella se hace valer, junto a la acción penal, la acción civil; siempre que ésta tenga trascendencia real inmobiliaria. En estos casos es indiferente el procedimiento a través del cual se hace aquélla valer y, consiguientemente, el vehículo formal que para ello se emplee (demanda o querella).

el acusado. Este momento coincidirá bien con el auto de procesamiento (proceso por delitos graves), bien con una resolución judicial interlocutoria, en función del proceso penal incoado. b) Que con la querrela se ejercite una pretensión civil que afecte, necesariamente, a un derecho real inscrito (delitos de alzamiento de bienes, cuya estimación conlleva la declaración de nulidad de la enajenación fraudulenta).

El Juez de instrucción la acordará con base en los preceptos civiles e hipotecarios de aplicación a la anotación preventiva de demanda y procederá a su ejecución con la anotación de la querrela en el Registro correspondiente, para lo cual el Tribunal dictará mandamiento al Registrador en el que debe constar el contenido de la acción civil ejercitada, o el mismo texto de la querrela que contenga el correspondiente suplico. También resulta de aplicación el art. 589 LECrim. que prevé que podrán acordarse medidas cautelares reales –fianzas y embargo– para poder cubrir las responsabilidades civiles derivadas del delito. Junto a estas medidas para cubrir condenas pecuniarias, deben situarse aquellas otras que sirvan para garantizar el cumplimiento de sentencias constitutivas o declarativas, en algunos casos.

2.4.4.2. *La interrupción de la prescripción.*

Otro efecto de especial interés que produce la querrela es el de la interrupción de la prescripción del delito que se producirá con la querrela en la que se ejercita la acción penal. A este respecto el art. 132 CP dispone que: “*la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena*”. En este punto se plantea el problema de determinar cuál sea ese momento en el que el procedimiento se dirige frente al culpable. De la solución que se dé a la cuestión depende el momento en que se entenderá interrumpida la prescripción, que puede ser: desde la presentación de la querrela, desde su admisión, o en un momento posterior una vez que se concrete el delito y el responsable.

Esta cuestión resulta de especial importancia en el supuesto de los delitos tributarios al tratarse de delitos de omisión en los que no resulta fácil deter-

minar la concurrencia de un hecho omisivo punible. Sobre esta cuestión el Tribunal Supremo ha declarado que, en cualquier caso, es exigible que se identifique la acción incumplida por el sujeto obligado al cumplimiento del deber que debe quedar perfectamente identificado. Pero esta jurisprudencia no soluciona los problemas planteados, por cuanto es habitual que en estas querellas no se aporte una liquidación de lo defraudado suscitándose en este caso la cuestión de si la mera interposición de la querella ya interrumpe la prescripción; o bien si debe estar admitida; o más aún si no se producirá el efecto interruptivo hasta que no se determine la imputación concreta por una cantidad determinada. Sobre esta cuestión existe una jurisprudencia contradictoria. Así, en algunas sentencias, el Tribunal Supremo se ha pronunciado exigiendo que para que la querella interrumpa la prescripción del delito, la administración tributaria debe haber determinado el delito mediante la liquidación, al menos provisional, del impuesto defraudado. En consecuencia, la prescripción no se interrumpiría con la interposición de la querella, sino cuando una vez admitida se dirija el procedimiento frente a los querellados con base en delitos concretos y determinados²⁴. Pero en otras sentencias, el Tribunal Supremo ha declarado que la prescripción se interrumpe desde el momento en el que se interpone la querella, sin que haya existido una resolución judicial, siempre que aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito de que se trate²⁵.

A nuestro juicio, para interrumpir la prescripción bastará con la presentación de la denuncia o querella, pero siempre que consten las debidas indicaciones fácticas indiciarias sobre el comportamiento delictivo denunciado y la persona de su presunto autor, que permitan conocer el alcance, con una cierta concreción, de la infracción criminal que se pone de manifiesto con la querella. Y siempre que, finalmente, se admita la querella por contener los elementos necesarios expuestos. En caso contrario se puede producir un perjuicio para el querellante en el caso, v.g., que el Juez de instrucción no se pronuncie sobre la admisión de la querella hasta transcurrido cierto tiempo, con

24. Así se pronuncia la STS de 10 octubre 2001 (RAJ 8554). De conformidad con esta jurisprudencia el procedimiento contra el culpable a que se refiere el art. 132 CP debe ser aquél que tuvo por objeto el hecho finalmente imputado, sin que produzca efectos interruptivos el procedimiento incoado con un objeto distinto. La razón es que si el instituto de la prescripción se fundamenta en el principio de la seguridad jurídica, la incertidumbre sobre la imputación no se despejará hasta que queda clarificado el objeto del procedimiento.

25. Véase la STS de 30 octubre 2001 (RAJ 9089).

la consecuencia de producirse la prescripción del delito. A este respecto, incluso en el caso de que el Juez inadmitiese la querella, prescrito ya el delito, pero interpuesta en tiempo de interrumpir la prescripción por considerarse incompetente, considera el Tribunal Supremo que debe tenerse por interrumpida la prescripción, ya que en ese caso es al Tribunal al que debe imputarse dejación en la tramitación de la querella.

2.4.4.3. *La imposición de las costas.*

Finalmente, una de las consecuencias de especial interés que puede derivar de la interposición de la querella es la de la imposición de las costas al querellante. El criterio ordinario es que las costas que se derivasen de la personación del querellante en calidad de acusador particular se impondrán al condenado, abandonado el antiguo criterio de la relevancia.

Ahora bien, el criterio también opera a la inversa para imponer las costas al querellante cuando en la sentencia se estime que la interposición de la querella fue debida a temeridad o a mala fe, o cuando dicha conducta se observa a lo largo del proceso (art. 240.3 LECrim.). También se impondrán las costas al querellante en el caso de que la intervención de la acusación particular se hubiere desarrollado manteniendo una acusación superflua o claramente heterogénea respecto a la mantenida por el Ministerio Fiscal.

CAPÍTULO IX

MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES Y REALES

1. CARACTERÍSTICAS Y PRESUPUESTOS.

Las medidas cautelares tienen por finalidad garantizar la ejecución de la sentencia que en su día pueda dictarse. Con ellas se trata de evitar el daño marginal por el tiempo que tarda en sustanciarse un proceso. Su adopción evitará que la ejecución de la sentencia no se vea imposibilitada por causa de actitudes o maniobras de los procesados o imputados, que traten de eludir su cumplimiento. Se trata de medidas insertas en el ámbito de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que se adoptarán, pendiente el proceso, por resolución judicial, a salvo de alguna excepción como sucede con la detención policial preventiva.

Las medidas cautelares se caracterizan por la instrumentalidad y la homogeneidad. La instrumentalidad de las cautelas viene dada por su necesaria conexión con un proceso dirigido contra persona determinada. Es decir, son decisiones provisionales y temporales que se adoptan en una relación de subordinación con conexión e interdependencia con un proceso incoado. La homogeneidad significa que las medidas a adoptar no son idénticas a las futuras ejecutivas y, por tanto, no deben considerarse como una anticipación de la futura condena. De esta característica se deriva tanto una interpretación restrictiva y excepcional, como un argumento de proporcionalidad en la adopción y mantenimiento de la medida a los fines que le son propios.

Los dos presupuestos sobre los cuales opera la tutela cautelar son: a) Indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo, por lo que las cautelas se van a adoptar sólo cuando una persona sea imputada o procesada *fumus boni iuris*; y b) Evitar el peligro que mediante maniobras fraudulentas de los acusados, se burle una hipotética ejecución de la sentencia (*periculum in mora*).

El *periculum in mora* constituye el fundamento jurídico de toda medida cautelar, ya que se trata de lograr que durante la sustanciación del proceso se mantenga el *status quo* necesario para procurar el cumplimiento de las sentencia. En ocasiones, éste se objetiva (así, el art. 589 LECrim. obliga a la adopción de fianza bastante para su aseguramiento tan pronto como existan indicios racionales de criminalidad contra una persona); y en otras, se atiende a elementos subjetivos que se aplican sobre la persona del imputado (p.ej., art. 503.2 LECrim., cuando en la decisión de prisión provisional se valoran circunstancias como los antecedentes del inculpado o su peligro de fuga).

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho se acredita en el proceso penal con la constatación de la comisión de un hecho que presente los caracteres de delito.

2. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

2.1. La detención.

El derecho a la libertad constituye una de las garantías fundamentales de un estado de derecho. Por ello, el art. 17.1 CE establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la Ley”. Ahora bien, este derecho fundamental puede quedar limitado por la detención, que es una medida de privación de la libertad de movimientos que constituye una limitación del derecho a la libertad. Su finalidad esencial es proceder al interrogatorio y poner al sujeto, en su caso, a disposición de la autoridad judicial.

Esta medida cautelar se llevará a cabo, por lo general, por agentes de la fuerzas de seguridad. Sin embargo, también aparecen regladas

en la LECrim. la detención por los particulares y la judicial. Todas ellas tienen como nota común la privación a un sujeto de su derecho a la libertad. Dada su naturaleza deberá aplicarse con criterios de proporcionalidad, excepcionalidad y restrictividad en los supuestos determinados expresamente en la Ley. Caso contrario, se incurrirá en delito de detención ilegal. Durante la detención serán de aplicación todas las garantías constitucionales relativas a los derechos establecidos en el art. 520.2 LECrim., tales como los derechos de guardar silencio y no declararse culpable, la asistencia letrada, ser asistido por intérprete y reconocido por un médico forense.

Al igual que para las demás medidas cautelares toda detención precisa que concurren los dos requisitos fundamentales: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Es decir, una imputación penal y un peligro o riesgo de ocultamiento. Estas circunstancias, que informan la detención, están desarrolladas en los arts. 490 y ss. LECrim. en forma excesivamente detallista, lo que puede inducir a cierta confusión si no se tienen presentes los citados principios que presiden la adopción de cualesquiera medidas cautelares.

Cuestión de especial importancia es el tiempo máximo que puede mantenerse la detención. El art. 17.2 CE dispone que: “*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*”. Este plazo legal de 72 horas es un límite temporal máximo para la detención policial. Es decir, se trata de un plazo excepcional, que solamente rige cuando sea estrictamente necesario, puesto que el general es el de 24 horas –arts. 496 y 520. 2 LECrim.–¹.

1. Aunque existen supuestos específicos como son los de los delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas en que se autoriza una ampliación de 48 horas sobre las 72 reseñadas. Deberá solicitarse la prórroga mediante comunicación motivada –art. 520 bis.1 LECrim.– dentro de las primeras 48 horas de la detención y podrá ser autorizada por el Juez en las 24 horas siguientes, por resolución motivada que se documentará por auto. Respecto a la detención practicada por particulares, éstos deberán, inmediatamente, poner al detenido a disposición de la autoridad policial o judicial.

Sobre este particular, el TC ha declarado que la detención preventiva queda sometida a un doble plazo. El primero, relativo, se halla limitado por la circunstancia de que la detención no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones para esclarecer los hechos. Este plazo no puede superarse si no es necesario, y coincide con el general, u ordinario, de 24 horas previsto en los arts. 496 y 520. 2 LECrim. El segundo plazo es absoluto y está fijado en 72 horas computadas desde la detención, y que prevalece, en caso de necesidad, frente al indicado de 24 horas previsto en la LECrim. En conclusión, la detención sólo debe durar el tiempo estrictamente necesario e indispensable para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad. Por ello, cuando el plazo máximo de 72 horas pueda reducirse deberá hacerse, ya que, en caso contrario, se produciría una vulneración de los derechos fundamentales.

El detenido deberá ser informado de los derechos y garantías constitucionales que se contienen en el art. 17 CE y en el art. 520.2 LECrim., como los derechos de guardar silencio y no declararse culpables, a la asistencia letrada, ser asistido por intérprete y reconocido por un médico forense (véase *supra* sobre el derecho de defensa)².

La detención puede adoptarse en régimen de incomunicación (art. 520 bis.2 LECrim.), que sólo podrá durar el tiempo absolutamente imprescindible. Esta forma de detención restringe derechos del detenido, más allá de la restricción de la libertad, y concretamente el derecho a la defensa letrada, en tanto que supone tanto la imposibilidad de nombrar letrado de la confianza del detenido, como la de entrevistarse de forma reservada con el letrado nombrado de oficio (véanse arts. 520, 527 LECrim.; SSTC 127/2000, de 16 de mayo; 196/1987, de 16 de diciembre)³. Por esa razón, este régimen especial de detención debe adoptar-

2. Entre estas garantías destaca por su especificidad la prevista en el art. 17.4 CE que establece el procedimiento de *habeas corpus*, desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, que permite el acceso a la autoridad judicial como medio de defensa del derecho a la libertad. A este efecto cabe reclamar la puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente, a fin que el Juez pueda verificar judicialmente la legalidad y condiciones de la detención.

3. Por esa razón el TC ha declarado que: “*la incomunicación es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de la situación de incomunicación para los derechos del ciudadano*”, por lo que no es aplicable la idea de que “*negada la libertad, no pueden considerarse constitutivas*

se en resolución motivada en la que se ponderen los motivos que se tuvieron en cuenta para acordar el citado régimen de detención. Además será preciso que la petición de confirmación de la incomunicación por parte de la autoridad gubernativa y la decisión judicial de acordar la detención incomunicada se realicen de manera inmediata y sin interrupción (véase STC 196/1987, de 16 de diciembre; ATC 155/1999 de 14 de junio). Aunque, teniendo en cuenta la clase de delitos que pueden motivar la adopción de este régimen especial de prisión el TC ha admitido una motivación sucinta, o por remisión, que es admitida para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales⁴.

2.1.1. *Supuestos de detención.*

Las *detenciones por particulares* son facultades otorgadas a las personas individuales. Se encuentran relacionadas con el deber de colaboración que todos tienen con la Administración de Justicia y con el de comunicar a la autoridad judicial la comisión de hechos delictivos, conforme dispone el art. 259 LECrim. El particular solamente podrá detener en los supuestos del art. 490 LECrim. y habrá de entregar inmediatamente el detenido a la autoridad policial o judicial⁵.

de privación de libertad, medidas que son sólo modificaciones de una detención legal, puesto que la libertad personal admite variadas formas de restricción en atención a su diferente grado de intensidad" (ATC 155/1999, de 14 de junio).

4. Véase, en este sentido, la STC 127/2000 de 16 de mayo: "*no resulta constitucionalmente exigible un mayor razonamiento acerca de la necesidad de la incomunicación para alcanzar la finalidad que la legitima, ya que ésta puede afirmarse en estos delitos de forma genérica en términos de elevada probabilidad y con independencia de las circunstancias personales del sometido a incomunicación, dada la naturaleza del delito investigado y los conocimientos sobre la forma de actuación de las organizaciones terroristas*".

5. Un supuesto específico será de los vigilantes de Seguridad que tienen función coadyuvante de la Fuerzas de Seguridad pudiendo actuar en el caso de delitos flagrantes procediendo a la detención de los sospechosos (véanse SSTs de 7 julio 1998 [RAJ 5830]; 31 enero 1994 [RAJ 594]; 28 abril 1993 [RAJ 3294]). Aunque en las sentencias citadas se incluya esta actuación en el impreciso término de la "retención". En cualquier caso, se tratará de un problema de límites debiendo regir la proporcionalidad de la medida, teniendo en cuenta que para el particular o vigilante de seguridad no rigen las mismas posibilidades que para los miembros de las Fuerzas de Seguridad.

Las *detenciones policiales*, obviamente, son las más habituales. Se trata de obligaciones y no meramente facultades que se imponen a la policía, relacionadas con su misión u objeto específico de investigar los delitos, realizar las averiguaciones y descubrir a los delincuentes –art. 282 LECrim.–. La policía queda autorizada a practicar las detenciones, además de los supuestos reseñados en el art. 490 LECrim., en los casos tipificados en el art. 492 del mismo Cuerpo Legal⁶.

La *detención judicial* puede ser ordenada por incumplimiento del deber de comparecencia, que tiene todo imputado citado para ser oído –arts. 486 y 487 LECrim.– y en los supuestos establecidos en el art. 492 LECrim. Esta situación deberá legalizarse en el plazo de 72 horas, con audiencia de las partes, conforme dispone el art. 504 bis.2. Esta norma fue introducida en la LECrim. por la disposición adicional segunda de la Ley 5/1995, de 22 de mayo.

2.1.2. *Diligencia de identificación personal, del art. 20 LO 1/1992, de 21 de febrero.*

El art. 20 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana, dispone que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento. Esta diligencia no puede considerarse ni ser equiparada a una detención. Se trata de la inmovilización de una persona realizada para efectuar diligencias de comprobación no relacionadas necesariamente con un proceso penal. Es decir, ni se trata de una medida cautelar ni pueden aplicarse a la diligencia de iden-

6. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico cuando se produzca la detención de una persona. Su misión no solamente es la de esclarecer y realizar las averiguaciones pertinentes sino también la de protección de los derechos y libertades de todas las personas junto a la obligación de garantía de la seguridad ciudadana (arts. 5 y 11 de la LO 2/1986, de 13 de marzo).

tificación las notas y presupuestos de estas cautelas, a pesar de que debe reconocerse que constituye una modalidad de privación de libertad. Permite no solamente la “retención” de una persona, sino también el desplazamiento no voluntario de la misma hasta dependencias policiales para su identificación.

Distinta medida es la consistente en el registro o cacheo de una persona para averiguar si oculta algún elemento delictivo. No equivale a una detención y le es aplicable lo expuesto respecto a la identificación. Igual ocurre con el requerimiento policial para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia.

Este precepto ha sido objeto de la crítica doctrinal, ya que el ejercicio arbitrario de las facultades que permite puede comportar una práctica discriminatoria en perjuicio de grupos sociales o colectivos marginales. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, al no constituir una detención no se permite al “retenido” exigir los derechos del art. 17.3 de la Constitución (lectura de derechos, no declarar, asistencia de letrado, asistencia de intérprete, etc.). Sin embargo, el TC se ha pronunciado sobre este precepto declarándolo conforme con la Constitución (véase STC 341/1993, de 18 noviembre). En cualquier caso, la medida debe ser aplicada con un criterio de proporcionalidad, de conformidad con lo establecido en el art. 5.1 del Convenio de Roma.

2.2. La libertad provisional.

La libertad provisional es una de las decisiones que puede adoptar el Juez instructor, previa audiencia de las partes, que no debe confundirse con la situación de libertad incondicional, ya que implica una restricción de la libertad personal. Se trata de una medida cautelar intermedia entre la prisión y la libertad incondicionada, que el Juez adoptará cuando no se hubiere acordado la prisión provisional (art. 529 LECrim.). Con ella se intenta evitar la incomparecencia del imputado, que queda a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso. A estos fines el régimen de libertad provisional puede determinar la obligación de comparecer periódicamente, o la prestación de una fianza. La adopción de una u otra obligación vendrá determinada por la concurrencia de los requisitos que a continuación se exponen.

La LECrim. relaciona la adopción de la medida con la pena que procede imponer por los ilícitos presuntamente cometidos, siempre con el presupuesto de que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión o acordar, en su defecto, la libertad provisional. Con carácter general, se adoptará la libertad provisional cuando la pena solicitada sea inferior a los dos años de prisión y la prisión provisional cuando la pena solicitada sea igual o superior al citado límite de dos años de prisión y además concurren determinados requisitos que persiguen la salvaguarda de alguno de los siguientes fines: asegurar la presencia del imputado en el proceso, evitar la ocultación o destrucción de pruebas, evitar que el imputado pueda actuar contra la víctima (art. 503.1.3 LECrim.) o evitar el riesgo de reiteración delictiva (art. 504.2 LECrim.). En caso de no concurrir ninguna de estas circunstancias el Juez adoptará la libertad provisional, aunque la pena supere los dos años de prisión. También cabe adoptar la prisión provisional, aunque la pena que corresponda sea inferior al citado límite de dos años. Pero, en ese caso, se exige una mayor intensidad del riesgo concretado en los siguientes circunstancias: que el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados por delito doloso (art. 503.1.1 LECrim.); se trate de un delincuente habitual o bien actuase de forma organizada con otras personas para cometer delitos; o en el caso de que se adoptara la prisión para evitar que el imputado actúe contra las víctimas a las que se refiere el art. 173.2 CP [art. 503.1.3.c) LECrim.]. En cualquier caso, la adopción de la prisión provisional exige la petición de parte en la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim., por lo que en caso contrario deberá acordar, necesariamente la libertad del imputado (art. 505.4 LECrim.).

La libertad provisional puede condicionarse a la prestación de fianza, o a la obligación de comparecer ante el órgano jurisdiccional⁷. En

7. También cabe adoptar otras medidas de garantía, v.g. la prohibición de salida del territorio español a cuyo efecto el Tribunal podrá acordar, motivadamente, la retención del pasaporte (art. 530 LECrim.). Esta medida de garantía se adoptará al amparo del art. 530 LECrim., modificado por la LO 15/2003, que incorporó al ordenamiento procesal penal la doctrina constitucional sentada en la STC citada 169/2001, en la que el TC otorgó el amparo en un supuesto de retención del pasaporte por falta de proporcionalidad, aunque admitió la constitucionalidad de la medida de garantía.

este supuesto, la libertad provisional del procesado e imputado se lleva a cabo siempre que preste la fianza que, en su caso, se le hubiere fijado y cumpla, en su caso, la correspondiente obligación *apud acta* de comparecer los días que se establezcan, normalmente los días 1 y 15 de cada mes, además de todos los demás que fuera convocado. Esta obligación de presentación ante el órgano judicial, según establece la STC 85/1989, de 10 mayo, es también una medida cautelar legalmente prevista, que no vulnera el art. 19 CE si se impone dentro de los supuestos legales y de forma razonada.

La fianza constituye la garantía que debe prestar el imputado o un tercero en su nombre, para responder de que comparecerá cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa. Es decir, para conjurar un posible riesgo de fuga u ocultamiento a la acción de la Justicia. No se trata, por tanto, de una medida cautelar real que suponga la sujeción de los bienes del imputado o tercero, sino una garantía de una cautela de carácter personal⁸. De este modo, si tras el primer llamamiento judicial no compareciese el acusado, no justificándose su imposibilidad, si el fiador es el mismo acusado se adjudicará directamente al Estado. Para el caso de que el fiador fuese un tercero, previamente a la adjudicación de la fianza al Estado, deberá requerirse a éste para que lo presente al Tribunal en el breve plazo que se le señale, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 534 y ss. LECrim. Transcurridos los plazos reseñados, sin que se hubiese presentado el acusado, se dictará auto adjudicando la fianza al Estado, con deduc-

8. Para determinar la calidad y cantidad de la fianza, se tendrán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieran influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial (art. 531 LECrim.). Respecto a las clases y suficiencia de las fianzas resulta aplicable lo dispuesto para las fianzas pecuniarias que se deban prestar para asegurar las responsabilidades civiles derivadas de delito (arts. 591 a 596 LECrim.). Además, respecto a la consignación debe tenerse en cuenta la normativa desarrollada por el RD 34/1988, de 21 de enero, reguladora de los pagos depósitos y consignaciones, cuyo objetivo es lograr una mayor transparencia en la materia, mejorando el control de los capitales depositados y reduciendo el tiempo necesario para su correcta constitución. Asimismo, el RD 1436/2001, que modifica el RD de 1988, y la Orden de 5 de junio de 1992 que lo desarrolla.

ción de las costas causadas en el ramo separado, según lo previsto en el art. 535, en relación con el 532 LECrim.

La cancelación de la fianza tendrá lugar, a petición del fiador, presentando a la vez al afianzado, cuando se decretase la prisión del acusado, por la muerte del mismo, o bien por dictarse auto firme de sobreseimiento o sentencia absolutoria –art. 541 LECrim.–. Si la sentencia fuese condenatoria, se cancelará aquélla cuando se presentase el reo para cumplir condena⁹.

2.3. La prisión provisional.

2.3.1. Naturaleza y características.

La prisión provisional es una medida cautelar de privación de libertad, adoptada durante el curso de un proceso penal, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan, que en esencia son asegurar la ejecución de la sentencia que se dicte. No tiene finalidad de anticipación de la pena, ni es un medio impulsor de la investigación criminal, ya que ello pugnaría con la naturaleza cautelar de la medida. En este sentido, el TC ha declarado que la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a una medida cautelar¹⁰.

9. Se ha planteado el problema sobre si procede o no la cancelación de fianza, cuando se ha dictado sentencia absolutoria y ésta se encuentra pendiente de recurso de casación. A este respecto, y a falta de norma expresa en la LECrim., el TC, sobre la base de los arts. 861 bis a) 541 y 539 LECrim., ha declarado que la decisión del Juez o Tribunal en esta materia no tiene carácter reglado, y, por tanto, de acuerdo con el derecho a la presunción de inocencia, la adopción de medidas cautelares que afecten a la libertad personal o supongan una restricción de la libre disposición de los bienes deberá fundamentarse en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta. Así pues, en estos casos de discrecionalidad la autoridad judicial podrá cancelar la fianza o no de acuerdo con un criterio razonado, pero en ningún caso podrá fundarse en si viene o no exigida por los preceptos de la Ley.

10. Véanse a este respecto, las directrices de la Recomendación 80-11 del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 27 de junio de 1980, que deben considerarse de un alto valor interpretativo. Véanse también las SSTC 41/1982, de 2 julio; 108/1984, de 26 noviembre; 178/1985, de 19 diciembre; 66/1989, de 17 abril; 85/1989, de 10 mayo, 18/1999, de 22 febrero.

Se regula en los arts. 502 y ss. LECrim., que han de ser interpretados a la luz de lo dispuesto en las normas constitucionales y los Tratados internacionales suscritos que sintéticamente establecen el sometimiento de esta medida cautelar a criterios de proporcionalidad, excepcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad (véanse el art. 9.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 1966, y el art. 5.3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de Roma de 1950).

En este sentido, el TC ha declarado que la prisión provisional tiene como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de una conducta delictiva y que su adopción debe perseguir la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la limitación de la libertad. A saber, prevenir que el imputado o procesado se ponga fuera del alcance de la justicia, pueda obstruir la instrucción sumarial, o delinquir nuevamente (SSTC 217/2001, de 29 octubre; 207/2000, de 24 julio). Presupuestos estos requisitos, la prisión provisional deberá basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues aun cuando el art. 17.1 CE no concibe la libertad como un derecho absoluto, la restricción de este derecho debe ser proporcionada al fin que la justifique.

2.3.2. *Requisitos para la adopción de la prisión provisional. Motivación.*

La prisión provisional podrá ser acordada, con carácter general, cuando conste en la causa la existencia de hechos que lleven aparejada una pena cuyo máximo sea igual o superior a los dos años de prisión (art. 503.1.1 LECrim.), cuya comisión pueda atribuirse provisionalmente a una persona determinada (*fumus boni iuris*) y siempre que se persiga alguno de los fines previstos en el art. 503.1.3 LECrim., que acreditan la concurrencia del riesgo durante la necesaria duración del proceso (*periculum in mora*). Es decir, deben concurrir los presupuestos para la adopción de toda medida cautelar: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Estos presupuestos se concretarán en la existencia

de circunstancias objetivas (relativas a los hechos), y subjetivas (relativas a la persona afectada)¹¹.

La apreciación del *fumus boni iuris*, requiere la existencia de motivos bastantes para estimar que una persona haya cometido el delito (art. 503.1.2 LECrim.) y debe compatibilizarse, según el TC, con la presunción de inocencia, que también rige para ésta medida cautelar de privación de libertad. En cuanto al peligro de mora procesal, *periculum in mora*, se debe constatar en la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias que acreditan su existencia:

1.º Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente riesgo de fuga [art. 503.1.3.a) LECrim.]. Para valorar este peligro se atenderá conjuntamente a: la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena, a la situación familiar, laboral y económica, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular cuando se siga el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

2.º Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba [art. 503.1.3.b) LECrim.].

Este peligro se valorará atendiendo a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo. Pero, no cabe adoptar la prisión con base en este motivo cuando

11. Esta materia ha sido regulada por la LO 13/2003 y 15/2003, que ha modificado los criterios para la adopción de la prisión provisional flexibilizando los requisitos para su adopción, de modo que el límite de tres años de prisión para acordar la prisión provisional se ha rebajado a dos. Por otra parte, se han eliminado la referencias a las antiguas clasificaciones de penas, que aún subsistían en la regulación de la prisión provisional. Además, se han sustituido los criterios de alarma social o comisión frecuente en el lugar de hechos delictivos, por otros de carácter más objetivo como los referidos a los antecedentes penales o la habitualidad en la comisión de hechos delictivos por el sujeto al que afecta la medida. De este modo, la Ley que ha acogido los criterios jurisprudenciales sentados por la jurisprudencia sobre esta cuestión. Concretamente el TC se había pronunciado reiteradamente respecto a los criterios que permiten acordar esta cautela: la sustracción a la acción de la Administración de la Justicia, la obstrucción de la Justicia penal y la reiteración delictiva (SSTC 94/2001, de 2 abril; 207/2000, de 24 julio [RTC 2000\207], F. 6).

el peligro provenga del libre ejercicio del derecho de defensa, o bien de la falta de colaboración del imputado.

3.º Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes de la víctima (art. 503.1 LECrim.).

Complementariamente, la Ley establece que los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de las personas ofendidas y perjudicadas por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución (art. 506.3 LECrim.).

4.º Evitar el riesgo de comisión de otros hechos delictivos para lo que se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. Únicamente podrá acordarse la prisión en este caso cuando el hecho que se impute tenga carácter doloso (art. 503.2 LECrim.).

La prisión provisional se podrá acordar, por tanto, cuando concurren los presupuestos expuestos siempre teniendo en cuenta que la pena solicitada no supere los dos años de prisión.

Ahora bien, la Ley establece una reglas especiales que permiten adoptar la medida de prisión provisional, sin atención al citado límite temporal. Es decir, que el Tribunal podrá adoptar la prisión provisional aunque la pena que lleve aparejado el delito que se imputa no supere los dos años de prisión, siempre que concorra algunas de las circunstancias que acreditan el riesgo procesal. Éstos son los siguientes supuestos:

5.º Cuando el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados, ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso (art. 503.1.1 LECrim.)¹².

12. Este supuesto permite al Juez adoptar la prisión provisional, sin atención al límite temporal de dos años. Aunque no le exime de constatar la existencia de riesgo procesal. No obstante, de un primer análisis de la norma puede deducirse que no es exigible la valoración del *periculum in mora*. En este sentido, el precepto permite la adopción de la prisión provisional aunque la pena solicitada no supere los dos años en el caso de constatar la existencia de antecedentes penales no cancelados, sin referirse a más requisitos. Sin embargo, este hecho por sí solo no pone de manifiesto un riesgo, sino que viene a recoger el antiguo concepto de alarma social que se produciría ante la reiteración delictiva. Pero, siendo así ese criterio ya se ha incluido en el

6.º Cuando pueda inferirse racionalmente riesgo de fuga, y a la vista de los antecedentes hubieren sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores [art. 503.1.3.a) LECrim.].

7.º Para evitar que el imputado actúe frente a los bienes de la víctima, cuando se trate de alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP [art. 503.1.3.c) LECrim.].

8.º Cuando se pretenda evitar el riesgo de comisión de otros hechos delictivos y de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la policía judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otras personas de forma organizada, o bien que realiza actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2 *in fine* LECrim.).

2.3.3. *Ejecución de la medida de prisión provisional.*

La prisión provisional podrá ser comunicada o incomunicada. Esta última sólo podrá adoptarse en los supuestos previstos en el art. 509 LECrim. para evitar que los imputados puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, ocultar, alterar o destruir pruebas relacionadas con su comisión o cometer nuevos delitos. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros reseñados, y no podrá extenderse más de cinco días, excepto en los delitos previstos en el art. 384 bis LECrim. u otros de delincuencia organizada en cuyo caso podrá prorrogarse por otros cinco días.

También podrá acordarse la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculpado el internamiento entrañe grave peligro para su sa-

párrafo 2.º del art. 503 LECrim. con referencia a la habitualidad o reiteración de delitos. Por otra parte, el art. 506.1 LECrim. dispone que el auto que acuerde la prisión provisional o su prolongación expresará los motivos y fines que la justifican. Por todo ello, cabe concluir que la existencia de antecedentes penales únicamente permite adoptar la prisión, según el procedimiento establecido, aunque la pena atribuida al delito sea inferior a dos años. Pero no exime al Juez de constatar y valorar la existencia de riesgo procesal.

lud. No son aplicables otros motivos señalados en las Leyes especiales, como el Código de Justicia Militar, que lo amplían, a otras circunstancias excepcionales (art. 508 LECrim.). La prisión atenuada puede cumplirse mediante arresto en el propio domicilio, con la vigilancia que estime pertinente por el instructor. Por otra parte, a nuestro entender, no puede autorizarse la salida para acudir al trabajo habitual o al ejercicio de las actividades profesionales, conforme dispone el art. 227.1.º del Código de Justicia Militar. También cabe la adopción de esta medida en el supuesto de que el imputado se hallare sometido a tratamiento de deshabitación de modo que el ingreso en prisión pudiera frustrar el tratamiento. En ese caso, podrá acordarse que la medida de prisión se sustituya por el ingreso en un centro oficial u organización legalmente reconocida para la continuación del tratamiento (art. 508.2 LECrim.).

2.3.4. *Límites máximos de duración de la prisión provisional.*

La prisión provisional es una medida cautelar de carácter instrumental al proceso penal. Es decir, está supeditada a la existencia de un proceso penal, pero no puede mantenerse, indefinidamente, hasta tanto no se dicte sentencia firme. Los límites máximos se regulan en el art. 504 LECrim., atendiendo, especialmente, a la teórica pena a imponer y a la causa que hubiere fundamentado su adopción.

Los límites son: seis meses cuando se hubiera adoptado la prisión en virtud del supuesto previsto en el art. 503.1.3.b) LECrim. —evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba—. En este caso, cuando se hubiere levantado la incomunicación o el secreto de las actuaciones será preciso que el Juez motive la necesidad de la subsistencia de la medida de prisión provisional. Un año cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de prisión igual o inferior a tres años. Dos años cuando la pena atribuida al delito sea igual o superior a tres años. Este tiempo se puede prorrogar por seis meses en el primer caso y de dos años en el segundo. También podrá prolongarse la prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta tras haberse dictado sentencia definitiva no firme por hallarse recurrida. Los dos últimos casos se refieren a la adopción de la prisión provisional con base en cualquiera de los otros motivos previstos en el art. 503 LECrim.

Cuando la prisión provisional se prolongue más allá de las dos terceras partes de su duración máxima el Fiscal y el Juez que conozca de

la causa comunicarán respectivamente esta circunstancia al Presidente de la Sala de gobierno y al Fiscal Jefe del Tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad. A ese efecto la tramitación del procedimiento será preferente (art. 504.6 LECrim.). Esta medida tiene por finalidad evitar que la instrucción de la causa se prolongue más allá del tiempo máximo de duración de la prisión provisional, en cuyo caso deberá ponerse libertad al imputado.

La exigencia del cumplimiento de los plazos máximos ha sido reclamada en numerosas ocasiones ante el Tribunal Constitucional. En su doctrina se observa que aún sin rebasar las limitaciones temporales que establece el art. 504 LECrim., puede lesionarse el derecho fundamental a la libertad si el imputado permanece en situación de prisión provisional atendidas las circunstancias del caso, más tiempo del objetivamente razonable (vid. SSTC 19/1999, de 22 febrero)¹³.

13. En cuanto al cómputo del tiempo transcurrido en prisión provisional deben tenerse en cuenta los siguientes criterios interpretativos: 1. El plazo total no puede establecerse multiplicando los plazos legales por el número de delitos enjuiciados. 2. No serán computables aquellos plazos en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia (art. 504.5 LECrim.). 3. El plazo máximo de prisión preventiva comprende el de detención o sometimiento a prisión provisional por la misma causa (art. 504.5 LECrim.). 4. Son computables a efectos de la prisión provisional: el tiempo transcurrido en arresto domiciliario puesto que se trata de una genuina prisión provisional (STS de 20 julio 1992 [RAJ 6174]) y los sufridos como consecuencia de una situación de prisión atenuada (STC 56/1997, de 17 marzo). También computa el tiempo de permanencia no continuada en prisión provisional (SSTC 207/2000, de 24 julio y 147/2000, de 29 mayo). 5. También se computan los plazos transcurridos aunque coincidan situaciones de prisión provisional con otra de prisión ordinaria por causa a la que haya sido condenado el sometido a prisión preventiva. 6. El tiempo de prisión preventiva en el que hubiere estado el inculcado durante la tramitación de la causa será abonado en su totalidad para el cumplimiento de la pena que, finalmente, hubiere sido impuesta (art. 58.1 CP). También puede aplicarse ese tiempo a otras causas distintas, ya resulte condenado o absuelto. En el primer caso, el abono de la prisión provisional se acordará de oficio, o a petición de parte y previa audiencia del Fiscal, previa comprobación, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, de que ese tiempo no ha sido abonado en otra causa (art. 58.2 CP). En el supuesto de que el sometido a prisión provisional resultare finalmente absuelto en la causa por la que estuvo en prisión provisional, o condenado a pena inferior a la efectivamente cumplida en aquél régimen, también procederá el abono del tiempo pasado en prisión provisional. Ahora

No es procedente una prórroga automática por el simple transcurso de la mitad de la condena impuesta en sentencia definitiva, no firme. En consecuencia, será imprescindible que la prórroga se acuerde siempre con anterioridad a la fecha de expiración de la duración límite. Las SSTC 103/1992, de 25 junio, y 11/1996, de 12 marzo, han considerado que se vulnera el art. 17.1 y 4 CE y el art. 504 LECrim. si la prisión preventiva se prolongó cuando ya hubiera expirado el plazo inicial. También la STC 234/1998, de 1 diciembre se pronuncia por su nulidad cuando se ha acordado con posterioridad a su finalización aunque el expediente se hubiera iniciado con anterioridad.

El procedimiento aplicable para la prolongación del período de prisión provisional es el mismo que para decretar la prisión provisional. Se requerirá, la garantía de la previa audiencia del inculpado y del Ministerio Fiscal. Si se omitiese este trámite, podrá subsanarse, siempre que se realizara dentro del plazo legal (art. 504 LECrim.). La prolongación de la prisión requerirá de auto motivado en el que se expresarán los requisitos y circunstancias concurrentes para prolongar la cautela, que son distintos de los establecidos para acordar la medida de prisión provisional. Así, el mero transcurso del tiempo puede hacer, por ejemplo, que el riesgo de destrucción del material probatorio desaparezca, o que la posibilidad de sustracción a la acción de la justicia disminuya hasta desaparecer; o la imposibilidad del enjuiciamiento en

bien, a fin de evitar que se constituya una suerte de patente de inmunidad se exige que los hechos que den lugar a la segunda causa se hubieren producido con anterioridad a su ingreso en prisión provisional por la primera causa (art. 58.3 CP). Así, lo había declarado el TS que acogía ese límite legal. Pero en sentencia posterior el TS ha admitido que puede computarse el tiempo pasado en prisión provisional cuando los hechos que motivaron la condena se hubieran producido después del ingreso en prisión preventiva, pero siempre antes de que el sujeto conociere la absolución o la imposición de una pena inferior en la causa por la que estuvo en prisión provisional. Nótese que, de ese modo, se impide que la posibilidad que el sujeto actúe en un marco de impunidad. 7.º El tiempo transcurrido en prisión provisional no puede descontarse del establecido en la sentencia, de modo que se reduzca con la finalidad de que pueda aplicarse el beneficio de la suspensión condicional de la pena conforme a los arts. 80 y ss. CP. 8.º En los casos de prolongación de la prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta cuando la sentencia hubiese sido recurrida, se estará a la fijada en la resolución definitiva (no firme) y no la que hubiera sido objeto de acusación.

el plazo inicial acordado, o que el acusado haya sido condenado por sentencia que haya sido recurrida. En definitiva, la motivación del auto de prórroga debe contemplar, además de la justificación del agotamiento del plazo, otras circunstancias que deberán ser valoradas por el órgano judicial.

También deberá valorarse en la prórroga del plazo, de un lado, la duración efectiva de la prisión provisional y, de otro, el examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el órgano jurisdiccional y el comportamiento del recurrente. Con ello se pretende que la prórroga de la prisión, con objeto de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral, no obedezca a una conducta meramente inactiva del Juez de Instrucción ni sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa dirigida a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional.

2.4. Adopción y modificación de la prisión o libertad provisional.

2.4.1. Procedimiento. Audiencia preliminar. Recursos.

El procedimiento de adopción de las medidas cautelares personales de libertad provisional con fianza y prisión provisional se fundamenta en los principios generales de contradicción y rogación. Especial relevancia adquiere el principio de contradicción, al requerirse una previa audiencia de las partes personadas según disponen los arts. 505 y 539 LECrim. De este modo, se instaura una necesaria contradicción en consonancia con reiterada doctrina constitucional, que establece que las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE, son aplicables a todas las fases del mismo. Su vulneración comportará la nulidad de las actuaciones practicadas sobre la situación personal del inculpado. Consecuentemente, el órgano judicial, excepto en los casos en que sea procedente acordar la libertad provisional, sin fianza, habrá de convocar a las partes a una audiencia previa¹⁴.

14. Respecto a la comparecencia, la Circular 2/1995, de la Fiscalía General del Estado, sobre el régimen procesal de la prisión preventiva establece que: a) El plazo

La audiencia se celebrará en las 72 horas siguientes a la detención, y dentro de ese lapso temporal se podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse dentro de las 24 horas siguientes, sin rebasar las 72 horas posteriores a la detención. Caso de no poderse practicar quedarán sin realizarse al ser un plazo de cumplimiento inexcusable. Solamente cuando alguna de las acusaciones lo solicitare, el Juez resolverá sobre la solicitud de libertad o prisión provisional. Caso contrario, acordará la cesación inmediata de la detención y la puesta en libertad. En el caso de presentarse el detenido ante Juez distinto del que conozca de la causa, y no fuere posible la puesta en disposición del Juez competente dentro de las 72 horas, éste decidirá sobre la situación personal del detenido. Una vez puesto a disposición del Juez competente se convocará a la partes a una audiencia para ratificar o revocar la medida adoptada (art. 505.6 LECrim.)¹⁵.

La aplicación del principio de rogación, sin que técnicamente pueda hablarse propiamente del acusatorio, exige que exista, necesariamente, una previa petición de parte, Ministerio Fiscal o acusación particular, para acordar la libertad provisional con fianza o prisión

de las 72 horas, es un plazo temporal improrrogable. Solamente para el caso de que la prisión se hubiera acordado sin celebración de la comparecencia, decretándose su busca y captura, siendo luego detenido por Juzgado radicado en otro partido, cabe la interpretación de que el *dies a quo* para su cómputo sea el del traslado a partir del que quede a disposición física del Juez o Tribunal competente. b) La suspensión de la comparecencia puede producirse por varios motivos, como la ausencia de letrado, sin perjuicio de su designación de oficio conforme a los arts. 520.4.º y 788.5 LECrim. (arts. 771.2 y 775 LECrim. en la regulación vigente). La suspensión comporta obligatoriamente que se convoquen sucesivas comparecencias hasta que sea posible su celebración, sin perjuicio de que el Juez decida sobre su libertad o prisión. c) La comparecencia, caso de existir varios detenidos, puede celebrarse separadamente, precisando, en cualquier caso, una petición de parte que cuando es de libertad provisional por el Ministerio Fiscal, y no existen otras partes personales, tal solicitud resulta vinculante para el Juez.

15. La competencia para conocer de la situación personal del condenado cuando la sentencia se hubiere recurrido en casación corresponderá a la Audiencia Provincial. A este efecto, cuando se interponga recurso de casación, no se elevará al TS la pieza separada en la que se acuerdan las diligencias de prisión provisional (como las demás medidas restrictivas de libertad atinentes a la situación personal) –art. 519 LECrim.–.

provisional. Aunque, podrá acordarse de oficio la prisión o libertad provisional cuando, por cualquier razón, no pudiera celebrarse la comparecencia y concurran los presupuestos del art. 503 LECrim. En ese caso, se convocará la comparecencia dentro de las 72 horas siguientes para que se realicen las pertinentes alegaciones y peticiones, sin perjuicio de adoptar las medidas disciplinarias a que hubiere lugar (art. 505.5 LECrim.)¹⁶. La notificación del auto será siempre un requisito necesario e indispensable para que el acusado pueda tener conocimiento de la motivación y, en su caso, pueda impugnar la resolución que se dicte, incluso cuando se haya declarado el secreto del sumario¹⁷.

El TC ha admitido que la resolución se contenga en un formulario o impreso. Pero, sin que ello pueda eximir al Tribunal de motivar adecuadamente la resolución, a cuyo efecto es intrascendente que determinados párrafos de la resolución estén claramente pre-establecidos. Incluso el TC ha admitido una motivación sucinta con referencia a los hechos que constan en la causa. La exigencia de motivación se refuerza, y es especialmente exigible, cuando se acuerde o prolongue la prisión provisional. A este respecto, en un momento inicial del proceso la medida de la prisión provisional puede justificarse atendiendo, de algún modo, a criterios “*objetivos*” como la gravedad de la pena, el tipo de delito o la existencia de un riesgo procesal existente pero limitado en el tiempo –por ejemplo la posibilidad de ocultar, alterar o destruir

16. Vid. arts. 552 y ss. LOPJ, para la imposición de sanciones a Letrados y Procuradores que intervengan en pleitos y causas. Respecto a las correcciones disciplinarias a miembros del Ministerio Fiscal, vid. arts. 60 y ss. Ley 50/1981, de 30 de diciembre.

17. La motivación del auto en el que se acuerde la prisión provisional también es exigible cuando se hubiere adoptado el secreto de la causa. En ese supuesto, el Juez dictará auto de prisión con todos los requisitos de motivación necesarios, incluidos los particulares omitidos de la copia que haya de notificarse, que contendrá una sucinta descripción del hecho y de los fines previstos en el art. 503 LECrim. (art. 506.2 LECrim.). Alzado el secreto se notificará íntegramente el auto de prisión al imputado. En cualquier caso, deben constar los elementos esenciales que permitan al sometido a la medida conocer los fundamentos de la adopción de la medida y correlativamente poder oponerse a los mismos mediante los recursos que procedan.

las fuentes de prueba—. Pero transcurrido el tiempo, resulta necesario, si cabe con más fuerza, la motivación del auto de prórroga de la prisión provisional, que deberá expresar los motivos y fundamento legal de la cautela adoptada, así como su necesidad y proporcionalidad respecto de los fines que la justifican; siempre con referencia a las circunstancias personales del imputado o procesado y con independencia de la pena que el delito tenga atribuida.

Contra las decisiones sobre la libertad o prisión provisional cabe recurso de apelación que se sustanciará conforme con las normas previstas en el art. 766 LECrim. en sede de procedimiento abreviado (art. 507 LECrim.). No es necesario interponer previamente recurso de reforma, aunque nada impide que se interponga. El recurso de apelación será admisible en un efecto (devolutivo, no suspensivo) (art. 518 LECrim.). El detenido, salvo que se acuerde la prisión, será puesto en libertad con independencia de la interposición del recurso¹⁸. Téngase presente, que en la regulación de la apelación citada el recurso se fundamenta por escrito, sin perjuicio de que pueda solicitarse la sustanciación de vista del recurso. En su virtud el recurso se presentará dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto exponiendo los motivos del recurso y señalando los particulares que hayan de testimoniarse, acompañando los documentos justificativos de las pretensiones formuladas. A continuación se dará traslado al resto de partes personadas que podrán alegar por escrito, y en el plazo de cinco días lo que estimen conveniente. A los dos días siguientes se remitirá el recurso a la Audiencia respectiva que resolverá sin más trámites. Ahora bien, en el supuesto concreto de acordarse medidas cautelares el recurrente podrá solicitar, en su escrito de recurso, la celebración de la vista. Si en el auto recurrido se hubiere acordado la prisión provisional, la Audiencia deberá acordar necesariamente la celebración de la vista. En cualquier otro caso, la Audiencia resolverá según estime conveniente (art. 766.5

18. Esta norma tiene carácter absoluto sin que quepa decidir *a contrario*. En este sentido, el TC declaró inconstitucional el derogado art. 504 bis LECrim. que preveía la admisión en ambos efectos del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal en casos de detenidos o presos que hubiera sido decretada su libertad provisional, en supuestos de delitos cometidos por grupos o bandas armadas y terroristas (STC 71/1994, de 3 marzo).

LECrím.)¹⁹. No cabe recurso de casación directo contra el auto de la audiencia que desestima la apelación en esta materia, por no estar expresamente previsto en el art. 848 LECrím²⁰.

2.4.2. *Modificación de la situación personal de prisión o libertad.*

Las medidas cautelares de prisión y libertad provisional y de fianza son modificables durante el curso del proceso y deben ser revisadas si cambian las circunstancias que dieron origen a su adopción –art. 539.1 LECrím–. Especialmente la prisión provisional es una medida excepcional y temporal, por lo que los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción pueden no ser necesariamente los mismos que deben requerirse con posterioridad para decretar su mantenimiento.

19. Un problema que se plantea es el de la posible “contaminación” procesal del Tribunal que resuelva los recursos de apelación interpuestos frente a los autos del Juez de instrucción, teniendo en cuenta que las normas de competencia la atribuyen a la Sala de la Audiencia Provincial que conocerá del Juicio oral. Sin embargo, el TC ha declarado que esta intervención de la Sala no afecta a su imparcialidad, ya que no se exige a la Audiencia, al resolver estos recursos de apelación, que valore *ex ante* la culpabilidad del imputado, sino la existencia de los fines legítimos que fundamentan el mantenimiento de la prisión provisional. Sin embargo, sería deseable una reforma de esta norma de competencia, ya que no cabe duda que el Tribunal de apelación puede resultar condicionado ante la posibilidad de prejuzgar, por lo que la revisión se limitará a la concurrencia de los requisitos y motivación exigidos legal y constitucionalmente. En cambio, lo lógico y razonable sería que pudiera valorar los indicios de criminalidad existentes en el proceso que determinan el peligro o riesgo objetivo de fuga, obstrucción, o reiteración delictiva.

20. Sin perjuicio de que pueda interponerse recurso de amparo, que no pierde su objeto por la circunstancia de que cuando se deba resolver haya variado la situación del recurrente. Es decir, aunque el recurrente ya hubiere sido puesto en libertad provisional, condenado e ingresado en prisión, o bien absuelto y en libertad (STC 8/2002, de 14 enero). No corresponde al TC determinar la concurrencia en cada caso concreto de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la prisión provisional, sino verificar que la decisión ha sido adoptada de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución (véanse en este sentido, entre otras, las SSTC 8/2002, de 14 enero; 33/1999, de 8 marzo; 18/1999, de 22 febrero).

A este respecto, la medida de prisión provisional no atiende, solamente, a la pena a imponer, sino también a otros elementos subjetivos y objetivos como el riesgo de fuga, desaparición de pruebas o el peligro de que actúe contra la víctima. Éstas son circunstancias de naturaleza variable cuya persistencia deberá ser valorada para el mantenimiento o modificación de la cautela adoptada. De ese modo, si varían dichos criterios ha de modificarse la situación cautelable de prisión o libertad provisional acordadas, siguiendo el oportuno procedimiento, al efecto de adaptar la cautela a las circunstancias objetivas y subjetivas presentes en cada momento²¹.

A este fin, para agravar la situación personal del imputado –acordar la prisión o la libertad provisional con fianza de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza–, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora resolviéndose previa celebración de la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim. (art. 539.3 LECrim.) –Véase sobre la comparecencia el apartado anterior–²². En cambio, no es necesaria la celebración de la comparecencia para aquellos supuestos en que se decida, bien de oficio o a instancia de parte, una situación personal más favorable a la precedente. –art. 539.5.º LECrim.–. De todos modos, puede resultar conveniente, a nuestro entender, la audiencia de todos los intervinientes en el proceso.

En cualquier caso, tanto las acusaciones, el inculpado, acusado o preso como su representación pueden interesar la reforma de la situación, ya sea por haber transcurrido los plazos máximos señalados en el

21. Al respecto, sería razonable la adopción de la prisión provisional tras sentencia condenatoria no firme atendidas las circunstancias del hecho y pena, sin que ello comporte una vulneración de la presunción de inocencia (véanse SSTC 62/1996, de 15 abril y 37/1996, de 11 marzo).

22. Excepcionalmente, cuando a juicio del Tribunal concurrieren los presupuestos previstos en el art. 503 LECrim. podrá dictar auto de reforma de la medida cautelar, incluyendo la prisión provisional. Pero, se deberá convocar a las partes para la celebración de una comparecencia dentro de las 72 horas siguientes a la adopción de la medida, que se sustanciará conforme a lo previsto en el art. 505 LECrim. –art. 539.4.º LECrim.–.

art. 504 LECrim. o por cualquier otro motivo. La modificación en dicho supuesto de la cautela deberá adoptar la forma de auto y se ajustará a lo dispuesto en el párrafo 3.º del art. 539 LECrim., si es de agravación de la medida, o en el párrafo 5.º del mismo precepto, si es para acordarla en términos más favorables.

2.5. Otras medidas cautelares.

2.5.1. *Distanciamiento de la víctima y agresor, relacionadas con los delitos de los artículos previstos en el art. 57 Código Penal.*

El art. 544 bis LECrim., con el objeto de proteger a las víctimas de determinados delitos, regula medidas cautelares para la protección de la víctima que consisten en impedir la proximidad física entre el agresor y la víctima.

Los supuestos en que pueden aplicarse estas medidas, descritos en forma muy amplia, son: los delitos de homicidio; aborto; lesiones; contra la libertad; de torturas; y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico (art. 57 CP)²³. Con base en este amplio catálogo de delitos el TS ha declarado que procede la imposición de la medida cautelar condicionada al cumplimiento de los presupuestos ordinarios y específicos del art. 544 bis LECrim., en los siguientes supuestos: delitos de amenazas (SSTS de 22 diciembre 2001 [RAJ 501]; 12 junio 2000 [RAJ 5254]); abusos y agresión sexual (STS de 22 septiembre 2000 [RAJ 8077]); tentativa de homicidio (STS de 22 septiembre 2000 [RAJ 8082]); etc.

23. La relación de delitos señalados en el art. 57 CP nos parece excesivamente amplia. No siempre la seguridad de la víctima o su entorno familiar precisa de tan urgente protección como puede suceder en otros ilícitos penales también mencionados como son los que atentan a la integridad personal o moral. La libertad de circulación, que queda afectada con la cautela de distanciamiento en los tres ámbitos señalados, puede, en ocasiones, suponer no sólo importantes pérdidas económicas sino también de convivencia personal. Por tanto, en la contraposición de intereses habrá de valorarse la intensidad de la protección que la víctima o familiares hayan de merecer para garantizarles su íntegra protección, sin menoscabo de otros derechos de la víctima o sus familiares.

Pueden adoptarse tres concretas medidas cautelares: a) La prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. b) La prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas. c) La prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas (víctimas, familiares o terceras personas directamente relacionadas con los delitos cometidos).

Las medidas citadas de alejamiento o prohibición de residencia se adoptarán por el Juez de oficio o a instancia de parte con base en la entidad delictiva del hecho ilícito (gravedad del delito cometido matizado por otras circunstancias: la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral –art. 544 bis. 3 LECrim.–) y el peligro que represente el presunto agresor²⁴.

La eficacia de estas medidas se refuerza con la previsión legal para el caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada. En ese caso, el Juez convocará a las partes a la comparecencia regulada en el art. 505 LECrim., prevista para la adopción de la medida de prisión provisional, que el Juez podrá adoptar en los términos en que allí se regula. También podrá acordar la orden de protección prevista en el art. 544.ter LECrim. –véase el siguiente apartado de este Capítulo– o adoptar cualquier otra medida cautelar que implique una mayor limitación de la libertad personal del imputado. A este efecto el Juez tendrá en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos,

24. La posibilidad de que el Juez pueda actuar de oficio se fundamenta en la propia dicción legal del art. 544.bis.1.º LECrim., que establece que el Juez: “podrá” imponer cautelarmente estas medidas. Además, esta facultad es concordante con la prevista en los arts. 61 LO 1/2004, de protección de las víctimas de la violencia de género y el art. 544 ter LECrim. con relación a las medidas de protección y seguridad y la orden de protección de las víctimas de delitos de violencia doméstica respecto a los que se prevé que el Juez pueda adoptar de oficio las medidas que en aquella norma se prevén. Finalmente cabe aducir un último fundamento cual es el de la necesidad de que la medida tenga plenos efectos para lo que resulta preciso otorgar al Juez plenas facultades para adoptar, motivadamente, aquellas medidas que tiendan a la protección de las víctimas de los delitos previstos en el art. 57 CP.

gravedad y demás circunstancias concurrentes. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que pudiera incurrir el imputado.

2.5.2. *La orden de protección a las víctimas de violencia doméstica.*

La orden de protección a las víctimas constituye un procedimiento judicial sumario, que se sustancia ante el juzgado de instrucción en funciones de guardia y que tiene por finalidad otorgar un especial estatuto de protección a las víctimas de los delitos o faltas contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual o la seguridad de alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal (arts. 13 y 544 ter LECrim.). Se introdujo en la LECrim. por la Ley 27/2003 y resulta en la actualidad reforzada con las medidas de protección y de seguridad previstas en la LO 1/2004, de protección integral de las víctimas de la violencia de género, que son entre sí compatibles (art. 61 LO 1/2004). La competencia para adoptar la orden de protección se atribuye al Juez de violencia sobre la mujer previstos en la LO 1/2004, sin perjuicio de las competencias del Juez de guardia [arts. 87.1.c) LOPJ y 14.5.c) LECrim.]. A este respecto, la LO 1/2004 atribuye a los Jueces de Violencia sobre la mujer la competencia para conocer de los delitos de violencia de género, aunque sin perjuicio de que el Juez de guardia pueda adoptar medidas en prevención. Por otra parte, donde no exista un Juzgado de violencia sobre la mujer conocerá de estas materias el Juez de instrucción en funciones de guardia²⁵.

25. La singularidad de este procedimiento es notable. A saber: 1.º Se trata de un incidente cautelar, inserto en un procedimiento penal, en el que se pueden adoptar medidas de naturaleza penal o civil cuando resulte una situación objetiva de riesgo para las víctimas de determinados delitos, especialmente los referidos a la denominada violencia doméstica. Entre las medidas que pueden adoptarse se hallan las restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, así como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar la finalización del proceso penal o la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. 2.º La orden judicial de protección se notificará a las distintas Administraciones públicas, para que activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos y se inscribirá en el Registro

La orden de protección puede adoptarla el Juez de oficio o a instancia de las víctimas de la violencia doméstica, sus representantes legales, las personas de su entorno familiar más inmediato y el Ministerio Fiscal²⁶. Sin perjuicio del deber general de denuncia de las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados que tuvieran conocimiento de los hechos objeto de este procedimiento, que deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección. También puede adoptarse durante la tramitación de un procedimiento penal cuando surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por los delitos de violencia doméstica.

La solicitud puede efectuarse directamente ante la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, o las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas²⁷. En cualquier caso, se remitirá de forma inmediata al Juzgado de violencia sobre la mujer o de Guardia que deberá resolver sobre la orden de protección y las medidas necesarias para que cumpla su finalidad, sin perjuicio de que el Juez pudiera resultar territorialmente competente. Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de violencia sobre la mujer o de Guardia convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso,

Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica. 3.º Finalmente, el procedimiento se fundamenta, como principios generales, en la celeridad y el antiformalismo.

26. La Ley dispone expresamente que la orden de protección podrá acordarse de oficio por el Juez –art. 544.ter.2.º LECrim–. Ahora bien, esa facultad se refiere únicamente a las medidas de carácter penal, y no todas. Efectivamente, las medidas de naturaleza civil únicamente pueden adoptarse a instancia de parte –art. 544.ter.7.º–. Tampoco puede adoptarse de oficio la prisión provisional del imputado conforme al art. 505 LECrim.

27. A este fin el art. 544 ter LECrim. dispone que los servicios sociales y las instituciones referidas facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible, sin que pueda exceder de 72 horas desde la petición²⁸.

El Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore, que pueden consistir en cualquiera de las cautelas previstas en la legislación penal y civil, así como cualquier otra de carácter asistencial o de protección social que establezca el ordenamiento jurídico. En el ámbito, del proceso penal el Juez podrá acordar: el alejamiento, prohibición de residir, de acudir a determinados lugares o de comunicarse con determinadas personas; la libertad o la prisión provisional. Para su adopción y mantenimiento se aplicarán requisitos establecidos con carácter general en la LECrim²⁹.

28. La audiencia coincidirá, según el caso, con la prevista: 1.º en el art. 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando ésta fuere procedente por la gravedad de los hechos o las circunstancias concurrentes; 2.º en el art. 798 si se tratase causas tramitadas con arreglo al procedimiento de enjuiciamiento rápido; 3.º en el acto del juicio de faltas. La audiencia tendrá por objeto distintos y complejos asuntos. Así, por una parte los estrictamente de carácter penal. Pero también pueden acordarse medidas de carácter civil con relación a los hijos, vivienda familiar, etc. Estas últimas cuestiones deberán acordarse conforme a las normas de la LEC y, concretamente, puede ser preciso oír a la víctima o a los hijos. En ese caso, la Ley establece que el Juez de guardia deberá adoptar las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración se realice por separado.

29. Las medidas de naturaleza civil se adoptarán a instancia de parte (la víctima o su representante legal o el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces), siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil y sin perjuicio de las medidas previstas en el art. 158 del Código Civil. Pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición oportuna para la protección de los menores. Estas medidas tienen vigencia temporal limitada a 30 días. Si en ese plazo se iniciase un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda, término en el que el Juez de violencia sobre la mujer las

La orden de protección se inscribirá en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; se notificará a las partes y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole; y podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública. El Tribunal que estuviere conociendo de la causa deberá informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor, a cuyo efecto se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

2.5.3. Intervención inmediata del vehículo, retención del permiso de circulación o de conducción; y prohibición de conducir vehículos.

De conformidad con el art. 764.4 LECrim. se podrá acordar la intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo, por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del imputado o del tercero responsable civil. También podrá acordarse la intervención del permiso de conducción requiriendo al imputado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el art. 556 del Código Penal. Las medidas anteriores, una vez adoptadas, llevarán consigo la retirada de los documentos respectivos y su comunicación a los organismos administrativos correspondientes.

deberá ratificar, modificar o dejarlas sin efecto. En cualquier caso, la competencia para conocer de estas medidas corresponde al Juez de violencia sobre la mujer, siempre que se hubieren iniciado actuaciones por violencia de género (art. 87 ter LOPJ), aunque ya estuviere conociendo un Juez de civil de un procedimiento de familia (art. 49 bis LEC). Además de las medidas expuestas el Juez también podrá adoptar, simultáneamente, las referidas en el art. 64 LO 1/2004 que incluye la de la salida obligatoria del domicilio familiar y la prohibición de volver al mismo.

3. MEDIDAS CAUTELARES REALES.

3.1. Medidas cautelares referentes al objeto civil del proceso penal.

Las medidas cautelares reales o patrimoniales tienden a asegurar los efectos económicos del proceso. Se pretende con tal aseguramiento conseguir que puedan ser efectivamente cubiertas las responsabilidades civiles que el Tribunal declare en la sentencia originadas en el acto ilícito³⁰. Conforme a esta finalidad, el art. 589 LECrim. establece que: “*cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra alguna persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza*”. En sede de procedimiento abreviado el art. 764.2 LECrim. se remite para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas, a la regulación de la LEC. Concretamente, se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria. De este modo, en este procedimiento cabe adoptar cualquiera de las medidas previstas en el art. 727 LEC.

En cualquier caso las medidas cautelares deben reunir sus notas genéricas como son la instrumentalidad respecto al proceso principal del cual dependen, para asegurar el cumplimiento de la sentencia y la de homogeneidad, o sea, con un contenido similar al de las futuras ejecutivas. También deberán concurrir los presupuestos ordinarios para la adopción de medidas cautelares: a) Existencia de indicios de criminalidad o *fumus boni iuris*, que se deducirá de la existencia de indicios racionales de responsabilidad penal y civil del imputado. b) *Periculum in mora*. Supone el riesgo que durante el tiempo de sustanciación del proceso se produzcan hechos que alteren el patrimonio del inculpado o procesado y cambien su situación jurídica. Finalmente, las medidas habrán de ser, en todo caso, proporcionadas y basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida.

30. El art. 116 CP dispone que: “*toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios*”. Añade el art. 123 CP que: “*las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta*”.

El Juez podrá ordenar, de oficio, estas medidas de aseguramiento en la fase de instrucción de un proceso penal, una vez entienda que concurren los requisitos del art. 589 LECrim. En el sumario ordinario se produce con el auto de procesamiento –art. 385 LECrim.– y en el procedimiento abreviado con el auto de inculpación –art. 764 LECrim.–, o el de apertura del juicio oral –art. 783.2 LECrim.–, si anteriormente no se hubiesen acordado. Corresponderá al Juez determinar su alcance y cuantía, con posibilidad por parte del perjudicado de enervar su aplicación mediante la prestación de fianza sustitutoria en caso de embargo. En el caso de procedimiento abreviado podrá ofrecerse caución sustitutoria conforme a lo previsto en los arts. 746 y 747 LEC.

3.2. Clases de fianza.

La fianza que aquí se examina es de carácter patrimonial y, por tanto, distinta de la fianza como garantía de libertad provisional. La finalidad de la primera es garantizar los efectos civiles del proceso penal, es decir, las responsabilidades civiles y las costas del proceso; mientras que la segunda tiene como fin asegurar la presencia del inculpado siempre que sea llamado por el Tribunal que conoce de la causa.

La fianza puede ser personal, pignoratícia, hipotecaria o bancaria (art. 591 LECrim.). En cuanto a la fijación de la fianza patrimonial, asegurativa de las responsabilidades en el proceso penal, su cuantía y determinación el TC ha señalado que no puede constituirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho de defensa previsto en el art. 24 CE.

La fianza personal se presta por persona distinta del imputado y se admite a todo español de buena conducta y con bienes suficientes, a juicio del instructor, para acreditar su arraigo y su solvencia para el pago de las responsabilidades que eventualmente puedan exigirse (art. 592)³¹.

La fianza pignoratícia se constituye mediante depósito del responsable o de un tercero, de metálico, efectos públicos, acciones u otros bienes muebles

31. Esta clase de fianza es poco frecuente en la práctica, y vista con cierta prevención por la LECrim., a no ser que tenga el fiador una solvencia notoria. En cualquier supuesto, es necesario, como para todas las fianzas la determinación de la cantidad por la cual el fiador ha de responder (art. 592 LECrim.).

(arts. 591, 595, 600 y 601 LECrim.). Las diversas clases de fianzas pignoraticias aparecen regladas en el art. 591 LECrim., estableciéndose en el párr. 4.º de dicho precepto que a juicio del Juez o Tribunal serán admisibles las prendas sobre cualesquiera bienes muebles, previa tasación, y se depositarán conforme lo prescrito en los arts. 600 y 601 LECrim.

La fianza hipotecaria podrá otorgarse por escritura pública o comparecencia *apud acta*, librándose en este caso el correspondiente mandamiento para su inscripción en el Registro de la Propiedad. En dicho supuesto la inscripción es constitutiva para la efectividad de la traba, verificada la cual se unirá copia de la anotación efectuada a la pieza separada de responsabilidad civil. Su regulación la establecen los arts. 594 y 595 LECrim.

La adopción de la medida cautelar se documentará en auto motivado bien independientemente o como parte integrante del auto de procesamiento o del de apertura del juicio oral, según los casos. A tal fin se procederá a la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil (art. 590 LECrim.), que se formará con testimonio de la resolución en que se acuerden las citadas medidas.

3.3. Embargo de bienes.

Cuando ni por el procesado, acusado o inculcado ni por un tercero se preste la fianza señalada, el art. 597 dispone que: “Si en el día siguiente al de la notificación del auto en el que el Juez ordena la prestación de la fianza, ésta no se presta, se procederá al embargo de bienes del procesado, requiriéndole para que señale los suficientes a cubrir la cantidad que se hubiese fijado para las responsabilidades pecuniarias”.

Las normas aplicables para el embargo y subsiguiente afección y garantía de los bienes se desarrollan en el Cap III del Tít. IV del L. III de la LEC. Dicha Ley regula en los arts. 584 a 633 LEC la forma de proceder al embargo, los bienes inembargables, la prioridad de embargos, la garantía de las trabas y la administración judicial.

Para proceder al embargo de bienes se tendrán en cuenta las siguientes fases:

a) Búsqueda y selección de los bienes. De conformidad con el art. 597 LECrim., corresponde al acusado señalar bienes suficientes para cubrir su

responsabilidad civil. Este requerimiento se efectuará a la persona del acusado, y si no fuere habido, a su cónyuge, familiares o empleados –art. 598–. Si no se encontrare a ninguno, se procederá a embargar los bienes del acusado según el orden establecido en el art. 592 LEC, con las prohibiciones absolutas y relativas establecidas en los arts. 605 y ss. LEC. Nótese que la legislación procesal civil sobre fianzas y embargos es supletoria de la LECrim. en todo aquello no previsto en la misma, según el art. 614 LECrim³².

b) Afección. Seleccionados los bienes del obligado, se procederá a su traba en la cantidad suficiente, según disponen los arts. 597 y ss. LECrim. Rige en esta actividad el denominado *beneficium ordinis* conforme lo dispuesto en el art. 592 LEC, con la finalidad de que se respete un principio de proporcionalidad en la traba a fin de causar la menor agresión posible –en fase cautelar– en el patrimonio del inculcado. No obstante, los bienes trabados han de ser bastantes para cubrir las responsabilidades civiles exigidas –art. 599 LECrim.– siendo posible solicitar ampliación si los mismos fuesen insuficientes. Igual derecho tiene el inculcado o procesado para pedir una reducción o modificación del embargo, cuando por determinados motivos se acredite el exceso del embargo –arts. 611 y ss. LECrim.–.

c) Garantía de la traba. Está destinada a asegurar que los bienes embargados continuarán en el patrimonio del inculcado. Se trata de conseguir que durante la pendencia del proceso no se burle la ejecución de las sentencia. Para llevar a cabo éstas medidas de garantía rige como supletoria la LEC y el CC. Asimismo, en la LECrim. se reglamentan algunas medidas de garantía, sin perjuicio de acudir a los otros Cuerpos Legales citados, que

32. El inculcado o procesado tiene un necesario deber de colaboración para la averiguación de bienes. A este respecto, además de la comisión de ilícitos como la insolvencia punible que está tipificada en el art. 257 CP, el art. 589 LEC impone la obligada manifestación de bienes del ejecutado con sanción de multas coercitivas periódicas cuando no respondiere debidamente al requerimiento. También se prevé la posibilidad de incurrir en desobediencia grave si no se presenta la relación de sus bienes, si incluye bienes que no sean suyos, excluye bienes propios susceptibles de embargo o no desvela cargas y gravámenes que pesen sobre ellos.

No obstante la obligación legal, en la práctica es frecuente una postura pasiva del deudor, por lo que resulta necesaria una investigación judicial de su patrimonio para evitar actitudes fraudulentas, de conformidad con los arts. 590 y 591 LEC, que además establecen el deber de colaboración por Entidades y organismos públicos y privados a fin de que se le faciliten la relación de bienes o derechos que tengan constancia.

sirven de pauta heterointegradora de las escasas normas recogidas en la LECrim³³.

La fianza o embargo podrá ser ampliada o reducida durante la tramitación del proceso, en función del aumento o disminución de las posibles responsabilidades pecuniarias del acusado y de una eventual variación del valor de los bienes trabados –arts. 611 y 612 LECrim.–.

3.4. Insolvencia del acusado.

Cuando el imputado carezca de bienes para embargar, una vez efectuadas las diversas diligencias de averiguación, se le declarará insolvente.

La pieza de insolvencia se inicia con la diligencia negativa de embargo. A la vista del resultado de la diligencia anterior, deberá acreditarse la insolvencia del procesado o acusado por testigos después de efectuar las oportunas averiguaciones sobre el patrimonio del mismo, entre otras la correspondiente comunicación a la Agencia Tributaria y

33. La garantía de la traba de bienes muebles y derechos se regula en los arts. 621 a 628 LECy la de inmuebles, mediante la anotación preventiva de embargo, en el art. 629 LEC. La administración judicial, cuando el embargo fuera de empresas o grupo de empresas o la de acciones o participaciones sociales que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación, se regula en los arts. 630 a 633 LEC. Para la garantía del embargo de los bienes muebles y derechos, se distingue según se trate de: (a) De dinero, cuentas corrientes y sueldos. En el primer caso se ingresará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones; cuando fueren saldos favorables, se remitirá orden de retención, y si se tratara de sueldos u otras prestaciones se ordenará su transferencia a la Cuenta de Depósitos –art. 621 LEC–; (b) Cuando lo embargado fueran intereses, rentas o frutos se remitirá orden de retención para su ingreso en la Cuenta de Depósitos o en casos especiales se podrá ordenar la administración judicial; (c) Cuando fueran valores o instrumentos financieros se notificará a quien resulte obligado al pago o a la sociedad o administradores que corresponda; y (d) Cuando se trate de bienes muebles en que proceda el depósito se desarrollan sus reglas y el modo de proceder en los arts. 624 a 628 LEC. En dichos preceptos, se regula el modo y forma del nombramiento de depositario y sus responsabilidades, el pago de los gastos del depósito y la consideración de efectos o caudales públicos del dinero y demás bienes embargados desde que se depositen o se ordene su retención.

los mandamientos a los Registros Públicos. Si de la información testifical practicada, de la información tributaria, y de la certificación de bienes resulta que el procesado, acusado o inculpado no tuviera bienes para que se practiquen las oportunas trabas, se dictará resolución declarándolo insolvente, sin perjuicio de que si viniere a mejor fortuna proceder al embargo y subsiguiente apremio de sus bienes³⁴.

34. A la vista de los trámites seguidos para obtener la declaración de insolvencia, se puede afirmar que se trata de un procedimiento superficial e inadecuado. Resulta extremadamente sencillo lograr tal situación, y más en personas que pretendan delinquir. El Juzgado, conforme a lo precedentemente manifestado debería de oficio, o a instancia de parte, proceder a una mayor y más profunda indagación del patrimonio del acusado, como así ha recogido la Instrucción 1/1992, de 15 de enero, de la Fiscalía General del Estado. Por otra parte, se constata en la práctica que las citadas piezas separadas de responsabilidad civil no se encuentran concluidas ni siquiera al tiempo de dictarse la sentencia firme, con las subsiguientes dificultades posteriores para lograr la persecución de bienes del condenado.

CAPÍTULO X

LOS ACTOS DE COMPROBACIÓN Y AVERIGUACIÓN JUDICIAL

1. CONCEPTO, FINALIDAD Y LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN JUDICIAL.

Los actos de comprobación y averiguación judicial son aquéllos, realizados en la fase instructora del procedimiento penal que tienen por objeto la averiguación del hecho punible y la persona del delincuente. Por medio de estos actos, y con esta finalidad, se investigarán las circunstancias del delito y se preparará el juicio oral, proporcionando los elementos fácticos o personales necesarios para la acusación y la defensa. Deben distinguirse estos actos de investigación de los medios de prueba, que serán aquéllos que se practiquen durante la fase de juicio oral con plena contradicción entre las partes. Los actos de investigación no constituyen verdaderas pruebas, sino sólo las preparan para el juicio oral o fase de plenario que no tiene por finalidad revisar la actuación del Juzgado de Instrucción, como si se tratase de una fase de recurso, sino de practicar las pruebas propuestas por la acusación y la defensa en apoyo de sus respectivas tesis. Ello con independencia de que hayan sido o no practicadas durante la fase de instrucción diligencias de contenido similar. Correlativamente, el Tribunal sentenciador no puede fundar la condena, sino en la prueba practicada en el acto del juicio oral, a salvo de las excepciones referentes a la prueba anticipada, preconstituida, y

la posibilidad de otorgar fuerza probatoria a diligencias sumariales en ciertos supuestos excepcionales¹.

Los actos de investigación judicial se realizan por medio de diligencias instructoras reguladas en sede del procedimiento por delitos graves (arts. 326 y ss. LECrim.), aunque son también de aplicación en el procedimiento abreviado. Así, pueden adoptarse en un sumario o en diligencias previas. O, incluso, en su caso y excepcionalmente, en sede de diligencias indeterminadas. La finalidad de las diligencias de instrucción será esclarecer los hechos determinando la existencia de indicios de la comisión de un delito y de la participación en éste de una o varias personas, y producirán como efecto el procesamiento del inculpado en el proceso por delitos graves y la inculpación o imputación formal en el procedimiento abreviado (art. 384 LECrim.). Puede iniciarse una instrucción penal por un delito y continuar luego por otro, sin que ello constituya irregularidad alguna sino acomodación del procedimiento inicial a la verdadera naturaleza de los hechos investigados, y a la realidad material completa de lo sucedido (véase sobre esta cuestión la STS de 3 mayo 2001 [RAJ 2002, 254]).

1. La presunción de inocencia únicamente podrá desvirtuarse por la prueba practicada en el juicio oral, con vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad, en aras de la garantía del derecho de defensa. No obstante, en algunos supuestos los actos de comprobación judicial pueden ser aptos para fundamentar una sentencia de condena siempre que se observe el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) intervención del Juez de Instrucción en la práctica de la diligencia; b) oportunidad del imputado de participar en la diligencia con posibilidad de contradicción; c) que por causa independiente de la voluntad de las partes, las diligencias o actuaciones sumariales no puedan ser reproducidas en el juicio oral (vid. art. 730 LECrim.); d) reproducción de aquella en el juicio oral en condiciones que permitan la defensa del imputado o procesado (art. 730 LECrim.). En estos casos, la diligencia sumarial deberá ser reproducida, a modo de prueba documental, en el acto del juicio oral, sin que sea admisible la petición de lectura genérica de todo el sumario o diligencias previas, sino sólo de aquellas diligencias que no pudieran practicarse en dicho momento procesal. También cabe valorar como prueba la declaración sumarial de testigos o imputados cuando se produzca contradicción entre sus declaraciones en la fase de juicio oral y la de instrucción, en cuyo caso se procederá a reproducir en el juicio oral la declaración sumarial, y el Tribunal podrá ponderar la versión que ofrezca mayor verosimilitud (art. 714 LECrim.). En todos estos supuestos las diligencias practicadas tendrán eficacia probatoria, de acuerdo con lo previsto en la LECrim. y en la doctrina del TC.

En la investigación sumarial, al igual que en toda investigación de hechos criminales, existen dos principios básicos que deben ser observados: Principio de investigación de oficio para la averiguación de los hechos que se imputan y principio de defensa que en la fase de instrucción se proyecta en: a) La obligación de otorgar audiencia al imputado para evitar acusaciones sorpresivas. b) La obligación de informar la imputado sobre los hechos punibles de los que es objeto de acusación. Se trata de dos derechos irrenunciables que conectados con los preceptos citados impiden que el sumario se “desborde” fuera de los hechos de los que se les investiga. Es decir, se prohíben en nuestra LECrim. investigaciones inquisitoriales generales, o con infracción de los derechos fundamentales. Lo contrario sería la realización y obtención de actos de investigación con nulidad radical (doctrina del fruto procedente del árbol envenenado). Además la investigación sumarial no puede extenderse, de modo innecesario, a hechos y actos que no son objeto de imputación. En este sentido, de conformidad con los arts. 299 y 311 LECrim. solamente han de ser practicadas las diligencias necesarias para la comprobación del hecho del que resulta imputado rechazando las diligencias inútiles o perjudiciales. Estos límites deben contribuir a evitar que una vez concluidas las diligencias, en su caso favorablemente, pueda producirse un grave descrédito gratuito al sometido al proceso penal.

De lo afirmado se deduce que, partiendo de la obligatoriedad en nuestro derecho de que se averiguen todas las circunstancias que rodean el hecho investigado y las circunstancias tanto inculpatorias como exculpatorias –art. 2 LECrim–, han de rechazarse la práctica de diligencias cuando la prueba fuera inadmisibles o carezca de importancia (inútil) o sea totalmente inapropiado (superfluo o perjudicial). Cuando se vulneran dichos extremos existirá no sólo una prohibición de la práctica de la diligencia, sino incluso del aprovechamiento de los resultados probatorios. Nos encontramos con la vieja formulación de que el imputado tiene derecho a exigir que el proceso, incluso el de investigación sumarial, se desarrolle en forma debida. Ésta no es otra que la desarrollada conforme a las normas de un Estado de Derecho, establecidas, entre otras, en los arts. 299, 300, 311, 313, 315, 777.1, 779.1.1 LECrim. de las que se infieren límites naturales a la investigación ceñidos al hecho mencionado en la acción y a las personas inculpadas. Este “entor-

no jurídico”, como se denomina en el derecho comparado constituye un límite para la acción investigadora, fuera del cual puede existir la arbitrariedad. En consecuencia, la investigación sumarial debe tener unos límites marcados por las Leyes contra las que, en su caso, ni siquiera la pendencia de su conocimiento y garantía por la imparcialidad de su conocimiento por un Juez comporta que cualquier diligencia haya de ser practicada, pudiendo, en su caso, incluso acudir a otras vías de amparo. Por tanto, el Juez no está autorizado para practicar cualquier investigación, sino tan sólo las que sean de importancia para la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho².

2. SOLICITUD, ADOPCIÓN E INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA PRÁCTICA DE LAS DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN.

Las diligencias de comprobación se caracterizan por la diversidad de supuestos o formas que pueden adoptar, si bien todas deben estar relacionadas con el hecho punible y los partícipes en el mismo. Las partes pueden solicitar al Juez de instrucción que realice las diligencias que estimen necesarias. Éste las admitirá si no las considera inútiles o perjudiciales. En todo caso corresponde al Juez decidir las actuaciones a practicar. Contra la resolución denegatoria del Juez de la realización de la diligencia de investigación, cuando se instase por la parte, cabe recurso de reforma y de apelación (arts. 311, y 766 en relación con el 777 LECrim.).

La petición para la práctica de diligencias de instrucción se debe realizar en la fase de instrucción, sin perjuicio de solicitar su práctica

2. Ahora bien, también debe tenerse en cuenta la doctrina del TC que ha declarado que en ocasiones los delitos de los que se acusa, v.g. de carácter económico o relacionado con la corrupción en instituciones públicas, suelen ser complejos y quedan ocultos en una multitud de operaciones económicas aparentemente inocuas. La investigación de tales hechos, por consiguiente, puede requerir un elevado número de diligencias que alcancen a un amplio círculo de personas y entidades para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos. En esos casos considera el TC que no cabe entender que se haya producido una inquisición general, incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución española (vid. SSTC 32/1994, y 41/1998 de 24 febrero).

a posteriori. Sin embargo, en ese último caso, sólo se admitirá la práctica de diligencias de instrucción con carácter excepcional, denegándose en caso contrario la petición por extemporánea (véase en este sentido la STS 19 de noviembre de 2002 [RAJ 1245]).

El Ministerio Fiscal y las partes personadas pueden intervenir en las diligencias de investigación que se practiquen. La intervención del imputado se fundamenta en la plena vigencia en la fase de instrucción de los principios de publicidad y contradicción que se garantizan mediante la plena vigencia de los derechos de audiencia, asistencia y defensa del inculcado en el proceso penal, que debe conocer cuanto antes su condición de parte acusada y los hechos que se le imputan, para no ver mermado su derecho de defensa. Pero, obviamente, en el caso de que la investigación no haya determinado la identidad del presunto responsable las diligencias se practicarán sin la intervención del posteriormente inculcado. Cuestión distinta es la necesaria presencia del detenido en determinadas diligencias de investigación. Así, en el caso de la apertura de correspondencia, o en el registro domiciliario. En cualquier caso, la ausencia de intervención de letrado en la práctica de una diligencia de instrucción únicamente determinará la nulidad, en su caso, de aquella sin que pueda afectar al resto de diligencias y pruebas practicadas³.

3. ACTOS DE COMPROBACIÓN Y AVERIGUACIÓN JUDICIAL.

3.1. Inspección ocular y reconstrucción de hechos.

El reconocimiento judicial o inspección ocular consiste en un acto de comprobación personal del Juez, por el que éste se persona en el lu-

3. Máxime cuando la falta de intervención del imputado se debe a su propia negligencia, de la que no cabe que pueda obtener un resultado positivo o ventaja. Por tanto, en el caso de impugnar la falta de intervención de la parte en alguna diligencia de investigación será preciso indicar de qué modo habría mejorado su defensa y posición procesal en caso de haber realmente asistido a esa actuación procesal. No existirá infracción causante de nulidad en el supuesto que la intervención ningún efecto hubiere tenido; o en el caso que posteriormente se pudiera haber pedido prueba y no se hubiere hecho.

gar donde ocurrió el hecho punible, a fin de observar directamente las circunstancias y elementos relacionados con aquél. La Ley distingue dos supuestos distintos: a) cuando existan vestigios o huellas –arts. 326, 329 LECrim–; b) cuando no existan aquéllos –arts. 330, 331 LECrim–. En cualquier caso, la diligencia se realizará con la presencia del Secretario que extenderá acta por escrito, en la que consignará todas las actuaciones practicadas, que firmará el Juez, el Fiscal si estuviere, el Secretario, y los demás presentes (art. 332 LECrim.).

La función principal de esta diligencia consistirá en la recogida y conservación de los vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito, que se conservarán para el juicio oral. Además, se procederá a describir y consignar todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho, y todos los detalles que pudieran utilizarse, tanto para la acusación, como para la defensa (art. 326 LECrim.). Si no existieren huellas o vestigios del delito, el Juez instructor averiguará si las pruebas han desaparecido intencionadamente, y consignará las de cualquier clase en orden a la perpetración del delito (art. 330 LECrim.).

El Juez instructor puede completar la diligencia del siguiente modo: a) ordenando la comparecencia, y recibiendo declaración, de las personas que estuvieren en el lugar del delito, o en cualquier sitio próximo, a fin de dejar constancia de la ejecución del delito y sus circunstancias (art. 329 y 331 LECrim.); b) cuando fuera conveniente, se levantará plano suficientemente detallado del lugar, se realizará retrato de las personas objeto del delito, o copia o diseño de los efectos o instrumentos hallados (art. 327 LECrim.); c) si se tratare de un robo u otro delito cometido con fractura, escalamiento o violencia, el Juez instructor puede consultar el parecer de peritos sobre la manera, instrumentos, medios o tiempo de la ejecución del delito (art. 328 LECrim.).

Un supuesto, muy frecuente en la práctica, es el de que llegue a conocimiento del Juzgado el fallecimiento de una persona en circunstancias anormales. En este caso, el Juez se personará en el lugar en que se halle el cadáver, para proceder a su levantamiento, auxiliado por el médico forense, así como para llevar a efecto la inspección ocular, haciéndose constar por diligencia del Secretario la forma en que el Juzgado ha tenido conocimiento del evento. No obstante, en el procedimiento abreviado se regulan determinadas especialidades que, en definitiva, serán de aplicación general, ya que en el

momento inicial de la aparición de un cadáver no cabe la inmediata determinación del procedimiento que corresponda. En este sentido, si la muerte se hubiere producido en la vía pública, férrea u otro lugar de tránsito la Ley autoriza a la policía judicial a trasladar el cadáver al lugar más próximo aconsejable, restableciendo el servicio interrumpido. En este caso, deberán adoptarse medidas complementarias, como la reseña de la posición del cadáver, fotografías, señalamiento del lugar con la situación exacta que ocupaba el cadáver, etc. (art. 770.4.^a LECrim.). Por otra parte, el Juez de instrucción podrá autorizar al médico forense para que asista en su lugar al levantamiento del cadáver. El forense realizará informe, que se adjuntará a las actuaciones, con la descripción detallada de su estado, identidad y circunstancias que tuvieren relación con el hecho punible. (art. 778. 6 LECrim.).

La Ley también prevé que puedan existir huellas o vestigios cuyo análisis biológico pueda contribuir al esclarecimiento del hecho investigado. En ese caso el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para la recogida, custodia y examen de las muestras en condiciones que garanticen su autenticidad (art. 326.3 LECrim.). Esta norma se complementa con la prevista en el art. 363.2 LECrim. que autoriza al Juez de Instrucción a acordar, motivadamente, medidas de intervención corporal para obtención de muestras biológicas de personas “*sospechosas*”⁴.

La inspección ocular podrá tener el carácter de prueba anticipada respecto de los hechos que hayan sido percibidos y reseñados por el

4. Los problemas que se pueden plantear en esta materia no lo son con relación al examen y determinación genética de las muestras obtenidas, sino respecto a la obtención y custodia de unas muestras susceptibles de contaminación. A este fin deberá reseñarse con precisión el lugar de recogida y las características y circunstancias ambientales, así como garantizarse la pureza del material obtenida evitando su contaminación. La Disposición adicional tercera de la LECrim., introducida por la LO 15/2003, prevé la regulación mediante Decreto de la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN. Esta Comisión tendrá atribuida la función de acreditar los laboratorios, los criterios de coordinación, así como la elaboración de los protocolos técnicos sobre la obtención, conservación, custodia, seguridad y análisis de las muestras. En todo caso, se debe garantizar la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, análisis y datos obtenidos.

Juez Instructor. A este respecto, establece el art. 333 LECrim. que cuando al tiempo de practicarse la diligencia hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, podrá presenciarse asistida de abogado, pudiendo hacer las observaciones que estime oportunas que se consignarán en la diligencia.

En la práctica, por razones de urgencia e inmediatez, suele ser la policía la que practica la diligencia de inspección ocular, ya sea en cumplimiento de las funciones de prevención de la policía judicial o bien bajo las ordenes directas del Juez de instrucción (véase también sobre la distinción entre las funciones de prevención de la policía, y las de instrucción del Juez el siguiente epígrafe referente al cuerpo del delito). En este sentido, el art. 282 LECrim. establece la obligación de la policía judicial de perseguir los delitos públicos, a comprobarlos, y a recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición judicial, sin que sea necesaria la asistencia de abogado en tales diligencias de prevención, ni tampoco la presencia judicial. En la regulación del procedimiento abreviado por Ley 38/2002 establece claramente estas funciones de la policía (art. 770 LECrim.). El resultado de la intervención policial se hará constar en atestado levantado por la policía judicial en el que hará constar las circunstancias y extremos referentes al delito de conformidad con lo previsto en los arts. 282, 297, 770 LECrim., y 11.g) de la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. El atestado redactado por la policía se incorporará a los autos de la causa⁵. El hecho de actuar la policía, cuando puede hacerlo la autoridad judicial por no haber urgencia para ello, no supondrá la nulidad de las diligencias policiales. En ese caso, tendrán la validez propia de las actuaciones policiales. A saber, como una fuente de conocimiento propio al efecto de su propia investigación, que puede hacerse valer como prueba en el

5. En cuanto al valor probatorio del atestado policial la diligencia de inspección ocular practicada por la policía sólo será válida como prueba preconstituida en el caso que concurren razones de urgencia y necesidad, y la policía observe en la práctica de la diligencia las formalidades previstas en la ley; y concretamente la participación del imputado, si existiera, solo o asistido de abogado. En este caso, los hechos objetivos constatados en el atestado de imposible reproducción, se introducirán en el plenario a través de su lectura como prueba documental, adquiriendo de ese modo valor probatorio. En caso contrario, si bien la diligencia por sí no tendrá el valor de prueba preconstituida, sí que lo tendrán la declaración de los agentes actuantes sobre los hechos advertidos en la inspección practicada. El contenido de la diligencia practicada deberá ser objeto de la debida contradicción en el plenario.

acto del juicio con ratificación de los funcionarios actuantes. A este respecto, el Tribunal Supremo ha declarado la validez de la inspección ocular y registro de la policía que se realiza una vez entregado el atestado al Juez de guardia, es decir una vez iniciada la instrucción judicial.

No existe obstáculo alguno para que la autoridad judicial, una vez se encuentre al frente de la investigación, acuerde, de conformidad con el art. 326 LECrim. una diligencia de inspección ocular. En tal sentido SSTS de 30 mayo 2000 (RAJ 4717); 26 enero (RAJ 167).

Como una variante de la inspección ocular se encuentra la reconstrucción de los hechos. Esta actividad sumarial no está expresamente recogida en la LECrim., aunque es comúnmente admitida en la práctica judicial. Se lleva a cabo reproduciendo, en presencia del Juez instructor, los hechos acontecidos en el lugar donde éstos sucedieron. En todo caso, se debe procurar la asistencia de todas las personas relacionadas con aquéllos, a los efectos de contrastar sus declaraciones.

3.2. Cuerpo del delito.

Con la expresión cuerpo del delito se refiere la Ley a las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió (art. 334 LECrim.). No obstante, la doctrina ha deslindado el ámbito del concepto legal en tres manifestaciones que conjuntamente dan una idea cabal del mismo. Así, respecto a los actos de investigación sobre el cuerpo del delito, es preciso distinguir entre: a) cuerpo del delito en sentido estricto, b) instrumentos del delito y piezas de convicción.

a) El concepto de cuerpo del delito en sentido estricto se refiere a la persona o cosa, objeto de aquél. Las actividades instructoras que se llevarán a efecto con relación a aquéllas serán las siguientes:

Con relación al objeto del delito, el Juez de instrucción realizará los actos conducentes a la descripción detallada del mismo, sea cosa o persona, expresando su estado y circunstancias (art. 335 LECrim.). En su caso, se tomará declaración testifical a las personas que hubieren estado presentes en la comisión del delito, acerca del modo y forma en que se hubiese cometido (art. 337 LECrim.); o al agraviado respecto a

la preexistencia y pertenencia de las cosas robadas, hurtadas o estafadas, cuando no hubiere testigos presenciales del hecho (art. 364 LECrim.). En el procedimiento abreviado, sólo se practicará esta información cuando hubiese duda acerca de la preexistencia de la cosa [art. 785.2.a) LECrim.].

Cuando la instrucción penal se hubiere iniciado con motivo de la producción de lesiones o de muerte aparentemente violenta, se practicarán los actos referentes a la asistencia facultativa (arts. 350, 352 y 355 LECrim.). En los supuestos de muerte hay que distinguir entre los actos de identificación y de autopsia del cadáver. En primer lugar, es preciso identificar el cadáver por medio de testigos que, a la vista del mismo, den razón satisfactoria de su conocimiento e identidad (art. 340 y 341 LECrim.). Si no fuera posible la identificación, el Juez requerirá, a estos efectos, informe a los laboratorios forenses expertos en la identificación de cadáveres (arts. 348 y 349 LECrim.). La autopsia se practicará por el médico forense de cada Juzgado o por el Instituto Anatómico Forense. Cuando el Juez de Instrucción lo estimase pertinente podrá acordar la cooperación con aquél de otros facultativos (art. 343 a 349 LECrim.). En sede de procedimiento abreviado, el art. 778.4 LECrim. establece que el Juez podrá acordar que no se practique la autopsia cuando el Médico Forense dictamine cumplidamente la causa de la muerte.

b) Son instrumentos del delito aquellos medios utilizados o preordenados a la comisión del hecho delictivo, y las piezas de convicción consisten en todos los demás elementos que coadyuven a investigar la existencia del hecho punible. A pesar de esta distinción jurisprudencial, los instrumentos del delito y las piezas de convicción tienen un tratamiento común respecto a los actos de investigación. Así, las actividades de instrucción que podrán practicarse referentes a los instrumentos del delito y las piezas de convicción acreditadas por diligencia en autos son la recogida de las armas, instrumentos y efectos, y la custodia y conservación de los mismos (arts. 334 y 338 LECrim.).

La recogida de efectos, armas e instrumentos del delito, así como las huellas y vestigios genéticos es la primera actuación referente al cuerpo del delito, que los arts. 326 y 334 LECrim. prevén que realice el Juez instructor extendiendo diligencia expresiva de la actuación. Sin

embargo, esta actividad la realiza ordinariamente la policía judicial juntamente con la de la inspección ocular, sin que este proceder pueda considerarse relevante en orden a la valoración de la prueba. En estas funciones la Policía Judicial actúa ejerciendo competencias propias, bajo la superior dirección del Juez, pero sin necesidad de su intervención personal. A este respecto, como ha declarado de forma ilustrativa el TS el Juez no es policía, por lo que la dirección de la actuación de aquellos funcionarios se limita a la dirección y control con relación a la instrucción criminal, pero sin que ello suponga que el Juez realice por sí funciones policiales. Véase sobre la actividad de la policía el art. 282 LECrim., y lo expresado en el epígrafe anterior con relación a la inspección ocular.

Estos instrumentos se sellarán y retendrán, o bien se enviarán al organismo adecuado para su depósito (art. 338 LECrim.), o para su examen pericial (art. 336 LECrim.). Los análisis químicos, únicamente, se practicarán en aquellos supuestos en los que los Tribunales los consideren indispensables (363 LECrim.).⁶

Los secretarios judiciales responderán del depósito de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como del de las piezas de convicción en las causas penales. Sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse reglamentariamente en cuanto al destino que deba darse a éstos en supuestos especiales (art. 459 LOPJ). Por ejemplo, en el caso de armas, y drogas⁷. Respecto a las primeras, las armas de fuego podrán ser depositadas en la intervención de armas de la Guardia Civil, bajo recibo y acreditación por diligencia en autos, cuando no puedan ser custodiadas en las sedes de los Juzgados –art. 155.4.º Regl. de Armas (RD 2179/1981, de 24 de julio)–. En cuanto

6. El depósito de las piezas de convicción y el almacenamiento o custodia de droga decomisada puede suponer un peligro real. Por esta razón, el art. 338.2 LECrim., incorporado por la Ley 21/1994, de 6 de julio, dispone la forma y los requisitos que se deben observar para proceder a su destrucción. No obstante, la Ley dispone que deberán conservarse muestras suficientes para garantizar ulteriores comprobaciones; darse siempre audiencia previa al Fiscal y a las partes; y dejar constancia de la naturaleza, calidad, cantidad y peso de dichas sustancias.

7. Véase el Decreto 2783/1976, de 15 de octubre y la OM de 14 de julio de 1983, que organizan los Depósitos judiciales en determinadas poblaciones, con la finalidad de la mejor conservación de los objetos intervenidos en causas criminales.

al almacenamiento o custodia de droga decomisada puede suponer un peligro real. Por esta razón, el art. 338.2 LECrim., incorporado por la Ley 21/1994, de 6 de julio, dispone la forma y los requisitos que se deben observar para proceder a su destrucción. No obstante, la Ley dispone que deberán conservarse muestras suficientes para garantizar ulteriores comprobaciones; darse siempre audiencia previa al Fiscal y a las partes; y dejar constancia de la naturaleza, calidad, cantidad y peso de dichas sustancias⁸.

3.3. Identificación del delincuente y de sus circunstancias personales.

Debe distinguirse entre identificación material y formal del delincuente. La primera tiene por objeto averiguar la persona que ha cometido un hecho delictivo. La segunda consiste en establecer los datos o circunstancias personales del presunto delincuente.

3.3.1. *Identificación material: Reconocimiento fotográfico y en rueda. Cotejo de muestras biológicas.*

La identificación material del delincuente es necesaria para dirigir el proceso penal contra una persona determinada. En algunos supuestos el Juez instructor, los acusadores, o el mismo inculpado pueden manifestar dudas respecto a la implicación material de un individuo en un hecho delictivo. Para solucionar esa situación, la Ley establece un procedimiento de reconocimiento en rueda por medio de una diligencia documentada, que podrá acordarse a instancia de las partes personadas, incluso del propio inculpado (art. 368 y ss. LECrim.). De modo previo y complementario a esta diligencia, y a pesar que la Ley no se refiere expresamente a ella, resulta habitual que se identifique al

8. Por otra parte, el art. 374 CP permite a la autoridad judicial acordar que, mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos que hayan servido para la comisión de delitos regulados en los arts. 359 y ss. CP, tales como vehículos, buques o aeronaves sean decomisados desde las primeras diligencias, y puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

acusado ante la Policía mediante la exhibición de fotografías. De este modo podemos distinguir, siquiera a efectos sistemáticos, entre estas diligencias.

3.3.1.1. *Reconocimiento fotográfico y en rueda.*

La diligencia de exhibición fotográfica ha sido admitida por el Tribunal Supremo que ha declarado que supone una vía de iniciación, a veces necesaria, de la investigación del delito por la Policía (STS de 10 mayo 1999 [La Ley 7433]). Por tanto, se trata de un acto de investigación, admitido jurisprudencialmente, que facilita una posterior diligencia de reconocimiento en rueda al efecto de señalar un posible autor del delito (STS de 31 diciembre 2001 [RAJ 2002, 2007]).

La previa identificación fotográfica no precisará la asistencia de abogado, ya que, por lo general, la diligencia tiene por finalidad averiguar la identidad del imputado; sin que por esa causa queden contaminadas las sucesivas diligencias de reconocimiento en rueda, que pudieran practicarse. Aun cuando si existiera imputación debe asistir el abogado del imputado. Pero el Tribunal Supremo ha declarado que su inasistencia en tal caso no contamina la posterior diligencia en rueda, realizada ya con asistencia de abogado.

La diligencia se practicará mediante la exhibición de varias fotografías en el mismo formato, mostradas en un álbum o serie de fotografías. Aunque, puede darse el caso en el que la única fotografía exhibida lo sea a efectos de concretar el aspecto actual y otras circunstancias, y no estrictamente la identificación, en cuyo caso, no existiría infracción alguna⁹. Los resultados de esta diligencia se valorarán independientemente del posterior reconocimiento en rueda, en el supuesto de que éste resulte negativo. Será necesaria, en todo caso, la intervención en el juicio oral

9. El TS admite también que la identificación se realice por medio de una película obtenida durante la comisión de los hechos, ya que la LECrim. no excluye la posibilidad de formas de identificación diversas del reconocimiento en rueda. En este sentido, el art. 368 LECrim. deja a la discrecionalidad del Juez de Instrucción decidir sobre si “conceptúa fundamentalmente precisa la diligencia”, aunque así lo hayan solicitado las partes.

de los testigos que identificaron al acusado (vid. SSTs de 21 junio 1993 [RAJ 5173]; 25 octubre 1993 [RAJ 7953]; 30 junio 1994 [RAJ 6407]).

La diligencia de reconocimiento en rueda tiene carácter subsidiario, y sólo se practicará cuando existan dudas sobre la identidad del acusado. Por tanto, la prueba de reconocimiento no se practicará cuando la víctima reconoce de forma indubitada al atacante o agresor o no sea necesaria por inútil. La diligencia se practicará conforme a las formalidades previstas en la Ley con asistencia letrada como condición de validez de la rueda de reconocimiento [art. 520.c) LECrim.]¹⁰. La persona que haya de ser reconocida se pondrá a la vista del que hubiere de verificarlo, junto con otras personas de circunstancias exteriores semejantes.

A este respecto la similitud de características físicas requerido por el art. 369 de la LECrim. hay entenderla referida a las generales de edad, corpulencia, altura, color de piel y pelo, y no a que en todos los componentes de la rueda concurren las mismas peculiaridades físicas. Por ejemplo un lunar, como en el supuesto del que conoce la STS de 31 diciembre 2001 (RAJ 2002, 2007). En último término la similitud exigida por la Ley se concreta en una mínima afinidad tipológica que deberá apreciar el secretario judicial a presencia del juez en la práctica de la actuación referida, y que, en su caso, deberá impugnar la parte disconforme haciendo constar las circunstancias y aspecto de los intervinientes. También será adecuado solicitar la presencia en el plenario de los que intervinieron en la rueda a efecto de que el Tribunal pueda comprobar *in situ* la apariencia física de aquéllos.

Nada se prevé en cuanto al orden en que deben situarse las personas que forman parte de la rueda, por lo que se efectuará de forma aleatoria. Si fueren varios los que hubieren de reconocer, lo harán separa-

10. La vulneración de esta norma únicamente producirá la nulidad de lo actuado en el caso que se hubiere producido efectiva indefensión (STS de 27 diciembre 1999 [RAJ 9447]). Más aún, el Tribunal Supremo distingue entre la situación de detenido y de imputado; y considera que la asistencia letrada no es un requisito de validez de las ruedas de reconocimiento que se practican con relación a imputados que, sin estar detenidos ni presos, han sido instruidos previamente de sus derechos según el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y voluntariamente se somete a la rueda de reconocimiento sin ejercitar su derecho a la asistencia letrada.

damente sin que puedan comunicarse entre ellos hasta que finalice la diligencia (art. 370 LECrim.) (ATS de 2 febrero 1994 [RAJ 761]). El testigo manifestará si se encuentra en el grupo la persona a quien hizo referencia en su declaración, designándola, en caso afirmativo, clara y determinadamente (art. 369 LECrim.)¹¹.

3.3.1.2. *Cotejo e identificación genética.*

La evolución científica permite establecer con una fiabilidad prácticamente absoluta la pertenencia de una muestra biológica a un individuo determinado, mediante el cotejo de huellas o vestigios biológicos, de modo que puede establecerse una relación directa entre un individuo y un delito determinado. Aunque el valor de la identificación genética dependerá del lugar y las circunstancias en las que se hubiere obtenido la muestra. Así no se valorará del mismo modo la identidad genética establecida entre un sujeto respecto a una huella hallada, por ejemplo, en la vagina en un caso de agresión sexual de la que se acusa al sospechoso, o la hallada, por ejemplo, en una colilla recuperada del lugar de los hechos. En el primer caso, la prueba resultará determinante, y en el segundo deberá valorarse junto con otras circunstancias: por ejemplo, si el lugar donde se halló la colilla es público.

11. La diligencia de reconocimiento en rueda se puede realizar ante la Policía Judicial o con control y presencia judicial como diligencia sumarial. En ambos casos será necesaria la asistencia de abogado y la posterior ratificación, en la fase del juicio oral, del testigo, que procedió a la identificación a fin de someterse al interrogatorio de las partes (SSTC 10/1992, de 16 enero; 103/1995, de 3 julio). El reconocimiento en rueda se constituye en una modalidad de testimonio que, debidamente sometido a contradicción en el acto del juicio, puede ser valorado libremente por el Tribunal (véanse SSTC de 31 diciembre 2001 [RAJ 2002, 2007]; 8 mayo 1996 [RAJ 3895]; y STC 10/1992). Ahora bien, cuando se trate de un reconocimiento en rueda practicado como diligencia sumarial, podrá valorarse como prueba preconstituída cuando se acredite la imposibilidad del testigo de poder comparecer en el juicio oral. Igual sucederá cuando el testigo se retracte del reconocimiento anterior. En ese caso, el tribunal puede, al igual que sucede con el resto de la prueba practicada, valorar en la sentencia la contradicción y otorgar plena validez a la diligencia sumarial. En este sentido, nótese que lo decisivo será la ratificación en juicio del testigo directamente inmediada por el Tribunal.

Las muestras biológicas pueden obtenerse del lugar del delito, de la víctima, o bien directamente de la persona u objetos personales del sospechoso. La identificación se producirá mediante el cotejo del material genético hallado en el lugar del delito con el obtenido del sospechoso, o bien con el que conste en la base de datos de estas muestras que prevé la Disposición Adicional tercera de la LECrim., introducida por la LO 15/2003.

3.3.2. *Identificación formal.*

La identificación formal del delincuente se efectuará consignando la filiación, edad, conducta, antecedentes penales y estado mental. Si se originase alguna duda sobre la identidad del procesado, deberá procurarse acreditar ésta por cuantos medios fueren conducentes a su averiguación (art. 373 LECrim.). Nótese, que son especialmente importantes, a efectos penales, las circunstancias personales referentes:

a) A la edad, ya que el Código Penal fija la mayor edad penal a los dieciocho años (art. 19 CP). A este respecto, para acreditar la edad del procesado, se traerá al sumario certificación de inscripción de nacimiento. Cuando no fuera posible obtener certificación registral, se suplirá el documento por informe que acerca de la edad del procesado realice el médico forense (art. 375 LECrim.). En sede de procedimiento abreviado, se acreditará la edad por medio del DNI, salvo que existieran dudas razonables acerca de si el imputado tuviere dieciocho años (art. 762.7 LECrim.)¹².

12. El art. 1 de la Ley de responsabilidad del menor LO 5/2000, dispone que se aplicará dicha regulación para exigir responsabilidad penal a las personas mayores de catorce años y menores de 18, edad en la que se fija la responsabilidad penal (art. 19 CP). También puede aplicarse la Ley del menor a mayores de edad hasta los 21, siempre que concurren determinadas circunstancias (art. 1.2 y 4 LO 5/2000). Aunque debemos precisar que esta previsión está excluida para determinados delitos (Disp. Adicional 4.ª LO 5/2000, modificada por la LO 9/2000). Además, la Disposición Transitoria única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, ha suspendido la aplicación de las normas de la Ley del Menor a los mayores de edad que tuvieren entre 18 y 21 años.

b) A la conducta y antecedentes penales, en cuanto la pena a imponer, ya que ésta puede modificarse en caso de reincidencia, o bien puede condicionar la suspensión de la ejecución de la pena (arts. 22, 50, 66, 80 CP). La Ley contiene normas con relación a la petición de informes fundados, respecto a la conducta del procesado, a las Alcaldías o funcionarios de policía de los pueblos donde aquél hubiere residido. La virtualidad de estas normas en la actualidad es más bien escasa. No obstante, pueden tener alguna utilidad con relación a las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal (arts. 377 LECrim., 21 CP). Más importancia cabe atribuir a la aportación a la causa de los antecedentes penales del procesado, en orden a la agravante de reincidencia.

c) Al estado mental, ya que los trastornos mentales pueden modificar la responsabilidad penal (arts. 20, 21 CP). En este sentido, si el Juez apreciara indicios de enajenación mental le someterá a la observación de los médicos forenses, que realizarán un informe pericial al respecto (art. 381 LECrim.). Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, y una vez concluido el sumario, se archivará la causa hasta que el procesado recobre la razón (art. 383 LECrim.).

3.4. Declaraciones de los acusados, sospechosos o meros inculpados.

El Juez de Instrucción tomará a los inculpados cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos (art. 385 LECrim.). También se podrá tomar declaración al inculpado a instancia de parte acusadora, o del propio inculpado. En este sentido, el art. 400 LECrim. dispone que el procesado podrá declarar cuantas veces quisiere, y el Juez le recibirá inmediatamente la declaración si tuviere relación con la causa. Por otra parte, no podrá acordarse la apertura de juicio oral sin que el Juez de Instrucción hubiese oído al acusado, por considerarse este trámite de carácter esencial (art. 779.1.4 LECrim.). Las declaraciones se efectuarán en la sede del Juzgado, salvo que el Juez considere necesario que se hagan en el lugar de los hechos (art. 399 LECrim.). En ese último caso, se procederá a realizarla por delegación en otra sede territorial por Juez diferente, o bien por el mismo Juez fuera de su demarcación.

La declaración se producirá previa información del imputado de los derechos que le asisten, de conformidad con el art. 24 CE y 520 LECrim. Así, lo prevé específicamente para el procedimiento abreviado el art. 775 LECrim. Entre estos derechos se halla el de estar asistido de abogado que podrá entrevistarse reservadamente con el imputado antes y después de la declaración (art. 775 LECrim.). No se podrá exigir juramento al inculpado, sino únicamente exhortarle a decir verdad y a responder de forma clara y precisa a las preguntas que se le realicen (art. 387 LECrim.). Las preguntas deberán estar relacionadas con los hechos y con el cuerpo del delito y el inculpado tendrá libertad para manifestar lo que desee. Los derechos que asisten al declarante constituyen auténticas garantías y no meros formalismos, por lo que su incumplimiento puede determinar la nulidad de la declaración¹³.

Si bien el art. 395 LECrim. dispone que el procesado no podrá excusarse de contestar, cabe entender derogado aquel artículo y la obligación que contiene a tenor de los derechos contenidos en los arts 17.3 y 24.2 de la Constitución. Al procesado se le permitirá manifestar cuanto tenga por conveniente para su exculpación (art. 396 LECrim.). Respecto a la práctica del interrogatorio, la Ley dispone que en ningún caso podrán hacerse al procesado cargos ni reconvencciones; las preguntas serán directas, sin que puedan hacerse de modo capcioso o sugestivo; tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza (arts. 396, 389, 391 LECrim.). En la diligencia en que se extienda la declaración, se contendrán íntegramente las preguntas y contestaciones (art. 401 LECrim.). En su redacción no se admitirán tachaduras o enmiendas. En su caso, se consignarán al final las equivocacio-

13. Entre los derechos del inculpado se comprende el de ser asistido por un intérprete, cuando no comprenda o no pueda expresarse fluidamente en el idioma utilizado por el Tribunal –arts. 398, 440, 441 y 785.1 LECrim.–. Igual derecho se reconoce en el art. 24 CE y en el art. 14.3 Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, y en el 6.3 del Convenio para la Protección de los derechos humanos y libertades públicas, ratificados por España. El TC entendió que no hubo vulneración en el caso examinado en STC 5/1984, de 24 enero. Sin embargo, caso de haberse apreciado, no constituiría *per se* la nulidad del juicio, si se hubiera producido en el trámite sumarial, pues éste sólo sirve de preparación al juicio oral. En cuanto a su nombramiento, es una facultad del Tribunal que no debe someterse a la aceptación previa de las partes, sin perjuicio de poder recusarlos, y ello por tener el carácter de auxiliares del Tribunal –STS de 17 enero 1985 (RAJ 320)–.

nes que se hubieren cometido (art. 403 y 450 LECrim.). Una vez leída se firmará por todos los intervinientes y se autorizará por el Secretario (arts. 402, 404 LECrim.)¹⁴.

La confesión del inculpado debe considerarse como un indicio importante, o principio de prueba que debe ser, en todo caso, confirmado por otros medios probatorios. Por tanto, la confesión del inculpado no obsta para que el Juez de instrucción practique todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito (art. 406 LECrim.).

Las declaraciones de los coimputados deberán ser valoradas por el Tribunal y podrán ser consideradas eficaces cuando ofrezcan la suficiente credibilidad, siempre que no se deban a razones de venganza, ánimo exculpatorio o trato procesal más favorable. En el supuesto de ofrecerse versiones contradictorias en las declaraciones realizadas ante el Juez instructor y en el momento del juicio oral, el órgano sentenciador podrá optar por la versión que considere más creíble, sin vinculación alguna a ninguna de ellas.

3.5. Declaración del ofendido y de los testigos.

3.5.1. Declaración del ofendido.

El ofendido por el delito tiene derecho a mostrarse parte en la causa. En el acto de recibirse declaración al perjudicado por el delito se le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso

14. En el caso que el imputado no conociere el castellano ni, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma en que hubiese de ser interrogado o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución, el Tribunal, por medio de providencia, podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua de que se trate, exigiéndosele juramento o promesa de fiel traducción. De las actuaciones que en estos casos se practiquen se levantará acta, en la que constarán los textos en el idioma original y su traducción al idioma oficial, y que será firmada también por el intérprete. Igual sucederá si la persona fuere sorda, en cuyo caso se nombrará al intérprete de lengua de signos adecuado (arts. 143 LEC y 442 LECrim.).

(arts. 109 y 776 LECrim.). En el supuesto de que aquél fuese desconocido, el ofrecimiento de acciones se podrá realizar por medio de edicto que se insertará en los periódicos oficiales y BOE, siempre que el Juez lo considere necesario, acompañándolo de oficio remisorio. La importancia del ofrecimiento de acciones ha sido puesta de relieve por la STC 66/1992, de 29 abril, que añade que, en caso de cambio de procedimiento, aquél debe reiterarse por incidir en la efectividad del derecho a la tutela efectiva sin indefensión. En el procedimiento por delitos graves la personación como parte sólo podrá realizarse mediante querrela; en los demás procedimientos bastará un escrito de comparecencia (art. 761.2 LECrim.).

El Juez instructor podrá también acordar que se tome declaración al ofendido que no se hubiese constituido como parte. Al recibírsele declaración, y si tuviese la capacidad legal necesaria, se le instruirá de su derecho de disposición —a reclamar o renunciar— sobre el extremo de la indemnización (art. 109 LECrim.). Los perjudicados que no hubieren renunciado a su derecho, podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan en la forma expuesta (art. 110 LECrim.). Para que el testimonio de la víctima pueda tener el carácter de prueba de cargo suficiente será necesario que el contenido de dicho testimonio no se revele como contradictorio en las sucesivas declaraciones efectuadas en el proceso.

Además, en virtud de la modificación del art. 109 LECrim., establecida por la LO 14/1999, de 9 de junio en materia de protección a las víctimas de malos tratos, en los procesos que se sigan por los delitos comprendidos en el art. 57 CP (homicidio, lesiones, aborto, torturas, etc.), el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

3.5.2. *Declaración de testigos.*

Los testigos son aquellas personas físicas que declaran en el proceso penal, ante el Tribunal, respecto de los hechos delictivos de los que tuvieren conocimiento. Ya sea con relación a la persona del delincuente, la cosa objeto del delito, lugares, armas, instrumentos u otros efectos re-

lacionados con el mismo (arts. 337, 364, 368, 421 entre otros LECrim.). En este sentido, el art. 421 LECrim. dispone que el Juez de instrucción hará concurrir y examinará a los testigos citados en las diligencias y a todos los demás que supieren hechos o circunstancias, o poseyeren datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito y del delincuente.

El testigo no es parte en el proceso, sino que tienen la condición jurídica de tercero. Por esa razón, no tendrá el carácter de prueba de cargo la autoinculpación de una persona que declare en el proceso como testigo. Primero, porque su obligación de decir la verdad –delito de falso testimonio– colisiona con el derecho constitucional de que nadie está obligado a declarar en su contra. Segundo, porque carece de las garantías procesales que deben tener todos los acusados.

Los testigos tienen el deber de declarar cuanto supieren sobre los que les fuere preguntado (art. 410 LECrim.). Dentro de este deber genérico, cabe distinguir las siguientes obligaciones específicas:

1) *Deber de comparecer*. Este deber alcanza a todas las personas que residan en territorio español, que no se hallen impedidas (art. 410 LECrim.). Quedarán exceptuados de este deber, así como el de declarar: El Rey o la Reina, su consorte, regentes, y el príncipe heredero; Agentes diplomáticos, en cualquier caso, y sus familiares según establezcan los Tratados (art. 411 LECrim.)¹⁵.

2) *Deber de prestar juramento*. El Juez deberá recibir juramento al testigo mayor de edad, advirtiéndole de la obligación que tiene de ser veraz y, en caso contrario, de las penas que el Código Penal castiga el delito de falso testimonio en causa penal (arts. 420, 433 LECrim. y 458 CP).

3) *Deber de declarar*. Este deber es consecuencia de los anteriores, ya que el testigo, una vez personado y prestado juramento ante el órgano jurisdiccional, deberá declarar cuanto supiere sobre lo que se le pregunte (art. 410 LECrim.). Quedan exentos de este deber, no pudiendo ser obligados a decla-

15. En el supuesto de que en la instrucción de una causa penal fuere necesaria la declaración de un Juez o Magistrado, ésta se realizará sin que pueda ser excusada. Si el Juez que hubiere de recibir la declaración fuere de categoría inferior, la realizará en el despacho del superior (art. 400 LOPJ). También está exceptuado de comparecer el testigo que estuviese físicamente impedido. En ese caso, el Juez instructor se constituirá en su domicilio cuando el interrogatorio no haya de poner en peligro la vida del enfermo (art. 419 LECrim.).

rar: a) los abogados, que deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos (arts.437.2 LOPJ, 416.2 LECrim.); b) Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, cónyuge, hermanos y colaterales hasta el segundo grado (art. 416 LECrim.); c) Los ministros religiosos sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio (art. 417.1 LECrim.); d) Los funcionarios públicos, civiles o militares, obligados por su cargo a guardar secreto (art. 417.2 LECrim.); e) Los incapacitados física o moralmente (art. 417.3 LECrim.).

Otras personas, en razón de su cargo, están exentas de concurrir al llamamiento judicial pero no de declarar. En estos supuestos, podrán hacerlo: por escrito, en el despacho oficial, o en la sede del órgano del que sean miembros (art. 412 LECrim.). Así, pueden declarar por escrito: el Presidente y demás miembros del gobierno, Presidentes del Congreso y Senado, Presidente del CGPJ, Fiscal General del Estado, y Presidentes de las CCAA, etc. (art. 412 LECrim.). También están exentas de concurrir al llamamiento judicial las demás personas de la familia Real (art. 412.1 LECrim.).

3.5.3. *Lugar, forma y práctica de la declaración testifical.*

El testigo, salvo las exenciones expuestas, tiene la obligación de comparecer al llamamiento judicial y declarar. El que sin estar impedido faltare a esta obligación incurrirá en multa de 200 a 500 euros y si persistiere en su resistencia será conducido a presencia del Juez instructor y, en su caso, procesado por obstrucción a la justicia (arts. 420 LECrim., y 463 CP). Si se negare a declarar podrá incurrir en delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556 CP).

La declaración del testigo se realizará en la sede del juzgado, con las excepciones expuestas. A este fin se citará al testigo con los apercibimientos legales según lo establecido en el art. 175 LECrim. Si el testigo residiere fuera del partido judicial solicitará auxilio judicial para que se le tome declaración en la sede del juzgado donde residiere (art. 422 LECrim.). Cuando residiere en el extranjero se dirigirá suplicatorio, por vía diplomática, que contendrá los antecedentes necesarios y las preguntas que se han de realizar al testigo (art. 424 LECrim.). No obstante, se podrá tomar declaración al testigo en el mismo lugar de

los hechos (art. 337, 438); y en supuestos de urgencia, el Juez podrá recibir declaración al testigo en su propio domicilio (art. 430 LECrim.). Por otra parte, el testigo puede comparecer voluntariamente ante el Juez de instrucción. Cuando fuere conveniente se podrá tomar declaración a determinadas personas, sobre cuestiones de las que hayan tenido conocimiento por razón de su cargo, en su domicilio o despacho oficial (art. 413 LECrim.). Pueden declarar en el despacho oficial: Diputados y Senadores, Magistrados del Tribunal Constitucional, vocales del CGPJ, etc. (412.3.º y 5.º LECrim.)¹⁶.

La declaración testifical se realizará oralmente (de “viva voz” establece el art. 437 LECrim.), previo recibimiento del juramento o promesa, sin permitirse al testigo leer declaración, o respuestas escritas, a salvo de consultar algún apunte o memoria que contenga datos difíciles de recordar (art. 437 LECrim.). Las preguntas se referirán al hecho delictivo, proscribiéndose las capciosas, o el empleo de coacción, engaño, promesa o artificio para obligarle o inducirle a declarar en determinado sentido (art. 439 LECrim.). Si el testigo fuere sordomudo y supiere leer se le harán las preguntas por escrito o, en su caso, por medio de intérprete. Del mismo modo, si no hablase el idioma español se le nombrará un intérprete, según se establece en los arts. 440 y ss. LECrim.

No será necesaria la intervención de Abogado durante el interrogatorio del testigo. No obstante, si el Letrado del acusado desea estar presente, podrá solicitarlo así del Juez. Del mismo modo, nada impide que el testigo vaya acompañado de su Abogado. Las declaraciones testificales realizadas en la fase de instrucción deberán siempre ser ratificadas en el juicio oral y sometidas a contradicción de las partes. Por esa razón, en el supuesto de manifestar el testigo la imposibilidad de comparecer, o de existir motivo racional para

16. La Ley prevé que la declaración testifical de los menores pueda realizarse con el empleo de medidas de protección que eviten la confrontación visual entre el menor y los acusados. Estas medidas se introdujeron en la LECrim. por la LO 14/1999 y serán de aplicación en aquellos supuestos en los que atendida la naturaleza del delito y las circunstancias que concurran en el menor y en el procesado aconsejen su utilización. Así, cuando concurran estas circunstancias, el Juez podrá acordar en resolución motivada, la declaración del menor utilizando cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de la diligencia evitando perjuicios al menor (arts. 448 LECrim.).

temer su muerte o incapacidad física o intelectual, se procederá, conforme establece el art. 448 LECrim., a tomar declaración al testigo en presencia del abogado defensor y, en su caso, del Fiscal y querellante. Si la imposibilidad de comparecencia del testigo se produjese con posterioridad, por no ser posible localizar al testigo o si éste hubiere fallecido, podrá procederse a la lectura de su testimonio en el juicio oral, de acuerdo con el art. 730 LECrim., y ser valorado como prueba (vid. STS de 12 abril 1993 [RAJ 3085]).

En la diligencia se consignarán todas aquellas cuestiones conducentes para la comprobación de los hechos delictivos, especialmente todo lo que pudiese servir de cargo o descargo (art. 445 LECrim.). Finalizada la declaración el testigo podrá leerla por sí mismo o, en su caso, por medio de su intérprete o el Secretario; y la firmará junto con el Juez y los intervinientes, autorizándola el Secretario. Una vez el testigo haya prestado declaración, tendrá la obligación de comparecer de nuevo cuando se le cite y, además, deberá comunicar sus cambios de domicilio (art. 446 LECrim.).

3.5.4. *Protección de testigos y peritos. El “agente encubierto”.*

En ocasiones los testigos pueden verse retraídos a la hora de prestar su declaración por el peligro que para su seguridad pueden implicar sus testimonios. Para paliar este temor, y los posibles peligros y riesgos de los testigos, la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, previó que los Jueces o Tribunales puedan acordar una serie de medidas tendentes a la protección de aquéllos, de acuerdo con las directrices del Derecho comparado y con la doctrina del TEDH. Estas medidas tienen como presupuesto que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, la libertad, o los bienes del testigo que pretenda ampararse en la Ley de protección (art. 1 LO 19/1994). En ese supuesto, se pueden adoptar, básicamente, las siguientes medidas: a) Relativas al secreto de la identidad del testigo, sea durante el desarrollo del juicio, o proporcionándole una nueva identidad tras aquél; b) Relativas a la protección policial; y c) en orden al auxilio económico para cambiar de residencia o de lugar de trabajo (arts. 2 y 3 LO 19/1994).

Estas medidas serán susceptibles de recurso, sin perjuicio de que las partes también pueden solicitar, de forma motivada, la revelación de la identidad de los testigos o peritos protegidos ante el órgano que

deba entender la causa (art. 4.2 y 3). La declaración del testigo debe ser ratificada en el acto del juicio oral. No obstante, el art. 4.5 *in fine* prevé que si la reproducción del testimonio fuere de imposible reproducción, a efectos de lo dispuesto en el art. 730 LECrim., será ratificado mediante lectura literal a fin que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.

La figura del agente infiltrado se introdujo en nuestro Ordenamiento procesal por la LO 5/1999, de 13 de enero. La regulación *ex novo* de la figura jurídica del infiltrado en nuestro ordenamiento jurídico, por medio del citado art. 282 bis, tiene por objeto afrontar con todas las garantías posibles los problemas que plantea la delincuencia organizada en materia de drogas, tráficos ilícitos de personas, sustancias o animales, o delitos en materia de propiedad intelectual e industrial. La reforma legal se justifica por la insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra la criminalidad organizada, ante la dimensión internacional de estas organizaciones, la abundancia de recursos con los que cuentan, y la dificultad de conocer su estructura y funcionamiento dada la opacidad y relativa discreción de sus actividades.

A este objeto el artículo 282 bis LECrim. proporciona habilitación legal a la figura del “agente encubierto” o “infiltrado” en las investigaciones relacionadas con la “delincuencia organizada”. Esta cobertura legal permite a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores, según señala la Exposición de motivos de la Ley. Pero, en ningún caso será justificable la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. En consecuencia, la actividad de los agentes infiltrados en el marco de las investigaciones de delincuencia organizada y la eficacia posterior en el proceso de los elementos de prueba obtenidos, quedará condicionada por el respeto a los principios del proceso penal, esencialmente el derecho de defensa y la presunción de inocencia.

La autorización que acuerde la medida deberá ser motivada y en ella se consignará la identidad real y la supuesta. Esta resolución podrá adoptarse: Por el Juez de instrucción; y por el Ministerio Fiscal, en

cuyo caso dará cuenta inmediata al Juez. La identidad supuesta se concederá por el Ministerio del Interior por un plazo de seis meses, prorrogables por períodos de igual duración. Por otra parte, la Ley prevé unas determinadas cautelas a los efectos de lograr una ordenada aplicación de estas medidas. Así, cuando las actuaciones de investigación puedan afectar a los derechos fundamentales, el agente encubierto deberá solicitar del órgano judicial competente las autorizaciones que para estos supuestos establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. También se regula que el agente encubierto no podrá provocar el delito en ningún caso¹⁷.

Precisamente, la jurisprudencia ha delimitado la actuación lícita y válida del agente infiltrado contraponiéndola con la figura del agente provocador y el delito provocado que es aquél que se realiza por la inducción de una persona, por lo general funcionario de policía, de modo que sin tal provocación, previa y eficaz del agente provocador, el delito no se hubiere producido. En este sentido, en el delito provocado no existe un verdadero propósito de perpetración y consumación del delito porque el agente provocado actúa a consecuencia de la incitación de que es objeto, incitación que tiene por objeto obtener del provocado la respuesta esperada del delito a fin de formular denuncia criminal en su contra. Tal forma de proceder no es conforme a derecho porque infringe los principios inspiradores del Estado de Derecho y, concretamente, el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad a los poderes públicos contenidos en el art. 9.3.º de la CE. Por otra parte, el art. 11 de la LOPJ determina la nulidad de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violentando los derechos o libertades

17. De este modo, y conforme al art. 282 bis.4 LECrim., la conducta del infiltrado debe encaminarse, esencialmente, al descubrimiento de los hechos delictivos previstos en la Ley, que tienen carácter de delitos de tracto sucesivo. Por tanto, el “infiltrado” debe tener por objeto, no la comisión de delitos específicos, sino los medios, las formas o los canales por los que el tráfico ilícito se desenvuelve. Es decir, la actuación del infiltrado debe estar encaminada a la obtención de pruebas en relación a las actividades de delincuencia organizada previstas que, evidentemente, ya se están produciendo. La prueba que se obtenga tendrá plena validez, siempre que en su obtención no se hayan violado derechos o libertades fundamentales; o se haya actuado como agente provocador del delito.

des fundamentales; y en definitiva, como señala la STS de 27 diciembre 2001 [RAJ 2002, 1561], porque la misión de la policía judicial es descubrir el delito ya cometido pero no facilitar la comisión de otro. Aunque, la jurisprudencia ha admitido la licitud de algunas actuaciones policiales en las que se hayan utilizado medios engañosos, siempre que con ellas no se haya originado un delito antes inexistente, sino que se haya limitado a descubrir una infracción cometida con anterioridad. Tampoco será nula la denuncia y actitud colaboradora del denominado confidente o arrepentido, cuya actividad no puede calificarse de delito provocado, ya que lo que hace es descubrir el delito aunque haya participado en su comisión.

3.5.5. *Careo de los testigos e imputados.*

Suele ser frecuente que, de la confrontación de las declaraciones efectuadas por dos o más imputados o testigos, se aprecie la existencia de alguna contradicción sobre algún hecho o circunstancia de interés en el sumario. En este supuesto, se procederá a efectuar un careo entre los interesados en la forma prevista en los arts. 452 a 454 LECrim. Esta diligencia consistirá, básicamente, en la exposición por el Juez de las contradicciones y la subsiguiente confrontación entre los discordantes a fin de aclarar los hechos. El art. 454 prevé que el Juez no permitirá que los careados se insulten o amenacen, previsión legal que pone de relieve la situación conflictiva que se puede producir en el careo. Es ésta una de las razones que conducen a que este acto procesal tenga carácter subsidiario, y se realice, únicamente, en defecto de cualquier otro posible (vid. art. 455 LECrim.).

No se practicarán careos con testigos menores de edad, salvo que el Juez, previo informe pericial, lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos (art. 455 LECrim.).

3.6. **Informes periciales.**

El Juez acordará solicitar, de oficio o a instancia de parte, informes periciales cuando para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia

del sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o técnicos. A diferencia del testigo, el perito emite un juicio sobre un hecho que conoce porque se le informa de él en el proceso. Mediante la pericia se suple la falta de conocimientos especializados del Juez para el adecuado conocimiento de los hechos sometidos a su enjuiciamiento penal.

Para la realización del informe pericial el Juez llamará a dos peritos, que pueden ser personas físicas u organismos especializados (Servicio Central de policía científica, Instituto de Medicina Legal, Instituto Nacional de Toxicología, etc.) (art. 459 LECrim.). Bastará un solo perito cuando no hubiese más que uno en el partido judicial; o en sede de procedimiento abreviado (art. 778.1 LECrim.). Los peritos pueden ser, o no, titulares en su ciencia o arte, prefiriéndose los titulares. El nombramiento se hará saber al perito por oficio, o verbalmente en casos de urgencia. Los peritos estarán obligados a prestar juramento de proceder bien y fielmente en sus operaciones (art. 474 LECrim.), a comparecer al llamamiento judicial, y a emitir su informe, bajo pena de la correspondiente sanción (arts. 462, 463, 420 LECrim.). Podrá el perito excusarse cuando esté legítimamente impedido, y las partes podrán recusarle cuando el informe pericial no pudiera reproducirse en el juicio oral, o cuando concurra alguna de las causas legalmente previstas (arts. 467 y 468 LECrim.). En ese último caso, las partes podrán nombrar a su costa un perito. Si procesados y querellantes fueren varios se pondrán de acuerdo para hacer el nombramiento (art. 471 LECrim.). El perito llamado por el Juez tendrá derecho a reclamar los honorarios e indemnizaciones en tal concepto (art. 465 LECrim.).

El contenido del informe vendrá determinado por lo que acuerde el Juez (art. 475 LECrim.), y comprenderá los elementos descriptivos de las personas y las cosas, la relación detallada de todas las actuaciones practicadas, y las conclusiones que, a la vista, formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia o arte (art. 478 LECrim.). El acto pericial será presidido por el Juez instructor, o el funcionario de la policía judicial en quien delegue y el secretario que actúe en la causa. También asistirán, en su caso, el querellante y/o el procesado que podrán someter a los peritos las observaciones que estimen convenientes, haciéndose constar en la diligencia. Normalmente, a pesar que el informe se firma por una persona física en concreto, la pericia se realizará en laboratorios especializados. Por esa razón, la contradicción se producirá, en su caso, en el acto del juicio oral. Si los informes periciales fueren discordantes, el Juez nombrará un tercero que repetirá las operaciones efectuadas y aquéllas que considere oportunas (art. 484 LECrim.).

Los dictámenes periciales deberán ser ratificados y sometidos a contradicción en el juicio oral para poder ser valorados como prueba. Sin embargo, en criterio adoptado por acuerdo de la Sala General del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999, los informes emitidos por organismos oficiales, practicados en fase de instrucción, podrán ser valorados como prueba, si las partes no los impugnan expresamente. Precisamente, acogiendo este criterio la Ley 9/2002, de 10 de diciembre, ha modificado el art. 788.2 de la LECrim. para establecer que en el ámbito del procedimiento abreviado, tendrán carácter de prueba documental: *“los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”*¹⁸.

3.6.1. Informe dactiloscópico.

El informe dactiloscópico se suele incluir en el atestado formando parte de la denuncia, si bien la jurisprudencia considera que no puede atribuírsele el valor de una mera diligencia. En los supuestos en los que este informe se realiza por indicación del Juez en la fase de instrucción representa un acto de investigación con la validez de un informe pericial. Así, aunque no vincula al Tribunal, sirve para acreditar unos hechos esenciales que predeterminan el fallo, aun en aquellos casos en los que no sea posible su reproducción en el juicio oral.

18. En este punto se plantea que contenido deba tener la “impugnación” de la parte con el efecto de que la acusación deba introducir en el plenario el informe y someterlo a contradicción. A este respecto, la jurisprudencia que ha aplicado el Acuerdo citado, y concretamente la STS de 5 junio 2000 (RAJ 6298) ha establecido que: *“no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su impugnación del análisis efectuado”* y que *“al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con esa aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia”*. Ahora bien, ello no significa que no deba exigirse que se motive la petición cuando la parte ha admitido sin reservas el informe y su contenido y extemporáneamente pretende hacer valer su derecho a impugnar y contradecir el informe presentado. Además, también cabe solicitar un contraanálisis con las muestras preservadas para garantizar ulteriores comprobaciones.

La prueba dactiloscópica tiene una especial relevancia como consecuencia de los avances técnicos en su obtención y debido a la fiabilidad que presenta. En este sentido, cada huella dactilar es singular, inequívoca, e invariable a lo largo de la vida humana. Desde un punto de vista científico, se considera acreditada la identificación si coinciden ocho o diez puntos comunes entre las huella encontradas y las del imputado. Sin embargo, aun reconociéndose la fiabilidad del informe dactiloscópico, para que el Tribunal pueda tener en cuenta la prueba obtenida es preciso que en su obtención y empleo se hayan observado, tanto las formalidades legales que ha de tener presente la Policía Judicial cuando recoja huellas dactilares (Título V del Libro II, Capítulos I y II de la LECrim.), como que se haya respetado la finalidad garantista de dichos preceptos. El cumplimiento de estas garantías exige que se hayan recogido las pruebas materiales de donde se extraen las huellas y se conserven hasta el juicio oral si fuera posible, haciendo constar el lugar en que dichos objetos se encontraron, y que el informe haya podido ser sometido a contradicción en el plenario.

El informe dactiloscópico implica la existencia de actividad probatoria, aun cuando no fuera ratificada personalmente por los peritos en el acto del juicio oral, por lo que impide apreciar la violación del derecho a la presunción de inocencia y es prueba suficiente de no estar enervada por otra de signo contrario. Pero debe tenerse en cuenta que esta consecuencia deviene de la consideración del informe dactiloscópico como prueba pericial. En este sentido, en alguna sentencia del TS se considera que se trata de una prueba pericial que, por tanto, exige la ratificación de los peritos en el acto del juicio oral (STS de 23 septiembre 1998 [RAJ 6283])¹⁹.

19. No obstante, la necesaria presencia de los peritos actuantes deviene de la especial naturaleza de esta clase de diligencia. Véase que tan importante como el informe pericial técnico, que insistimos no sería preciso que se ratificara en el acto del juicio a no ser que se impugnase, es la diligencia de inspección ocular y recogida de huellas y vestigios que predeterminan el informe dactiloscópico. Esa actividad de los funcionarios de la policía debe someterse a la contradicción en el acto del juicio oral, precisamente porque no es una pericia técnica sino un acto de inspección y recogida de huellas y vestigios. Téngase presente que es cierto que la pertenencia de una huella concreta a un individuo resulta una prueba directa, e indubitada. Por esa razón el objeto de debate en el juicio oral se centrará en la ubicación de los restos materiales

3.6.2. *Otros informes periciales.*

Dentro de los actos de investigación, debe hacerse referencia a los modernos medios técnicos que permiten efectuar exámenes periciales de gran fiabilidad, que se pueden realizar al amparo de lo previsto en la LECrim., ya que ésta no establece un catálogo tasado de pericias.

Se ha admitido como medio de identificación del delincuente: – el análisis científico de las huellas del calzado; – los análisis de sangre y del ADN, que no tienen carácter determinante, aunque sí de alta probabilidad; – los cabellos; – la voz, esté o no grabada; – la pericia antropomórfica que consiste en el estudio comparativo entre una fotografía indubitada del acusado con otra imagen, sea de vídeo o de fotografía, que relaciona al sujeto con los hechos enjuiciados. El TS ha admitido esta clase de pericia, aunque poniendo de manifiesto la dificultad de atribuirle, en todos los casos, el valor de prueba plena e indiscutible, por la dificultad de establecer rasgos exclusivos para un individuo concreto. Para ello será preciso que la fotografía de contraste sea reciente, y que de la comparación pueda deducirse sin lugar a dudas que se trata de la misma persona.

También puede citarse el análisis de sustancias tóxicas por los laboratorios oficiales. Por ejemplo, el análisis de aguas a fin de detectar sustancias tóxicas. El problema que se plantea en estos casos es el de los requisitos que deba observar la recogida de muestras. A este respecto, el TS ha declarado que se puede asimilar a la recogida por la policía de efectos e instrumentos del delito a efectos de prevención (arts. 334 y 336 LECrim.). En consecuencia, no será preciso que se practique con directa intervención judicial, o con cumplimiento de los requisitos de las diligencias sumariales.

donde se hallaban las huellas al efecto de relacionar huellas y actividad del que las dejó en el delito. Y, a este respecto, el informe lofoscópico no deja de ser un indicio de la autoría. Sobre este particular resulta ilustrativo el problema de determinar en qué lado de un cristal fracturado (por ejemplo, una puerta o ventana de acceso a una vivienda o local) se halla una huella, ya que de ello se puede deducir la atribución del delito a aquél a quien pertenece la huella. En estos casos, lo esencial será el interrogatorio sobre la obtención de las huellas, lo que exigirá la presencia de los funcionarios actuantes, a estos fines.

Estas pruebas deberán ser valoradas conjuntamente con alguna otra que se hubiere practicado. Si las partes no someten a contradicción estos análisis bien en fase de instrucción, bien en fase de juicio oral, el Tribunal podrá otorgarles igualmente valor probatorio.

3.7. Reconocimiento e intervenciones corporales.

No existe en la LECrim. una normativa expresa que autorice la adopción de medidas o actos de intervención corporal. Sin embargo, en ocasiones el único modo de conocer y apreciar los hechos delictivos será por medio de una intervención de esta naturaleza sobre el inculgado o mero sospechoso. En función de la mayor o menor intensidad de la intromisión se afectará al derecho fundamental a la intimidad personal y, por tanto, será necesaria una resolución judicial específica que acuerde la intervención.

A estas medidas se refieren distintos preceptos de la Ley. Concretamente los arts. 339, 363, 399 y 478 LECrim., en sede de cuerpo del delito, examen del procesado y contenido del informe pericial, que prevén el cacheo, el test de alcoholemia, o la obtención de muestras biológicas. Esta regulación, que no tiene carácter sistemático, ha sido interpretada por el TC que ha establecido los criterios con relación a la adopción, práctica, y valoración de las diligencias de instrucción de intervención corporal (vid. SSTC 37/1989, de 15 de febrero y 207/1996, de 16 de diciembre). A saber:

1) Sólo podrán acordarse este tipo de diligencias frente a los imputados o sospechosos respecto de los que recaigan serios indicios sobre la comisión de un delito, siempre que resulte ponderada esta intromisión con relación al interés público que se pretende defender.

2) La intervenciones corporales serán ordenadas por los Jueces y Tribunales con intervención de Letrado. Especialmente se adoptarán mediante resolución judicial motivada todas aquellas intervenciones corporales que afecten al ámbito de la intimidad personal constitucionalmente protegido. Éste será el caso de la afectación de aquellas intervenciones que recaen sobre partes íntimas del cuerpo humano (anales,

vaginales), que afectan al derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE). También será preciso el control judicial cuando la intervención afecta al derecho a la integridad física (análisis de sangre, biopsias, etc.) (art. 17.1 CE)²⁰.

No será precisa una resolución judicial cuando la intervención deba tener lugar sobre determinadas partes del cuerpo por medio de instrumentos que no conlleven una violación del pudor o recato de la persona (cacheos, tests alcoholométricos, exámenes radiológicos, fotografías, toma de huellas, etc.).

3) Deberá existir una proporcionalidad entre la intromisión o sacrificio del derecho constitucional y lo que se quiere investigar. En ningún caso se acordará la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer, objetiva o subjetivamente, un riesgo o quebranto para la salud.

4) El art. 363.2 LECrim., modificado por la Ley 15/2003 dispone que el Juez podrá decidir la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Pero el cumplimiento de la resolución judicial no podrá obtenerse mediante la *vis* compulsiva o coacción física, por lo que será necesario el consentimiento del acusado. Ahora bien, no existe ningún obstáculo en la obtención de muestras, con independencia de la conformidad del sometido a la medida, cuando no se afecte la intimidad o integridad física del sujeto pudiéndose recurrir, si es necesario, al empleo de la compulsión personal para la obtención de la muestra. Así sucederá por ejemplo cuando se trate de obtener un cabello o bien una muestra de saliva.

En caso de negativa, se le advertirá a éste de la valoración de su postura como un indicio en su contra, o bien de la responsabilidad en la que puede incurrir (delito de desobediencia por negarse a los tests alcoholométricos art. 380 CP, etc.).

20. Ahora bien, con carácter restrictivo, en supuestos de urgencia o de necesidad, también podrán ordenarlas los Fiscales o la Policía Judicial, que deberán notificar al Juez, inmediatamente, su práctica. Se practicarán siempre por personal técnico especializado sin que pueda incurrirse en violación de la intimidad o integridad de las personas o su sometimiento a un trato degradante.

Pueden distinguirse dentro del concepto genérico de intervenciones corporales, los siguientes tipos:

3.7.1. *Cacheo.*

La diligencia de cacheo consiste en el registro de una persona con la finalidad de saber si oculta algún elemento que pueda servir para la prueba de un delito, sin que pueda equipararse a una detención. En este sentido, el TC ha declarado que las diligencias de cacheo o identificación no afectan al derecho o libertad a la libre circulación, a pesar de las posibles molestias que comportan, ya que suponen un legítimo sometimiento a las normas de policía.

Con base en su finalidad, que es básicamente la identificación de sospechosos, esta intervención personal se realizará por los miembros de las Fuerzas de Seguridad a los que la Ley atribuye la obligación de defender la seguridad y el orden público. En su virtud, declara el TS que las fuerzas de seguridad pueden intervenir para realizar identificaciones y cacheos, por simples sospechas, sin necesidad de indicios de infracción, siempre que aquéllas no fuesen ilógicas o arbitrarias. De cualquier forma, la policía debe perseguir el delito, con racional cautela y adecuado espíritu investigador. En cualquier caso, debe imperar el principio de proporcionalidad entre lo que se quiere investigar y el perjuicio que se ocasiona a la dignidad de la persona, sin que quepa, en ningún caso, la práctica de cacheos vejatorios o degradantes que menoscaben el derecho a la intimidad y la personalidad del sometido a la diligencia.

3.7.2. *Test de alcoholemia.*

El test de alcoholemia es un método técnico que, analizando el aire espirado mediante los etilómetros oficialmente autorizados, detecta la existencia de alcohol en la sangre. El sometimiento a las pruebas de detección alcohólica de los conductores, y demás usuarios de las vías públicas implicados en algún accidente de circulación, será obligatorio según dispone el art. 12 Ley Seguridad Vial RDL 339/1990 y el art. 21 RG Circulación RD 1428/2003. La petición de sometimiento a las pruebas puede producirse en controles preventivos, sin que sea necesario

que existan sospechas de conducción bajo los efectos del alcohol. La negativa del conductor requerido a someterse a las pruebas legalmente establecidas para detectar la influencia de drogas, estupefacientes o alcohol está tipificado en el art. 380 CP como un delito de desobediencia grave.

En el supuesto de que se trate de detectar la existencia de sustancias estupefacientes y similares, el art. 28 RG Circulación prevé el reconocimiento médico de los conductores o la práctica de los análisis clínicos pertinentes, por no existir un método técnico útil para detectar estas sustancias mediante la sencilla práctica de un test. Con relación a la existencia de alcohol en la sangre, la práctica del test de alcoholemia está reglamentada por el RD 1428/2003, de 21 de noviembre. Respecto a su práctica, el TC ha declarado que la verificación de esta prueba supone un sometimiento no ilegítimo a las normas de policía y, por tanto, no requiere las garantías incluidas en el art. 17.3 CE. En cualquier caso, para garantizar la posterior eficacia del resultado del test en el juicio oral deberá someterse su práctica a unos requisitos que ha establecido el Tribunal Constitucional en su doctrina sobre esta materia (STC 5/1989, de 19 de enero; 252/1994, de 19 septiembre). A saber:

1) Que se haya practicado el test con todas las garantías formales establecidas para evitar la indefensión y se haya informado al conductor de su derecho a un segundo examen alcohométrico en un intervalo de diez minutos. No será necesaria la intervención de Letrado. Asimismo, se le informará según exigen los arts. 22.1 y 28.1 Reglamento General de Circulación, de su derecho a exigir la práctica médica de un análisis de sangre. Ello no es óbice para que cuando el resultado de la prueba fuere positivo o el implicado se negare a realizarla, y siempre que los hechos revistieran caracteres de delito, se inmovilice el vehículo y el sujeto sea conducido ante el Juez. En defecto del consentimiento del afectado, el Juez podrá acordar este análisis mediante resolución motivada.

2) Que se reproduzca esta prueba en fase de juicio oral, a fin de ser sometida a contradicción por las partes. No bastará la simple lectura o reproducción del atestado. Deberá ser ratificada por los agentes que la practicaron.

El resultado del test ofrece un dato objetivo, que debe quedar refrendado, al efecto de fundamentar una condena, por: la declaración de testigos, el resultado del análisis de sangre, u otros hechos y circunstancias acreditadas en juicio —v.g. que se hubiere producido una conducción temeraria, peligrosa o un accidente—. Ello sin perjuicio de que el delito contra la seguridad del tráfico es de peligro abstracto, no de resultado. De modo que la condena

puede fundarse en la existencia de un determinado nivel elevado de alcohol en la sangre, con independencia de los actos concurrentes referentes a la conducción. Sin perjuicio de que también pueda condenarse por este delito cuando se acredite un nivel de sangre no demasiado elevado junto con una conducción peligrosa²¹.

21. Por tanto, el elemento objetivo del tipo puede producirse con relativa independencia de la tasas del alcohol en la sangre, ya que en definitiva lo esencial es la afectación del alcohol en la conducción del sujeto. Ello sin perjuicio que determinadas tasas de alcohol producen necesariamente una alteración de la conducción con la consecuencia de producirse un peligro potencial para la seguridad de todos los usuarios de la vía pública, incluido el conductor, que se deriva de la conducción en aquellas condiciones. Por lo tanto, en esos casos el dato objetivo del etilómetro es suficiente para fundamentar una sentencia de condena, a pesar de que la conducción del sujeto hasta el momento de realizarse la prueba sea perfecta. A este respecto, el TC ha declarado que: *“el tipo del art. 379 CP no consiste en la presencia de una determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo bajo la influencia...”* (STC 111/1999, de 14 de junio), que puede, y creemos que debe completarse del siguiente modo: pero, determinadas tasas de alcohol en la sangre determinan necesariamente la influencia del alcohol en la conducción. Esta última presunción deriva de los datos científicos, que establecen que determinadas tasas de alcohol afectan sin lugar a dudas al control del sujeto.

Este criterio es seguido, mayoritariamente, en las Audiencia Provinciales. Aunque en algunas sentencias de Audiencia se hace referencia a que el simple dato de impregnación alcohólica no es suficiente para fundamentar la condena. Argumento que compartimos siempre que los resultados del etilómetro no superen los límites expresados en los que se entiende que el alcohol afecte necesariamente la conducción (este límite puede fijarse en una tasa de más de 0,50 de miligramos de alcohol en litro de aire espirado, que supone el doble de la tasa fijada para incurrir en infracción administrativa). Finalmente, cabe señalar una jurisprudencia del Tribunal Supremo referidas a aforados en las que el Alto Tribunal declara, precisamente, que la Tasa de alcohol, sea la que sea, no es suficiente para fundamentar la condena. Por ejemplo la STS de 1 diciembre 1999. Pero la citada sentencia se pronuncia en una causa especial contra aforado y tal declaración la emite en un caso en el que el sometido a la medida se niega a hacer la prueba, tras lo que, previa consulta de la policía al Juez de instrucción, se le deja marchar apercibiéndole de instruírsele diligencias por delito de desobediencia. Es en relación con este supuesto que el TS emite la citada doctrina que en realidad se está pronunciando sobre el problema distinto de establecer los requisitos para el delito de desobediencia en el caso de controles preventivos. Doctrina a nuestro juicio errónea, ya que de su aplicación se deriva la ineficacia de los controles preventivos pues bastaría con negarse a la prueba de alcoholemia, legalmente obligatoria según hemos expuesto, para evitar consecuencia penal alguna.

3.7.3. *Extracción sanguínea.*

La extracción de sangre para detectar el grado de impregnación alcohólica o bien para la identificación genética es un medio de investigación basado en una técnica cada vez más avanzada, que le otorga una fiabilidad casi absoluta. El soporte legal puede encontrarse en el art. 778.3 LECrim., que faculta al Juez de Instrucción para acordar que el médico forense o un perito obtengan muestras o vestigios, cuyos análisis pueda facilitar la mejor calificación del hecho enjuiciado.

Según ya se expuso con carácter general, no cabe la imposición coactiva de la práctica de estas pruebas, a pesar de la nueva orientación que parece quiso darle la STC 7/1994, de 17 enero. Así, no se admite

Finalmente, la confusión del TS con relación a esta clase de delito se demuestra, p.ej. en la STS de 22 marzo 2002 (RAJ 4207), dictada en una causa especial por razón de aforamiento, en la que primero se declara que: “Para la subsunción del hecho enjuiciado en el referido tipo penal no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor, es menester que, además, esté igualmente acreditado que el mismo conducía bajo la influencia de tal ingestión (v. S. de 9 diciembre 1999 [RJ 1999\8576]). Sin perjuicio, claro está, de que el Juzgador pueda inferir razonablemente dicha influencia en atención al alto grado de impregnación alcohólica del conductor”. Es decir, acoge el criterio de que el delito del art. 379 CP es de peligro concreto, lo que no se puede compartir de ningún modo, por las razones expuestas. Pero, a continuación, en el mismo fundamento de derecho, parece desdecirse para declarar que: “La jurisprudencia ha declarado también que, para que proceda la aplicación del art. 379 del Código Penal, no es necesario demostrar la producción de un ‘peligro concreto’ ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, como demandan otros tipos penales, por cuanto el tipo aquí examinado exige únicamente la existencia de un ‘peligro abstracto’ que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto (v. SS. de 19 mayo 1982 [RJ 1982\2689], 7 julio 1989 [RJ 1989\6125] y 5 marzo 1992 [RJ 1992\1788], entre otras)”. Para acabar finalmente con la errónea doctrina según la cual: “para subsumir los hechos enjuiciados en el tipo penal del art. 379 del Código Penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor del vehículo, sino que es preciso comprobar la influencia de la ingesta en la conducción, y, en el presente caso, se trata de una cuestión que no puede considerarse suficientemente acreditada por la prueba practicada. Para ello, hubiera sido necesario conocer –de forma incuestionable– el grado de impregnación alcohólica con la que el acusado conducía su vehículo el día de autos, y, en la medida de lo posible, las incidencias relevantes de su viaje, de modo especial las determinantes de la salida fuera de la calzada del vehículo que conducía” STS de 22 marzo 2002 (RAJ 4207).

de forma expresa una *vis compulsiva*, en caso de negarse el afectado. En el caso de que el sometido se halle detenido o inculcado deberá manifestar el consentimiento asistido de abogado. Ahora bien, no será exigible la asistencia de letrado en el caso que no estuviere detenido o imputado. Tampoco es necesaria la práctica de un contraanálisis que, en cualquier caso, deberá solicitar el interesado.

3.7.4. *Exámenes radiológicos, ecográficos y ginecológicos.*

La doctrina del TC distingue dos tipos de intromisiones en la intimidad personal: a) las que no constituyen una violación del pudor o recato de la persona y b) las que afectan al ámbito íntimo constitucionalmente protegido.

El TC incluye dentro de las primeras la práctica de los exámenes radiológicos o ecográficos, para los que no será precisa una expresa autorización judicial, ya que no vulneran el derecho a la integridad física. No obstante, en el supuesto que su práctica pudiera suponer un riesgo inmediato o futuro para la salud se requerirá la previa autorización judicial (vid. STC 35/1996, de 11 marzo). No es necesaria la asistencia letrada²².

22. Esta es la doctrina del TS establecida en el Pleno no jurisdiccional de la Sala II, en su reunión de 5 de febrero de 1999, que vino a resolver el problema planteado en el supuesto de intervenciones corporales a las que se somete a viajeros sospechosos de transportar sustancias estupefacientes: “*Cuando una persona —normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero—, se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de letrado ni la consiguiente previa detención con información de sus derechos*”. De este modo, la jurisprudencia a partir de ese acuerdo se ha pronunciado de conformidad con el acuerdo reseñado, distinguiendo entre: 1.º la inicial privación de la libertad deambulatoria del viajero que se puede producir al amparo de la legislación contra la represión del contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre); 2.º y el posterior sometimiento a la intervención que, de ser positiva, determinará la detención por razón del delito y, consecuentemente, la plena aplicación y vigencia de los derechos del art. 520 LECrim.

Distinta valoración constitucional merecen las exploraciones ginecológicas, que pertenecen al segundo grupo, al considerar el TC que afectan al ámbito personal íntimo constitucionalmente protegido. Su práctica deberá acordarse por el Juez mediante auto motivado (vid. STC 37/1989, de 15 febrero).

En ningún caso podrá ser empleada la fuerza física para lograr la práctica de estos medios de investigación, si bien podrá el afectado ser compelido a su aceptación mediante las advertencias oportunas: 1) La procedencia de medidas sancionadoras, o 2) la valoración de la negativa como un indicio en su contra. En este sentido, debe tenerse en cuenta que debe instruirse al detenido sobre cuáles son sus derechos en tal calidad, entre los que se hallan el de no declarar contra sí mismo, no confesarse culpable y, obviamente, el de negarse a la realización de tal prueba.

3.7.5. *Suministro forzoso de alimentos.*

La alimentación forzada, según el TC, no puede considerarse constitutiva de un trato inhumano o degradante en función del objetivo que persigue. El empleo de medios coercitivos en tales casos no supone un atentado al derecho a la integridad física (STC 120/1990, de 27 junio). En todo caso debe acordarse mediante auto motivado, en el que deberá efectuarse un ponderado juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación perseguida.

3.7.6. *Obtención y análisis de muestras biológicas.*

Los análisis genéticos permiten establecer la correspondencia, con casi un cien por cien de fiabilidad, entre una huella o vestigio biológico y la persona, animal o vegetal de la que proceden. Es por esta razón que esta clase de análisis puede constituir un medio de investigación y prueba decisivo con relación a determinada clase de delitos. Por ejemplo, los de agresión sexual, homicidio o asesinato, en los que suelen hallarse vestigios de esta clase en el lugar o la persona objeto del delito.

Aunque ciertamente la eficacia de esta prueba vendrá condicionada por la existencia de un procedimiento de recogida, custodia y análisis que garantice el origen exacto de la muestra, así como su autenticidad y pureza²³.

La recogida de estas muestras se regula en el art. 326 LECrim. en sede de inspección ocular, que dispone que el Juez de Instrucción la acordará cuando existieran esta clase de huellas que pudieran contribuir al esclarecimiento del hecho investigado. Cuestión distinta es que el Juez adopte una medida de intervención sobre la persona o sus objetos personales con la finalidad de obtener muestras biológicas que puedan ser de utilidad para la investigación criminal. Esta posibilidad está prevista en la Ley. Concretamente el art. 363.2 LECrim., modificado por la LO 15/2003, autoriza al Juez a acordar, en resolución motivada la inspección, reconocimiento o intervención corporal sobre sospechosos para la obtención de muestras biológicas que permitan determinar su perfil de ADN. A este efecto el Juez acordará la medida menos restrictiva conforme con los principios de proporcionalidad y razonabilidad. De este modo la obtención de muestras se producirá, como norma general, mediante la inspección o reconocimiento de los objetos personales del sospechoso: en ropas, cepillos de cabello o dientes, material sanitario o de oficina, etc. Así, bastará con la recogida de unos cabellos hallados en un cepillo, saliva en una pipa o colilla o cualquier otra muestra similar que permiten, en la mayoría de los casos, la práctica del análisis de determinación genética. Ahora bien, la Ley también prevé la posibilidad de ordenar, por automotivado, una intervención corporal para obtener una muestra directamente de la persona del sospechoso. Por ejemplo pelo o saliva, para lo cual no es necesaria más que una mínima compulsión perso-

23. La Disposición adicional tercera de la LECrim., introducida por la LO 15/2003, prevé la regulación mediante Decreto de la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN. Esta Comisión tendrá atribuida la función de acreditar los laboratorios, los criterios de coordinación, así como la elaboración de los protocolos técnicos sobre la obtención, conservación, custodia, seguridad y análisis de las muestras. En todo caso, se debe garantizar la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, análisis y datos obtenidos.

nal, que no cabe duda que el art. 363.2 autoriza al Juez a acordar y a la policía a practicar²⁴.

3.8. Intervención de sustancias estupefacientes.

Entre los efectos, instrumentos o pruebas del delito que la policía judicial tiene obligación de recoger, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial conforme con el art. 282 LECrim., se hallan las sustancias estupefacientes que la policía judicial entregará al servicio oficial correspondiente, para su pesaje, análisis y posterior destrucción (véase el art. 4 de la Ley 17/1967, de 8 de abril); sin perjuicio de que la sustancia se halle desde el momento de la intervención sometida a control judicial²⁵.

La intervención de estas sustancias puede tener lugar durante los registros o cacheos preventivos que puede realizar la policía judicial en el ejercicio de sus funciones de persecución de los delitos públicos (art. 19 LO 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, y art. 28 del RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial). Por ejemplo, en el registro de automóviles o en los controles preventivos de tránsito en las Estaciones o Aeropuertos.

Los laboratorios oficiales emitirán informe pericial a los que les será aplicable lo expuesto en los puntos anteriores respecto al valor de los informes periciales de organismos oficiales; y concretamente en el ámbito del procedimiento abreviado el art. 782.2 LECrim. dispone que tendrán

24. Sobre este particular, cabe señalar que hasta la LO 15/2003, y ante la ausencia de norma expresa en esta materia, la jurisprudencia, tanto del TC como del TS, había establecido la imposibilidad de acordar el cumplimiento de la resolución judicial de intervención corporal mediante la *vis* compulsiva o coacción física sobre la persona. Sin embargo, la modificación del art. 363.2 LECrim. parece dirigida a permitir esa posibilidad, aunque sólo sea en el caso que la compulsión sobre la persona fuere mínima como es, por ejemplo, el supuesto de la obtención de cabellos para la determinación del ADN.

25. En el mismo sentido la consulta 2/1986, de la Fiscalía General del Estado que expresa que serán entregadas en los servicios farmacéuticos de la Dirección General de Farmacia o Direcciones Provinciales de Sanidad y Consumo de cada Comunidad Autónoma.

valor de prueba documental, siempre que en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas. De un modo similar, en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos el art. 796.6.º LECrim. dispone que la policía remitirá al Instituto de Toxicología, de medicina legal o al laboratorio correspondiente las sustancias intervenidas para su análisis; pero si no fuera posible la remisión del informe en el breve plazo existente hasta que se celebre el juicio la policía judicial, podrá practicar por sí misma el análisis, sin perjuicio del debido control judicial.

La parte a quien interese solicitar un análisis alternativo. También podrán solicitar la comparecencia de los peritos que hicieron el informe sobre pesaje y valoración de la sustancia intervenida, para someter al mismo a contradicción. No haciéndolo así, limitándose a dar los informes por reproducidos no cabe alegar error en la apreciación de la prueba (STS de 12 enero 2000 [RAJ 89]). En defecto de esta solicitud, los informes tendrán el valor probatorio que el Tribunal les otorgue²⁶.

3.9. Entrega vigilada de drogas, animales u otros bienes y sustancias.

Al objeto de facilitar las investigaciones en materia de tráfico de drogas, la LO 8/1992, de 23 de diciembre introdujo en la LECrim. el

26. Aunque la Fiscalía General del Estado ha insistido en la necesidad de someter a contradicción estos informes periciales. Así lo ordena en la Instrucción 9/1991, de 26 de diciembre. La citada Instrucción ordena en esta materia a los Fiscales: 1.º Que insten en fase instructora la ratificación contradictoria de los análisis como prueba anticipada y preconstituida, procurando que la ratificación por el perito, con citación de las partes y del Ministerio Fiscal se haga el mismo día, en horas sucesivas, en los Juzgados que sustancien varias causas por tráfico ilegal de drogas, y 2.º Que cuando no se haya propuesto prueba pericial por ninguna de las partes en el trámite del art. 656 de la LECrim., soliciten en el acto del juicio oral la reproducción de la pericia con la lectura del análisis documentado o, en su caso, de la diligencia que recoja la prueba preconstituida. Este criterio también ha sido acogido por el TC que ha declarado que “la reproducción en el plenario ha de ser efectiva, sin que sea suficiente la fórmula de uso forense de dar la pericia por reproducida (STC 150/1987, de 1 octubre), siendo bastante, sin embargo, para que haya debate contradictorio en el plenario, la lectura de la pericia documentada (SSTC 201/1989 y 24/1991)”.

art. 263 bis, incluido en el Título Primero del Libro II. Esta ubicación sistemática no parece correcta, ya que el citado artículo se inserta en sede de denuncia, cuando lógicamente se trata de un acto especial de investigación y comprobación judicial. Este precepto permite la circulación o entrega vigilada de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como de otras sustancias prohibidas, con la finalidad de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos en materia de drogas. Posteriormente, la LO 5/1999 modificó el art. 263.bis para extender la aplicación del precepto a otras sustancias o bienes: bienes materiales, objetos y especies animales y vegetales²⁷.

La circulación o entrega vigilada consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas y sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente citadas, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la Autoridad o sus Agentes. Estas sustancias estarán bajo la vigilancia de la Autoridad con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a tráfico de drogas. Esta circulación o entrega deberá autorizarse caso por caso, debiendo respetar lo dispuesto en los Tratados internacionales sobre esta cuestión (art. 263 bis 2.º LECrim.)²⁸.

27. La regulación anterior del art. 263.bis LECrim. se refería, únicamente, al delito de tráfico de drogas. La LO 5/1999 extiende su ámbito, con la finalidad de conseguir más eficacia en su represión, a otras formas de criminalidad organizada en concordancia con la obligación impuesta a los Estados Parte en el artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 20 de diciembre de 1988. El art. 11.1 de la Convención dispone: "Si lo permiten los principios fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, las Partes adoptarán las medidas necesarias, dentro de sus posibilidades, para que se pueda utilizar de forma adecuada, en el plano internacional, la técnica de entrega vigilada, de conformidad con acuerdos o arreglos mutuamente convenidos, con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del art. 3 y de entablar acciones legales contra ellas".

28. Especialmente importante en esta materia es el Convenio de Schengen, al que está adherida España, de 19 de junio de 1990. En el art. 73 de este Convenio se prevé la posibilidad de recurrir a entregas vigiladas, cuya decisión se adoptará en cada caso concreto basándose en una autorización previa de la Parte contratante. En consecuencia, el art. 263. bis LECrim. dota a nuestra Ley de enjuiciamiento de un instrumento legal correlativo a lo previsto en el Convenio de Schengen.

Podrán autorizar la circulación o entrega vigilada el Juez de Instrucción competente, el Ministerio Fiscal, así como los Jefes de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de ámbito provincial y sus mandos superiores. Obsérvese que los responsables de la Policía podrán autorizar tales actuaciones directamente, sin autorización judicial previa. No obstante, una vez efectuada la operación deberán dar cuenta inmediata a la Fiscalía Especial de drogas y si existiere procedimiento judicial abierto, al Juez de Instrucción competente. La interceptación y apertura de los envíos postales sospechosos podrá efectuarse para sustituir, en su caso, la droga que hubiese en su interior, lo que se llevará a cabo con control judicial, con excepción de la presencia del interesado, por razones obvias de eficacia de la entrega vigilada (STS de 12 diciembre 2001 [RAJ 2002, 1290]).

3.10. Entrada y registro en lugar cerrado.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio está consagrado en el art. 18.2.º CE y protege el ámbito físico dentro del cual se desenvuelve la vida privada de una persona, haciéndole inmune a las agresiones exteriores, con la salvedad del consentimiento del titular o el supuesto de flagrante delito. En el art. 545 LECrim. también se establece el principio de inviolabilidad del domicilio salvo consentimiento del titular, en los casos y en la forma expresamente previstos en las Leyes. En consecuencia, los actos de comprobación y averiguación judicial que deban realizarse en lugares cerrados requerirán previa autorización judicial en aquellos supuestos en los que el lugar en el que se hayan de efectuar tengan la consideración de domicilio. En el caso de otros lugares cerrados que no tengan tal consideración, el registro deberá practicarse de conformidad con lo establecido en la Ley, pero sin que la autorización judicial sea un requisito para su validez.

3.10.1. Concepto de domicilio.

El concepto de domicilio, con base en la doctrina constitucional, debe entenderse en sentido amplio. Como el lugar o espacio en el que

la persona ejerce sus vivencias más íntimas, sin sometimiento alguno a usos o convencionalismos sociales. Por tanto, no coincide con el concepto jurídico utilizado en el art. 40 CC, o en otras Leyes (art. 45 LGT, art. 45 Ley de Bases Régimen Local, art. 554.2.º LECrim.). Dentro de este concepto amplio y flexible, la doctrina jurisprudencial ha ido enumerando casuísticamente los distintos lugares encuadrables dentro del concepto de domicilio, susceptibles de protección, considerando con carácter general que tendrá el carácter constitucional de domicilio cualquier lugar, por humilde y precaria que resulte la construcción, donde viva una persona o familia. A estos efectos, es indiferente que el domicilio tenga carácter estable o transitorio, ya que el derecho a la intimidad no deriva del derecho de propiedad, sino de la personalidad, por lo que es indiferente el título por el que se posea el domicilio. El lugar que se repunte domicilio debe estar delimitado físicamente, de modo que no cabe conceptuar domicilio un espacio libre o abierto, fácilmente accesible desde el exterior, en el que no resulta posible desarrollar la vida íntima y personal propia del ámbito domiciliario.

Son susceptibles de protección constitucional: a) Las habitaciones de hotel, legítimamente ocupadas, que constituyen a efectos constitucionales el domicilio temporal del sujeto que en ellas resida (en consecuencia, el art. 557 LECrim. que prevé que las posadas y fondas no se reputarán domicilio debe considerarse inaplicable); b) La autocaravana o caravana adosada a un vehículo es apta para constituir el domicilio de una persona, ya se encuentre estacionada o en movimiento; c) Las oficinas o despachos profesionales, siempre que no se trate de locales abiertos al libre acceso del público, siempre que ese lugar se desarrolle la vida privada del sujeto que lo ocupa; d) El domicilio social de las personas jurídicas, cuando éstas se coloquen en el lugar de los sujetos privados; e) En los barcos los camarotes y otras zonas aptas para el desarrollo de la vida privada, pero no las zonas destinadas a otros fines, cubiertas y bodegas (véase la STS 10 de abril de 2002 [La Ley 5728]; Los lavabos públicos²⁹).

29. En este caso lo que se protege en realidad es el ámbito de intimidad de la persona que se extiende a supuestos y lugares concretos y determinados. Éste es el caso de los lavabos públicos, supuesto respecto al que se pronunció la Sala General

La infracción del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio determinará la nulidad de la diligencia. Sin embargo, el TC ha declarado reiteradamente que ello no supone que lo hallado deba considerarse inexistente, de modo que puede ser incorporado al proceso si puede acreditarse su existencia por otros medios: v.g. la declaración del acusado.

A sensu contrario una abundante doctrina jurisprudencial ha concretado los supuestos que deben entenderse fuera del ámbito de la protección constitucional (vid. STC 69/1999, de 26 de abril). El criterio seguido por el TS ha sido la búsqueda de un equilibrio entre el derecho constitucional y la defensa de los intereses de un Estado de Derecho. En estos supuestos, el registro de tales lugares se llevará a cabo de acuerdo con los requisitos y garantías que exige “en cualquier edificio o lugar cerrado” el art. 567 y demás preceptos concordantes de la LECrim., y entre ellos, el de la presencia en su realización del Secretario judicial, a los fines de fe pública judicial.

Quedan excluidos del concepto de domicilio protegido: 1) Los lugares o edificios de carácter público destinados a servicio oficial, militar o civil (art. 547.1 LECrim.). 2) Los lugares que estuvieren destinados a cualquier establecimiento de reunión o recreo (art. 547.2 LECrim.): bares, restaurantes, pubs, tiendas, locales de exposición y otros destinados a estar abiertos al público. Ahora bien, en esos lugares pueden existir espacios cerrados en los que el titular del establecimiento o sus empleados ejerzan “su libertad más íntima”, al margen de “los usos y convenciones sociales” y, en ese caso, ese concreto lugar podría tener la consideración de espacio protegido. 3) En general cualesquiera otros edificios o lugares cerrados que no constituyeren domicilio de un particular, considerado en los términos expuestos: almacenes, garajes, talle-

del TS en la reunión de 3 de junio de 1997 y acordó que: “*sin perjuicio de lo que pueda resolverse en cada caso en virtud de especiales circunstancias, los Magistrados por unanimidad llegan a la conclusión de que los lavabos públicos son lugares donde se desarrollan actividades que afectan a la intimidad de las personas*”. Con base en este acuerdo, se protegen los lavabos públicos para cuyo registro o bien la grabación de imágenes se precisa autorización judicial. Se excluyen de esta protección los aseos reservados para el titular de un establecimiento público o sus empleados (STS de 16 enero 2002 [RAJ 1068]).

res y trasteros; naves industriales; oficinas; automóviles³⁰ o literas en departamento colectivo de ferrocarril. Tampoco están protegidos especialmente los Bufetes de Abogados, aunque el Estatuto de la Abogacía exige para la entrada y registro la notificación previa al Decano del Colegio de Abogados.

No son aplicables a estos lugares ni la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, ni las normas procesales que regulan garantías relativas a la entrada y registro en el domicilio de particulares. Pero el registro será nulo cuando se realice la diligencia sin la debida contradicción del interesado, máxime cuando se halle detenido, salvo que se hubiere declarado el secreto de la diligencia o que concurrieren razones de urgencia, necesidad o fuerza mayor. En ese caso, por ejemplo, de no darle la oportunidad al interesado detenido a asistir a la entrada y registro de lugar cerrado, debidamente asistido de le-

30. Respecto a los automóviles es doctrina jurisprudencial constante y reiterada del TS que los vehículos automóvil que se utilizan exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera o ámbito privado de un individuo. Se trata de objetos de investigación sobre los que puede recaer la actividad investigadora de la policía que puede proceder a su registro conforme a las normas previstas para la inspección y recogida de instrumentos y efectos del delito. Por tanto, en estos casos, no se precisa del cumplimiento de los requisitos establecidos para la entrada y registro domiciliario; sino las ordinarias para la práctica de la inspección ocular. Concretamente, para la diligencia de inspección ocular el art. 333 LECrim. exige que de existir alguna persona procesada o privada de libertad, se le deberá comunicar la práctica de la diligencia del registro del automóvil, a fin que pueda intervenir en la misma asistido de abogado. Esta norma resulta de aplicación a la diligencia de registro de automóvil según la STC 303/1993, de 25 octubre. Ahora bien, siempre que no concurren urgencia y necesidad. Es decir, que nada impide que la policía pueda inspeccionar un vehículo sospechoso ya sea o en presencia del titular o bien en su ausencia si resulta urgente y necesario: *“tal diligencia se practicó antes de la detención del acusado, llevada a cabo precisamente, a consecuencia del resultado del registro, según consta a los folios 1 a 4 de las Diligencias Previas, y además existían razones de urgencia –las de no hacer esperar a los demás pasajeros, pendientes del control de Aduanas– que imponían la práctica sin dilaciones de la exploración del vehículo”* STS de 12 enero 2000 (RAJ 89). Con base en estas normas la diligencia puede ser practicada en labores de prevención de la policía, o actuando en la recogida de los efectos del delito cuando concurren razones de urgencia, sin que sea necesaria la presencia del interesado o la asistencia de abogado; y sin perjuicio del respeto al principio de proporcionalidad (véase STS de 18 mayo 2001 [RAJ 5515]).

trado, la diligencia será nula por infracción del derecho de defensa y de contradicción; aunque la nulidad no alcanzará al resto de la prueba practicada. Por otra parte, debe distinguirse entre la diligencia de entrada y registro practicada como diligencia sumarial que, realizada según las normas expuestas, tendrá la consideración de prueba preconstituida, y la diligencia de investigación de la policía que precisará de la ratificación de los agentes en el juicio oral.

3.10.2. *Presupuestos para la entrada y registro en domicilio.*

El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, establecido en el art. 18.2.º CE, garantiza que ninguna entrada o registro podrá realizarse en él. No obstante, este principio general queda excepcionado por la concurrencia de tres presupuestos previstos en el mismo art. 18.2 CE: Consentimiento del titular; Autorización judicial; Caso de flagrante delito.

Consentimiento del titular. El consentimiento del titular del domicilio justifica el acceso y, en su caso, el registro domiciliario. Así se establece en los arts. 18.2 CE y 550 LECrim. Cuando se trate de domicilio compartido bastará que el consentimiento lo otorgue uno de los titulares convivientes. En cualquier caso, el consentimiento debe prestarse por persona capaz, de modo inequívoco y voluntario. Es decir, se requiere no tanto una actitud pasiva de consentir como una activa de prestar colaboración en la actividad de los funcionarios que efectúen los actos de registro (art. 551 LECrim.). En este sentido, considera el TS que ha de entenderse que presta su consentimiento aquél que, requerido por quien hubiere de efectuar el registro, ejecuta por su parte los actos que de él dependen para que pueda tener efecto el mismo³¹.

31. El consentimiento se debe prestar libremente, lo que no acaece en el caso del detenido, que para otorgarlo debe contar, necesariamente con asistencia letrada. Dentro del concepto o situación de detenido, y por tanto impedido de prestar válido consentimiento, debe incluirse no sólo la situación formal de detención, sino la sujeción material a la actividad y órdenes de la policía. Por ejemplo, no cabe conducir al sospechoso a Comisaría y sin explicaciones introducirle en un calabozo y solicitarle consentimiento, comunicándole, al mismo tiempo, que no está detenido. O detener a un familiar, por la misma u otra razón, y requerir al interesado por la entrada y re-

Autorización Judicial. En defecto del consentimiento del titular del domicilio, podrá el Juez acordar la autorización de una entrada y registro mediante auto debidamente motivado, cuando hubiere indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación (art. 546 LECrim.).

Será competente para autorizar la entrada y registro el Juez que conociere de la causa (art. 546 LECrim.), que deberá especificar con claridad y precisión la vivienda objeto de registro, la persona afectada, el día y los motivos por los que se acuerda (vid. arts. 550, 558 LECrim.). El Juez, en su resolución, deberá ponderar la colisión de valores e intereses constitucionales, resolviendo el sometimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, frente a otros valores constitucionales igualmente protegidos³². Sin embargo, no será necesario acreditar la comisión de un delito, sino que bastará la acreditación de una sospecha objetivada en datos concretos, pero no meras informaciones o conjeturas. Obsérvese que el auto motivado que autoriza la entrada y registro se acordará, normalmente, en sede de diligencias previas o sumario y, por tanto, dependerá del resultado de esta diligencia la apertura o no de un proceso penal. También podrá decretarse esta medida dentro de unas diligencias indeterminadas, cuando todavía no exista un proceso penal iniciado. En este supuesto será Juez competente para acordar esta medida el que deba conocer del proceso que se incoe para el enjuiciamiento del hecho perseguido, cuya existencia se haya previamente averiguado mediante aquélla.

Delito flagrante. No será precisa la autorización judicial o el consentimiento del titular en el supuesto de delito flagrante; es decir, cuando se manifieste de modo evidente que se está ejecutando o acaba de suceder.

gistro. O en definitiva otras situaciones similares que no pueden servir de fundamento al libre consentimiento del interesado.

32. La autorización judicial, mediante auto motivado, no debe considerarse como un mero trámite formal dado su contenido limitativo de un derecho fundamental. Sin embargo, no se ha considerado anticonstitucional la utilización de modelos de autos previamente impresos. Así, se admite que el contenido razonado de la solicitud administrativa policial de entrada y registro sirva de fundamento y complemento a la motivación del auto judicial; es decir, una motivación por remisión.

El concepto de delito flagrante queda establecido en el art. 18.2 CE y también en el art. 553 LECrim., aunque su delimitación no queda bien definida. Ha sido la jurisprudencia la que ha definido los límites y requisitos del concepto de flagrancia. Así, se requiere: 1) Inmediatez de acción, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes; 2) Inmediatez personal, por encontrarse allí el delincuente en tal relación con el objeto o instrumentos del delito que ofrezca pruebas de su participación; 3) Necesidad urgente por las circunstancias de constatación policial de las pruebas por el riesgo evidente de que el transcurso del tiempo —que se precisaría para la obtención de autorización judicial—, permita fundadamente suponer su posible eliminación (vid. STS de 24 febrero 1998 [La Ley 2697]). Con base en estos requisitos el concepto de delito flagrante queda vinculado con aquellas situaciones fácticas en las que queda excusada la autorización judicial, precisamente, porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención para evitar: la consumación del delito que se está cometiendo; el agotamiento del ya cometido; o la fuga o desaparición del delincuente o de los efectos del delito. Así, no se otorga un apoderamiento a las fuerzas de seguridad para que sustituyan la motivación judicial por la suya propia, sino que se establece una posibilidad de carácter excepcional, en virtud de la concurrencia de una circunstancias determinadas, que deben valorarse en función del principio de proporcionalidad. En cualquier caso, de las actuaciones efectuadas se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que motivaron la entrada y, en su caso, registro domiciliario y los resultados obtenidos (art. 553.2 LECrim.)³³.

33. Un supuesto especial de flagrancia se produce en el caso de hallar, en el curso de una diligencia autorizada de entrada y registro, indicios de la comisión de un delito distinto al investigado y que sirvió de fundamento para la autorización judicial. También puede suceder que se produzca una situación de flagrancia doble. Es decir, que la policía entre en un domicilio particular con base en la existencia de una situación de flagrancia y que una vez dentro del mismo adviertan hechos que dan noticia de un delito distinto. En este caso, el hallazgo resulta lícito en tanto que la entrada en el domicilio queda amparado por la previa situación de flagrancia. Aunque, obviamente, resulta esencial que se acredite la realidad de la existencia de una situación de flagrancia en la persecución del delito que motivó la entrada en el domicilio (STS de 12 septiembre 2001 [RAJ 7725]).

3.10.3. *Forma de practicar el registro domiciliario.*

La diligencia de entrada y registro en domicilio privado se realizará preferentemente de día (art. 550 LECrim.). Si llegada la noche no hubiere finalizado, se suspenderá la diligencia, a salvo del consentimiento del interesado o cuando el Juez así lo autorice (art. 570 LECrim.). En su práctica se evitarán las inspecciones inútiles o el perjuicio innecesario al interesado (art. 552 LECrim.) y se seguirá lo establecido en el auto judicial (art. 558 LECrim.). Del resultado de la diligencia se levantará acta, que firmarán todos los presentes, en la que se expresarán los intervinientes, los incidentes ocurridos, la hora de inicio y de finalización, y los resultados obtenidos (art. 572 LECrim.).

En su práctica se sujetará a las siguientes formalidades (arts. 566 y ss. LECrim.).

a) El registro se realizará ante el Secretario a quien corresponde con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial, quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias, que será firmada por todos los asistentes (art. 453.1 LOPJ)³⁴. El auto se notificará al interesado en el momento de ir a practicar la diligencia, a los efectos de evitar su prevención (art. 566 LECrim.). Si no fuere hallado el titular se notificará el auto a cualquier persona, prefiriendo a los familiares del interesado, mayores de edad que se hallaren en el domicilio. En su defecto, se hará constar esta circunstancia en la diligencia que se extenderá con asistencia de dos vecinos, los

34. El Secretario judicial únicamente podrá ser sustituido, en los casos legalmente previstos, por otro secretario judicial o en un secretario judicial sustituto. No cabe, por tanto, la sustitución del secretario por ningún otro funcionario, habiendo quedado suprimidas las habilitaciones concedidas al amparo del derogado art. 282.1 LOPJ (DA 6.ª LO 19/2003). La única excepción a esta norma se prevé en el art. 451.3 LOPJ que dispone que, excepcionalmente, cuando no hubiera suficiente número de secretarios judiciales, en los supuestos de entradas y registros en lugares cerrados acordados por un único órgano judicial de la Audiencia Nacional y que deban ser realizados de forma simultánea, podrán los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, en sustitución del secretario judicial, intervenir en calidad de fedatarios y levantar la correspondiente acta (La LOPJ prevé la existencia de este Cuerpo de funcionarios en el art. 475, aunque aún no se ha provisto el necesario desarrollo normativo).

cuales presenciarán la práctica del registro y firmarán el acta (arts. 566, 569 LECrim.)³⁵.

b) El interesado deberá asistir al registro. Pero será admisible el registro practicado sin dicha presencia cuando el interesado no estuviere presente por propia voluntad, imposibilidad manifiesta, o por fuerza mayor (art. 569 LECrim.). Ello sucederá en el caso de hallarse el interesado detenido en un lugar lejano, o bien ante la urgencia de proceder al registro, o por razones de orden público cuando la presencia del interesado pudiera resultar contraproducente o generadora de riesgos. En cualquier caso, la plena validez de la diligencia quedará asegurada con la asistencia *in situ* del Juez de instrucción autorizante.

Pero cuando el titular afectado se encuentre detenido deberá necesariamente asistir a la práctica de esta diligencia. La asistencia del detenido se limitará a su presencia, sin que tenga derecho a una contradicción en el mismo lugar. En caso de incumplimiento de esta norma se produciría la nulidad de la actuación concreta. Es decir, de la diligencia y de las pruebas obtenidas, pero no del resto de las pruebas practicadas. Sin embargo, en alguna sentencia del TS se ha admitido la validez del registro sin presencia del detenido cuando se produzca una situación de urgencia que determine la necesidad de proceder a la práctica de aquél, aun en el caso de no ser posible la comparencia material del interesado.

c) No se exige la intervención de abogado en la práctica de esta diligencia, por lo que su ausencia no la invalida. Ahora bien, si la diligencia se practica habiéndose producido ya la imputación debe dársele la oportunidad de asistir con abogado.

d) El acta levantada por el secretario judicial tendrá la fe pública que le atribuye la Ley; y la diligencia practicada tendrá el carácter de prueba preconstituída.

La ausencia del Secretario judicial en la práctica de la diligencia de registro, puede producirse por distintas razones. En ese caso, y con carácter general, ese vicio afectará exclusivamente al acto formal del registro, pero no se extiende al auto judicial anterior ni al resto de las actuaciones practicadas.

35. Así lo prevé la LECrim. Sin embargo, el art. 453.4 LOPJ, modificado por LO 19/2003, dispone que en el ejercicio por los Secretarios judiciales de la función de ejercer la fe pública no se precisará la intervención adicional de testigos. Así lo habían declarado también algunas sentencias, con base en el derogado art. 281.2 LOPJ que contenía la citada norma.

En ese caso, la diligencia no será ilícita ni vulnerará el art. 18.2 CE, sin perjuicio de su ineficacia procesal, por lo que no será alegable el art. 11.1 LOPJ. Por tanto, el eventual incumplimiento de las normas procesales sobre esta materia no tendrá trascendencia constitucional, pues sus efectos se producen en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba y no en el del derecho a la inviolabilidad domiciliaria³⁶.

e) Conexión del delito investigado y las pruebas descubiertas. Hallazgo de hechos sin relación con el delito que motivó la resolución habilitante de la entrada y registro.

En el supuesto de que en el registro domiciliario debidamente autorizado se hallaren hechos u objetos distintos o no relacionados con los delitos que motivaron la intromisión, se plantea el problema de su validez como medio de prueba³⁷. Una primera jurisprudencia entendía que, conforme con el principio de especialidad, el registro no podía extenderse a dichos hechos, a menos que el Juez lo autorizara, previa suspensión de la diligencia y adopción de las medidas cautelares adecuadas. En caso contrario, las pruebas así obtenidas –extralimitación del objeto– se consideraban ilícitas por violación de las garantías constitucionales. Pero esta doctrina jurisprudencial ha sido matizada por el TS que ha declarado que en el supuesto que la aparición en un registro de hechos u objetos constitutivos de delito distinto al que motivó la adopción de la medida, debe tratarse según el concepto de la flagrancia. Por lo

36. Es frecuente que se produzca una situación de urgencia o necesidad o también que se produzca un desfase temporal entre la actuación de la policía que, v.g. entre por detrás de la vivienda ante la resistencia del interesado, y la entrada efectiva del Secretario en el domicilio. En estos supuestos, bastará la presencia de los agentes actuantes en el plenario para ratificar aquellos extremos de la diligencia que no consten en el acta del secretario, por no haber asistido directamente a tal momento del registro. En cualquier caso, la nulidad de la diligencia de entrada y registro y la consiguiente prohibición de valorar su contenido no conduce, necesariamente, a la prohibición de valoración de toda prueba que se conecte en alguna forma con ella. En consecuencia, las declaraciones de los ocupantes, de los testigos, la ocupación de objetos (drogas, dinero, utensilios, etc.) y demás datos obtenidos podrán ser objeto de prueba en el juicio oral, sin que les alcance los efectos de la nulidad del acto del registro.

37. Ningún problema se plantea si el Juez asiste a la diligencia ya que éste resolverá en el acto la ampliación del registro, o la apertura de oficio de nuevas diligencias por otro delito. Véase, en este sentido, la STS de 28 abril 1995 (RAJ 2878), que se refiere a una diligencia de registro en la que se encontraba presente el Juez de Guardia, por lo que entiende que no cabe la suspensión del acto ante la aparición de nuevos hechos.

tanto, en ese caso, los funcionarios debe recoger los objetos del delito y realizar las diligencias necesarias para la investigación y persecución del delito. Todo ello en el marco de una debida proporcionalidad.

3.11. Registro de libros y documentos.

El art. 575 LECrim. establece la obligación de exhibir los objetos y papeles que puedan tener relación con una causa penal. En el supuesto de que se incumpliere esta obligación se prevén distintas sanciones. Además, el Juez podrá autorizar el registro de libros, documentos y papeles de contabilidad del inculcado, cuando existieran indicios de que del registro pudiera resultar el descubrimiento de algún hecho o circunstancia importante de la causa (art. 573 LECrim.). La forma de llevar a cabo esta diligencia viene prevista en la LECrim. —art. 576—, que se remite a la forma de practicar la entrada y registro en lugar cerrado, incluyendo algunas normas específicas en los arts. 574, 575, 577 y 578.

El incumplimiento de la obligación expresada podrá llevar aparejada la consecuencia de incurrir en desobediencia (art. 575.2 LECrim.). Ahora bien, únicamente cuando el requerido fuere un tercero. En el supuesto de requerirse al imputado se producirá una colisión del derecho a no declarar con la obligación de exhibir los libros y documentos, sin que pueda incurrir en un delito de desobediencia. Por ejemplo, en el caso de los delitos tributarios en los que se requiera al imputado a aportar la documentación contable o fiscal. No obstante, el inculcado puede resultar perjudicado por su conducta omisiva de forma indirecta, en tanto que su inactividad puede valorarse como un indicio en su contra. Ahora bien, lo que no cabe es el apercibimiento ni la posibilidad de incurrir en desobediencia, ya que de ese modo se le estaría obligando a autoinculparse. A este respecto, tal y como se ha interpretado por el TEDH el acusado tiene derecho a no contribuir a su propia incriminación STEDH de 25 febrero 1993 (*Funkke*). Es decir, que tiene derecho a no confesar contra sí mismo y a no declararse culpable.

3.12. La intervención de las comunicaciones privadas.

La Constitución garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial (art. 18.3 CE). Este precepto recoge un principio, ya consagrado

en el art. 8.1.º Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966. La salvaguarda y protección del derecho al secreto de las comunicaciones encuentra su reflejo en el Código Penal que tipifica como conductas delictivas la interceptación de la correspondencia privada, comunicación telefónica, correo electrónico, o cualquier otra señal de comunicación (arts. 197, 198, 534, y ss. CP).

Por tanto, cualquier intervención de las comunicaciones personales, debe acordarse en resolución judicial. En este sentido, el art. 579.1 LECrim. dispone que será el Juez el que acuerde la detención, apertura y examen de la correspondencia privada, postal y telegráfica que remitiere o recibiere el procesado, cuando por estos medios se pudiera obtener el descubrimiento o comprobación de algún hecho o circunstancias de la causa. En consonancia con este derecho fundamental el Reglamento de Servicios de Correos, aprobado por Decreto de 14 de mayo de 1964, garantiza la libertad, secreto e inviolabilidad de la correspondencia (arts. 26-28). No obstante, el art. 579.4 LECrim., prevé que en supuestos de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, podrá acordar la observación de las comunicaciones el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien de forma motivada revocará o confirmará tal resolución.

3.12.1. *La intervención de la correspondencia postal escrita y telegráfica.*

Tras algunas divergencias jurisprudenciales, y en virtud del acuerdo alcanzado en la Reunión General de la Sala 2.ª de fecha 4 de abril 1995, ratificado por otro adoptado en la Reunión Plenaria, de 17 de enero de 1996 (vid. STS de 1 febrero 1996 [RAJ 807]), se han unificado los criterios jurisprudenciales en orden a cuál sea el concepto de envío postal amparado por el secreto de las comunicaciones. Así, la vigente doctrina legal sobre esta materia puede resumirse en los siguientes puntos:

1) El secreto postal afecta a todos los envíos que puedan facturarse por medio del servicio de correos y, por extensión, por medio de las entidades privadas que ofrezcan análogos servicios: cartas, telegramas, etc.

2) La protección constitucional del secreto postal alcanza también a los paquetes postales. Por medio de estos paquetes pueden enviarse objetos, de mayor volumen que las simples cartas, pero con un contenido de carácter íntimo y personal (fotografías, cintas de vídeo, etc.), que merecen igualmente esta protección.

3) No se extiende la protección constitucional sobre los objetos que circulen abiertos o bien con etiqueta verde. En estos casos, los funcionarios de Aduanas podrán inspeccionarlos, de acuerdo con los requisitos previstos en la legislación administrativa, en los arts. 581 a 588 LECrim. y en los Convenios internacionales³⁸. Tampoco se extiende la protección constitucional a equipaje o bolsas de viaje. Según el TS no están exentos de protección los paquetes rotos que permitan adivinar su contenido, en cuyo caso deberá procederse a su apertura en la forma legalmente prevista.

4) No se infringe el derecho a las comunicaciones por examinar un paquete postal mediante el olfato canino o rayos X (STS de 3 marzo 2000 [RAJ 2274]).

Cualquier intervención sobre las comunicaciones postales o telegráficas expresadas se adoptará por auto motivado que debe atender al criterio de proporcionalidad, valorándose entre la gravedad o trascendencia social del hecho a investigar y la injerencia en los derechos al secreto e intimidad de la correspondencia postal reconocidos en la Constitución (vid. arts. 579, 583 LECrim.). En la resolución se determinará la correspondencia que deba ser detenida o registrada, por medio de la designación de las personas a cuyo nombre se hubieren expedido, o por otras circunstancias igualmente concretas (art. 583 LECrim.). La diligencia se llevará a cabo, en la forma que señala el art. 580 LECrim., por medio del Juez de Paz, funcionarios de la policía judicial, o el Admi-

38. La razón de excluir de protección constitucional estos envíos con etiqueta verde se halla en que el interesado acepta toda las condiciones del envío y, entre ellas, la posibilidad de apertura para control del contenido. De este modo se produce una renuncia expresa al posible derecho de secreto del contenido del paquete. Con relación a estos envíos los funcionarios pueden realizar todas las operaciones que estimen pertinentes cuando consideren que su descripción no corresponde a su verdadero contenido.

nistrador de Correos o Jefe de la Oficina en que la correspondencia se halle, que remitirá inmediatamente la correspondencia detenida al Juez instructor (art. 581 LECrim.).

La correspondencia, o efectos postales retenidos, se abrirán y registrarán en presencia del Juez, el secretario, y el interesado, que podrá designar quien le represente en esta operación (vid. art. 584 LECrim.). La diligencia se practicará leyendo el Juez por sí mismo la correspondencia y apartará la que haga referencia a los hechos de la causa, cuya conservación considere necesaria (art. 586 LECrim.). La correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al procesado o a su representante (art. 587 LECrim.). Finalmente se levantará diligencia, en la que se hará constar lo ocurrido, que firmarán todos los presentes (art. 588 LECrim.). La prueba obtenida sin las garantías legales previstas debe considerarse nula de pleno derecho por entenderse ilegalmente obtenida. Esta nulidad será extensible a las pruebas posteriormente practicadas, que traigan causa de aquélla.

3.12.2. *Intervención telefónica.*

El secreto de las comunicaciones telefónicas, que se garantiza en el art. 18.3 CE, puede ceder cuando se trate de proteger otros derechos preferentes. Así, el art. 579.2.º y 3.º LECrim., prevé que el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, cuando hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para una causa criminal. Se trata de una restricción que únicamente podrá acordarse en casos excepcionales mediante resolución judicial motivada, que adoptará la forma de auto, y que deberá sujetarse a unos determinados presupuestos procesales. Estos presupuestos puede sintetizarse del siguiente modo: a) la intervención debe estar prevista por la Ley; b) ser proporcional e ir dirigida a un fin legítimo y c) ser necesaria en una sociedad democrática para la consecución de dichos fines. Otra garantía del derecho lo constituye la tipificación como delito de las escuchas telefónicas ilegales en los arts. 197, 198 y 536 del CP.

Los presupuestos y requisitos para la injerencia en el derecho constitucional a la intimidad y al secreto de las comunicaciones adolecen de una base legal suficiente en el art. 579 2.º y 3.º LECrim. Esta deficiencia ha determinado que la regulación legal deba suplirse con la jurisprudencia del TC, del TS y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), conforme a la que resultan los siguientes criterios en orden a la adopción de esta medida:

1) Proporcionalidad. En el auto deberán constar las causas y circunstancias concurrentes y la ponderación de los intereses contrapuestos. Debe existir, por tanto, una adecuada proporción entre la injerencia e intromisión, que provoca esta medida en la esfera de la intimidad privada, y la finalidad perseguida.

2) La medida debe ser imprescindible e insustituible, por no existir otro medio de investigación de menor incidencia constitucional. Por la especial trascendencia de la intromisión y no existiendo un criterio legal cualitativo, el TS exige que esta medida se adopte en supuestos de delitos graves, debiendo los Tribunales valorar las circunstancias concurrentes y la trascendencia social de aquéllos. No podrá acordarse esta medida con base en meras conjeturas o bien para descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (escuchas predelictuales o de prospección). El secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 14/2001, de 29 enero; 49/1999; 166/1999; 171/1999).

Pero, al mismo tiempo, tampoco es necesario que la medida se fundamente en verdaderas pruebas, sino que es suficiente la presencia de indicios o conjeturas a partir de los mismos que tengan una mínima consistencia o razonabilidad (SSTS de 30 abril 2001 [RAJ 9943]; 8 noviembre 2001 [RAJ 2002, 3843])

3) Concreción y especialidad de la materia a investigar. Deberá especificarse el tipo delictivo que se está investigando. No cabe la intervención para el descubrimiento de delitos en general por lo que no podrá acordarse esta medida cuando se trate de meras conjeturas o bien

para descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos (escuchas predelictuales o de prospección). Por tanto, deben existir indicios o sospechas fundadas de delito.

Deberán especificarse, también, los destinatarios de la medida, los números de teléfono intervenidos, el delito investigado y los indicios existentes. Las personas sobre las que puede recaer la medida serán las que resulten indiciariamente implicadas, ya sean los titulares de los teléfonos o sus usuarios habituales, por lo que será posible la intervención de teléfonos públicos³⁹.

4) La intervención debe adoptarse dentro de un proceso penal. La interpretación jurisprudencial del art. 579.2.º LECrim. entiende que esta intervención deberá producirse en un proceso penal ya iniciado, o bien que se inicie como consecuencia de la misma. En ningún caso se podrá autorizar una intervención con carácter previo a la iniciación de un proceso penal. Lo habitual será que en el momento de acordar la medida se instruyan unas diligencias previas o sumario, con la declaración de secreto para las partes al amparo del art. 302 LECrim., a fin de dotar de eficacia a la intervención telefónica. No es procedente la utilización del cauce de las diligencias indeterminadas para poder acordar una intervención telefónica, cuando todavía no existe proceso penal. Sin embargo, el TS ha entendido que se trata, en todo caso, de una incorrección procesal que carece de relevancia por no afectar al contenido del derecho fundamental al secreto en las comunicaciones.

5) Una cuestión de gran interés es la de la temporalidad de la intervención de las comunicaciones, especialmente las telefónicas. A este respecto, el art. 579.3 LECrim. establece que la intervención podrá acordarse por un plazo de tres meses, prorrogable por iguales períodos (art. 579.3 LECrim.). En cualquier caso, es evidente que la in-

39. La especialidad de la materia a investigar determina que cuando el objeto de la investigación exceda de la autorización judicial deberá ponerse en conocimiento del Juez para que decida sobre la aplicación y la posible prórroga de esta medida. En caso contrario se producirá una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. No se considerará vulnerado este principio de especialidad, cuando la investigación se amplíe a otros aspectos del tipo penal denunciado, siempre que ello no suponga una novación de éste.

tervención de las comunicaciones, especialmente las telefónicas, tiene una naturaleza y carácter temporal. Así, si bien el art. 579.3 LECrim. fija períodos trimestrales prorrogables, la duración de una intervención no puede extenderse ilimitada y desproporcionadamente. En consecuencia, la prórroga de la intervención sólo podrá ser justificada cuando el resultado de la investigación ya realizada confirme los indicios iniciales. A tal fin, el Juez deberá valorar el contenido de las conversaciones grabadas, y decidir sobre la conveniencia de la prórroga. La prórroga que, en su caso, conceda el Juez de Instrucción competente deberá adoptar la forma de auto, debidamente motivado. Esta motivación no queda cumplida por una remisión tácita o implícita al auto inicial.

6) Establecimiento de un riguroso control sobre la aplicación de la medida. Este control debe ejercerse durante el desarrollo y cese de aquélla. Exige que, mientras se desarrollan las escuchas, el Juez reciba información periódica del resultado de las mismas, mediante el envío de transcripciones de las conversaciones o de los pasajes de ellas para poder dilucidar si la persistencia de la intervención telefónica está justificada por revelar las conversaciones la implicación de los que utilizan el teléfono en las actividades delictivas investigadas. Finalizada la investigación, deberán entregarse al Juez las cintas originales íntegras junto con sus transcripciones mecanografiadas, que el Secretario compulsará. Corresponde al Tribunal, a *posteriori*, realizar una selección de los pasajes o fragmentos de interés para la investigación⁴⁰.

7) La licitud constitucional de la medida se fundamenta en la previa resolución judicial debidamente motivada. Además, la eficacia probatoria del material obtenido vendrá determinada por el cumplimiento de los requisitos procesales exigibles. Es decir, que debe distinguirse entre la intervención telefónica como medio de investigación y

40. En la práctica forense es usual que la policía entregue una transcripción limitada a los fragmentos que la policía considere que tiene mayor interés, lo que el Tribunal Supremo ha declarado admisible. En ese caso, el Secretario judicial llevará a cabo la comprobación y cotejo de la exactitud de las transcripciones y de las diferencias habidas entre las mismas y las cintas grabadas (STS de 8 julio 2000 [RAJ 6906]).

como medio de prueba. Como medio de investigación la intervención sólo será lícita cuando se cumplan los requisitos expuestos, básicamente, de legalidad y cobertura judicial de la intervención. Cumplidos estos requisitos no se producirá vulneración constitucional del derecho a la intimidad⁴¹. Ahora bien, para que pueda tener valor de prueba plena el resultado de la intervención deberá introducirse en el juicio de conformidad con los requisitos expuestos referentes, básicamente, al control judicial de la intervención, la entrega y selección de las grabaciones, y su reproducción en el juicio oral⁴².

En el supuesto de la falta de garantía de autenticidad del resultado, v.g. por la falta de control judicial, la nulidad únicamente afectará a los elementos de prueba obtenidos directamente con la intervención. Aunque, en algunas sentencias, el TS se ha mostrado más inflexible considerando que la inicial autorización judicial no puede evitar la nulidad radical de todo lo actuado cuando se prescindió de las garantías que la Ley establece respecto a este acto de investigación. En cualquier caso, ninguna vulneración se producirá del derecho a un proceso con todas las garantías, si declarada la nulidad de la prueba por violación de derechos fundamentales se condena finalmente con fundamento en otras pruebas.

41. En caso contrario se producirá la nulidad de pleno derecho de la intervención telefónica (véase STC 151/1998, de 13 julio) y el resultado obtenido carecerá de valor probatorio.

42. La prueba debe practicarse en el acto del juicio oral. A este efecto, y a petición de la parte, se procederá a la audición de las cintas o discos en los que se contengan las grabaciones. Pero, eso no implica que deba procederse, en todo caso, a la reproducción de las grabaciones, que corresponde solicitar a la parte a la que interese. Igual sucede con la identificación de las voces con los acusados cuya impugnación corresponde a la parte que podrá solicitar pericia sobre reconocimiento de voz. De no hacerlo así, esta prueba se introducirá en el juicio oral como documental y podrá ser valorada por el Juez. Sobre este particular, el TS entiende que, sin perjuicio que el soporte material de la prueba se contenga en las cintas o discos, las grabaciones en las que se contienen las conversaciones constituyen un documento y, en consecuencia, pueden acceder en ese concepto y practicar prueba con base en las transcripciones aportadas a los autos. También cabe acreditar los hechos mediante el testimonio directo de los funcionarios de policía encargados de las escuchas. La diferencia esencial entre un modo u otro de practicar la prueba estriba en que solicitada y practicada la audición de las grabaciones en el acto del juicio oral no cabrá impugnar los vicios de que pudiera adolecer la transcripción cuyo contenido será irrelevante.

3.12.3. *Grabación y reproducción del sonido.*

El derecho constitucional al secreto de las comunicaciones –art. 18.3 CE– opera, esencialmente, frente a terceros ajenos a la comunicación. La obligación derivada de este secreto no alcanza a los comunicantes, quienes sólo están obligados a un deber de reserva, derivado del derecho a la intimidad –art. 18.1.º CE–, cuando las informaciones reveladas y difundidas afectasen a la esfera íntima del otro interlocutor, sin que les afecte, por tanto la obligación del art. 18.3 CE.

La grabación de una conversación por un tercero ajeno a la misma viola el art. 18.3 CE. Pero la conversación también puede ser grabada por uno de los interlocutores tanto si es por vía telefónica como ante su presencia física de forma oculta o no. En este caso, no se produce tal infracción, sin perjuicio de lo previsto en el art. 18.1 CE, cuando se divulguen aspectos de la vida íntima del otro comunicante. Es decir, el deber de secreto sólo operará al objeto de preservar la intimidad del interlocutor. Pero, el deber de secreto derivado del derecho a la intimidad no operará cuando se trate de acreditar la realidad de un delito. En ese caso, como declara el TS de forma ilustrativa, la grabación de vídeo o audio por la víctima de las manifestaciones de su interlocutor referentes al delito no hacen otra cosa que constatar y acreditar su propia declaración (STS de 17 junio 1999 [RAJ 5653]).

Respecto a la grabación de imágenes en la vía pública o en espacios abiertos debe tenerse en cuenta la LO 4/1997, de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicas, desarrollado por el RD 596/1999. De acuerdo con la Ley se podrán autorizar la instalación de videocámaras en espacios públicos con la finalidad de asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana, y prevenir la causación de daños a las personas y bienes (art. 4). La utilización de estos medios técnicos se sujeta al régimen de autorización, por el plazo de un año, que se otorgará, en su caso, previo informe de un órgano colegiado presidido por un Magistrado y en cuya composición no serán mayoría los miembros dependientes de la Administración autorizante.

La resolución por la que se acuerde la autorización deberá ser motivada y referida en cada caso al lugar público concreto que ha de ser objeto de observación por las videocámaras, y a las limitaciones o condiciones de uso necesarias (art. 3 LO 4/1997). En cualquier caso, la utilización de estos medios estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima, y exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles.

En relación con la captación de imágenes en espacios reservados para la intimidad, el art. 6 de la Ley establece que las videocámaras no podrán tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el art. 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas. Tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia, precisándose autorización judicial para poder ser consideradas lícitas.

Las grabaciones de vídeo obtenidas por cámaras de seguridad instaladas en empresas, bancos o por la policía o particulares, siempre que se hubiesen tomado en la vía o lugares públicos tendrán valor probatorio siempre que se aporten íntegras y se reproduzcan en el acto del juicio oral. No obsta para que tengan esta eficacia que sean tomadas por particulares, siempre que sea ocasional; es decir, que no esté preordenada a la prevención o investigación de hechos delictivos. Aunque, será necesario que comparezca el que tomó la imagen que declarará en el juicio como testigo y sin cuyo testimonio el vídeo carecerá de fuerza probatoria. En el caso de las imágenes tomadas por cámaras fijas sitas en Bancos o similares bastará con la reproducción de la cinta en el acto del juicio oral.

CAPÍTULO XI

LA PRUEBA

1. EL DERECHO A LA PRUEBA. PRÁCTICA Y MEDIOS DE PRUEBA.

1.1. Derecho a la prueba: su protección constitucional.

El derecho a la prueba es el soporte esencial del derecho de defensa, y comprende el derecho a la utilización de los medios pertinentes para la defensa de las respectivas pretensiones de las partes en el proceso. Así se reconoce en el art. 24 CE; el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950; y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966. Los Jueces no podrán supeditar su admisión y práctica a otros intereses que, aun estando también protegidos por el ordenamiento jurídico, son de rango inferior al derecho a la prueba, como sucede con el principio de economía procesal, el de celeridad o el de eficacia de la administración de justicia.

Pero, este derecho no tiene carácter absoluto o incondicionado, ya que la prueba que pretenda practicar la parte debe solicitarse en tiempo y forma, y ser pertinente a los hechos que se pretenden acreditar. Corresponde a los Tribunales ordinarios declarar su pertinencia o bien justificar razonablemente su inadmisión (véase sobre pertinencia el epígrafe siguiente). De este modo, no se producirá la vulneración del

derecho de defensa cuando se inadmita la prueba en aplicación de las adecuadas normas legales¹.

Además, la parte que invoque la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes a su derecho de defensa deberá acreditar: a) La relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas. Es decir, que la prueba era pertinente. Y b) que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia (véase la STC 1/1996, de 15 enero). En definitiva, la denegación de la prueba solicitada tiene que producir indefensión a la parte, al no poder aportarla para su valoración en el proceso.

La infracción del derecho a la prueba comprende tanto la inadmisión decretada de forma improcedente como la no ejecución de la misma, después de admitida, cuando se ha denegado la suspensión del juicio oral siendo la práctica de aquélla necesaria.

1.2. Criterios para la admisión de la prueba: pertinencia y necesidad.

El derecho a la prueba no comporta que deban admitirse todos los medios de prueba propuestos por las partes. Solamente deberán admitirse aquellos medios de prueba en los que concurren los requisitos de pertinencia y de necesidad o relevancia. Se trata de dos conceptos que, como declara el TS, implican una graduación de exigencia lógica. Así, si “pertinente” es lo oportuno y adecuado, “necesario” quiere decir tanto como obligado y forzoso.

La pertinencia de la prueba se concreta en la admisión de la misma por su relación con el *thema decidendi*. Así, prueba pertinente será aquélla oportuna y adecuada en orden a la aportación de un resultado útil al proceso. Este criterio de pertinencia rige para su admisión

1. Para que la denegación de la prueba adquiriera relevancia constitucional se requiere: a) la impugnación expresa de la resolución; b) que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto y que, sin embargo, no haya obtenido una respuesta judicial razonable acerca de su omisión.

por el órgano judicial en el momento de proceder a la apertura del juicio oral².

La prueba será necesaria cuando su práctica resulte indispensable y forzosa para la defensa del acusado, a fin de evitar su indefensión. El concepto de necesidad o relevancia está directamente relacionado con la posibilidad de practicar la prueba pertinente admitida. La imposibilidad de practicar la prueba admitida por diversas circunstancias, v.g. la incomparecencia de testigos, determinará la suspensión de la vista según el criterio de necesidad de la prueba (art. 746.3 LECrim., a *contrario sensu*). De modo que cuando se considere que la prueba no es necesaria, se acordará la continuación del juicio, sin la práctica de dicha prueba.

1.3. Solicitud y práctica de la prueba.

La prueba en el proceso penal tiene por función la de averiguar la verdad material de los hechos, con el fin de formar la convicción del Tribunal sobre la responsabilidad penal del acusado (vid. arts. 701.6 y 726 LECrim.). Con este fin, La prueba se dirige a acreditar los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes: de acusación o absolución; y ya sea para probar la propia alegación como para enervar o desvirtuar la pretensión de la adversa.

Las pruebas de que intenten valerse las partes deberán haber sido solicitadas en sus respectivos escritos de calificación –de acusación y de defensa–; y no en momento posterior³. En los citados escritos se deberán reclamar los documentos que se pretendan utilizar como prueba;

2. El Tribunal deberá aplicar este criterio con proporcionalidad y pleno respeto al derecho de defensa de las partes. No es admisible un examen sumario de pertinencia asumiendo de inicio la imposibilidad de practicar una prueba sin haber realizado una mínima actividad en orden a favorecer la práctica de la prueba. En este sentido, se pronuncia el TS en un supuesto en el que el Tribunal denegó una prueba de determinación de llamadas telefónicas recibidas anticipando una imposibilidad práctica, que debía aducir, en su caso, la Compañía telefónica.

3. Sin perjuicio de que en el procedimiento abreviado se puede proponer, en el trámite de cuestiones previas, la práctica de prueba para el acto del juicio oral (art. 786.2 LECrim.). En el procedimiento ordinario el Tribunal tiene la facultad de permitir que se practiquen diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, cuando las considere necesarias para la comprobación de los hechos –art. 729.2.º LECrim.–.

así como presentar las listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia, manifestando el interesado si deben ser citados o no judicialmente —arts. 656 y 781.1 párr. 2.º—. El Tribunal mandará expedir los exhortos o mandamientos necesarios para la citación de los peritos y testigos que la parte hubiese designado, debiendo incluirse indudablemente los despachos pertinentes cuando se trate de la prueba documental, huérfana, por otra parte, de regulación legal en LECrim. (art. 660 LECrim.). También le cabe solicitar a la parte la presencia en el acto del juicio de las piezas de convicción (art. 688 LECrim.).

La prueba deberá practicarse durante las sesiones del juicio oral, siendo estos debates públicos —arts. 680 y 688 LECrim.—; y se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias —art. 788.1.º LECrim.—. En el procedimiento abreviado sólo se contemplan puntuales especialidades —art. 788.2.º LECrim.—, por lo que deberá acudirse a las normas reguladoras de la prueba en el procedimiento ordinario, en virtud de la remisión genérica que efectúa el art. 758 LECrim.

1.4. Medios de prueba.

Los medios de prueba aptos para desvirtuar la presunción de inocencia son los que se practican durante la fase de juicio oral, bajo los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad. Esta regla general admite unos matices, cuando se trata de prueba anticipada y determinadas diligencias sumariales, realizadas con las debidas garantías procesales.

Los medios de prueba se corresponden con los actos de investigación judicial que preparan las pruebas que se practicarán en el acto del juicio oral. Estos actos se analizan en el Cap. X. También se examina el valor probatorio de estas diligencias en el epígrafe 1.5 de este Capítulo. En consecuencia, sólo se expondrán aquí sucintamente las notas esenciales que caracterizan los distintos medios de prueba, en cuanto a su práctica en el acto del juicio oral.

1.4.1. Piezas de Convicción.

La presencia de las piezas de convicción al inicio de las sesiones del juicio oral —art. 688 LECrim.— es absolutamente preceptiva, aun cuan-

do las partes no lo soliciten como medio de prueba. Igual sucede en el caso del procedimiento del Tribunal de Jurado, para el que el art. 46 de la LJ dispone que los jurados examinarán los libros, documentos y demás piezas de convicción.

Sin embargo, no es infrecuente en el procedimiento por delitos graves y abreviado que ante la falta de petición de la parte no se lleven las piezas de convicción al acto del juicio. Esta omisión constituirá una irregularidad que únicamente puede comportar la nulidad en el caso que se hubiere producido indefensión.

1.4.2. *Declaración e interrogatorio del acusado. Supuesto especial de la declaración inculpatoria de coimputados.*

En la fase plenaria las partes podrán interrogar, de modo directo, al acusado sobre los hechos delictivos que se le imputan. Primero, el Presidente del Tribunal y, seguidamente, las partes acusadoras preguntarán al acusado si se confiesa culpable y sobre su participación en los hechos que se juzgan (art. 688 a 700 LECrim.). Estos preceptos deben interpretarse de acuerdo con los derechos constitucionales, ya que el acusado podrá ampararse en su derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (art. 24 CE).

Con base en la interpretación que de este medio de prueba realiza la jurisprudencia, se procederá del siguiente modo: El Tribunal informará al acusado de su derecho constitucional a no declarar. El acusado puede negarse a declarar, o bien contestar únicamente algunas de las preguntas que se le planteen⁴. El Tribunal, si lo considera conveniente, podrá realizar al acusado las preguntas que considere oportunas en orden al esclarecimiento de los hechos y la responsabilidad del acusado. Respecto al modo de formular las pre-

4. El art. 700 LECrim. prevé que si el acusado se negare a contestar a las preguntas se le apercibirá con declararle confeso si persistiese en su negativa. Este precepto debe considerarse derogado por colisionar con el derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable establecidos en el art. 24 CE. Sin embargo, cuando existan pruebas objetivas suficientes en contra del acusado, su silencio puede tener consecuencias perjudiciales en orden a la condena. Es decir, negarse a ofrecer convincentes explicaciones de su comportamiento, pueden privar al Tribunal de los elementos precisos para reinstalar la presunción de inocencia que había desaparecido.

guntas, el art. 693 LECrim., establece que se harán con toda claridad y precisión. Además, deben tenerse en cuenta las normas sobre la declaración de los procesados o imputados en fase de sumario, según las cuales no se podrán formular al acusado cargos ni reconvenções, coacciones o amenazas, o hacerse de modo capcioso o sugestivo (arts. 396, 389, 391 LECrim.)⁵.

En los supuestos de coimputados, se plantea la cuestión de la eficacia probatoria de la declaración incriminatoria de uno de los acusados en contra de otro de los acusados, principalmente cuando ésta sea la única prueba acusatoria obrante en la causa. Se trata de la figura, denominada por la doctrina italiana “chiamata di correo” o testimonio del coimputado (llamada del correo), que no constituye un medio ordinario de prueba, ya que ni puede encuadrarse dentro de la confesión contra uno mismo, ni tampoco se trata de una declaración testifical por no efectuarse con la obligación de veracidad que afecta a los testigos.

Se trata de una prueba intrínsecamente sospechosa (STC 68/2001, de 17 de marzo). A este respecto, debe tenerse en cuenta: 1.º que el acusado no está obligado a decir la verdad; y 2.º la posibilidad de que en su manifestación concurren móviles espurios con la finalidad de autoexculpación o reducción de su responsabilidad⁶. No obstante, la jurisprudencia ha aceptado que en determinadas circunstancias pueda reputarse como prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, considerando que la valoración de

5. En el supuesto de tratarse de un extranjero que no comprenda el castellano ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad autónoma el Tribunal, por medio de providencia, podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua de que se trate, exigiéndosele juramento o promesa de fiel traducción. De las actuaciones que en estos casos se practiquen se levantará acta, en la que constarán los textos en el idioma original y su traducción al idioma oficial, y que será firmada también por el intérprete [vid. arts 398, 440, 520.2.e) LECrim. y 143 LEC].

6. Dentro del tratamiento procesal de las declaraciones de los coimputados debe destacarse los supuestos previstos en los arts. 376 y 579 CP, para los que el legislador prevé circunstancias específicas de atenuación aplicables a los comúnmente denominados arrepentidos cuando, precisamente en procedimientos de narcotráfico o terrorismo, coadyuven eficazmente a la obtención de “pruebas decisivas” para la identificación y captura de otros responsables (véase respecto a esta clase de declaraciones SSTs de 5 diciembre 2001 [RAJ 10166]; 30 marzo 2000 [RAJ 2404]). Esta figura responde a la necesidad de perseguir eficazmente ciertos delitos de especial peligrosidad en la sociedad de nuestro tiempo; sin perjuicio que en su valoración los Tribunales deban observar la debidas precauciones, teniendo en cuenta las distintas motivaciones interesadas que pueden mover al coimputado a declarar contra los otros acusados.

esta prueba constituye un problema de credibilidad, no de legalidad. A este efecto, los Jueces no deben fundar su resolución en la mera acusación del coimputado, *sic et simpliciter*, pero tampoco se puede desdeñar su versión, que debe ser considerada en función de los factores particularmente concurrentes, singularmente la personalidad de los implicados en el hecho y las relaciones habidas entre los distintos coacusados⁷.

1.4.3. *Examen de testigos.*

El examen de los testigos se realizará por el orden de las listas ofrecidas por el Ministerio Fiscal, las acusaciones personadas, y por el acusado (art. 701 LECrim.)⁸. Los testigos declararán en la sede del Tribu-

7. La jurisprudencia ha establecido los requisitos que debe observar la declaración del coimputado, que de conformidad con la STC 68/2001, de 17 de marzo, constituyen un presupuesto necesario para la consideración del testimonio del coimputado como prueba de cargo. A saber: 1.º La declaración incriminatoria del coimputado debe estar corroborada con otras pruebas, no sirviendo como prueba de cargo la única prueba de aquella declaración. Por tanto, debe haberse practicado otra prueba que pueda servir de contraste y corroboración del testimonio del coimputado; de modo que aquel testimonio quede externamente, y mínimamente corroborado por datos objetivos acreditados en la causa. En caso contrario, la declaración incriminatoria del coimputado, cuando es prueba única, carece de entidad suficiente para entender desvirtuada la presunción de inocencia. 2.º El Tribunal deberá ponderar razonadamente la ausencia de móviles, fines o intereses espurios. 3.º La declaración del coimputado debe someterse a contradicción en el acto del juicio oral. Éste resulta ser un requisito de mayor entidad que los anteriores, ya que si bien aquellos son susceptibles de valoración resulta claro que el derecho de defensa no puede quedar restringido. Máxime en el supuesto en el que existan declaraciones contradictorias del coimputado en las distintas fases del proceso. Así, cuando el coimputado se retracte en el acto del juicio oral de sus anteriores declaraciones. En ese caso corresponde al Tribunal valorar la credibilidad de las declaraciones y las razones que se expongan para justificar el cambio de versión; teniendo una especial fuerza la declaración prestada en el acto del juicio oral con plena inmediación.

8. Los testigos tendrán la obligación de comparecer y de declarar durante la celebración del juicio oral lo que supieren sobre lo que les fuese preguntado (arts. 702 y 707 LECrim.). El deber de declarar como testigo, concurriendo ante el Tribunal, alcanza a todas las personas que residan en territorio español y no se hallen impedidas (art. 410, 707 LECrim.) (A salvo de las excepciones previstas en la LECrim., véase a ese respecto Cap. X). Este deber se ha reforzado notablemente en la Ley 38/2002, al establecer unas multas de importante cuantía: de 200 a 5.000 euros, con el aperi-

nal, y permanecerán, hasta que sean llamados a declarar, aislados de los demás testigos que ya hubiesen declarado, y de cualquier otra persona (art. 704 LECrim.)⁹. Cuando se infrinja este precepto —v.g. siempre que se suspende el juicio oral, o cuando un testigo penetra en la Sala por no haber sido previamente advertido— deberá ponerse en conocimiento de las partes y, posteriormente, valorado por el Tribunal¹⁰.

Cuando alguno o todos los testigos tanto de la defensa como de la acusación no comparezcan, el Tribunal podrá acordar la suspensión del juicio oral de conformidad con el criterio de necesidad de la prueba. Cuando no existan posibilidades de que el testigo comparezca, cabe reemplazar esta prueba por la lectura de las diligencias sumariales en los términos previstos en el art. 730 LECrim.

El testigo mayor de 14 años prestará juramento o promesa de decir verdad (art. 706 LECrim.). El interrogatorio se iniciará manifestando el testigo las circunstancias acerca de su nombre, edad, estado y profesión, y su relación de parentesco, amistad o cualquier otra con el procesado o las partes (art. 436 LECrim.). A continuación la parte que lo hubiere presentado le realizará las preguntas que considere oportunas, respecto a los hechos objeto del juicio. Cuando el testigo no conozca el castellano ni, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma el Tribunal, por medio de providencia, podrá habilitar como intérprete a cualquier persona concedora de la lengua de que se trate, exigiéndosele juramento o promesa de fiel traducción. En el acta constarán los textos en el idioma original y su traducción al idioma oficial, y

bimiento de ser perseguido en el caso de comparecer como reo del delito de obstrucción a la justicia (véanse arts. 175, 420, y 446 LECrim.). Respecto al deber de declarar en el acto del juicio el testigo que se niegue a declarar incurrirá en multa de 200 a 5.000 euros que se impondrán en el acto (art. 716.1 LECrim.).

9. También cabe la posibilidad, cuando la declaración del testigo incomparecido por imposibilidad fuese importante para la averiguación de la verdad, que el Tribunal se constituya (con uno de sus miembros) en la residencia del testigo para que las partes le puedan realizar las preguntas oportunas. El secretario extenderá diligencia de la práctica de la prueba, haciendo constar las preguntas, repreguntas, contestaciones, e incidentes suscitados en el acto (art. 718 LECrim.). Si el testigo imposibilitado de asistir no tuviere la residencia en el lugar del juicio, se librárá exhorto para que se practique la prueba ante el Juez correspondiente (art. 719 LECrim.).

10. Sin embargo, su infracción no comporta una nulidad radical de la prueba. Por tanto, se debe interpretar que el citado precepto no establece una norma prohibitiva, sino que constituye una norma legal de contenido cautelar, cuya infracción no produce otra carga o perjuicio que una posible disminución de la credibilidad del testimonio.

será firmada también por el intérprete. En los mismos casos del apartado anterior, si la persona fuere sorda, se nombrará al intérprete de lengua de signos adecuado por cuyo conducto se harán las preguntas y se recibirán las contestaciones. De las actuaciones que se practiquen en relación con las personas sordas se levantará la oportuna acta (art. 143 LEC, 442 y 711 LECrim.).

La declaración del testigo se producirá en el acto del plenario con presencia física de aquél, de modo que el acusado y su defensa puedan comprobar su identidad, y orientar el interrogatorio según el modo en el que declare y su estado físico aparente (gestos, alteración, sudor, enrojecimiento, titubeo, movimientos incontrolados). En definitiva, la regla general será la de la confrontación del testigo de cargo con la persona acusada, como consecuencia del derecho de defensa del acusado, a conocer en el acto del juicio público quién y por qué le acusa. Este derecho a un juicio público tiene también trascendencia objetiva, ya que no supone una garantía para todos los ciudadanos.

Pero la publicidad del proceso puede limitarse en determinados supuestos en los que prevalece la necesidad de proteger a la víctima o a los testigos en razón de su especial vulnerabilidad; así como favorecer su colaboración con la justicia. Concretamente, el Tribunal puede adoptar medidas de restricción de la publicidad en el caso de la declaración de testigos protegidos (arts. 2, 3, 4 LO 19/1994), menores (arts. 4 y 9 LO 1/1996, de protección jurídica del menor), o víctimas de delitos de agresión sexual (art. 15.5 Ley 35/1995)¹¹.

11. En estos supuestos el Tribunal puede acordar medidas que impidan o dificulten la identificación visual del testigo, o la confrontación con el acusado, para lo cual son válidas distintas soluciones. Por ejemplo, el empleo de biombo o similares. La protección u ocultación del testigo no impide que su testimonio se someta al principio de contradicción por la defensa del acusado. En consecuencia, no es admisible la declaración testifical prestada por testigos anónimos, o con imposibilidad de contradicción. La medida referente a la declaración del testigo se adoptará de forma motivada, de conformidad con el Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2.^a de 6 octubre de 2000 que se pronunció con referencia a la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado del art. 2.b) de la LO 19/1994, de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales. Pero si la medida se acordara en el acto del juicio oral, tal motivación es bastante con que se refleje en el propio acta del juicio oral, con la amplitud que requiera la situación de peligro (véase STS de 18 diciembre 2001 [RA] 2002, 276)).

El testigo responderá a las preguntas formuladas expresando la razón de su conocimiento de los hechos que, como regla general, deberá ser directo. Ahora bien, la jurisprudencia también admite, con carácter excepcional y subsidiario, el testigo de referencia que será únicamente admisible en defecto de testigos directos. Así, en los supuestos en los que el testigo directo ha fallecido, se encuentra en paradero desconocido, o reside en el extranjero. En ese caso, el testigo de referencia deberá precisar el origen de la noticia, designando con nombre y apellidos o con las señas con que fuere conocida, la persona que le hubiere comunicado los hechos (art. 710 LECrim.).

Se podrá pedir al testigo que reconozca los instrumentos o efectos del delito o cualquier otra pieza de convicción (art. 712 LECrim.); que se someta a un careo con los procesados (art. 713 LECrim.); o que reconozca al acusado en el acto del juicio oral, a los efectos de identificarlo perfectamente. Las demás partes personadas, a la vista de las contestaciones, formularán al testigo las preguntas que consideren oportunas y fueren pertinentes. En el caso que existiesen contradicciones entre la declaración en el plenario y la que prestó en instrucción se podrá solicitar su lectura y el Presidente solicitará al testigo que aclare las diferencias (art. 714 LECrim.). El Tribunal también podrá dirigir a los testigos las preguntas que considere pertinentes en orden al esclarecimiento de los hechos (art. 708 LECrim.). El Presidente del Tribunal no permitirá que el testigo responda las preguntas formuladas de modo capcioso, sugestivo o impertinente. Contra la resolución del Tribunal inadmitiendo una pregunta, podrá interponerse recurso de casación, si se hiciere constar en el acto la oportuna protesta. A este efecto el Secretario consignará en el acta las preguntas que se hubiere prohibido contestar (arts 709, 721 LECrim.).

1.4.4. *Diligencia de Careo.*

La diligencia de careo no es, estrictamente, un medio de prueba, sino un instrumento de contraste de la fiabilidad de otras pruebas, concretamente de la declaración del acusado y de los testigos (art. 713 LECrim.). Esta naturaleza especial determina que su práctica resulte una facultad discrecional del Tribunal, que no es recurrible en casación.

1.4.5. *Informes periciales.*

La Ley sólo dedica tres artículos (arts. 723 a 725 LECrim.) a la regulación de la prueba pericial en fase de juicio oral, por lo que serán de aplicación las normas establecidas en los arts 456 a 485 LECrim., referentes al informe pericial como diligencia sumarial (vid. Cap. X).

El informe pericial se realizará por dos peritos que deberán prestar juramento de proceder bien y fielmente (art. 474 LECrim.). El informe pericial se realizará por un solo perito cuando no hubiere más que uno en el lugar (art. 459 LECrim.), se solicite a un organismo especializado, o se sustancie un procedimiento abreviado (art. 778.1.º LECrim.)¹². Deberán comparecer en el juicio los peritos que hicieron el informe, pero cuando se trate de informes de equipos técnicos, será admisible la ratificación por peritos del citado equipo aunque no fueran los que realizaron la pericia. Sin perjuicio de la parte a impugnar la citada comparecencia.

Los peritos serán examinados juntos, cuando deban declarar sobre unos mismos hechos, y contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (art. 724 LECrim.). Si éstas pretenden reexaminar el material sometido a informe pericial, deberán solicitar, en sus escritos de acusación o calificación, que se incorpore, cuando ello sea posible —caso de documentos—, al juicio oral. Del mismo modo, el art. 725 LECrim. dispone que cuando fuere necesaria la práctica de cualquier reconocimiento éste se realizará en el mismo acto o previa suspensión del juicio oral si no fuera posible.

En el procedimiento abreviado los informes técnicos realizados por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes, en los que conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos al uso, tendrán el carácter de prueba

12. Los peritos podrán ser recusados en los tres días siguientes a la entrega de la lista (en el escrito de calificación), o posteriormente si incurriera en causa de recusación (arts. 662, 663 LECrim.). La vinculación del perito con organismos oficiales no supone por sí una causa de recusación. Éste es el caso de los peritos balísticos de la policía, o de los Inspectores Fiscales de la Agencia Tributaria. Sin perjuicio de que la parte pueda recusar al perito, si hay motivo, o bien solicitar una pericia contradictoria.

documental (art. 788.2 LECrim.). De este modo, estos informes se introducirán y se podrán valorar en el proceso sin necesidad de la ratificación de los peritos en el juicio, sin perjuicio de que la parte a quien interese pueda impugnar el informe y solicitar la personación de los peritos en el juicio¹³.

1.4.6. *Inspección ocular y reconstrucción de hechos.*

La inspección ocular es un medio de prueba supletorio. Cuando no se hubiera realizado antes de la apertura de las sesiones del juicio oral, se practicará en la forma prevista en el art. 727 LECrim. El carácter supletorio de la inspección ocular se pone de manifiesto por la inutilidad de su práctica cuando ya han desaparecido las huellas y vestigios del delito. Por consiguiente, su práctica dependerá de que el Tribunal disponga o no de elementos suficientes para formar un juicio y, conforme a ello, que resulte necesaria y útil¹⁴. Respecto al criterio de utilidad, el TS declara que, en general, resulta inútil la práctica de esta prue-

13. El TS considera que si se ha practicado la pericia en la fase instructora, con resultado conocido por las partes, y no se propone nueva prueba para el juicio oral, cabe entender que su resultado es tácitamente aceptado por las partes. En especial cuando se trata de diligencias periciales realizadas por órganos de carácter público u oficial, que son considerados como actividad probatoria suficiente y bastante para enervar la presunción de inocencia, sin necesidad de ser ratificados en el juicio oral, si las partes no los impugnan (véase la STS 21 de enero de 2002 [RAJ 1321]). Así lo ha establecido el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.ª TS de 21 mayo 1999. Véase sobre prueba preconstituida *infra*.

14. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la prueba de inspección ocular no es de práctica ordinaria en el juicio oral, al colisionar con los principios de publicidad y concentración que inspiran el plenario, por lo que sólo se debe practicar en tal fase cuando las partes no dispongan de ninguna otra posibilidad de llevar al conocimiento del Tribunal los hechos relevantes que sean objeto del proceso. En cualquier caso, para que pueda admitirse esta prueba para el juicio oral será preciso que se justifique la necesidad de practicar esta prueba que supondrá que el Tribunal se constituye en el lugar de los hechos. Es decir, debe exponerse y razonarse qué circunstancia es la que tiene que percibir allí el Tribunal que pueda justificar el traslado fuera de la sala donde el juicio se ha de desarrollar (véase STS de 25 junio 2001 [RAJ 5947]).

ba, una vez concluida la fase de instrucción y transcurrido un determinado período. En ese caso, no cabe ya recoger huellas o vestigios que puedan poner de relieve la forma de comisión, siquiera por vía de hipótesis, de los hechos objeto de acusación. Por otra parte, su realización en el plenario colisiona con los principios de concentración y publicidad que informan de manera decisiva el proceso penal, lo que acentúa su carácter supletorio.

1.4.7. *Prueba documental.*

Los documentos, libros y papeles se incluyen, con otros objetos, entre las piezas de convicción, que el Tribunal examinará por sí mismo, con el fin de contribuir al esclarecimiento de los hechos y averiguación de la verdad (art. 726 LECrim.). Ello sin perjuicio de que se pueda practicar prueba sobre los extremos que se contienen en los documentos. Concretamente cada uno de los documentos señalados como prueba en el escrito de calificación provisional deberá ser leído en el acto del juicio. Sin embargo, en la práctica forense es costumbre usual que el Tribunal pregunte a las partes y éstas tengan: “la documental por reproducida”, lo que supone que el Tribunal deberá valorar los documentos señalados. Este proceder es lícito, contrariamente a lo que sucede en el caso del art. 730 LECrim., con relación a la prueba preconstituida para cuya validez es precisa la lectura del documento. No obstante, en alguna sentencia el TS ha declarado que debe procederse a la lectura de los documentos¹⁵.

15. Al amparo del art. 726 LECrim. también puede el Tribunal valorar diligencias sumariales no reproducidas en el juicio oral, atribuyéndoles naturaleza de prueba documental. Así: informes periciales obrantes en el sumario y no reproducidos en la fase de plenario; la diligencia de reconocimiento en rueda, y fotografías incorporadas, que pueden introducirse en el plenario por la vía del artículo 726 LECrim. (STS de 17 febrero 1995 [RAJ 1184]); o la diligencia de inspección ocular respecto de los hechos que hayan sido percibidos y reseñados por el Juez Instructor. Pero no puede atribuirse naturaleza de prueba documental a aquellos objetos que requieran especiales métodos de interpretación o de diagnóstico los cuales deben someterse al reconocimiento pericial de personas expertas (vid. STS de 27 enero 1993 [RAJ 199]).

1.4.8. *Otros medios de prueba obtenidos por sistemas técnicos.*

La enumeración de los medios de prueba en la LECrim. no debe considerarse como un *numerus clausus*, sino una relación enunciativa, ya que no puede negarse la incorporación de nuevos medios que puedan conducir a la averiguación de la verdad material en el proceso. Las innovaciones tecnológicas que posibilitan la existencia de soportes tales como el cine, vídeo, cinta magnetofónica, fax, informática, etc., deben necesariamente encontrar un cauce probatorio, en la medida que pueden contener hechos de importancia en el proceso que no se pueden desconocer. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado en alguna sentencia que estos nuevos medios de prueba pueden subsumirse en el concepto amplio de documento, en cuanto se trata de un bien mueble apto para su incorporación al proceso. En todo caso, aunque no existen preceptos específicos que avalen su legitimidad, su admisión puede ampararse genéricamente en el art. 230 LOPJ.

El problema que plantea este tipo de pruebas es el de su autenticidad, ya que los soportes fotográficos, magnetofónicos, videográficos, fax, etc., pueden ser manipulados, alterados o falsificados. Ante esta posibilidad, estos soportes pueden someterse a los medios de prueba que la propia LECrim. regula, a los efectos de averiguar su autenticidad (tales como pruebas periciales caligráficas, de sonido, de imagen y fotografía, rueda de voces, etc.). Las pruebas así obtenidas, al igual que las demás previstas en la LECrim., deben ser reproducidas en el acto del juicio oral, bajo los principios de contradicción y defensa, para que puedan valorarse como pruebas directas de cargo. Sin embargo, si esta reproducción no es posible o bien no se realiza, podrá en tales caso el Tribunal valorarla como prueba indirecta o indiciaria, a los efectos de enervar la presunción de inocencia.

1.5. Prueba anticipada y preconstituida. Valor probatorio de las diligencias policiales.

Sólo cabe entender como prueba en el proceso penal la practicada en el juicio oral con las debidas garantías procesales. Los medios de prueba practicados en el plenario no tienen una función correctora y

complementaria de la investigación sumarial, sino que su función es autónoma y sirven para formar la convicción judicial. En consecuencia, el órgano judicial deberá fundar su sentencia, solamente, en las pruebas practicadas en dicha fase procesal (art. 741.1. LECrim.), sin que ningún acto de investigación del sumario pueda ser valorado en la sentencia.

Ahora bien, con carácter excepcional, el Tribunal podrá también valorar como prueba determinados actos sumariales que constituyen prueba anticipada o prueba preconstituida, siempre que observen y reúnan cuatro requisitos: 1.º Material, que se trate de pruebas de imposible reproducción en el juicio oral. 2.º Objetivo, con cumplimiento de todas las garantías legalmente previstas. 3.º Formal, que se incorporen al juicio oral, mediante su lectura –art. 730 LECrim.–, a los efectos de permitir su contradicción por los representantes de las partes, sin que pueda admitirse la fórmula de estilo consistente en “darlas por reproducidas”. Pero, una vez leídas en el acto del juicio oral no se precisará la ratificación o contradicción de las partes para su eficacia, basta únicamente con la posibilidad. 4.º Subjetivo, con intervención del Juez de instrucción y de las partes –arts. 333.1.º, 448.1.º, 449, 476 LECrim.–.

La jurisprudencia no distingue, por lo general entre prueba anticipada y preconstituida. Sin embargo, se trata de dos supuestos distintos.

La prueba anticipada es aquella realizada en la fase de instrucción ante el Juez instructor con la participación del acusado, cuando se prevea razonablemente que no se podrá practicar en el juicio oral. El art. 657 LECrim. dispone que las partes podrán solicitar, en el escrito de calificación, que se practiquen aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa no se puedan practicar en el juicio oral. Algunos supuestos de esta clase de prueba están previstos de modo específico en la Ley¹⁶.

16. Así: a) El art. 448 LECrim. dispone que cuando el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por tener que ausentarse del país, o se temiere por su muerte o incapacidad, el Juez instructor volverá a tomar declaración al testigo en presencia del procesado, de su abogado, del Fiscal, y del querellante, si quisieren asistir al acto. Los intervinientes podrán realizar las repreguntas, estimadas pertinentes, que tengan por conveniente. En la diligencia se consignarán las preguntas y con-

La prueba preconstituida comprende tanto aquellos supuestos que tienen en común la imposibilidad o dificultad de reproducir en el juicio oral cierta clase de diligencias (análisis químicos, pruebas de balística, informes dactiloscópicos, partes médicos, inspecciones oculares, reconstrucciones de hechos, etc.); como aquellas diligencias que aun siendo reproducibles no lo serían en idénticas circunstancias. Estas diligencias se reproducirán en el juicio oral mediante su lectura (art. 730 LECrim.)¹⁷.

Las diligencias policiales no tienen, con carácter general, valor de prueba preconstituida de las diligencias policiales, ya que se realizan sin la intervención judicial. Ello sin perjuicio de que los elementos probatorios que de estas diligencias pudiesen derivarse (ocupación de armas o efectos de un delito, o recogida de muestras o vestigios, por ejemplo), puedan incorporarse al juicio oral mediante uno de los medios de prueba admitidos en nuestro derecho: principalmente la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en el juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación. Es así como la diligencia policial adquirirá virtualidad de medio de prueba inculminatorio.

Ahora bien, estas actuaciones pueden tener, excepcionalmente, valor de prueba preconstituida reproducible en el juicio mediante la lectura de la diligencia, sin necesidad de la comparecencia de los agentes

testaciones del testigo. En el supuesto de inminente muerte del testigo, se procederá a tomarle declaración con urgencia, aunque el procesado no pudiese ser asistido de letrado (art. 447 LECrim.). b) La Ley prevé que cuando la prueba pericial no pueda ser reproducida en el acto del juicio oral las partes personadas podrán concurrir al acto pericial, interviniendo y contradiciendo el informe de los peritos (art. 476 LECrim.).

17. No existe un catálogo de pruebas preconstituidas. Su calificación como tales está basada fundamentalmente en el cumplimiento de unos requisitos elaborados por la Jurisprudencia. En su virtud, podemos distinguir: 1.º Las diligencias de inspección ocular o las referentes al cuerpo del delito. 2.º Un supuesto especial es el de la apreciación de diligencias sumariales reproducidas en el juicio oral. En este caso, el valor probatorio no deviene de la imposibilidad de practicarse la prueba en el plenario, sino de la discordancia entre las declaraciones realizadas durante el sumario y juicio oral. En dicho supuesto, la lectura de los folios sumariales se convierte en la forma de ser incorporados los actos de instrucción al plenario al efecto de su valoración por el Tribunal (arts. 714, 726, 729 y 730 LECrim.).

actuantes, observando los siguientes requisitos: 1.º Que la policía haya actuado por razones de urgencia y necesidad¹⁸. 2.º Que en su práctica se cumplan los requisitos materiales de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión. En todo caso, estas diligencias policiales –o actos de constancia– deben ser introducidas en el juicio oral mediante su lectura, como prueba documental a los efectos de su posible contradicción por las partes¹⁹.

18. El requisito de “estricta urgencia y necesidad” no constituye, en realidad, un presupuesto de legalidad, o de constitucionalidad, de las diligencias policiales de investigación o de prevención de los hechos delictivos, que sólo requieren el cumplimiento de los requisitos materiales de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la indefensión, sino un presupuesto para la excepcional utilización del acta policial como prueba de cargo.

19. El Tribunal Supremo, de forma unánime y reiterada, ha ido complementando este criterio, distinguiendo en la actualidad en los atestados tres clases de actuaciones: a) declaraciones de los procesados o testigos, e identificaciones en rueda: gozarán del mero valor de denuncia; b) dictámenes o informes emitidos por gabinetes policiales: tendrán el de prueba pericial si se ratifican en el juicio oral; y c) diligencias objetivas, no reproducibles en el juicio oral, como la ocupación o recuperación de los instrumentos del delito, o los que se hallaran en el transcurso de diligencias de entrada y registro domiciliario practicados con las formalidades legales: tendrán la condición de pruebas, cuando menos a los efectos de constatar la existencia de una actividad probatoria de cargo e incriminatoria apta para enervar la presunción de inocencia. Así sucederá en el caso de las diligencias encaminadas a dejar constancia de una serie de actos que acreditan la preexistencia de los elementos del delito, tales como: croquis, fotografías, instrumentos del delito, resultados de la prueba de alcoholemia, etc. Esta eficacia *probatoria* se les reconoce en virtud de su carácter objetivo y a que se limitan a reflejar una realidad fáctica. También tiene este carácter la intervención de sustancias estupefacientes respecto a la que la Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo ha declarado que basta con que la policía judicial las deposite en el organismo oficial establecido a tal efecto. v.g. los servicios farmacéuticos de la Dirección General de Farmacia o Direcciones Provinciales de Sanidad y Consumo de cada Comunidad Autónoma. La Instrucción 9/1991, de 26 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, que se refiere a algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico de drogas y estupefacientes insta a los fiscales a promover la posibilidad procesal que existe, desde una perspectiva constitucional, de someter los análisis en fase de instrucción a ratificación contradictoria y configurarla como prueba preconstituida y de realización anticipada, que despliega toda su validez si no es impugnada por ninguna de las partes y se trata de una prueba documentada que puede ser examinada por el Tribunal conforme al art. 726 LECrim., siempre que se practique con las garantías necesarias.

1.6. Lectura de diligencias practicadas en la fase de instrucción.

La lectura de los folios donde se documentan las diligencias sumariales tiene dos finalidades: a) poner de manifiesto la contradicción en la que hubiere incurrido el testigo o el acusado en sus declaraciones prestadas en instrucción y en el juicio oral; b) es el modo de introducir en el plenario y hacer valer como prueba, aquéllas diligencias que por causas independientes a la voluntad de las partes no pudieran ser reproducidas en el acto del juicio oral (art. 730 LECrim.); siempre que en su práctica se hayan observado las prescripciones legales y garantías constitucionales, ya que en caso contrario no tendrían relieve alguno²⁰.

De este modo, los actos de instrucción se someten a contradicción, publicidad e inmediación material y se garantizan los principios que rigen el proceso para que puedan tener valor de prueba de cargo.

2. CARGA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA. LA PRUEBA ILÍCITA.

2.1. Carga de la prueba. Prueba sobre prueba a instancia del Tribunal (arts. 708, 729 LECrim.).

En el proceso penal no son de aplicación las normas tradicionales de la carga de la prueba que rigen en el proceso civil, ya que son muy distintos los principios jurídicos que informan ambos procesos. En el proceso penal cada parte deberá probar lo que convenga a sus intereses: a) las partes acusadoras deben justificar la imputación (prueba de cargo), y b) las partes acusadas deberán desvirtuar aquélla (prueba de descargo); teniendo en cuenta el derecho a la presunción de inocencia

20. Este será el modo de introducir como prueba la declaración del testigo, v.g. porque haya fallecido, o no sea posible su localización: se procederá a la lectura de su testimonio en el juicio oral, de acuerdo con el art. 730 LECrim., y será valorado como prueba, sin que ello suponga vulneración o infracción del principio de contradicción.

y su carácter *iuris tantum*, que determina que, en cualquier caso, corresponde a los acusadores la carga de la actividad probatoria²¹.

En consecuencia, bastaría que el acusado se limitara a la negación de los hechos delictivos que se le imputan para que fuera declarado inocente, salvo que los acusadores pudieran probar aquéllos. Pero no es aconsejable esta actitud pasiva del acusado, ya que, posteriormente, no podrá alegar indefensión por la no utilización voluntaria de pruebas de descargo.

La carga de la prueba recae sobre las partes en el proceso penal, en los términos expuestos y supone una necesidad de actuar si se quiere evitar la producción de un perjuicio para el propio interés (art. 728 LECrim.). Sin embargo, el art. 729 LECrim. se constituye en excepción al otorgar al Tribunal la facultad de comprobación de los hechos con base en el impulso probatorio que tiene el Tribunal para la comprobación de los hechos, sin que pueda convertirse en acusador o defensor, a cuyo efecto podrá:

a) Dirigir a los testigos, o peritos, las preguntas que se estimen conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren (art. 708.2 LECrim.); o la lectura y examen de las contradicciones en las que hu-

21. El TC ha expresado las exigencias que la presunción de inocencia comporta en el orden penal: Así 1.º la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos; 2.º sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3.º de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4.º la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración (véase STC 34/1996, de 11 marzo). El TC ha precisado que la apreciación en conciencia de la prueba ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, practicada con las debidas garantías procesales. En este sentido, se considerará prueba de cargo aquélla en que los hechos probados acrediten racionalmente la culpabilidad del acusado. Sólo la existencia de esta prueba de cargo, practicada en el juicio oral, servirá para desvirtuar la presunción de inocencia.

bieren incurrido testigos, peritos, o el acusado, que puede acordar el Tribunal de oficio, ante la pasividad o inadvertencia de las partes (art. 714 LECrim.). Nótese que el art. 708 LECrim., se refiere únicamente a testigos, pero resulta extensible a todos los que declaren ante el Tribunal.

b) Practicar de oficio aquella prueba que considere necesaria para verificar o contrastar las aportadas por las partes, sobre los hechos objeto de calificación, al amparo de la facultad prevista en el art. 729.2.º LECrim.

No se trata de comprobar la existencia de los hechos, sino la prueba practicada sobre los mismos. De modo que lo que no cabe es que el Tribunal aporte nuevas pruebas, suplantando la actividad que en este sentido corresponde a las partes intervinientes en el proceso. Esta actividad probatoria debe dirigirse, especialmente, a comprobar (contraste-verificación) si la prueba sobre los hechos es o no fiable, partiendo del principio de libre valoración de la prueba, previsto en el artículo 741 LECrim., sin afectar al principio de imparcialidad del Tribunal.

2.2. Valoración de la prueba.

El Tribunal apreciará en conciencia las pruebas practicadas y las razones expuestas por las partes y dictará sentencia en los términos fijados en la Ley (arts. 741, 973 LECrim.). En el proceso penal rige, por tanto, el criterio de la libre valoración de la prueba, refrendado de forma genérica en el art. 117 CE, sin perjuicio de su necesaria motivación²². Cuando el hecho probado permita diversas interpretaciones es preciso fundamentar expresamente las razones por las que se condena por un delito con preferencia a otro posible, máxime cuando se elige el que comporta pena más gravosa para el acusado (vid. sobre la sentencia el Cap. XII).

22. A este respecto resulta ilustrativa la STS de 20 julio 2001 (RAJ 4945), en la que se declara que: “todo enjuiciamiento es esencialmente valorativo, y por ello que la admisión de una u otra versión no debe resolverse por el número de testimonios existentes a favor o en contra, porque los testimonios se pesan, no se cuentan”.

El Tribunal valorará la prueba practicada según el principio de inmediación, por lo que prevalece el relato de hechos probados que consta en la sentencia resultado de la prueba directamente percibida por el Tribunal, frente al contenido en el acta. Cuando sobre un punto controvertido se hubieren practicado diversas pruebas con resultado distinto, el Tribunal podrá fundar su fallo en la denominada apreciación conjunta de la prueba, sin quedar vinculado por ninguna de aquéllas en especial. Ahora bien, en ese caso, el Tribunal deberá razonar el resultado de la valoración conjunta de la prueba realizada, ya que en caso contrario se producirá un vacío probatorio que vulnerará el derecho fundamental a la presunción de inocencia²³.

La apreciación en conciencia de la prueba tiene lugar sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo. Sólo la existencia de esta prueba de cargo servirá para desvirtuar la presunción de inocencia. Se considerará prueba directa o de cargo aquélla en que los hechos probados acrediten racionalmente la culpabilidad del acusado.

Ahora bien, no siempre es posible en los procesos penales disponer de prueba de cargo que relacione directamente al acusado con los hechos. Por ello, cuando la prueba no recaer directamente sobre los hechos relevantes y decisivos para la condena del acusado, deberá acudir a la prueba indirecta, o indiciaria circunstancial. Este tipo de prueba se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos del delito perseguido, pero de los que se puede inferir éstos, así como la participación del acusado. Tal certeza se obtiene por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados (indicios) y los que se pretende probar

23. La Audiencia Provincial en sede de recurso de apelación o el Tribunal Supremo en casación pueden controlar la formación de la convicción por el Tribunal inferior. Este control consistirá en verificar la racionalidad del razonamiento, de forma que resulte lógica la convicción del Tribunal de instancia sobre los hechos probados. Con este control se detectarán las infracciones que puedan producirse con relación a las reglas de la lógica, de los principios generales de la experiencia o de conocimientos científicos acertados, con lo que se evita cualquier pronunciamiento arbitrario o absurdo. Esta apreciación deberá recaer sobre una mínima actividad probatoria considerada de cargo, apoyada en la inmediación material del juzgador.

(constitutivos). En el supuesto de que conduzcan, en hipótesis, a distintas conclusiones, deberá el Tribunal razonar la elección de la que estime pertinente. En todo caso, el razonamiento jurídico del Tribunal deberá constar en la motivación de la sentencia.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional así como la del Tribunal Supremo han admitido la validez de la prueba indiciaria en el ámbito del proceso penal, precisando que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Estas exigencias se pueden clasificar distinguiendo entre requisitos formales y materiales²⁴.

La jurisprudencia ha aceptado también como elemento de prueba indirecta la denominada prueba de contraindicios (coartada); que permitirá la

24. Son requisitos formales: “1.º) En la sentencia se deben expresar los hechos base que sirven de fundamento a la inferencia, y los indiciarios que se consideran acreditados. No puede tratarse de meras sospechas derivadas de prueba directa, ya que no cabe deducir un indicio a partir de otro. 2.º) Necesidad de conexión directa de los indicios con los hechos constitutivos del delito y de que la deducción que se efectúe sea lógica. A este efecto, en la sentencia se debe dar cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado. Este razonamiento puede ser sucinto o escueto, pero resulta necesario para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

Son requisitos materiales: 3.º) Necesidad de que no se trate de un hecho indiciario aislado sino de una pluralidad de estos hechos o sucesos de carácter periférico, que: a) estén plenamente acreditados; b) sean plurales, o excepcionalmente único pero de una singular potencia acreditativa; c) sean concomitantes al hecho que se trata de probar; d) estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. 4.º) Necesidad de que con estos hechos indiciarios probados se llegue, por el Tribunal, por medio de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio racional humano, a considerar probados los hechos constitutivos del delito. En consecuencia, se precisa que inducción o inferencia sea razonable. Es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un ‘enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano’ (art. 1253 del CC)” (véase la STS de 21 diciembre 2001 [RAJ 2002, 1213]).

exculpación del acusado siempre que los hechos acreditados en que se fundamenta la coartada sean incompatibles con los hechos que fundamentan la acusación. Pero si el imputado, que carece de carga probatoria para desvirtuar la acusación, introduce en su defensa un hecho nuevo en el proceso, y dicho hecho se reputa falso como consecuencia de la actividad probatoria desarrollada en aquél, este elemento negativo de prueba podrá ser valorado por el Tribunal en contra del acusado. Tal doctrina, explica el propio Tribunal Supremo, obviamente no establece presunción alguna contra el reo, ya que sería anticonstitucional, pero supone un elemento lógico deductivo para analizar los hechos.

2.3. Prueba ilícitamente obtenida.

El tratamiento judicial de la prueba obtenida ilegítimamente se relaciona con la concepción que en cada sistema jurídico se tenga de la relación entre defensa social y derechos fundamentales de la persona. Un primer criterio para determinar si una prueba puede ser admisible y valorable en el juicio es el de su relevancia para la resolución del asunto sometido a juicio. En este caso la prueba resulta admisible sin importar cómo se pueda haber obtenido. Un segundo criterio, obviando el carácter casuístico del criterio anterior, considera necesario ponderar todas las circunstancias e intereses concurrentes con el fin de evitar que la admisión de determinadas pruebas no repercuta en la probidad del juicio. Según este último criterio, proveniente del ámbito de los países del common law, deben prevalecer los derechos fundamentales sobre la obtención de la verdad. En consecuencia, deben inadmitirse aquellas pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales.

En la actualidad, en nuestro entorno jurídico, se asume que la actividad dirigida al esclarecimiento de la verdad no puede desarrollarse sin sujeción a límite alguno, porque ello sería tanto como legitimar actividades de investigación preprocesal que puedan atentar contra valores personales y sociales comúnmente admitidos. Por ello, tanto los medios de investigación como la práctica de las pruebas están sujetos a limitaciones. Esto es así porque se parte de la base de que la búsqueda de la verdad material no tiene un valor tan absoluto que deba sobreponerse, incluso, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

En España la doctrina de prohibición de la prueba ilícita apareció tratada por primera vez en la STC 114/1984, de 29 noviembre. Posteriormente, el art. 11.1 LOPJ reguló esta cuestión estableciendo que: “No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”. Con base en este precepto, son inadmisibles e inútiles las pruebas obtenidas ilegítimamente. Sin embargo, no toda ilicitud en la obtención de la prueba conlleva, necesariamente, su ineficacia. En este sentido, debe distinguirse entre prueba irregular y prueba ilícita.

La prueba irregular es aquélla en cuya obtención o práctica se han infringido preceptos de legalidad ordinaria procesal, cuyo alcance deberá ser valorado por los Tribunales ordinarios. La declaración judicial del carácter irregular de una prueba no arrastra consigo la irregularidad de otros medios de prueba, relacionados con aquélla. Es decir, no contamina necesariamente el resto de los medios de prueba que puedan derivarse de aquélla.

La prueba que provenga directa o indirectamente de una prueba constitucionalmente ilícita por haberse obtenido con violación de derechos fundamentales recibe, sin embargo, distinto tratamiento. Estas pruebas se entiende que han quedado contaminadas. Por tanto, su admisión vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías y al de igualdad de las partes (doctrina anglosajona de los frutos del árbol envenenado). Los supuestos más frecuentes de prueba ilícita tienen lugar en materia de obtención de pruebas obtenidas como consecuencia de registros domiciliarios, intervenciones telefónicas sin autorización judicial; u obtenidas bajo coacción o tortura. En estos supuestos se condiciona la validez de la prueba al respeto de los derechos fundamentales afectados.

Ahora bien, no existirá esta contaminación cuando se trate de pruebas de las que pueda desprenderse una desconexión causal respecto de las pruebas ilícitamente obtenidas.

No hay un momento procesal específico para que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la eventual ilicitud de las pruebas o diligencias de investigación. En términos generales, el pronunciamiento corresponderá al Juez o al Tribunal sentenciador cuando, a la vista de los escritos de acusación y defensa, deba examinar las pruebas propuestas y admitirlas o rechazarlas en función de su pertinencia. Si en ese mo-

mento advierte el origen ilícito de alguna o de algunas de las pruebas propuestas, por haber sido obtenida con violación de derechos o garantías constitucionales, el Juez o Tribunal debe rechazar su admisión, en aplicación del art. 11.1 de la LOPJ. Nótese que el juez instructor está vinculado por la prohibición constitucional de admitir medios de investigación obtenidos con violación de derechos fundamentales. Por consiguiente, debe rechazar su práctica, o declarar su nulidad, de oficio o a instancia de parte.

En el procedimiento abreviado el pronunciamiento puede efectuarse en el inicio del juicio oral, concretamente en el debate o audiencia preliminar a que se refiere el art. 786.2 LECrim. En cualquier caso, la sentencia podrá declarar motivadamente, la nulidad radical de las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales.

3. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

3.1. El derecho constitucional a la presunción de inocencia.

El resultado de la valoración de la prueba puede no ofrecer al Tribunal ningún tipo de duda sobre el enjuiciamiento de los hechos delictivos, ya sea con resultado condenatorio o absolutorio. Ahora bien, puede suceder que la prueba practicada sea insuficiente, o bien se considere inexistente. Cuando se presenten estos supuestos deberá acudir-se a la aplicación del principio de presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2.º CE. Este principio, que ya se contenía en la LECrim., como fundamento del enjuiciamiento penal, ha sido aplicado reiteradamente por el Tribunal Constitucional, con lo que ha pasado de ser un principio general del Derecho que informaba la actividad judicial, para convertirse en un derecho fundamental de aplicación inmediata que vincula a todos los poderes públicos.

La presunción de inocencia, en un sentido lato, puede englobarse dentro del principio por el cual toda persona es inocente mientras no se demuestre su culpabilidad. Este principio general tiene dos manifestaciones concretas: a) la presunción de inocencia, en sentido estricto-

to, y b) el *in dubio pro reo*. Aunque ambas manifestaciones tienen una finalidad semejante, no pueden ni deben ser asimiladas. La presunción de inocencia va ligada a la prueba como medio y opera cuando se constata una total inexistencia de tales medios de prueba. Por el contrario, el principio de *in dubio pro reo* está relacionado con la prueba como resultado y opera como una norma complementaria de interpretación o valoración de los medios de prueba practicados²⁵.

3.2. Principio de presunción de inocencia.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo han ido perfilando el alcance y ámbito de la presunción de inocencia. Así, con base en la doctrina de ambos Tribunales, la enervación de la presunción de inocencia exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Según el principio de presunción de inocencia, ante la falta de actividad probatoria de cargo, deberá absolverse al acusado. Por tanto, en sentido estricto, la presunción de inocencia presupone la ausencia de medios de prueba (carencia de una mínima actividad probatoria). La prueba capaz de enervar la presunción de inocencia comprende dos cuestiones de naturaleza fáctica: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado. La culpabilidad debe entenderse desde la perspectiva de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal. Ambas cuestio-

25. La presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* tienen una entidad y significado distinto aunque, en algunos casos, puedan existir líneas de confluencia que permitan llegar a razonamientos semejantes al analizar la concurrencia de uno y otro. La presunción de inocencia entra en juego con toda su plenitud en los casos en que no existe o no se ha practicado una actividad probatoria de cargo en legal forma y con entidad suficiente para sustentar la tesis acusatoria. El principio *in dubio pro reo* es un principio general de derecho que refleja el espíritu liberal que informa la redacción originaria de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y se convierte en una regla interpretativa de obligada observancia que debe estar presente en todos los razonamientos que sirven para formar la convicción de la Sala a la vista del resultado de las pruebas practicadas. En cualquier caso, la estimación de cualquiera de ambos principios conduce directamente a la absolución de los acusados.

nes o elementos de enjuiciamiento deben quedar acreditados con base en prueba de cargo suficiente directa o indiciaria, en caso contrario el acusado debe ser absuelto²⁶.

2.º La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación. *A contrario*, no es exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos.

3.º Sólo cabe atribuir el carácter de prueba a la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del Tribunal, con observancia de los principios de contradicción y publicidad. En este sentido, el TC ha declarado que no puede tomarse como prueba lo que legalmente no tenga carácter de tal. Esta cuestión se vincula al derecho de defensa del acusado y a un proceso público con todas las garantías, reconocidos en el art. 24.2 CE. Estos derechos se traducen, en la legalidad vigente, en los principios de oralidad, intermediación y contradicción, que rigen en el proceso penal, reflejados, entre otros, en el art. 741 LECrim. Sin perjuicio de los supuestos de prueba preconstituida y anticipada.

4.º En principio, la única prueba apta para enervar la presunción es la de cargo, normalmente realizada en el acto de juicio oral. Pero, en defecto de la anterior se admite que la prueba indiciaria pueda desvirtuar la presunción de inocencia.

5.º El derecho a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito respecto de hechos o elementos aislados alegados en el pro-

26. Las circunstancias que conforman las eximentes o justificaciones, no quedan incluidas dentro de los criterios referentes a la presunción de inocencia, por pertenecer a la legalidad ordinaria no revisable en vía de amparo. Este criterio explica que la presunción de inocencia en materia de delitos culposos sea de excepcional aplicación. En este tipo de delitos la imputación objetiva de los hechos no suele estar en entredicho, sino que es la imputación subjetiva lo que se cuestiona. Materia ésta que, al entrar dentro del ámbito de la valoración de la prueba, escapa del ámbito de la presunción constitucional. En este sentido, declara el TS que la alegación de la vulneración de la presunción de inocencia en los delitos de imprudencia con vehículos de motor y en otras infracciones culposas resulta insólita y equívoca. Sin embargo, el principio de la presunción de inocencia es aplicable al responsable civil subsidiario, al estar éste legitimado como acusado en el proceso penal y por ello amparado por los principios constitucionales que de modo primordial y directo se refieren a tal proceso.

ceso. Su aplicación sólo podrá tener lugar cuando se refiera al conjunto de toda la actividad probatoria y jurisdiccional (SSTC 105/1983, de 23 noviembre, 4/1986, de 30 enero).

6.º La presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho. Si no estuviera reglada deberá basarse su adopción en juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes (SSTC 108/1984, de 26 noviembre, 64/1989, de 6 abril).

7.º Se admite la extensión de la presunción de inocencia fuera del ámbito penal. Este derecho fundamental no puede entenderse reducido el estricto campo del proceso penal, sino que debe entenderse aplicable a cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la conducta de las personas, de cuya apreciación se derive un resultado sancionador o limitativo de derechos (SSTC 13/1982, de 1 abril, 36/1985, de 8 marzo, 81/1988, de 28 abril).

3.3. Principio *in dubio pro reo*.

El principio de *in dubio pro reo* opera como una norma de interpretación o de apreciación de prueba, en caso de que ésta resultase insuficiente para la condena de los acusados en el proceso. De este modo, cuando el resultado de la prueba dejara dudas en el ánimo o conciencia del Tribunal deberá absolverse a los acusados, en virtud del principio de *in dubio pro reo*. Se trata de aquellos supuestos en los que el órgano juzgador no ha adquirido una certeza plena sobre la existencia o inexistencia de los hechos enjuiciados y, en consecuencia, sobre la responsabilidad penal del acusado. En tales casos, la duda debe beneficiar siempre al imputado como consecuencia de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, haciendo constar en la sentencia, además de los hechos que resulten probados (vid. arts. 142.2, 851.2.º LECrim.; 248.3.º LOPJ), aquellos inciertos sobre los que se funde la sentencia absolutoria.

Ahora bien, para que la duda se resuelva (se deba resolver) en favor del reo esta duda debe existir. Es decir, que este principio no opera cuando el órgano juzgador ha adquirido una certeza plena sobre la

existencia o inexistencia de los hechos enjuiciados y sobre la responsabilidad penal del acusado.

A diferencia de la presunción de inocencia, que supone ausencia de una mínima actividad probatoria de cargo, el principio *in dubio pro reo* se dirige al juzgador como norma de interpretación, para establecer que en aquellos casos en que la prueba practicada le ofreciera duda, proceda a dictar una sentencia absolutoria. El TC ha señalado también la diferencia entre este principio y la presunción de inocencia, declarando que el principio de *in dubio pro reo* queda fuera del marco constitucional de la presunción de inocencia y pertenece a la facultad soberana de enjuiciamiento de los órganos jurisdiccionales. Por su parte, el TS tiene declarado de forma reiterada que no procede revisar en casación la aplicación del principio *in dubio pro reo*, ya que se trata de una cuestión referente a la valoración de la prueba, de la exclusiva competencia del Tribunal de instancia.

3.4. Cauce procesal para alegar la presunción de inocencia ante el Tribunal Supremo en vía casacional y efectos del recurso.

La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que pueda entenderse de cargo y de la que se puede deducir la culpabilidad del acusado. Su protección corresponde a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial, que deben otorgarla por medio de los distintos procesos en que intervengan. La vulneración de este derecho, como la de cualquier otro fundamental previsto en el art. 53.2.º CE, puede denunciarse ante el Tribunal Constitucional en vía de amparo, una vez agotados infructuosamente todos los recursos utilizables ante la vía jurisdiccional.

La vulneración de la presunción de inocencia se alegará en apelación con base en los motivos previstos en el art. 790.2 LECrim., ya sea con base en el error en la apreciación de la prueba o por infracción de precepto constitucional. En vía casacional podrá alegarse con base en el art. 5.4.º LOPJ, según autoriza el art. 852 LECrim., según nueva redacción dada por la Disposición Final 12.ª LEC, que establece que: “En

todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en infracción de precepto constitucional”. La doctrina jurisprudencial del TS ha entendido que, por medio de la alegación en casación de la infracción de un precepto constitucional, por la vía del art. 5.4.º LOPJ, se ha abierto un nuevo cauce casacional, independiente de los previstos en el art. 847 LECrim. (infracción de ley y quebrantamiento de forma) (vid. sobre los motivos casacionales Cap. XIII)²⁷. Corresponderá al TC estimar la existencia de indefensión cuando se utilice la vía del recurso de amparo. Esta estimación deberá hacerse mediante un control o juicio externo que debe limitarse a examinar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (véase STC 157/1998, de 28 de septiembre). Sin entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso, y respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de instancia (de acuerdo con el art. 741 LECrim.).

Al conocer de este recurso el TS deberá realizar un juicio sobre la prueba practicada al efecto de comprobar la existencia del hecho que fundamenta la condena. Es decir si la condena se ha basado en prueba de cargo apta para enervar la presunción de inocencia. Pero sin que el TS pueda revisar la valoración de las pruebas directas que es potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente, según preceptúa el art. 741 de la LECrim. con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración, véase STS de 21 diciembre 2001 [RAJ 2002, 1806].

27. No se admitirá el recurso de casación que invoque la vulneración de la presunción de inocencia cuando: a) No se haya anunciado aquella vulneración en la fase de preparación del recurso, ya que supone la infracción del art. 855.1.º LECrim., dando lugar a la causa de inadmisión prevista en el art. 884.4.º. b) No se alegue, al desarrollar el motivo en el escrito de interposición, un vacío o ausencia de prueba de cargo, sino una disconformidad en la valoración de la prueba obrante en autos, ya que se incurrirá en la causa de inadmisión prevista en el art. 884.3.º LECrim. c) No cabe impugnar denunciando infracción del principio de presunción de inocencia la inferencia llevada a cabo por el Tribunal de instancia. Es decir, la estructura lógica o hilo conductor del razonamiento (inferencia), ya que tiene que ver con el elemento subjetivo del tipo penal. Esta cuestión, en su caso, será revisable en casación por la vía de un motivo por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim.

Los efectos de la estimación del recurso de casación autónomo fundado en la vulneración de algún precepto constitucional, interpuesto al amparo del art. 5.4.º LOPJ, serán distintos según se trate de la infracción de la presunción de inocencia, entendida en sentido estricto, es decir, cuando exista ausencia total de prueba de cargo en el proceso o bien se trate de algún otro precepto constitucional, que impida una correcta valoración de la prueba que implique indefensión en el acusado (falta de práctica de prueba). En el primer supuesto, de presunción de inocencia por falta total de prueba, el Tribunal Supremo deberá casar la sentencia recurrida y dictar una nueva decretando la absolución del condenado. En el segundo supuesto, dictará sentencia anulando la de instancia y mandará retrotraer el proceso al momento en el que se cometió la infracción, para que el Tribunal de instancia vuelva a sustanciarlo, practicando prueba, y dicte nueva sentencia con arreglo a derecho. Se justifica esta doctrina basándose en evitar, en el primer supuesto, una duplicidad procesal de pronunciamientos jurisdiccionales contraria a una justicia sin dilaciones indebidas.

CAPÍTULO XII

SENTENCIA Y COSA JUZGADA

1. FORMA Y CONTENIDO DE LA SENTENCIA.

La sentencia es la resolución judicial que resuelve de forma definitiva el proceso penal condenando o absolviendo a los procesados y decidiendo, en su caso, sobre la responsabilidad civil [arts. 218 LEC, 245.1.c) LOPJ y 141, 742 LECrim.]. Puede definirse como: “El acto procesal del órgano jurisdiccional consistente en la emisión de un juicio sobre las peticiones punitivas y de resarcimiento solicitadas por las partes, de conformidad con el Derecho material, y la declaración de voluntad sobre estas mismas peticiones, como medio para ejercitar el derecho de penar o no del Estado contra el acusado”.

Las normas sobre resoluciones judiciales se contienen en la LEC (arts. 194 a 224 LEC, excepto el art. 214 LEC que no está en vigor), que ha derogado tácitamente a las normas de la LOPJ. En cualquier caso, a falta de una derogación expresa de las normas de la LOPJ éstas se citan oportunamente, teniendo en cuenta que el contenido de ambas regulaciones es análogo, con la diferencia de que la regulación de la LEC es más detallada que la de la LOPJ.

Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo (art. 142 LECrim., 209 LEC). Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten –art. 204 LEC, 248.3.º LOPJ–. En

este último caso, si disintiera de la mayoría, el Magistrado podrá formular voto particular (art. 205 LEC, art. 260 LOPJ). También podrán dictarse *in voce*, según establece el art. 245.2 LOPJ, y 210 LEC a *sensu contrario*. Esta posibilidad está prevista en el art. 799.2 LECrim. que dispone que, en sede de procedimiento abreviado, el Juez de lo Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla. Del mismo modo, se prevé esta posibilidad en el juicio de faltas (art. 973 LECrim.). En el resto de supuestos, la sentencia se formulará, dentro del plazo establecido por la Ley, por escrito que contendrá los elementos citados.

En el encabezamiento se hará constar el lugar y la fecha en que se dictare, los hechos que hubieren dado lugar a la formación de la causa, la identificación de las partes con expresión de nombre, edad, estado civil, domicilio, etc.; y, finalmente, el nombre y apellidos del Magistrado ponente. Tras el encabezamiento, se formularán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho numerados y separados (arts. 209.2 LEC y 248.3 LOPJ). En éstos se expresarán las calificaciones de las partes y sus peticiones, así como si el Tribunal ha hecho, en su caso, uso de la facultad prevista en el art. 788.3 en relación con el art. 789.3 LECrim. (o en el art. 733 LECrim., si se trata de un proceso por delitos graves) (véanse sobre la sentencia en el procedimiento abreviado § 5 Cap. XIV y § 4 Cap. XVII sobre planteamiento de la tesis en el procedimiento por delitos graves).

Los hechos probados se podrán consignar en uno o varios párrafos, estableciendo con claridad y precisión los antecedentes del caso, de su ejecución, partícipes, móvil y circunstancias, así como cuantos datos puedan servir para valorar jurídicamente los hechos narrados¹. No debe incluirse en el relato fáctico conceptos jurídicos, que se refieran a la calificación jurídica y, por tanto, de alguna manera predeterminantes del fallo. Justamente, la asepsia del relato de hechos probados debe ser completado con las valoraciones jurídicas pertinentes en los fundamentos de derecho, con expresión de las deducciones e inferencias ne-

1. El Tribunal no está condicionado para realizar el relato de hechos probados por el contenido del Acta, que puede contener omisiones, sino que es el Tribunal el que debe valorar la prueba directamente inmediada para dar por probados los hechos.

cesarias respecto de los hechos para subsumirlos en unas concretas normas jurídico-penales, que es lo propio de la función de juzgar².

La importancia del relato de hechos probados se halla en que constituye fundamento fáctico necesario para la génesis lógica de la sentencia, que resulta inamovible en sede casacional, no así cuando la sentencia sea apelada, ya que en esa vía de recurso el Tribunal podrá modificar los hechos declarados probados en la sentencia apelada. En vía casacional, el TS ha declarado que la alteración del relato de hechos probados, si bien no imposible, es una cuestión compleja dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Sin embargo, podrá combatirse la motivación fáctica de la sentencia mediante por quebrantamiento de forma en los supuestos previstos en el art. 851 LECrim. El Tribunal Supremo podrá examinar en vía casacional si existen o no las pruebas de donde se han deducido los hechos declarados como probados, pero no la valoración realizada por el Tribunal, siempre que el error se base en documentos y no existan otros elementos probatorios que hayan formado la convicción del Tribunal.

Los fundamentos de Derecho se consignarán también en párrafos numerados y separados. Se recogerán todos los fundamentos doctrinales y legales sobre la calificación de los hechos, la participación de sus autores, circunstancias modificativas y responsabilidad civil, así como las costas³. No será necesario que las sentencias se redacten en los cuatro apartados a que se refiere el art. 142 LECrim., sino que

2. La obligatoriedad de motivación de la sentencia, art. 120.3 CE, incluye la necesaria motivación fáctica respecto al relato de hechos probados. En este sentido, y conforme a lo establecido en el art. 142.2 LECrim., en la sentencia se consignarán los hechos que estuvieran enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados. No puede considerarse motivada aquella sentencia que carece de una expresa declaración de hechos probados. A estos efectos, no basta con consignar cuáles son los hechos no probados, ni siquiera en el supuesto de sentencias absolutorias, sino que la sentencia debe contener la expresión clara y terminante de los hechos que resulten acreditados, excluyéndose los que sean contradictorios entre sí.

3. Aunque, en los fundamentos de derecho puede introducirse, para una mayor inteligencia de los hechos, algún elemento descriptivo que no se fijó en los hechos probados, con el límite de que no pueden emplearse, a este fin, hechos que no hayan sido consignados entre los declarados probados.

bastará que se siga la prelación establecida en el citado precepto. Véase también art. 209.3 LEC.

En los fundamentos de derecho debe contenerse el análisis del resultado de la prueba practicada por la cual el Tribunal ha llegado al convencimiento íntimo de la responsabilidad del acusado o de su inocencia, sin que sea preciso constatar el *iter mental* de los juzgadores. Se persigue con ello facilitar la transparencia de la resolución judicial, erradicar su impenetrabilidad y permitir la revisión en casos de error manifiesto para verificar si el juzgador ha formado su convicción sobre una verdadera prueba de cargo.

Finalmente, en el fallo, como parte esencial de la sentencia, se expresará la declaración de voluntad consistente en condenar o absolver por el delito o faltas, incidentales o no, que se hubiesen producido, y las responsabilidades civiles que fuesen objeto del juicio. Este fallo deberá ajustarse a las peticiones deducidas y, concretamente, será necesario que exista congruencia, o sea, una correlación entre las acusaciones y el fallo pronunciado en la sentencia (*vid. infra*).

En los Tribunales colegiados será precisa la deliberación y votación de la sentencia, según se regula en los arts. 196 y ss. LEC, que dirigirá el presidente y se realizará a puerta cerrada. La deliberación tiene carácter secreto, lo que representa una garantía para el propio Tribunal, que permite evitar que sus miembros se vean presionados externamente en el momento de tomar su decisión, que les posibilita expresar libremente sus opiniones o valoraciones sobre los hechos y que impide consecuencias o juicios externos sobre lo manifestado individualmente por cada Magistrado durante los debates (STC 66/2001, de 17 marzo). La sentencia se citará por mayoría absoluta de votos, y la redactará el Magistrado Ponente. La decisión se adoptará con dos votos de los tres magistrados que componen la Sala (salvo para las sentencias del TS, a las que se refiere el art. 898 LECrim., que requieren cinco magistrados)⁴. En el caso de que no se obtuviere la mayoría de votos sobre cual-

4. El magistrado discrepante puede formular voto particular para discrepar de la decisión adoptada por mayoría que se refleja en la sentencia. El voto particular refleja un problema jurídico planteado en la deliberación y constituye un signo del debate suscitado en la búsqueda de la mejor solución jurídica al caso planteado. Pero,

quiera de los pronunciamientos de la sentencia, se volverá a discutir y votar, y si no se obtuviere acuerdo por mayoría se celebrará nueva vista ante una Sala de discordia constituida por los magistrados que asistieron a la primera vista, aumentado su número en dos magistrados si hubiere sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par, según el orden y las normas establecidas en el art. 202 LEC.

2. MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA.

La motivación de las resoluciones judiciales viene determinada por la vigencia de los principios del Estado de Derecho, que determinan que las decisiones tomadas por los Jueces sean razonadas de tal manera que se excluya la arbitrariedad en su adopción, explicándose mediante los razonamientos precisos en qué forma se aplican las normas vigentes al caso concreto (arts. 218 LEC y 142 LECrim.). En este sentido, el art. 120.3 de la Constitución establece la obligatoriedad de motivar las sentencias, que constituye un derecho que forma parte del de tutela judicial efectiva del art. 24 CE⁵. El deber de motivar las sen-

tiene una eficacia limitada, por lo que no puede prevalecer contra la declaración formulada por la Sala sentenciadora, que es a quien corresponde, privativamente, por unanimidad o mayoría, la facultad de apreciación de las pruebas que le reconoce y confiere el art. 741 de la LECrim. En este sentido, las declaraciones de hecho y de derecho que contenga no enervan, desvirtúan ni contradicen los que, a su vez, contiene la sentencia. Por esa razón, la valoración de los hechos probados no puede ser alterada con base en la valoración hecha por el vocal disidente, sino con base en un documento auténtico a efectos casacionales, valor que no se atribuye al voto particular. El voto particular se puede anunciar en el momento de la votación, o en la firma. Este voto adquirirá la forma de la sentencia, debiéndose formular dentro de las veinticuatro horas siguientes (art. 156.2 LECrim.). Se incorporará al Libro de sentencias y su régimen de publicación será el que tenga la sentencia, pero carecerá del valor y eficacia de aquella (arts. 205 LEC y 260 LOPJ).

5. La motivación, tanto fáctica como jurídica, de las sentencias penales no siempre ha constituido una exigencia en nuestro Derecho. Más al contrario, la prohibición de motivar las sentencias constituía una costumbre con cierto arraigo en los Tribunales castellanos. Concretamente, en la Real Cédula de Carlos III de 23 de junio de 1778 se establecía tal prohibición, lo que era expresión de la arbitrariedad total

tencias se refuerza en el caso de las sentencias penales condenatorias por afectar al derecho a la libertad personal (SSTC 116/1998, de 2 junio; 5/2000, de 17 enero; y 139/2000, de 30 junio).

La exigencia de motivación cumple una doble finalidad. 1) potenciar la seguridad jurídica poniendo de manifiesto que el juzgador no actúa de modo arbitrario y comprobarse cómo se ha dado cumplimiento a la efectiva tutela judicial a la persona a quien la resolución afecte. 2) Una adecuada motivación de la sentencia permite que las partes puedan argumentar sus recursos, y proporciona al órgano jurisdiccional, que deba pronunciarse en vía de recurso, elementos que permitan valorar la legalidad y justicia de la sentencia sometida a recurso (STC 187/2000, de 10 julio).

La motivación de la sentencia se satisface cuando la resolución judicial de manera explícita o implícita, contiene razones o elementos de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Ello incluye los hechos probados, y los fundamentos de derecho. En este sentido, debe atenderse con especial atención a las cuestiones que han conformado el debate procesal; es decir, aquéllas que singularizan el caso concreto, tanto las que estén presentes, expresa o implícitamente en las propias resoluciones recurridas, como las que, no estándolo, constan en el proceso. En este sentido, deben expresarse los elementos básicos a través de los que se pueda observar el *iter* lógico seguido, con explicación razonada del valor que se otorga a la prueba practicada. En cualquier caso, la motivación debe incluir las razones para imponer una pena determinada. Pero no es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión sobre

con que podían actuar los Tribunales de Justicia. No es sino, hasta la promulgación del Código penal de 1848 cuando se establece la obligatoriedad de motivar las sentencias como consecuencia de las nuevas ideas liberales, cuya finalidad, en cierto modo, era la de rendir cuenta, por parte del Poder Judicial y los Jueces, de sus actuaciones no sólo ante los litigantes, sino también ante la sociedad. Se trataba de buscar con la obligatoriedad de la motivación no un puro mandato, sino un mandato racionalmente justificado, que constituyese un testimonio público de la aplicación del Derecho.

la que se pronuncia la resolución judicial. Así, respecto a la prueba practicada, no es preciso que la sentencia extienda su razonamiento deductivo a la valoración de la prueba directa, ya que ésta es conocida por las partes. Sin embargo, sí debe contenerse el razonamiento deductivo respecto de la prueba indirecta o circunstancial. Y, en general, debe exigirse una especial motivación cuando se trata de sentencias de condena, o cuando el Tribunal se aparta de sus precedentes.

La falta de motivación de la sentencia puede ser causa de indefensión, que se puede reclamar por medio de los recursos ordinarios y, en su caso, por el recurso de amparo ante el TC⁶.

3. IMPOSICIÓN DE COSTAS PROCESALES.

Las costas constituyen la porción de gastos procesales, que recae sobre las partes intervinientes en un proceso y tienen su causa en el mismo. Se exceptúan aquellos gastos del proceso que satisface la Administración de Justicia sin repercutir sobre las partes (actos de investigación policial preliminar, gastos por traslado de presos y, en definitiva, el conjunto de medios económicos necesarios para llevar a cabo la función jurisdiccional).

6. En este supuesto cuando el Tribunal que conozca en vía de recurso acoja el motivo, se plantea el problema de cuál debe ser la consecuencia jurídica de tal apreciación. Sobre este particular, algunas sentencias del TS han considerado que se debe declarar la nulidad de la sentencia, con un nuevo pronunciamiento del Tribunal superior; todo ello en aras del principio de economía procesal y para evitar dilaciones indebidas (véase v.g. STS de 3 octubre 1995 [RAJ 7589]). Aunque otras sentencias sostienen que declarada la nulidad de la sentencia, deben retrotraerse las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia a fin de que se emita otra conforme al derecho (véase, v.g. STS de 28 febrero 1991 [RAJ 1563]). En último término, atendiendo a un criterio más matizado, otra línea jurisprudencial considera que cabe la subsanación únicamente en los supuestos en los cuales no se aprecie una ausencia absoluta de motivación. El supuesto contrario, de falta absoluta, conlleva ineludiblemente la nulidad de las actuaciones y la reposición al momento de dictarse sentencia (STS de 6 marzo 1995 [La Ley, 1995, 14379]).

Las costas incluyen los derechos e indemnizaciones ocasionados por las actuaciones judiciales e integrados en el art. 241 LECrim., que consistirán en: 1.º El reintegro del papel sellado empleado en la causa. 2.º El pago de los derechos de Arancel. 3.º El pago de los honorarios devengados por los abogados, procuradores, y peritos. Se incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos solo perseguibles a instancia de parte. 4.º El pago de las indemnizaciones correspondientes a los testigos, que las hubiesen reclamado y el pago de los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa.

El art. 239 LECrim. exige, expresamente, que las resoluciones judiciales contengan pronunciamiento en costas, que puede tener el siguiente contenido: 1) Declarándolas de oficio, cuando no existan motivos para condenar en costas ni a los procesados, ni al querellante particular ni, en su caso, al actor civil (art. 240.1.º LECrim.). En este supuesto, es el Estado quien asume el pago de todos los gastos que se incluyan en la tasación, a excepción de los honorarios de Abogados y derechos de Procuradores, que serán satisfechos por las partes que hayan obtenido sus servicios profesionales. 2) Condenando al procesado al pago de las costas, siempre que sea criminalmente responsable del delito o falta (art. 123 CP), o a los terceros civilmente responsables, sin que puedan imponerse las costas a los procesados absueltos (art. 240.2.º LECrim.). Si hubiere varios condenados se procederá a distribuir las costas entre aquéllos, y se señalará a cada uno la parte proporcional de que deba responder. La proporción deberá guardar relación con los delitos por los que la persona ha resultado condenada, respecto de los que era acusada, y dividiendo el importe por el número de responsables. 3) Imponiéndolas al querellante particular o al actor civil, cuando en la sentencia se estime que la interposición de la querrela fue debida a temeridad o a mala fe, o cuando dicha conducta se observa a lo largo del proceso (art. 240.3 LECrim.).

4. ACLARACIÓN Y COMPLEMENTO DE LAS SENTENCIAS.

Las sentencias una vez firmadas no podrán ser variadas por el Tribunal que la hubiere dictado, ya que, únicamente, podrán ser modificadas por medio de la interposición de recursos previstos en la Ley.

Pero este principio no tiene carácter absoluto, ya que por medio del incidente de aclaración de sentencias se podrá: “*aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan*” (arts. 267 LOPJ y 161 LECrim.). Pueden ser objeto de aclaración las sentencias y los autos definitivos. Están legitimados para solicitar la aclaración las partes o el Ministerio Fiscal, e incluso realizarse de oficio. En cualquier caso, la aclaración deberá solicitarse o acordarse dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución. Cuando se solicitara a instancia de parte el órgano jurisdiccional resolverá dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración. Sin embargo, tratándose de errores materiales manifiestos o aritméticos, podrán ser corregidos en cualquier momento—art. 267 LOPJ—.

El incidente de aclaración de sentencia no puede identificarse con un recurso, ya que no se impugna ninguna resolución, limitándose a una función simplemente correctora de la propia resolución. Por esa razón, no puede utilizarse la aclaración de sentencia, para alterar el contenido de ésta, introduciendo alteraciones sustanciales. Así, no se pueden realizar alteraciones de fondo, ni la rectificación de errores de derecho, o el pronunciamiento sobre costas. Sí admite corregir los errores materiales y manifiestos que pueden rectificarse en cualquier momento. Así, las equivocaciones mecanográficas o de ordenador, o la laguna consistente en haber omitido el lugar o la fecha en que los hechos ocurrieron o, en general, aquellas omisiones en la redacción o transcripción del fallo, que puedan deducirse del texto de la propia sentencia. El límite de la aclaración de sentencias debe situarse, en términos del buen sentido, en el supuesto de que por esta vía se realicen alteraciones fundamentales o de fondo, como las que suponen la fundamentación y calificación jurídica, el resultado de la prueba, o el sentido del fallo.

De este modo, se garantiza la seguridad jurídica mediante la invariabilidad de las sentencias, pero se imposibilita la corrección de errores manifiestos en los que hubiere incurrido el Tribunal cuando aquellos excedan de los límites señalados. Por ejemplo, ante la omisión de un pronunciamiento expresamente solicitado y omitido por error. En estos casos no es posible obtener tutela mediante el incidente de corrección de sentencia. Sin embargo, para estos supuestos los arts. 267.4 a 8 LOPJ y 215 LEC prevén una importante novedad en orden a la

subsanación y complemento de sentencias y autos defectuosos o incompletos.

A este efecto, en el caso de defectos que fuere necesario remediar para llevar a efecto dichas resoluciones podrán realizarse conforme a los plazos y modos previstos para la aclaración de sentencias –art. 267.4 LOPJ–. Cuando se trate de omisión de pronunciamiento, podrán ser subsanados de oficio o a instancia de parte (art. 267.5 LOPJ), en el plazo de cinco días y resueltos por el Tribunal, previo traslado a las demás partes, por auto, que será recurrible mediante los recursos que procedan contra la sentencia o auto que hubiera sido objeto de modificación. En este supuesto no sólo se produce una aclaración o rectificación de errores materiales sino de completar omisiones de la sentencia siempre que la omisión fuere manifiesta y se trate de pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso.

5. LA CONGRUENCIA PROCESAL DE LA SENTENCIA PENAL CON LA ACUSACIÓN.

La sentencia penal debe ser congruente con la acusación efectuada en los escritos de calificación. Así, la congruencia procesal se determina por una parte por la sentencia y, por otra, por la acusación ejercitada frente al inculpado –identidad subjetiva– a quien se atribuye la comisión de un hecho punible –identidad objetiva–.

El término de comparación, a efectos de congruencia procesal, se establece entre el escrito de conclusiones definitivas, que es el verdadero instrumento procesal de la acusación, y la sentencia que contendrá los hechos que se declaren probados y la calificación jurídica e impondrá la pena que corresponda. Por su parte, la necesaria correlación entre acusación y sentencia está directamente relacionada con el derecho a ser informado de la acusación y el derecho de defensa. A estos efectos, deberá tenerse en cuenta la identidad del inculpado –identidad subjetiva– y el hecho punible –identidad objetiva– que figuren en la acusación y los que resulten en la sentencia.

El primer término de comparación, a efectos de congruencia procesal, son las calificaciones finales de las partes que se concretan al fi-

nal del juicio oral. Sin embargo, esas calificaciones no pueden significar una modificación esencial de los términos del debate procesal, ya que, de otro modo, se estaría acusando y el Tribunal decidiría sobre aquello de lo que no se pudo defender el acusado.

El segundo término de comparación es la sentencia que deberá ser congruente con las peticiones de las partes debidamente formuladas, de modo que el Tribunal ha de limitar su cognición a los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. En el supuesto de exceder de tales límites la incongruencia de la sentencia podría producir, en su caso, indefensión al acusado que no habría tenido oportunidad para alegar y probar en contra de aquello por lo que antes no había sido acusado.

La sentencia se pronunciará sobre los hechos objeto de acusación, según resulten probados o no, que hagan posible la subsunción del hecho en la norma jurídica. En este sentido, la vinculación exigida por el principio acusatorio se extiende a los hechos y a la calificación jurídica. De éstos el elemento menos flexible son los hechos objeto de la acusación, y en definitiva del juicio, que no pueden ser alterados, de modo que en la sentencia no se puede contener un relato de hechos que configure un delito distinto o agraven la responsabilidad del acusado⁷.

La calificación jurídica debe ajustarse a la acusación y la condena, en aplicación del principio acusatorio. En su virtud el Tribunal sentenciador no puede calificar los hechos de forma distinta a la establecida por las partes en sus calificaciones definitivas. De esta premisa se deduce que el Tribunal no puede penar por infracciones por las que no se ha acusado, ni por un delito distinto o más grave que el que ha sido

7. Pero no se exige una exacta correlación entre los hechos imputados y los declarados probados que fundamentan la condena. A este respecto, la Sala de instancia puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, de conformidad con las pruebas practicadas en el juicio, siempre que no impliquen cambio de calificación o agravación penológica. De este modo, no es exigible que la exposición fáctica sea exhaustiva; ni tampoco una identidad matemática entre la sentencia y la acusación. De este modo, las posibles divergencias entre extremos fácticos no sustanciales no vulneran el principio acusatorio y de congruencia, siempre que exista una coincidencia básica entre la acusación y los hechos acreditados en la sentencia.

objeto de acusación. Tampoco le es posible apreciar circunstancia agravante, atenuante o eximente alguna, que no hubiera sido alegada por las partes. Pero se ha admitido que el Tribunal pueda apreciar circunstancias, derivadas de los hechos probados, en beneficio del acusado, aunque no la hubiere alegado el propio interesado.

Ahora bien, no se exige una exacta correlación entre la imputación y la condena, sino que el Tribunal podrá dictar sentencia apartándose de los exactos términos de la acusación en los siguientes supuestos:

1) Cuando haga uso de la facultad del art. 733 LECrim., ó 789.3 LECrim. y la acusación asuma el planteamiento expuesto⁸.

2) El delito calificado por la acusación y el delito calificado por la sentencia sean homogéneos, en el sentido de que todos los elementos del segundo estén contenidos en el tipo de delictivo objeto de la acusación, es decir, que en la condena no exista elemento nuevo alguno del que el condenado no haya podido defenderse.

No se vulnerará el principio acusatorio cuando el juzgador condene por un delito distinto del que ha sido objeto de acusación, siempre que aquél sea homogéneo. Sobre este particular el TS ha establecido de forma casuística los supuestos de homogeneidad y heterogeneidad delictual que pueden utilizar los Tribunales, sin necesidad de utilizar la tesis del art. 733 LECrim. Con base en esta jurisprudencia es posible la modificación de las calificaciones jurídicas en los supuestos siguientes: a) Cuando el delito sea de igual o menor gravedad que el referido por las acusaciones⁹. b) Cuando exista identidad del

8. La jurisprudencia señala estas facultades como una excepción a la vinculación del Tribunal al principio acusatorio. Sin embargo, no es así en puridad. Nótese que asumida por las partes la tesis planteada por el Tribunal y formulada en su correspondiente escrito de conclusiones definitivas el Tribunal puede condenar con base en la petición de las partes, sin que pueda apreciarse vulneración alguna de la congruencia o del principio acusatorio, en sentido estricto. Cuestión distinta es que con independencia que el Tribunal plantee la tesis o el procedimiento del art. 789.3 LECrim. pueda vulnerarse el derecho de defensa del acusado cuando la tesis y la acusación finalmente formuladas no sean sorprendidos, y hayan podido, efectivamente, haber sido objeto del debate y defensa necesarios.

9. La condena por delito distinto no puede comportar una pena más grave, pero aquélla debe entenderse como la prevista respecto al tipo imputado, dentro de la que el Tribunal juzgador puede aplicar la que estima adecuada. Véase el epígrafe siguiente.

hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. d) El delito objeto de la acusación y el delito objeto de la sentencia sean de la misma naturaleza, o bien homogéneos por tratarse de tipos penales cuyo supuesto fáctico sea sustancialmente el mismo¹⁰. d) Todos los elementos fácticos del segundo tipo aplicado por el juzgador deberán estar contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación.

3) El Tribunal sentenciador, con base en el principio de legalidad, dispone de libertad para individualizar e imponer la pena en los límites de la señalada para el delito objeto de acusación. El fundamento legal se halla en el art. 66 CP que atribuye al Tribunal la individualización concreta de la pena, así como en el art. 851.4 LECrim. que proscribe condenar por un delito más grave, sin hacer referencia a la pena solidada¹¹.

10. De este modo cabe condenar por el mismo delito objeto de acusación (falsificación de documento oficial) pero por una modalidad de falsedad distinta. O delitos de idéntica tipología respecto a los elementos componentes de la acción primaria: robo-hurto; asesinato-homicidio; agresión sexual-abuso sexual. Pero no existe homogeneidad, v.g. entre el delito de robo con fuerza y robo con intimidación cuando en la acusación no se ha incluido la violencia o intimidación que es propia en esa clase de delito (STS de 19 junio 2001 [La Ley n.º 6063]); o entre el delito de estafa objeto de acusación y el delito de apropiación indebida apreciado por el Juzgador (SSTS de 15 febrero 2002 [La Ley 4150]; 21 enero 1997 [RAJ 338]; 28 febrero 1990 [RAJ 2101]; 26 marzo 1988 [RAJ 2102]). Aunque en alguna sentencia se ha admitido la homogeneidad (STS 21 junio 1991 [RAJ 4779]). En conclusión, lo relevante no es tanto la afinidad sistemática y penológica entre las distintas infracciones, sino las diferencias sustantivas en lo que afecta a los elementos objetivos de la acción delictiva. Es decir, lo importante son los hechos, tal y como se expone a continuación. Así, en el supuesto apuntado, mientras que el elemento definitivo de la apropiación indebida es el abuso de confianza del que se vale el sujeto para apropiarse de una cosa cuya posesión legítima ya ostenta; en la estafa lo es el engaño bastante que induce a otro a realizar un acto de disposición patrimonial.

11. Este mismo criterio se aplica a las faltas, aunque, como tiene reconocido el TC, el principio acusatorio debe operar de forma más flexible en este tipo de procesos. Nótese, que las faltas no están sometidas a ningún tipo de graduación, así como que en esta clase de infracciones es imposible apreciar la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (al igual que sucede en los delitos de imprudencia).

Ello implica que el tribunal sentenciador pueda imponer, motivadamente, una pena cuantitativamente más elevada que la solicitada por la acusación. Este criterio resulta criticable, ya que si bien es cierto que el Tribunal puede individualizar la pena, también lo es que el principio acusatorio tiene plena vigencia en el juicio oral y determina que el acusado lo sea de las peticiones de la acusación que se concretan en unos hechos, un delito y una pena concreta. Pues bien, la posibilidad de que el acusado pueda finalmente resultar condenado a una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Fiscal atenta a la seguridad jurídica y al derecho de defensa del acusado que se habrá defendido de una petición concreta de pena, realizando una previsión del resultado final, del que debe excluirse la posibilidad de ser condenado a mayor pena que la que solicita la acusación. Así, por ejemplo el acusado habrá valorado la posibilidad de llegar a una conformidad con la acusación teniendo en cuenta la pena que efectivamente le solicita la acusación. Precisamente atendiendo a las dificultades que plantea esta posibilidad, la jurisprudencia exige una especial motivación de la sentencia que imponga pena mayor a la solicitada por la acusación (véase STS de 15 junio 2000 [RAJ 5262] reseñada *supra*). Incluso, en alguna Sentencia del TC como la 59/2000, de 2 marzo, se entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al imponerse pena mayor a la solicitada por la acusación, aunque por causa de falta de motivación suficiente.

6. CLASES DE INCONGRUENCIA.

La sentencia puede ser incongruente por *extra petita*, *ultra petita* o por omisión de pronunciamiento. En los dos primeros supuestos la sentencia se pronuncia por exceso, más allá del objeto procesal delimitado por las partes en los escritos de acusación definitivos. En el tercer supuesto, se produce la abstención y silencio del órgano judicial, que deja de considerar y pronunciarse sobre las pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, descendiendo a todos y cada uno de los extremos planteados y dando respuesta, positiva o negativa, a los mismos. En cualquier caso, la sentencia afectada por vicio de incongruencia es susceptible de ser impugnada en casación por el cauce previsto en los párrafos 4.º y 3.º del art. 851 LECrim. respectivamente.

La incongruencia *ultra petita* se determina por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º Que la sentencia del órgano jurisdiccional sancione

por un delito más grave que el que haya sido objeto de acusación, a salvo de la facultad individualizadora de los Tribunales. 2.º Que el órgano juzgador no hubiere planteado la tesis, conforme a lo establecido en el art. 733 LECrim., o bien haga uso de la facultad prevista en el art. 789.3º, a fin de que se salvaguarden los principios de contradicción e igualdad de armas y demás garantías procesales. 3.º Que entre los delitos objeto de acusación y de sanción no exista homogeneidad.

Para que pueda apreciarse incongruencia por omisión de pronunciamiento, será necesario que concurran los siguientes requisitos: 1.º Que la omisión o falta de resolución se refiera a pretensiones jurídicas, y no a supuestos de hecho. 2.º Que dichas pretensiones se hayan ejercitado en el período oportuno en forma correcta (escritos de conclusiones provisionales elevadas posteriormente a definitivas, o de conclusiones definitivas). 3.º Que en la resolución no se resuelva sobre alguna pretensión, bien de modo directo por medio de un pronunciamiento expreso, bien de forma indirecta mediante un pronunciamiento implícito. Este último se da cuando la desestimación de una pretensión implica la denegación de otra incompatible.

7. LA COSA JUZGADA PENAL.

La institución de la cosa juzgada tiene dos vertientes, una formal y otra material. La primera produce el efecto de la inimpugnabilidad de las resoluciones judiciales, transcurridos los plazos legales para recurrir. La cosa juzgada material, en cambio, conduce a un efecto vinculatorio de la resolución de fondo (sentencia o auto de sobreseimiento libre) dictada en un proceso respecto de otro.

La cosa juzgada formal se refiere al efecto preclusivo que produce el principio de invariabilidad y firmeza de las resoluciones judiciales respecto al proceso en que éstas se dictan. La finalidad no es otra que garantizar la seguridad y certeza, de modo que transcurridos los plazos legales no se puedan impugnar las resoluciones judiciales referidas, quedando las partes pendientes indefinidamente de su resultado. Aun cuando existen supuestos en los que cede la invulnerabilidad de la sentencia, permitiendo la Ley la revisión de las sentencias injustas, no hace esto sino reafirmar aquel principio de seguridad ya que infringido éste, base de la institución examinada, si concurre alguno de los motivos que puedan dar a lugar a la revisión, carece de sentido que se mantenga la firmeza de una resolución manifiestamente injusta.

La cosa juzgada en su sentido material se relaciona con el principio *non bis in idem* que, según tiene sentado, el TC se fundamenta en los principios de legalidad y tipicidad recogidos en el art. 25.1.º CE, así como con los contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En su formulación práctica la aplicación de este principio proscribire la sanción repetida de una misma conducta, en procedimientos distintos, ya que ello entrañaría una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado¹². De este modo, no puede iniciarse un procedimiento penal sobre el mismo hecho y respecto de la misma persona cuando la causa criminal fue resuelta con anterioridad por sentencia firme o resolución asimilada.

La cosa juzgada opera como una verdadera causa de impunidad semejante a la prescripción, a la amnistía o indulto que, aunque no incluida en el art. 130 CP, se podrá plantear como cuestión de previo pronunciamiento al amparo del art. 666.2 LECrim. en el procedimiento por delitos graves y en el trámite de cuestiones previas en el procedimiento abreviado. En su caso, podrá alegarse en casación por vía del art. 849.1.º LECrim. Para su estimación deben concurrir los siguientes requisitos: a) Existencia de una sentencia o resolución anterior firme. Así, además de la sentencia, los autos firmes de sobreseimiento libre. b) Que haya sido dictada por Tribunal competente por razón de la materia, o sea, que posea jurisdicción y competencia objetiva suficiente para actuar y decidir. c) Identidad subjetiva *—eadem personae—* entre las personas acusadas en ambos procesos, ya que los acusadores son contingentes. En este sentido, a diferencia del proceso civil, una segunda sentencia penal dirigida contra distintas personas no queda impedida por una primera dictada sobre los mismos hechos y otras personas. d) La identidad objetiva *—eadem rei—* en cuanto al hecho enjuiciado, independientemente de su calificación jurídica¹³.

12. La cosa juzgada penal no tiene, como sucede en el proceso civil, efecto positivo (o prejudicial), sino sólo negativo (o preclusivo). La aplicación del efecto positivo en el proceso penal supondría que lo decidido en un proceso penal produciría la vinculación del Tribunal que conociera de un proceso penal posterior, solución que no cabe en el proceso penal en virtud del principio acusatorio.

13. Sobre la identidad objetiva ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional que el principio acusatorio no exige una vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas y a las peticiones de las partes, sino sólo que el hecho enjuiciado sea aquél sobre el que se haya sostenido la acusación, ya que el objeto del proceso penal no es un *crimen* sino un *factum*. De no entenderse así, bastaría modificar la calificación jurídica para excluir la litispendencia y la cosa juzgada.

La sentencia penal también produce efectos respecto a otra clase de procesos. En primer lugar, la sentencia penal condenatoria impide cualquier otra sanción administrativa o laboral sobre los mismos hechos. Pero no siempre es así a la inversa. En segundo lugar, la sentencia penal que decide, definitivamente, la cuestión criminal, no tiene efecto alguno sobre otra posterior civil, ni determina prejudicialmente una segunda sentencia sobre estos mismos hechos contra autores distintos, salvo que la petición de las acusaciones se hubiere desestimado por una causa objetiva. Así, la sentencia absolutoria penal firme no produce efectos ulteriores sobre otra civil, ya que la extinción de la acción penal no conlleva la civil, salvo en el supuesto de que en la sentencia penal absolutoria se declarase que no existió el hecho ilícito –art. 116 LECrim.–, en cuyo caso la cosa juzgada proyecta su función negativa sobre el proceso civil.

CAPÍTULO XIII

RECURSOS Y MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

El recurso constituye una prosecución del proceso y, al tiempo, una revisión del mismo, ya sea por el mismo órgano que dictó la resolución impugnada o por un órgano superior que ha de decidir conforme lo alegado críticamente por las partes, oídas contradictoriamente. De la definición expuesta se deducen dos aspectos básicos del concepto amplio de recurso. Por una parte, se entiende por recurso el acto procesal tendente a provocar del órgano jurisdiccional una nueva resolución, menos gravosa para la parte que provoca la revisión. Por otra, desde un punto de vista procedimental, también se conoce como recurso la totalidad de actos procesales que integran la tramitación de la impugnación.

El derecho a recurrir forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En consecuencia, las causas de inadmisión deben interpretarse restrictivamente, infringiéndose el derecho de acceso al recurso cuando se impida el acceso al mismo por causas no razonables o arbitrarias (vid. SSTC 37/1995, de 7 febrero; 127/1997, de 14 julio; 168/1998, de 21 julio).

Existen distintos criterios para clasificar los recursos. Normalmente, se emplean dos clasificaciones. La primera, parte del tipo de órgano decisor, y distingue entre recursos devolutivos y no devolutivos. Los recursos devolutivos son aquéllos cuya decisión corresponde a un

órgano distinto y superior (“órgano *ad quem*”), al que hubiese dictado la resolución impugnada (“órgano *a quo*”). Tienen este carácter los recursos de apelación, queja y casación. Los recursos no devolutivos son aquellos cuya decisión se atribuye al mismo órgano que dictó la resolución impugnada. Estos recursos son los de reforma y súplica.

Un segundo criterio distingue entre: A) Recursos ordinarios; B) Recursos extraordinarios. Los recursos ordinarios son aquéllos cuya interposición no exige la acreditación de unos motivos tasados en la Ley, sino que existe libertad amplia para su interposición. En consecuencia, el órgano decisor o *ad quem*, puede conocer de los autos con la misma extensión que lo hizo el que dictó la resolución impugnada. Dentro de este grupo pueden incluirse los siguientes recursos: reforma, súplica, apelación y queja. Los recursos extraordinarios, sin embargo, se condicionan a un determinado tipo de resoluciones y a unos motivos de impugnación enumerados taxativamente en la Ley. Es decir, el conocimiento y resolución de estos recursos por el órgano decisor viene limitado a unas determinadas cuestiones. Dentro de este grupo se incluyen: el recurso de casación y el de revisión (éste con las debidas reservas en cuanto a su verdadera naturaleza jurídica, que lo aproxima más a un nuevo proceso que, propiamente, a la de un recurso.).

El recurso se interpondrá por escrito, en papel de oficio, suscrito por Procurador de los Tribunales y autorizado por Abogado. Se debe acompañar al escrito una copia para cada una de las partes comparecidas¹.

El escrito de interposición del recurso debe contener, en general, los siguientes extremos: 1) Juez o Tribunal al que se dirige; 2) nombre del Procurador de los Tribunales y de su representado; 3) datos de identificación del proceso; 4) datos de identificación de la resolución impugnada, señalando al menos la fecha de la misma y la de la notificación; 5) preceptos legales en los que se ampara la pretensión; 6) motivación del recurso y expresión de que la sentencia recurrida es gravosa. En los de apelación, contra sentencias dictadas en primera instancia por Jueces de lo Penal, se detallarán las alegaciones

1. Sin embargo, el detenido podrá impugnar oralmente, en el momento en que se le notifique el auto que eleva la detención a prisión (art. 501 LECrim.). También pueden formalizarse oralmente las apelaciones en los juicios de faltas (art. 13 Decreto de 21 de noviembre de 1952).

sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción del precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación. En el de casación por error de hecho en la apreciación de prueba, los contenidos íntegros de los particulares de los documentos que demuestren el error; 7) petición de que se admita, se tramite y se resuelva, concretando el contenido de la nueva resolución que se solicita; 8) fecha de presentación y firmas.

Respecto a los plazos, en la LECrim. no se contiene precepto expreso sobre su cómputo. Por tanto, salvo norma expresa en contrario, éstos se computarán, con alguna excepción, con arreglo a lo dispuesto en el Código Civil (art. 5.1 CC), por remisión del art. 185.1 LOPJ². Así, el cómputo del plazo para interponer el recurso se inicia el día siguiente al que se ha dictado la resolución³.

Los plazos para la interposición varían según el tipo de recurso. Así, los de reforma y súplica se interponen dentro de los tres días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución o de la última de las notificaciones cuando existan diversos acusados (art. 211 LECrim.). El de apelación por delitos enjuiciados por el procedimiento de sumario y el de casación, dentro de los cinco días (art. 212 LECrim.). En procedimiento abreviado, la apelación contra los autos del Juez de instrucción y de lo Penal, cinco días (art. 766 LECrim.). Las apelaciones contra la sentencia dictada en procedimiento abreviado por el Juez de lo Penal, diez días (art. 790 LECrim.). Por último, en el recurso de queja son de aplicación distintos plazos.

En los recursos devolutivos –reforma y súplica– será órgano competente para conocer el mismo que hubiera dictado la resolución que se impugne. De los recursos no devolutivos –apelación y queja– corres-

2. Pero debe distinguirse según se trate de recursos interpuestos contra decisiones adoptadas en la fase de instrucción, o una vez abierto el juicio oral. En el primer caso, durante la instrucción del sumario, son hábiles todos los días y horas del año, sin necesidad de habilitación especial (arts. 184 LOPJ y 201 LECrim.). En consecuencia, se computan todos los días, hábiles o inhábiles. Sin embargo, en la fase decisoria, o de juicio oral, sólo se computarán los días hábiles. Por tanto, se excluyen los días festivos y los del mes de agosto, excepto para las actuaciones que se declaren urgentes en las Leyes procesales (art. 183 LOPJ).

3. Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente en que se hubiere efectuado el acto de comunicación y caso de que concluya en domingo u otro día inhábil, se entenderán prorrogados hasta el día siguiente (art. 133 LEC).

ponderará conocer al órgano superior. Respecto de los recursos extraordinarios de casación y revisión será órgano competente la Sala 2.^a de lo Penal del Tribunal Supremo. La resolución dictada en vía de recurso puede mantener la que ha sido impugnada, confirmando la anterior; o bien puede dictarse una distinta revocando aquélla. En este último caso, deberán tenerse en cuenta los siguientes límites: 1) Sólo podrán revocarse los pronunciamientos recurridos. Es decir, si el recurso no era contra todos los pronunciamientos de la resolución, sino contra parte de los mismos, la nueva resolución sólo puede modificar aquéllos que hayan sido objeto del recurso. 2) Si se revoca la resolución impugnada, la nueva resolución que se dicte no podrá ser más gravosa que la recurrida. Esta limitación se conoce con el nombre de *reformatio in peius*.

La resolución se notificará a todas las partes comparecidas en el recurso haciéndose constar el recurso que resulte procedente contra la misma en virtud del art. 248.4.º LOPJ. La ausencia de esta indicación denominada instrucción de recursos producirá la nulidad de la notificación en la medida en la que haya podido inducir a error, lo que dependerá de la actitud de la parte y su cualificación profesional.

2. EL RECURSO DE REFORMA.

El recurso de reforma es un medio de impugnación ordinario que procede contra las resoluciones del Juez de instrucción o Juez de lo Penal. Por ser un recurso ordinario el único presupuesto exigible para su interposición es el gravamen o perjuicio que la resolución impugnada causa al recurrente, y el objeto del recurso no es otro que la modificación de la resolución impugnada.

Cabe este recurso contra: todos los autos del Juez de Instrucción (arts. 217 y 787 LECrim.), los autos del Juez de lo Penal que no estén expresamente exceptuados de recurso (art. 766 LECrim.) y las diligencias de ordenación dictadas por el secretario (art. 224 LEC). También contra aquellas resoluciones que, debiendo ser dictadas por auto, fueran resueltas por providencia [arts. 141.1.º y 2.º LECrim. y 245.1 a) y b) LOPJ].

En la práctica forense, se ha admitido que se puedan plantear los recursos de reforma contra todas las resoluciones del instructor. Esta posibilidad se basa en la doctrina general referida al derecho de acceso a los recursos, así como en una interpretación del art. 217 LECrim., que permite que el recurso de reforma se entable contra cualquier resolución del Juez de Instrucción. Sin olvidar que todas las resoluciones sumariales son reformables, en principio, de oficio.

El recurso de reforma deberá interponerse, preceptivamente, con carácter previo al recurso de apelación contra aquellos autos en que la Ley permite expresamente dicho recurso. No obstante, podrán interponerse ambos en un mismo escrito, en cuyo caso el de apelación se propondrá subsidiariamente por si fuere desestimado el de reforma (art. 222.1. LECrim.). En el ámbito del procedimiento abreviado para determinados delitos, regulado en el Título III del Libro IV, el recurso de reforma no es necesario como trámite previo a la apelación, sino que es optativo (art. 766.2 LECrim.).

El recurso de reforma se interpondrá en el plazo de tres días desde el siguiente al de la última notificación de la resolución a los que sean parte en el juicio (art. 211 LECrim.). El recurso se deducirá mediante escrito suscrito por Procurador de los Tribunales y autorizado por Abogado (arts. 221 LECrim.), ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada, que también será competente para su conocimiento, ya que se trata de un recurso no devolutivo (arts. 219 y 220 LECrim.). En el escrito de interposición se incluirá, en su caso, la fundamentación del recurso. La LECrim. no establece cuáles sean los efectos que deban derivarse de la interposición de este recurso. Pero, en la práctica forense el recurso de reforma no suspende la ejecución de lo acordado en la resolución impugnada.

Una vez recibido el escrito con sus correspondientes copias, el Juez dictará providencia, teniendo el recurso por interpuesto en tiempo y forma, y dando traslado del mismo a las demás partes personadas. Estas podrán presentar escritos oponiéndose o apoyando el recurso planteado. El Juez deberá resolver por medio de auto, en el plazo de dos días, a contar de la última entrega de las copias del recurso, hubieren o no presentado escrito las demás partes (art. 222.3.º LECrim.).

3. EL RECURSO DE SÚPLICA.

El recurso de súplica es un recurso no devolutivo que procede contra los autos dictados por los Tribunales colegiados de lo Penal, correspondiendo resolverlo al propio órgano que lo hubiese dictado. Así, cabe el recurso de súplica contra los autos de los Tribunales de lo Penal (Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo), cuando no quepa contra los mismos otro recurso autorizado expresamente en la Ley (arts. 236, 237 LECrim.).

También son susceptibles de recurso de súplica las providencias que tengan el contenido propio de un auto, en los mismos términos y con base en los mismos razonamientos aducidos con relación al recurso de reforma. Sin embargo, no procede recurso de súplica contra las sentencias o autos definitivos de las Audiencias, ya que respecto de estas últimas resoluciones cabrá únicamente el recurso de casación por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice expresamente (art. 848 LECrim.). Tampoco puede interponerse recurso de súplica contra los autos que resuelven, a su vez, otros recursos en segunda instancia.

El recurso de súplica es incompatible con el recurso de queja, ya que una vez resuelto el recurso de súplica contra la resolución denegatoria del mismo no cabrá, en ningún caso, recurso de queja. *A sensu contrario*, no procederá el recurso de súplica cuando quepa interponer recurso de queja contra determinados autos de las Audiencias. En este sentido, la doctrina legal ha entendido que la interposición de un recurso de súplica implica el abandono tácito de la casación por ser recíprocamente incompatibles entre sí.

Los plazos y el procedimiento a seguir en la tramitación de este recurso son comunes con los seguidos para el recurso de reforma (art. 238 LECrim.). En consecuencia, el recurso se interpondrá en tres días (art. 211 LECrim.), según el procedimiento expuesto respecto del recurso de reforma (art. 222.2 y 3 LECrim.). La resolución corresponde al mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución que se impugna. En este supuesto, tratándose de un órgano colegiado, se pasarán los autos al Magistrado ponente, el cual informará a la Sala sobre la conveniencia o no de la estimación del mismo, la cual resolverá en el pla-

zo de dos días (art. 222.3 LECrim.). Contra el auto que resuelve el recurso de súplica, contrariamente que en el recurso de reforma, no cabe recurso alguno, salvo que proceda recurrir en casación.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN.

4.1. Resoluciones impugnables.

La apelación es un recurso ordinario y devolutivo que se puede interponer, en primer lugar, contra resoluciones interlocutorias de los Jueces instructores o de lo Penal⁴. En estos casos, el recurso de apelación cumple una función depuradora de aquellas resoluciones, al permitir la denuncia de las infracciones legales, cuya subsanación contribuya a garantizar la tutela judicial efectiva. En segundo lugar, cabe el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal (o Juez Central) ante la Audiencia Provincial (o la Audiencia Nacional) en el ámbito del procedimiento abreviado; y frente a las sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado. En estos supuestos se abre una segunda instancia, en la que el Tribunal *ad quem* conocerá del proceso sustanciado en la primera con plenitud de facultades (arts. 790 y 846 bis LECrim.).

De estas dos funciones del recurso de apelación, analizaremos la apelación contra resoluciones interlocutorias, que cabe interponer tanto en el procedimiento ordinario por delitos graves, como en el procedimiento abreviado. La diferencia estriba en que en el procedimiento abreviado el recurso de apelación cabe frente a todos los autos, siempre que la Ley no lo excluya expresamente (art. 766 LECrim.), por ejemplo, no cabe recurso de apelación frente al auto de apertura de juicio

4. No cabe interponer recurso de apelación contra las resoluciones dictadas por los Tribunales colegiados. Así, no está previsto en la LECrim. que pueda interponerse este recurso contra los autos de las Audiencias Provinciales ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre integrada. Con base en el mismo criterio debe negarse la posibilidad de interponer recurso de apelación contra los autos del Tribunal Supremo ante la Sala del art. 61 LOPJ de dicho Tribunal o ante la Sala en Pleno.

oral. (783.3 LECrim.). Mientras que en el procedimiento ordinario únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados en la Ley (art. 217 LECrim.).

En el ámbito del procedimiento ordinario por delitos graves el art. 217 LECrim. establece que el recurso de apelación únicamente podrá interponerse en los casos determinados en la Ley. Entre otros supuestos, la LECrim. permite el recurso de apelación en los siguientes preceptos: 25, 32, 78, 128, 311.2.º, 313.2.º, 384.5.º, 517, 529, 596, 830, 975, 976, etc. Sin embargo, esa enumeración no es exhaustiva, ya que la apelación es el medio de impugnación ordinario de las resoluciones del Juez instructor en el sumario y, por tanto, cabe en general contra los autos resolutorios de los recursos de reforma. Esta amplitud y generalidad de la apelación se pone de manifiesto en la propia LECrim., que en su art. 223 establece la necesaria admisión del recurso por el Juez, sin más trámite: “Interpuesto el recurso de apelación, el Juez lo admitirá en uno o en ambos efectos, según sea procedente”. Y en el art. 225, refiriéndose al testimonio a enviar al Tribunal superior en el supuesto de admisión en un solo efecto, señala claramente que se “... mandará sacar testimonio del auto primeramente recurrido de los escritos referentes al recurso de reforma...”.

4.2. Procedimiento.

El recurso se interpondrá ante el propio órgano que ha dictado la resolución que se impugna –“órgano *a quo*”– (arts 219 y 766 LECrim.) y lo resolverá el órgano superior –“órgano *ad quem*”– (art. 220.2 LECrim.), que es la Audiencia Provincial, aunque también cabe que conozca el TS, en los supuestos de causas contra personas aforadas (arts. 224 LECrim. y 57 LOPJ). En el procedimiento por delitos graves el recurso de apelación se interpondrá dentro del plazo de cinco días. Este plazo se contará desde el siguiente al de la última notificación, a los que sean parte en el juicio, de la resolución judicial objeto de recurso (art. 212 LECrim.). El recurso de apelación no podrá interponerse, sino después de haberse ejercitado el de reforma. Pero también se pueden interponer ambos en un mismo escrito. En ese supuesto, el recurso de

apelación se propondrá subsidiariamente, por si fuere desestimado el de reforma (art. 222.1 LECrim.).

En el procedimiento abreviado el recurso deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la resolución que se recurre, con la particularidad de que no es necesario interponer previamente el recurso de reforma, siendo este último meramente optativo –art. 766 LECrim.–. Caso de interponerse el de reforma, el de apelación podrá interponerse subsidiariamente o por separado. El recurso deberá interponerse por escrito motivado, autorizado con firma de Letrado (art. 221 LECrim.), en el que debe contenerse la fundamentación.

El Juez ante el que hubiere interpuesto el recurso lo admitirá en uno o ambos efectos según sea procedente (art. 223 LECrim.). La regla general es la admisión en un solo efecto, admitiéndose en ambos efectos únicamente en los supuestos previstos expresamente en la Ley (art. 217 LECrim.).

En el procedimiento abreviado, la Ley no establece si la admisión será en uno o dos efectos, por lo que deberá aplicarse la normativa general expuesta (art. 217 LECrim.). Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de las resoluciones susceptibles de ser impugnadas en apelación, se admitirá, por lo general, en dos efectos. Por otra parte, hay que tener en cuenta que en el procedimiento abreviado, únicamente cabe recurso de apelación en los supuestos tasados en la Ley. En consecuencia, puede el Juez inadmitirlo si éste se ejercita contra resoluciones contra las que no se admita expresamente. En ese caso, el recurso procedente será el de queja.

Admitido el recurso en un solo efecto, se remitirán al órgano superior, que deba conocer del mismo, los testimonios de particulares procedentes para la sustanciación del recurso, permaneciendo los autos en el Juzgado y prosiguiendo el proceso principal (art. 225 LECrim.). El Juez incluirá, además del testimonio del auto primeramente recurrido y de los escritos referentes al recurso de reforma y del auto apelado, cuantos otros particulares considere necesario incluir. Las partes, dentro de los días siguientes a serle notificada la providencia fijando la expedición del testimonio, pueden solicitar al Juez que se incluyan los particulares que crean procedentes (art. 225.2 LECrim.). El Juez deci-

dirá, sin ulterior recurso, dentro del siguiente día, teniendo siempre presente el carácter reservado del sumario⁵.

Cuando la admisión del recurso sea en ambos efectos, se mandará remitir los autos originales al Tribunal que hubiere de conocer de la apelación y se emplazará a las partes para que se personen ante dicho órgano (art. 224 LECrim.).

Debe distinguirse entre la tramitación del recurso de apelación en el procedimiento ordinario por delitos graves y en el procedimiento abreviado. En el primer caso, el procedimiento de sustanciación del recurso se halla en los arts. 212 y 220 y ss. LECrim. En su virtud, interpuesto y admitido el recurso, en uno o en ambos efectos, se remitirán los autos al Tribunal Superior (*ad quem*), y se emplazará a las partes a comparecer ante el Tribunal superior en diez días (15 si es ante el TS) (art. 224 LECrim.). Si el apelante no se personase en el plazo concedido a tal efecto se declarará, de oficio, desierto el recurso (art. 228 LECrim.). Si el apelante se hubiese personado, el Tribunal, después de dar vista de los autos a él y a las demás partes personadas (por tres días, empezando por el apelante y acabando por el Fiscal [art. 229 LECrim.]), señalará día para la vista, la cual se celebrará asistan o no las partes. La asistencia del Ministerio Fiscal será obligatoria en todas las causas en que éste interviniere. En ningún caso procederá acordar la suspensión de la vista, rechazándose de plano, sin ulterior recurso, cuantas pretensiones de suspensión se formulen (art. 230 LECrim.)⁶. El auto resolutorio de la apelación será comunicado al Juez instructor para que proceda a darle cumplimiento, debiendo el Presidente del Tribunal que hubiera conocido, bajo su responsabilidad, velar por la devolución de los autos al Juez inferior y la comunicación del citado auto resolutorio.

5. La sustanciación del recurso de apelación contra una resolución interlocutoria no impedirá la terminación del sumario. El Juez de instrucción, una vez completado el sumario, dictará auto de conclusión y lo remitirá a la Audiencia competente. En ese supuesto, quedarán en suspenso los trámites del período intermedio, previstos en el art. 627 LECrim., hasta que se resuelvan los recursos de apelación pendientes (art. 622.3.º y 4.º LECrim.).

6. En este sentido, el art. 230.3 LECrim. dispone que el Presidente del Tribunal deberá cuidar de que el recurso sea sustanciado en el plazo más breve posible, estableciendo un plazo máximo de dos meses para la celebración de la vista. Las partes podrán presentar, antes del día de la vista, los documentos que consideren oportunos para justificar sus pretensiones, no siendo admisible otro medio de prueba (art. 231 LECrim.).

En el procedimiento abreviado la principal característica es que la sustanciación del recurso se lleva a cabo por escrito y, por tanto, no existe emplazamiento de las partes ante el Tribunal *ad quem*. El Juez de Instrucción, una vez ha admitido la apelación, pondrá la causa de manifiesto a las demás partes personadas por el plazo común de cinco días, para que, por escrito, puedan alegar lo que estimen conveniente y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones. Transcurrido este plazo se remitirán las actuaciones a la Audiencia correspondiente.

5. EL RECURSO DE QUEJA.

El recurso de queja tiene una doble acepción. En este sentido, el art. 218 LECrim. establece que: “El recurso de queja podrá interponerse contra todos los autos no apelables del Juez, y contra las resoluciones en que se denegare la admisión de un recurso de apelación”. Así, según se deduce de este precepto, el recurso de queja puede ser utilizado para dos fines distintos: a) En el procedimiento por delitos graves como un medio independiente de impugnación para evitar que el Juez de Instrucción se convierta en único árbitro⁷. b) Como un medio de soslayar la negativa del órgano *a quo* a admitir un recurso de apelación o casación.

El recurso de queja se interpondrá directamente ante el Tribunal superior competente (art. 219.2 LECrim.). Este mismo órgano jurisdiccional será el competente para su resolución (art. 220.3. LECrim.). Pero cuando se trate de recurso de queja contra la inadmisión del recurso de casación se interpondrá ante la Audiencia (arts. 862 y ss. LECrim.). El Tribunal dispondrá que se remita copia certificada del auto denegatorio al TS, y mandará emplazar a las partes para que comparezcan ante el Alto Tribunal (art. 863 LECrim.).

7. La Ley expresamente establece que son recurribles en queja: los autos resolutorios del Juez de Instrucción denegando la petición del procesado de pronta terminación del sumario (art. 384 LECrim.); y los autos denegatorios de práctica de diligencias sumariales, propuestas por el Fiscal, cuando éste no estuviese en la misma localidad que el Juez de Instrucción (art. 311 LECrim.). En cualquier caso, el recurso de queja, en el ámbito del procedimiento por delitos graves, no deja de tener un ámbito restringido (vid. ATS de 14 septiembre 1992 [RAJ 7143]). También procede este recurso contra el auto estimatorio del de reforma, cuando produzca gravamen a alguna de las partes del proceso.

Respecto al plazo de interposición, debe distinguirse entre los recursos de queja contra autos no apelables y contra las resoluciones que deniegan la admisión de un recurso de apelación o casación. Para el primer caso la Ley no señala ningún plazo determinado. Así, según establece el art. 213 LECrim., en los casos en que la Ley no señale plazo podrá interponerse en cualquier momento mientras estuviere pendiente la causa; es decir, hasta que se abra el juicio oral. No obstante, los efectos de la resolución de este recurso varían según se interponga o no dentro del plazo fijado para la interposición del recurso de apelación, que establece el art. 212 LECrim. (cinco días desde la notificación de la resolución) de conformidad con el art. 235.2. LECrim.

Con relación al segundo grupo no se establece plazo para interponer el recurso de queja contra las resoluciones que deniegan la admisión de un recurso de apelación, por lo que se aplicará el art. 213 LECrim., según lo expuesto en el apartado anterior. Por el contrario, el art. 862 LECrim. dispone un plazo de dos días para recurrir en queja contra el auto denegatorio del recurso de casación.

La Ley no exige la fundamentación del recurso de queja. Esta posibilidad no supone ningún obstáculo para la resolución del recurso, ya que la queja es un medio de impugnación que persigue un nuevo conocimiento de la resolución gravosa por parte del órgano judicial superior. Por otra parte, nada impide que se pueda fundamentar el recurso en la infracción legal producida por la actividad del órgano instructor.

El recurso de queja, contra resoluciones dictadas por los Jueces de Instrucción o de lo Penal, se sustanciará de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 233 a 235 LECrim., que prevén que una vez se ha interpuesto el recurso de queja, el Tribunal ordenará al Juez que informe en “el corto término que al efecto le señale” sobre la resolución recurrida (art. 233 LECrim.). Seguidamente, se dará traslado al Ministerio Fiscal a fin de que emita dictamen por escrito en el término de tres días, resolviendo el Tribunal lo que estime justo.

Los recursos de queja contra la denegación de la admisión del recurso de apelación o casación se sustanciarán según lo previsto en los arts. 862 y ss. LECrim. En su virtud, el Tribunal remitirá copia certificada del auto denegatorio a la Sala Segunda del TS, mandando emplazar a las partes para que comparezcan ante el alto Tribunal. El auto

que resuelve el recurso de queja no es susceptible de impugnación. En este sentido, el art. 871 LECrim. dispone que contra la decisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resolviendo la queja, no se dará recurso alguno.

El recurso de queja no tiene, en ningún caso, efecto suspensivo. Sin embargo, es preciso distinguir:

1.º) Cuando se hayan recurrido en queja autos no apelables. Deberá distinguirse, a su vez, según el recurso se haya interpuesto dentro del plazo de cinco días, a que alude el art. 212 o bien cuando se haya interpuesto fuera de dicho plazo. En el primer supuesto, la estimación del recurso producirá plenos efectos sobre la resolución impugnada, dictando el órgano *ad quem* una nueva resolución. En este caso, los efectos del recurso se equiparan a los producidos por la interposición de la apelación (art. 235.2. LECrim.). En el segundo supuesto, de acuerdo con el mismo precepto, no podrá afectar al estado de la causa, sin perjuicio de que el Tribunal competente acuerde lo que estime procedente en su día cuando conozca de aquélla (art. 235.2. LECrim.).

2.º) Cuando se haya interpuesto por haber denegado la admisión de un recurso de apelación o de casación. En el primer caso, si el Tribunal Superior estima no ajustada a derecho la citada resolución, revocará aquélla y ordenará al órgano *a quo* la admisión del recurso de apelación, conforme al art. 235.1 LECrim. En el segundo supuesto, establece el art. 870 LECrim. que en los casos en que la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo estime fundada la queja, revocará el auto denegatorio y mandará al órgano *a quo* que expida la certificación de la resolución impugnada. Cuando el recurso de queja no prospere se impondrán las costas al recurrente, estableciéndolo así el art. 870.3.º respecto al recurso de casación.

6. EL RECURSO DE CASACIÓN.

6.1. Introducción.

La casación es un recurso devolutivo y extraordinario, que procede, únicamente, contra las resoluciones establecidas en los arts. 847 y

848 LECrim. y por los motivos previstos en la Ley. A diferencia de la apelación, que tiene por objeto dictar un nuevo fallo a la vista del material aportado en primera instancia y, en su caso, las nuevas pruebas practicadas en la alzada, la casación, inicialmente, sólo tendía a velar por una adecuada aplicación de la Ley sin pretender resolver el caso sometido a enjuiciamiento⁸.

El recurso de casación, según el sentido con que fue implantado en España durante el segundo tercio del siglo XIX, estaba destinado a controlar la correcta aplicación de la Ley, siguiendo el modelo establecido en el Derecho francés. Pero las sucesivas reformas de la casación penal en 1933, 1949, así como la operada por Ley 6/1985, de 27 de marzo, han ido aumentando progresivamente su ámbito. Téngase presente, que en la actualidad no se trata, únicamente, de asegurar –con el recurso de casación– que los Tribunales aplicarán un derecho de nueva implantación –como sucedió inicialmente en el siglo XIX cuando tenía como función el control de la aplicación de la Ley en una función, básicamente, nomofiláctica–, sino que estos Tribunales juzgarán con arreglo a justicia el caso concreto sometido a debate; es decir, el *ius litigationis*. Además, ha surgido una corriente tendente a la supresión de su formalismo –generalizada en el enjuiciamiento civil–, así como a la desaparición de las causas de inadmisión que configuran barreras inútiles para el logro de una justicia adecuada a la realidad social, de conformidad con el principio de tutela efectiva proclamado en el art. 24 CE y art. 11.3.º LOPJ. A este efecto se plantea si cabe la revisión de los hechos declarados como probados, así como de las motivaciones jurídicas en las sentencias dictadas en juicios con instancia única. Esta posibili-

8. La progresiva ampliación de la casación condujo hacia una reforma de este recurso que limitara su utilización, del mismo modo que ocurrió en el enjuiciamiento civil. Esta reforma se operó por la Ley 21/1988, de 19 de julio, y tuvo como finalidad básica la reducción del volumen de trabajo de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo. Para ello introdujo dos nuevos motivos de inadmisión del recurso: a) cuando manifiestamente el recurso carezca de fundamento; b) cuando el Tribunal ya se hubiera pronunciado negativamente de manera previa sobre recursos iguales. Además, se estableció la exigencia de expresa solicitud de vista para que ésta se celebre. La posibilidad de acceso a la casación también se ha reducido sustancialmente con la reforma de la LECrim. por LO 7/1988, de 28 de diciembre, ya que, tras esta modificación legal, únicamente cabe el recurso de casación frente a las sentencias dictadas en única instancia por las Audiencias Provinciales o la Audiencia Nacional, o las Salas penales de los Tribunales Superiores de Justicia.

dad acentúa la separación entre la regulación actual de la casación y sus orígenes históricos. Sin embargo, esta configuración es acertada, ya que, en definitiva, el carácter público de la casación y el interés político para el Estado en el logro de una interpretación uniforme de la Ley, debe alcanzar a todo el silogismo judicial que constituye la sentencia, sin que esta revisión total de la resolución judicial atente contra el principio de libre apreciación de la prueba por el Juzgador de instancia, que sigue subsistiendo en el enjuiciamiento criminal.

El recurso de casación, por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, procede contra:

a) Todas las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia (art. 847 LECrim.). También cabe recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas cuando conozcan en única instancia de determinados delitos –arts 65 y 73.3.º a) y b) LOPJ–. Igual ocurre con las dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia en el ámbito del procedimiento del Tribunal del Jurado⁹.

b) Los autos definitivos dictados por las Audiencias en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso (art. 848.1 LECrim.). Esta fórmula legal obliga, indudablemente, a realizar un análisis de la Ley a fin de determinar cuáles sean los autos susceptibles de recurso de casación. Así, cabe recurso de casación por infracción de ley contra autos en los siguientes supuestos: Contra los autos de sobreseimiento libre decretados por entender que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado por los mismos (art. 848.2.º LECrim.). 2) Contra el auto de la Audiencia considerándose incompetente (art. 25 LECrim.). 3) Con motivo de la LO 5/1995, del Tribunal del Jurado, se añadió al art. 848 LECrim. un nuevo párrafo, que dis-

9. Quedan excluidas del recurso de casación las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, bien haya actuado como órgano de instancia, bien como órgano de casación (arts. 847 y 904 LECrim.). También quedan excluidas las resoluciones dictadas por dicho Tribunal, que deciden cuestiones de competencia (art. 21.4 LECrim.). Tampoco será admisible este recurso contra las sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal, ya que contra las mismas sólo cabe apelación ante la Audiencia Provincial.

pone que son recurribles en casación los autos dictados en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia. Se refiere este precepto a los autos que resuelven las cuestiones a que se refieren los arts. 36 LOTJ y 676 LECrim. –art. 846 bis a)–¹⁰.

La legitimación para interponer recurso de casación se otorga a las personas que hubieran sido parte en el proceso penal correspondiente, entendiéndose como tales aquellas intervinientes en el acto del juicio oral. También están legitimadas las que, sin haber sido parte, resulten condenadas en la sentencia y los herederos de unos y otros. Los actores civiles no podrán interponer el recurso, sino en cuanto pueda afectar a las pretensiones que hubieren ejercitado en el proceso (art. 854.2 LECrim.)¹¹. Además se requiere: a) la existencia de un gravamen o perjuicio que la sentencia cause al recurrente, sin cuya existencia el recurso carece de finalidad jurídica; b) la congruencia de la posición del recurrente –acusadora o acusada, de actor civil o de responsable civil subsidiario– con la mantenida en el proceso de instancia. No se admite por el TS que se efectúen en el recurso peticiones o se persigan decisiones totalmente incompatibles con la posición procesal en la instancia. Por otra parte, el TS no puede resolver más cuestiones que las suscitadas en los recursos interpuestos.

10. Frente al auto de archivo de diligencias previas dictado al amparo del art. 789.5.1 únicamente cabe recurso de casación cuando deba conocer del juicio oral la Audiencia Provincial y exista escrito de acusación de alguna de las partes. *A sensu contrario*, no cabe casación cuando no se cumplan estos requisitos. Pero no cabe casación contra autos de sobreseimiento provisional, ni tampoco contra los autos de sobreseimiento libre, cuando no existiera persona procesada alguna en la causa. Tampoco puede interponerse contra los autos dictados en trámite de ejecución de sentencia.

11. La legitimación del responsable civil subsidiario queda limitada a impugnar la existencia de daños y perjuicios y a su calidad de sujeto pasivo de los mismos. Carece de legitimación para impugnar la responsabilidad penal del condenado, ya que asumiría la defensa de derechos ajenos que le está vedada. Tampoco podrá reconocerse, en lo que atañe a las consecuencias estrictamente penales de la conducta enjuiciada, legitimación al responsable civil que no hubiese ejercitado pretensión punitiva alguna frente al acusado, cuando el acusado se conforme expresamente con la calificación, o cuando el mismo se aquiete frente a la condena.

6.2. Motivos de casación.

El recurso de casación queda en la actualidad configurado con base en dos modalidades distintas: a) por infracción de Ley y b) por quebrantamiento de forma. En el primer supuesto, el Tribunal se limita a examinar la correcta aplicación de las normas materiales, sin que proceda valorar de nuevo los hechos enjuiciados, salvo cuando se trate de un error de hecho en la apreciación de la prueba derivada de un documento. En el segundo caso, cuando interponga la casación por quebrantamiento de forma, el Tribunal Supremo vela por el cumplimiento de las normas procesales. Con base en este motivo, son denunciables en casación los vicios *in procedendo* que se hubiesen cometido durante la tramitación del proceso, previa reclamación de la subsanación de la falta mediante la oportuna protesta (art. 884.5 LECrim.).

Estas normas se interpretan conforme con las disposiciones constitucionales que han flexibilizado los requisitos formales con la consecuencia de abrir nuevas vías de acceso a la casación. El propio Tribunal Supremo ha declarado que el examen de la violación de derechos fundamentales en vía casacional deberá llevarse a término, independientemente de si las partes han elegido o no correctamente la vía formal adecuada, siendo suficiente para su interposición la infracción de un precepto constitucional (art. 5.4. LOPJ) (STC 71/1992, de 13 mayo)¹².

12. En este sentido, existe una reiterada doctrina constitucional que exige una máxima flexibilización en la admisión de la casación penal. Respecto a esta cuestión, el TC considera que no existe razón alguna por la que la vía del art. 849.2.º LECrim. devenga inaplicable por el hecho de que el citado art. 5.4 LOPJ consigne expresamente la infracción del precepto constitucional como fundamento del recurso de casación en todos los casos en que, según la Ley, proceda. En cualquier caso, el TC ha declarado revisable en vía de amparo la interpretación realizada por el Tribunal Supremo de los motivos de inadmisión del recurso de casación, en cuanto puede suponer una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. De este modo, actualmente, el TS admite, en algunos supuestos, la utilización de una vía casacional ambivalente, sea por el cauce del art. 849.2.º LECrim. o del art. 5.4.º LOPJ. Se trata de aquellos supuestos en los que exista una base documental suficiente para probar el error de hecho del juzgador con relación a la responsabilidad de un determinado acusado, cuando, además exista una total ausencia de prueba de cargo imputable a dicho acusado. En estos casos, ambas alegaciones confluyen en el mismo objetivo: demostrar la falta de prueba para declarar una responsabilidad, lo que a su vez comporta un error de hecho en la apreciación de la prueba utilizada.

Sin embargo, esta nueva orientación casacional no significa la supresión del carácter extraordinario de este recurso y su rigor formal. En este sentido, el TS ha precisado que no procede alegar la vulneración *in genere* de algún artículo de la Constitución, en especial cuando este precepto conste de varios apartados (v.g. el art. 24 CE). Por ello, será necesario especificar, además, el principio constitucional que se considere conculcado. Con relación a la vulneración de la presunción de inocencia no se admitirá el recurso cuando: a) No se haya anunciado aquella vulneración en la fase de preparación del recurso, ya que supone la infracción del art. 855.1.º LECrim., dando lugar a la causa de inadmisión prevista en el art. 884.4.º LECrim. b) No se alegue, al desarrollar el motivo en el escrito de interposición, un vacío o ausencia de prueba de cargo, sino una disconformidad en la valoración de la prueba obrante en autos, ya que se incurrirá en la causa de inadmisión prevista en el art. 884.3.º LECrim.

6.2.1. *Por infracción de Ley.*

El art. 849.1.º LECrim. establece que se entenderá infringida la Ley, a efectos casacionales: Cuando dados los hechos que se declaran probados en las resoluciones numeradas en los arts. 847 y 848, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal (art. 849.1 LECrim.)¹³. Este motivo casacional, como el resto de los contemplados en la Ley, está supeditado a ciertos límites y requisitos, que deben ser cumplidos por los recurrentes, ya que, en caso contrario, el recurso será inadmitido. Entre aquéllos están:

A) El respeto a los hechos probados. No será admisible la contradicción de éstos, ni posible adicionarlos, modificarlos o tergiversarlos,

13. No cabe alegar, por esta vía de infracción de Ley sustantiva, las infracciones formales de un precepto adjetivo o procesal. Tampoco es admisible alegar por medio de esta vía casacional un error *in procedendo*, ya que el recurso por infracción de Ley se interpone contra la parte dispositiva de la sentencia, por lo que por esta vía casacional no pueden atacarse nunca infracciones formales de un precepto procesal. Es, por tanto, una vía casacional apta únicamente para denunciar y corregir los errores *in iudicando*.

ni aducir alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos¹⁴.

B) No son susceptibles de ser recurridos en casación los simples errores materiales, que deben ser remediados mediante la aclaración de la sentencia (vid. arts. 161 LECrim. y 267 LOPJ). En su virtud, el recurso es inadmitido cuando se ha fundado en algún *lapsus calami* cometido en la exposición de los hechos probados, siempre que de los hechos probados recogidos en las resoluciones recurridas se desprendieran los requisitos necesarios para la aplicación de la Ley penal correspondiente. Se inadmitirá cuando el recurrente pretenda revisar las facultades discrecionales de los Tribunales en la aplicación de la pena.

C) Se requiere la cita del precepto penal infringido, o de otra norma jurídica de carácter sustantivo que deba observarse en la aplicación de la Ley penal (no tienen este carácter los principios generales del Derecho y, entre ellos, el de *in dubio pro reo*, ni la doctrina jurisprudencial, ni la equidad, ni las normas mercantiles o civiles, las recogidas en la Ley penitenciaria, etc.). El TS ha declarado que es necesario que exista una adecuada correlación entre el precepto procesal que se alegue para amparar este recurso, el precepto sustantivo infringido y el fundamento que se exponga para defender la tesis que se argumenta. Todo ello implica además la necesidad de explicitar y fundamentar suficientemente la mencionada correlación.

D) Son aplicables, además, los siguientes criterios: a) el recurso debe dirigirse contra el fallo, y no contra los fundamentos de derecho. b) No debe entremezclarse la aplicación indebida de un precepto sustantivo con la interpretación errónea, pues son cuestiones diversas que precisan de formulación separada. c) No cabe plantear cuestiones nuevas no alegadas en la instancia, ya que, de lo contrario, se quebrantarían

14. Las alegaciones referidas a los hechos probados se podrán realizar al amparo del motivo 2.º del mismo artículo 849 LECrim. Sin embargo, los juicios de valor son revisados por esta vía, sin necesidad de que se desvirtúen por el cauce del n.º 2 del art. 849 LECrim., o se impugnen por el inciso tercero del n.º 1 del art. 851 LECrim. En este supuesto se exige que en su desarrollo se suministren elementos que tiendan a destruir la deducción realizada en la instancia, o demuestren que dicha deducción no se corresponde con los actos de naturaleza objetiva insertos en la narración histórica de la sentencia. En caso contrario el recurso será inadmitido.

los principios de igualdad, contradicción, lealtad y buena fe procesal. Ello sin perjuicio de que en los hechos probados, aún sin proposición, se contuviesen todos los requisitos exigidos para la apreciación de la cuestión alegada.

6.2.2. *Error en la apreciación de la prueba.*

Se entenderá infringida la Ley cuando en la apreciación de las pruebas haya existido error de hecho, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación evidente del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (art. 849.2.º LECrim.).

La estimación del recurso de casación por este motivo exige que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el error resulte de documentos obrantes en el proceso, o producidos en el mismo. El TS reserva el carácter de documento a aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico y creadas con fines de preconstitución probatoria para ser incorporadas al proceso¹⁵.
- b) Que los documentos demuestren la equivocación del juzgador y el error no se encuentre desvirtuado por otros elementos probatorios.

15. Según el TS, no debe otorgarse la condición de documentos a las pruebas de otra naturaleza, aunque se hallen “documentadas” en la causa en ejercicio de la fe pública judicial, ya que documento es sólo lo que tenga naturaleza de tal, y que, producido y originado fuera de la causa, se incorpore a ésta. Así, no tienen carácter de documento, a los efectos casacionales, las pruebas de otra naturaleza como: declaraciones del procesado, inculpados, coacusados y testigos en general; pruebas periciales; actas de juicio oral; datos del atestado, etc. Tampoco tienen carácter de documentos, a efectos casacionales de admisión de este motivo, los dictámenes periciales. Sin embargo, excepcionalmente, se les atribuye este rango cuando: se trate de un solo dictamen o de varios coincidentes y la Audiencia no disponga de otras pruebas sobre el mismo punto fáctico; hayan servido como base única de los hechos declarados probados y se hayan incorporado a la sentencia sólo de modo incompleto; o bien se haya llegado a conclusiones divergentes, o contrarias a las mantenidas por los peritos, discrepando de un dictamen que se ofrece como el único apoyo probatorio para sustentar una conclusión razonable y fundada sobre determinado extremo de hecho, máxime si viene referido a datos de signo o carácter objetivo.

Con base en este requisito, los referidos documentos fundamento de la censura casacional deben ser literosuficientes o autosuficientes. Es decir, debe tener virtualidad bastante para probar por sí solos, sin necesidad de argumentación o contraste con otras pruebas y de forma indubitada y palpable la equivocación judicial. De acuerdo con lo expuesto, del examen de estos “documentos” se deducirá una doble función probatoria: 1.º) En sentido negativo, la inexistencia de medios de prueba contenidos en dichos documentos producirá un vacío probatorio, por lo que no podrá, en consecuencia, deducirse la participación del acusado en los hechos que se puedan declarar probados. 2.º) En sentido positivo, determinados documentos, que la doctrina legal ha ido perfilando, seguirán teniendo una especial fuerza probatoria. Por otra parte, independientemente de su carácter auténtico o no, cabrá alegar el error del juzgador basado en tales documentos, cuando no resulten desvirtuados por otros elementos probatorios¹⁶.

c) Que el error padecido influya en el contenido del fallo.

d) Que en determinados supuestos de error en la apreciación de la prueba se designen los documentos y sus particulares que evidencien dicho error, según establecen los arts. 855 párr. 2 y 884 párr. 6 LECrim.

6.2.3. *Por quebrantamiento de forma.*

El fundamento de los supuestos casacionales por quebrantamiento de forma es evitar la indefensión de las partes implicadas en el debate ju-

16. No existe equivocación del juzgador cuando se trate documentos o medios de prueba que ya hayan sido valorados por el juzgador de instancia, o cuando confluyan con otras pruebas en la apreciación en conciencia de la prueba de un determinado hecho probado al que ambos se refieren de modo distinto. Si aisladamente el documento es el único medio de prueba de un hecho declarado probado, el TS podrá casar la sentencia si se ha cometido error en su valoración –así se han ampliado los informes periciales al carácter de documento de forma excepcional–. Por el contrario, si concurre con otros documentos, la equivocación del juzgador sólo podrá existir si la valoración, primero individual y luego conjunta, del “documento” en relación con los demás medios de prueba, acredita el error de hecho en la apreciación de la prueba si no existe la precitada confluencia con otros medios de prueba. Se exige, por tanto, que el documento existente en los autos haya sido tomado en consideración por el juzgador. De otro modo la naturaleza de este motivo casacional quedaría desvirtuada.

dicial. Los distintos supuestos de quebrantamiento de forma se hallan en los arts. 850 y 851 LECrim., que distinguen entre: A) los vicios de forma cometidos con anterioridad a la sentencia durante la fase de juicio oral, previstos en el art. 850 LECrim. (ya que los cometidos en la fase sumarial no son denunciabiles en casación); B) los vicios de forma que se hayan producido en la sentencia misma, previstos en el art. 851 LECrim.

6.2.3.1. *Vicios de forma durante el proceso. Conforme al art. 850 se podrá interponer el recurso de casación por quebrantamiento de forma, en los siguientes supuestos:*

a) Cuando se haya denegado alguna diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente¹⁷.

La estimación de este motivo exige, según el TS, el cumplimiento de unos requisitos formales y otros de fondo. En cuanto a los primeros se exige: – Que el medio de prueba propuesto sea pertinente en su doble vertiente material y funcional, ya que es preciso que esté en conexión con el objeto y fin del proceso, debiendo estar encaminado al esclarecimiento de los supuestos fácticos sometidos a enjuiciamiento. – Que sea posible en el sentido de haberse agotado razonablemente las posibilidades de practicar la prueba no realizada. – Que la falta de realización de la prueba propuesta ocasione indefensión a la parte recurrente¹⁸. En cuanto a los segundos, son requisitos de forma los siguientes: – Que la prueba denegada se ajuste a la normativa procesal. Ello implica, por

17. Esta clase de infracción procesal se produce cuando se deniega la práctica de los medios de prueba solicitados por las partes, por afectar al derecho a un juicio justo y con todas las garantías y, en definitiva, causar una situación de indefensión. Con base en la naturaleza de este motivo, la jurisprudencia distingue la posibilidad de solicitar la subsanación de dos infracciones distintas: la reclamación de la inadmisión improcedente de medios de prueba y la denegación de la suspensión del juicio oral en los supuestos de imposibilidad de practicar la prueba admitida.

18. El recurrente debe argumentar sobre la trascendencia que la omisión de prueba pudo tener sobre la sentencia de condena, ya que sólo si se comprobase que el fallo pudo ser otro, mediante la práctica de la prueba denegada, cabría hablar de indefensión. Es decir, el hipotético resultado probatorio debe ser trascendente para el resultado final. *A sensu contrario* se inadmitirá el recurso cuando el Tribunal de instancia decidió correctamente que la prueba no era necesaria por redundante, superflua o innecesaria, ya que no aportaba nuevos datos sustanciales para formar la convicción de la Sala.

una parte, que los medios probatorios han de ser propuestos en tiempo y forma. Por otra, que la diligencia de prueba denegada tenga, en efecto, tal naturaleza. – Que se ponga de manifiesto el contenido de los medios de prueba para que se pueda apreciar su pertinencia o impertinencia. – Que se haya formulado la correspondiente protesta y detallado, en su caso, las preguntas a formular cuando se trata de un testigo ausente, debiendo acreditarse éstas a los efectos de servir como justificante de la petición de subsanación del vicio procesal. Téngase en cuenta que, en contrapartida a esta obligación de realizar protesta, debe el Tribunal motivar su resolución de denegación de la prueba¹⁹.

b) Cuando se haya omitido la citación del procesado, la del responsable civil subsidiario, de la parte acusadora, o la del actor civil para su comparecencia en el acto del juicio oral, a no ser que estas partes hubiesen comparecido en tiempo dándose por citadas²⁰.

19. Con base en los requisitos enunciados, la resolución de este recurso deberá ser desestimatoria cuando la prueba no tenga conexión con los hechos, o bien su contenido no vaya encaminado al esclarecimiento de los mismos. También se desestimará cuando las pruebas no sean propuestas en los términos y formas prescritas en la Ley Procesal –designación genérica de testigos, prueba adhesiva, dilación innecesaria del proceso–. También, respecto a la denegación de la suspensión del juicio oral, en el supuesto que el Tribunal de instancia no pueda hallar al testigo, y la representación del recurrente no haya proporcionado las señas que hubiesen permitido su localización. Por el contrario, se estimará el recurso de casación por este motivo si las piezas de convicción, en determinadas circunstancias, no obrasen a disposición del Tribunal al inicio de las sesiones del juicio oral, y pudiera derivarse de ello indefensión. Sin embargo, dicha ausencia no causará tal efecto si su importancia es nula. También deberá estimarse el recurso cuando se hubiese rechazado *a limine* un testigo no sumarial propuesto en el escrito de calificación provisional. Igual suerte se producirá cuando la prueba denegada fuese importante para el esclarecimiento de los hechos –cuando incida en el *thema decidendi*–, máxime si se tratase de un testigo que sólo hubiese declarado en el atestado policial y no durante el sumario, o de la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral por un único perito.

20. El fundamento de este motivo reside en la vulneración del principio de contradicción, inherente a la tutela judicial efectiva, por la omisión de la citación a juicio de parte legitimada. Esta infracción puede causar indefensión, respecto de las personas afectadas por el proceso, al no estar presentes en el acto del juicio oral y privárseles, por tanto, de formular las alegaciones que estimen ordenadas a su derecho. Este motivo casacional no incluye la falta de citación para otros actos distintos al del juicio oral: p.ej., falta de notificación del auto de conclusión del sumario, de emplazamiento ante la Audiencia, de traslado para instrucción, etc.

c) Cuando el Presidente del Tribunal se niegue a que un testigo conteste, ya en audiencia pública, ya en alguna diligencia que se practique fuera de ella, a la pregunta o preguntas que se le dirijan siendo pertinentes y de manifiesta influencia en la causa²¹.

d) Cuando se desestime cualquier pregunta por capciosa, sugestiva o impertinente, no siéndolo en realidad, siempre que tuviese verdadera importancia para el resultado del juicio. Este motivo guarda una estrecha relación con el anterior, por lo que es de aplicación aquí lo expuesto con relación a aquél. No obstante, debe tenerse en cuenta la más amplia formulación de este motivo, que amplía su ámbito de operatividad.

e) Cuando el Tribunal haya decidido no suspender el juicio para los procesados comparecidos, en el caso de no haber concurrido algún acusado, siempre que hubiese causa fundada que se oponga a juzgarles con independencia y no haya recaído declaración de rebeldía.

6.2.3.2. *Vicios de forma en la sentencia.*

El quebrantamiento de forma también se puede producir por vicios en la sentencia. Los motivos que fundamentan el recurso de casación por esta causa se contienen en el art. 851 LECrim.:

a) Cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

Este motivo agrupa tres submotivos distintos: – la no expresión clara y terminante en la sentencia de cuáles son los hechos que se consideran probados.

21. El TS requiere para que prospere este motivo los siguientes requisitos: a') Que cualquiera de las partes haya dirigido preguntas a un testigo; que el Presidente haya denegado alguna pregunta; y que la misma sea pertinente, es decir, relacionada con los puntos controvertidos. b') Que tal pregunta fuera de manifiesta inferencia en la causa, se transcriba literalmente en el acta del juicio oral, y se haga constar en el acta la oportuna protesta.

dos²²; – la manifiesta contradicción entre los hechos probados²³ y – la consignación como hechos probados de conceptos jurídicos que impliquen preterminación del fallo²⁴.

b) Cuando en la sentencia sólo se exprese que los hechos alegados por las acusaciones no se han probado, sin hacer expresa relación de los que resultasen probados.

Este motivo sanciona como quebrantamiento de forma, no que la sentencia contenga un relato de hechos distinto al formulado por las partes, sino

22. Este vicio de la sentencia se produce por el incumplimiento del art. 142.2 LECrim., que requiere que en las sentencias se consignen: “... Los hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados...”. La jurisprudencia constante de la Sala 2.ª del TS exige, a su vez, para poder apreciar este vicio los siguientes requisitos: – Falta de comprensión de lo manifestado en los hechos probados de la sentencia por oscura e incomprensible. – Que la incomprensión esté en conexión con los condicionamientos que determinan la calificación jurídica de los hechos probados, ya que el hecho constituye en el silogismo judicial la premisa menor que debe subsumirse en la norma. – Que esta falta de claridad origine un vacío que no pueda substituirse por el razonamiento lógico de otros supuestos, dando lugar a la incomprensibilidad del relato y, en consecuencia, a la incongruencia del fallo. – La cita concreta de las frases o párrafos a los que se tache de falta de claridad y la especificación de que tal incomprensión provoque un vacío en la narración histórica de los hechos y trascienda a la calificación jurídica

23. La estimación de este motivo exige la concurrencia de los siguientes requisitos, según la jurisprudencia constante del TS: – Existencia de significados incompatibles entre sí, de forma que la aceptación del conocimiento de uno de ellos imposibilite el del otro; – Incompatibilidad conceptual derivada de las palabras empleadas en el contexto de los hechos probados; – Que la eliminación de los supuestos contradictorios produzca un vacío originador de la incongruencia del fallo; – Que la contradicción sea manifiesta e insubsanable y causal respecto del fallo.

24. El quebrantamiento de forma por la predeterminación del fallo, último submotivo del punto primero del art. 851 LECrim., consiste en la sustitución, en el relato de hechos probados, de éstos por conceptos jurídicos. Es decir, cuando la descripción de un hecho se reemplaza por su significación. Por ejemplo cuando en el relato de hechos probados se dice: “*D. Fulano se acercó a la víctima y le golpeó con alevosía*”. Con este proceder se anticipa la subsunción de los hechos en las normas jurídicas que, lógicamente, se ha de realizar con posterioridad, en los fundamentos de derecho. De este modo, se predetermina el fallo y con ello queda afectado el derecho de defensa de la parte y la efectiva imparcialidad del Tribunal.

la falta absoluta de hechos probados. La infracción de este precepto supone, sin ninguna duda, la vulneración del principio fundamental de tutela judicial efectiva consagrado en nuestra Constitución, por falta de motivación de la sentencia. Por el contrario, el recurso será inadmitido, o en su caso rechazado, cuando la sentencia contenga una expresa relación de los hechos, que hayan resultado probados, y pretenda el recurrente una modificación en su configuración, o bien que se recojan alegaciones propias. En este sentido, este motivo no permite discrepar entre el *factum* y la valoración de la prueba, ni debatir cuestiones de fondo.

c) Cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa.

Éste incide en la denominada incongruencia omisiva, cuya esencia estriba en la abstención y silencio del órgano judicial, respecto a cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, no resolviendo positiva o negativamente los extremos planteados en el juicio. No supone otorgar más o menos de lo pedido ni cosa distinta, sino que implica la falta de estimación o desestimación, explícita o implícita, de los pedimentos de las partes. La incongruencia omisiva infringe el derecho del acusado de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, así como una resolución motivada, es decir, fundada en derecho.

d) Cuando se pene un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiese procedido previamente como determina el art. 733 LECrim.

Este motivo casacional tiene por finalidad proteger, por exigencia de los derechos fundamentales contenidos en el art. 24 CE, el principio acusatorio formal, que se infringe cuando se condena por delitos que no han sido objeto de acusación sin que el acusado haya tenido ocasión de defenderse. Así, declara el TC que se vulnera el derecho fundamental a que no se produzca indefensión cuando se condena a una persona por un delito del que no se le acusaba. Tampoco puede establecerse distinto grado de perfeccionamiento, ni de participación, o establecer circunstancias agravatorias no invocadas por la acusación.

e) Cuando la sentencia haya sido dictada por menor número de Magistrados que el señalado en la Ley o sin la concurrencia de votos conformes que por la misma se exigen.

f) Cuando haya concurrido a dictar sentencia algún Magistrado cuya recusación, intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal, se hubiese rechazado²⁵.

6.3. Procedimiento del recurso de casación.

En el procedimiento del recurso de casación, pueden distinguirse cuatro fases bien diferenciadas: La preparación del recurso; la formalización del recurso; la sustanciación o, en su caso, la inadmisión del recurso; y la decisión del recurso.

6.3.1. *Preparación del recurso.*

El que se proponga interponer recurso de casación, pedirá al Tribunal sentenciador testimonio de la resolución definitiva, y manifestará en el mismo escrito, que deberá estar suscrito por Abogado y Procurador, la clase o clases de recurso que se pretenda utilizar (arts. 855, 856 LECrim.). El escrito de preparación se interpondrá en el plazo de cinco días siguientes al de la última notificación de la resolución que se impugne, ante el Tribunal *a quo* que dictó la resolución impugnada. En dicho escrito, si el recurrente es parte acusadora, consignará la promesa solemne de constituir el depósito que establece el art. 875 LECrim. (arts. 856 y 857 LECrim.). La falta de este requisito es subsanable en el escrito de personación o interposición del recurso.

El Tribunal dentro de los tres días siguientes, y sin oír a las partes, dictará auto bien teniendo por preparado el recurso o bien denegando-

25. La redacción de este precepto ha sido censurada por la doctrina legal, ya que una aplicación literal de su letra conduciría a la absurda conclusión de que bastaría haber recusado en tiempo y forma, a uno o varios miembros del Tribunal sentenciador para que, a pesar de haberse desestimado dicha recusación, pudiera la sentencia ser casada y anulada. Sin embargo, no es ésta la interpretación del precepto que persigue, mediante el control del instituto de la recusación, la finalidad de asegurar la imparcialidad del Tribunal. En este sentido, el TS ha establecido que se incurre en quebrantamiento de forma por este motivo cuando queda afectada la imparcialidad del Tribunal, sea en su aspecto objetivo o subjetivo.

lo por auto motivado cuando estime que no se han cumplido los requisitos exigidos en la Ley (vid. art. 858 LECrim.). En este último supuesto, el recurrente podrá acudir en queja ante la Sala 2.^a del Tribunal Supremo haciéndolo presente al Tribunal sentenciador (art. 862 LECrim.), dentro de los dos días desde la notificación del auto denegatorio. Si la resolución impugnada es recurrible en casación y se han cumplido todos los requisitos legales, el Tribunal librará testimonio de la resolución recurrida y emplazará a las partes para que comparezcan ante la Sala 2.^a del Tribunal Supremo en el plazo improrrogable de 15, 20, 30 ó 60 días, según la ubicación de la Audiencia Provincial (art. 859 LECrim.). También remitirá certificación, expedida por el Secretario, en la que se exprese sucintamente la causa, las partes, el delito, la fecha de entrega del testimonio al recurrente, así como la del emplazamiento de las partes (art. 861.2 LECrim.).

La que no haya preparado el recurso puede adherirse al mismo (art. 861.4 LECrim.). El momento procesal oportuno para adherirse a un recurso de casación, conforme a los arts. 861.4.º y 873.2.º LECrim., será durante el plazo fijado por la Audiencia para: el emplazamiento, para formalizar el recurso, o bien en el de la instrucción del mismo. La jurisprudencia, interpretando este precepto, ha establecido que adhesión significa suma, adición, cooperación, o ayuda a la posición jurídica adoptada anteriormente por otro, reforzándola con razonamientos nuevos, aportando otros elementos de juicio o añadiendo nuevos argumentos que la fortalezcan, de tal modo que contribuyan a la estimación de la pretensión compartida. En consecuencia, la postura de quien se adhiere debe ser coincidente, en lo esencial, con la del recurrente primitivo, sin que pueda aquél, de modo tardío y subrepticio, atacar una resolución que no se impugnó, tratando de combatirla de diferente modo al intentado por el recurrente.

Durante la tramitación de la casación el Tribunal acordará que continúe o se modifique la situación del reo, lo que considere pertinente en cuanto a las responsabilidades pecuniarias y las medidas procedentes durante la tramitación del recurso para asegurar la ejecución de la sentencia que recayere [art. 861 bis a) LECrim.]. En cualquier caso, si la sentencia recurrida fuere absolutoria y el reo estuviere preso, será puesto en libertad.

6.3.2. *Formalización del recurso.*

El recurso se formalizará dentro de los plazos determinados en el art. 859 LECrim., en la forma y con los requisitos previstos en el art. 874 LECrim. Transcurridos los plazos sin interposición del recurso, la resolución impugnada quedará firme y consentida. En ese supuesto, la Sala 2.^a del TS dictará, sin más trámites, auto declarando desierto el recurso con imposición de costas.

El recurso se interpondrá en escrito firmado por Abogado y Procurador, sin necesidad de estar colegiados en Madrid. Tampoco será preciso obtener habilitación alguna, sin perjuicio de comunicarlo al colegio correspondiente (art. 17 Estatuto de la Abogacía). La falta de firma de Letrado o Procurador era causa de inadmisión del recurso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado que la falta de habilitación del Letrado, por concesión tardía, o la falta de firma del mismo cuando su asistencia técnica se deduce de los mismos antecedentes son defectos subsanables, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva debe facilitar su subsanación.

En el escrito de interposición se consignarán, en párrafos numerados: 1) El fundamento doctrinal y legal aducido como motivo de casación por quebrantamiento de forma, por infracción de Ley, o por ambas causas, con un breve extracto de su contenido; 2) El artículo de la Ley que autorice cada motivo de casación; 3) La reclamación o protesta practicada para subsanar el quebrantamiento de forma y su fecha. Además, se adjuntará el testimonio de la resolución impugnada, a que se refiere el art. 859 LECrim., y las correspondientes copias para las demás partes emplazadas. El escrito de adhesión al recurso se interpondrá con los mismos requisitos (art. 874 LECrim.)²⁶. El recurrente

26. La Ley establece el requisito de constituir el depósito a que se refiere el art. 875 LECrim. Este requisito está únicamente vigente para las partes acusadoras, ya que la Ley 10/1992 suprimió el cuarto párrafo del artículo 875, que obligaba al procesado y responsable civil recurrente a efectuar el citado depósito. El incumplimiento de esta obligación conlleva la inadmisión del recurso. Sin embargo, debe aquí tenerse en cuenta la doctrina del TC respecto a la diferencia entre la consignación y la falta de acreditación de aquélla o la consignación defectuosa (vid. SSTC 100/1995, de 20 junio; 26/1996, de 23 febrero; 119/1994, de 25 abril).

podrá solicitar en el escrito de interposición la celebración de vista (art. 882 bis LECrim.).

6.3.3. *Sustanciación del recurso. Inadmisión del recurso.*

Una vez interpuesto el recurso, y transcurrido el plazo del emplazamiento, la Sala designará al Magistrado Ponente y dispondrá que el Secretario forme nota autorizada del recurso en el plazo de diez días (art. 880 LECrim.). La Sala también mandará entregar las copias del recurso a las partes que se instruirán y podrán impugnar la admisión del recurso, o bien adherirse al mismo dentro del plazo señalado para formar la nota (arts. 880, 882 LECrim.). Dentro de ese plazo las partes no recurrentes podrán solicitar la celebración de vista —art. 882 bis LECrim.—.

Previo el informe del Ponente, la Sala dictará la resolución que proceda sobre la admisión o inadmisión del recurso (art. 883 LECrim.). Las reglas de inadmisión del recurso vienen establecidas por los arts. 884 y 885 LECrim., que establecen unos supuestos que implican el incumplimiento de los requisitos generales del recurso (referidos a las resoluciones recurribles o las causas de impugnación), o bien la falta de requisitos específicos de cada uno de los motivos²⁷. Analizadas estas

27. Con base en estas normas, y teniendo en cuenta el carácter extraordinario de la casación, el recurso se inadmitirá: 1.º Cuando se interponga por causas distintas de las expresadas en los arts. 849 a 851 LECrim. 2.º Cuando se interponga contra resoluciones distintas de las comprendidas en los arts. 847 y 848 LECrim. (entre las que no son susceptibles de recurso de casación están los autos de sobreseimiento provisional, o los autos de ejecución de sentencia). 3.º Cuando no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el art. 849.2.º LECrim. 4.º Cuando no se hayan observado los requisitos que la Ley exige para su preparación o interposición, siempre que no fuera posible su subsanación o intentada no se hubiera realizado por la parte recurrente. 5.º En los casos del art. 850 LECrim., cuando la parte que intente interponerlo no hubiese reclamado la subsanación de la falta mediante los recursos procedentes o la oportuna protesta. 6.º En el caso del art. 849.2.º LECrim., cuando el documento o documentos no hubieran figurado en el proceso o no se designen concretamente las declaraciones de aquéllos que se opondan a las de la resolución recurrida. O se pretenda por esta vía revisar el juicio sobre la prueba producida en juicio oral.

causas, la Sala dictará resolución admitiendo o denegando la admisión del recurso. La primera no deberá ser fundada ni publicarse. La segunda será fundada y se publicará en la Colección Legislativa, expresando el nombre del Ponente (arts. 887, 888, 889 y 890 LECrim.). Contra la resolución de la Sala, admitiendo o denegando el recurso y la adhesión, no se dará recurso alguno (arts. 892 y 893 LECrim.).

La jurisprudencia ha establecido la necesidad de observar las formalidades en la tramitación del recurso de casación, tanto por el carácter procesal de la misma, como por velar por las garantías que ello implica. No obstante, según ha declarado el TS la admisión o inadmisión de un recurso, en general, no debe estar regida por formalismos enervantes que imposibiliten o dificulten el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En definitiva, sólo el incumplimiento de formalidades no subsanables puede fundar la inadmisión del recurso. Pero ello no significa la viabilidad de alegaciones infundadas, desprovistas de una mínima cobertura legal, ya que la impetración indiscriminada del amparo constitucional puede llevar a la más absoluta impunidad cuando, maliciosamente, se ocultan infracciones trascendentes del procedimiento.

6.3.4. *Decisión del recurso.*

La fase de decisión se iniciará una vez admitido el recurso. La Sala puede decidir sobre el fondo sin necesidad de celebrar la vista, salvo cuando las partes lo soliciten y la duración de la pena impuesta, o que pueda imponerse sea superior a seis años. También se sustanciará la vista cuando el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, la estime necesaria y, en todo caso, cuando las circunstancias concurrentes o la

A las causas de inadmisión expuestas, contenidas en el art. 884 LECrim., deben añadirse las establecidas en el art. 885 LECrim. redactado por Ley 21/1988, que prevé que podrá igualmente inadmitirse *a limine* el recurso: 1') Cuando carezca manifiestamente de fundamento. Este supuesto puede reconducirse, de forma genérica, a lo establecido con relación a los motivos de inadmisión del art. 884 LECrim. 2') Cuando el Tribunal Supremo hubiese ya desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. Este segundo supuesto trae causa del elevado número de recursos de casación que el reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva y de la presunción de inocencia ha generado ante la Sala 2.^a de lo Penal del TS.

trascendencia del asunto hagan aconsejable la publicidad de los debates, o cuando, cualquiera que sea la pena, se trate de delitos comprendidos en los Títulos XIX, XX, XXI, XXII y XXIII del Código Penal (de acuerdo con la sistemática del Código Penal de 1995).

En el supuesto de que se haya solicitado la celebración de vista, o el Tribunal la estime necesaria, ésta se llevará a efecto, conforme a los trámites establecidos en los arts. 894 y ss. LECrim., en audiencia pública con asistencia del Ministerio Fiscal y los defensores de las partes. La Sala se constituirá con tres Magistrados, excepto cuando se soliciten penas superiores a 12 años, en cuyo caso se formará por cinco (art. 898 LECrim.). Concluida la vista, o bien si ésta no se hubiese celebrado, la Sala resolverá el recurso dentro de los diez días siguientes (art. 899). Antes de dictar sentencia, si la Sala lo estimare necesario para la mejor comprensión de los hechos relatados en la resolución recurrida, podrá reclamar los autos al Tribunal inferior con suspensión del plazo de diez días (art. 899.2 LECrim.).

La sentencia se redactará en la forma y con el contenido previsto en los arts. 900 y ss. LECrim. A este respecto, conviene señalar que si el recurso hubiera sido interpuesto, simultáneamente, por infracción de la Ley y quebrantamiento de forma, la Sala examinará primero los motivos de quebrantamiento de forma por imperativos de lógica procesal. Así, sólo entrará a conocer de los motivos de casación por infracción de Ley si entiende que no procede estimar el quebrantamiento de forma [vid. art. 901 bis b) LECrim.].

En el supuesto de estimarse un recurso de casación fundado en la vulneración de algún precepto constitucional, interpuesto al amparo del art. 5.4.º LOPJ, los efectos de la sentencia serán distintos en estos dos supuestos: cuando se trate de la infracción de la presunción de inocencia, entendida en sentido estricto, es decir, cuando exista ausencia total de prueba de cargo en el proceso; o bien cuando se trate de algún otro precepto constitucional, que impida una correcta valoración de la prueba que implique indefensión en el acusado (falta de práctica de prueba). En el primer supuesto, de aplicación de la presunción de inocencia por falta total de prueba, el TS deberá casar la sentencia recurrida y dictar una nueva decretando la absolución del condenado. En el segundo supuesto, dictará sentencia anulando la de instancia y mandará retrotraer el proceso al momento en el que se cometió la infracción, para que el Tribunal de instancia vuelva a sustanciarlo, practicando prueba,

y dicte nueva sentencia con arreglo a derecho. Se justifica esta doctrina basándose en el primer supuesto, una duplicidad procesal de pronunciamientos jurisdiccionales contraria a una justicia sin dilaciones indebidas.

Cuando se haya estimado el recurso de casación por infracción de Ley, la nueva resolución extenderá sus efectos a los demás procesados no recurrentes, siempre y cuando les fuere favorable, se hallen en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos que determinaron la casación de la sentencia recurrida. Por tanto, la nueva sentencia nunca les perjudicará en lo que les fuera adverso (art. 903 LECrim.).

No es necesaria la notificación personal de la sentencia dictada en casación siendo suficiente la notificación a los Procuradores de las partes. Contra las sentencias de casación y las que se dicten en virtud de las mismas no se dará recurso alguno (art. 904 LECrim.). Todas estas sentencias, ya declaren haber lugar o no a la casación, se publicarán en la Colección Legislativa (arts. 905, 906 LECrim.).

7. EL RECURSO DE REVISIÓN.

La revisión es un medio de impugnación de naturaleza extraordinaria y especial, que constituye la última garantía ofrecida a la justificada inocencia o inculpabilidad de quien ha sido considerado responsable de infracción criminal. Por ello, su fin esencial está encaminado a hacer prevalecer, frente a los efectos de una resolución firme basada en un palmario y ostensible error, aunque sustentada en una verdad formal y legal, la auténtica y plena verdad material, real y extraprocesal. Precisamente por la finalidad de este recurso extraordinario, la revisión de las sentencias penales firmes sólo podrá intentarse cuando éstas tengan carácter condenatorio, pero no frente a las absolutorias (art. 954 LECrim.). Es competente para conocer de este recurso el Tribunal Supremo, según establece el art. 57.1.1.º LOPJ.

Por su especial naturaleza, su admisión queda restringida a los supuestos excepcionales contemplados en el art. 954 LECrim. No debe olvidarse, como señala acertadamente la jurisprudencia, que aunque sin duda las razones de justicia son superiores a las de certeza y seguridad jurídica, tampoco deben soslayarse estos últimos principios.

Los motivos o causas que permiten el recurso de revisión de las sentencias firmes se contienen en el art. 954 LECrim., en la forma que se expone a continuación. El Tribunal Supremo ha declarado que la enumeración del art. 954 LECrim. no es taxativa, debiendo prevalecer una interpretación flexible de los citados motivos en aras del principio de justicia. Dichos motivos son:

1) Existencia de sentencias contradictorias, en virtud de las cuales estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito, que no haya podido ser cometido más que por una sola. Para que opere este motivo se precisa que se trate de resoluciones distintas, con la imposibilidad de la comisión de un mismo hecho por varias personas, sin que haya habido concertación previa. El problema surge cuando una de las sentencias sea absolutoria por entender que falta en el hecho cometido alguno de los elementos del delito y la otra sea condenatoria. La aplicación de los elementales principios del derecho penal lleva a la conclusión de considerar revisable la sentencia condenatoria.

2) Supervivencia de la supuesta víctima de un homicidio, cuando exista persona condenada por tal delito. Bastará en este caso que se acredite la existencia de la supuesta víctima, así como la comprobación de su identidad, una vez recaído el fallo, aunque fallezca antes de la interposición del recurso. Sin embargo, la supervivencia de la presunta víctima no impide que pueda existir un homicidio en grado de tentativa o de frustración.

3) Condena fundada en falsedad u otro delito. Cuando tales hechos delictivos hubieran sido determinantes de la sentencia condenatoria, constituirá el elemento determinante de la revisión, la sentencia penal firme en que se declare la falsedad o cualquier otro delito.

4) Conocimiento de nuevos hechos o de nuevas pruebas. Los hechos nuevos o elementos de prueba deben tener virtualidad en el ámbito del proceso. Es decir, al margen de su novedad deben ser de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado, revelando y resaltando tanto el error cometido como la notoria inculpabilidad del mismo. Figuran entre estos hechos la retractación de testigos, la invalidación de sus testimonios por otros más fiables, la confesión de culpabilidad de otra persona distinta al condenado y otras pruebas periciales que a través de nuevas técnicas invaliden los resultados anteriormente obtenidos. A diferencia de la revisión civil, no es necesario que la conducta productora del error sea ilícita. Los nuevos hechos o pruebas, como en el resto de motivos, deben referirse a la inocencia del condenado. En consecuencia, no operará este motivo cuando estos nuevos elementos sólo acrediten la aplicación de una norma penal más favorable al reo, o bien se refieran a una *quaestio iuris* que constituya un elemento de la norma y que, por tanto, cuyo sentido y alcance correspondía determinar al Tri-

bunal juzgador, con independencia que se base el recurso en nuevos elementos de prueba.

La legitimación para promover y formalizar el recurso de revisión se atribuye al propio condenado y, cuando éste hubiere fallecido, a su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes (art. 955 LECrim.). Tiene legitimación directa para interponer el recurso de forma directa el Ministerio de Justicia que, previa formación de expediente, podrá ordenar al Fiscal del Tribunal Supremo que lo interponga, cuando a su juicio hubiere fundamento bastante para ello (art. 956 LECrim.). También corresponde esta legitimación al Fiscal General del Estado, que podrá interponer el recurso siempre que tenga conocimiento de algún caso en el que proceda y a su juicio haya fundamento bastante para ello (art. 961 LECrim.).

En el procedimiento de sustanciación del recurso de revisión cabe distinguir dos fases:

a) Fase previa de admisión. Esta fase tendrá lugar cuando promuevan el recurso los legitimados, según el art. 955 LECrim.; es decir, el penado, cónyuge o afín, ascendientes o descendientes. Supone una previa autorización de la Sala competente del Tribunal Supremo, a efectos de la interposición del recurso, que tiene por objeto la constatación y comprobación de la seriedad de la pretensión. De este modo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con audiencia del Ministerio Fiscal, efectúa una valoración previa del recurso. Con esta finalidad, el TS ordenará, en su caso, la práctica de diligencias que puedan aclarar las dudas razonables que suscite el caso. El TS resolverá por auto, no susceptible de recurso, autorizar o denegar la interposición del recurso. En el primer supuesto, el recurrente tiene un plazo para interponer el recurso de quince días desde la notificación del auto autorizando su interposición (art. 957 LECrim.).

No se llevará a cabo la fase de admisión cuando el recurso sea interpuesto por el Ministerio Fiscal, en cumplimiento de las funciones que le encomienda la propia Constitución en su art. 24, de defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público. En este supuesto, el Tribunal Supremo deberá admitirlo sin más trámite, sin perjuicio de su resolución sobre el fondo del asunto (arts. 956 y 961 LECrim.).

b) Fase de audiencia. El recurso de revisión se sustanciará citando al Fiscal y los penados para que realicen, por una sola vez, alegaciones por escrito. Después seguirá los trámites establecidos para el recurso de casación por infracción de Ley. La Sala decidirá, en vista de las circunstancias del caso, la celebración de una vista con informe oral de las partes (art. 959 LECrim.).

La sentencia dictada en recurso de revisión tiene carácter irrevocable. Estimado el recurso, la sentencia dimanante del proceso tiene como principal efecto la anulación, en su caso, de la sentencia impugnada. Así, el recurso de revisión se constituye en un *iudicium rescindens*, al final del cual se determina la confirmación o anulación de la Sentencia sometida a revisión.

Ahora bien, en virtud de los distintos motivos de revisión contemplados en la LECrim. (art. 954 LECrim.), el art. 958 de la misma norma legal determina distintas formas de proceder que se incluirán en la sentencia del recurso. De esta forma, junto al *iudicium rescindens*, de anulación, se incluirá en la mayoría de los supuestos el mandato de proceder a realizar el denominado *iudicium rescissorium*. Éste consistirá en dictar una nueva sentencia, instruyéndose para ello de nuevo la causa por el órgano jurisdiccional a quien corresponda (supuestos del art. 954.1 y 3 LECrim.). Sin embargo, no existirá esta segunda fase, *iudicium rescissorium*, cuando la sentencia recurrida hubiese sido impugnada en virtud del supuesto contemplado en el art. 954.2 LECrim.: “Cuando esté sufriendo condena alguno como autor... del homicidio de una persona cuya existencia se acredite después de la condena”. En este caso, el art. 958.2. LECrim. dispone que: “la Sala, comprobada la identidad de la persona cuya muerte hubiese sido penada, anulará la sentencia firme”. En este supuesto, por tanto, únicamente, se producirá la anulación de la sentencia.

8. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES. EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES CONTRA RESOLUCIONES QUE HUBIEREN ADQUIRIDO FIRMEZA.

La nulidad de los actos procesales se denunciará y declarará conforme con lo previsto en los arts. 240 y 241 LOPJ, que disponen que los medios para alegar la nulidad de actuaciones no son sólo de los re-

cursos, sino cualesquiera otros que establezcan las leyes procesales e incluso de oficio, previa audiencia de las partes²⁸. En la LECrim. no se regula esta cuestión, aunque existen referencias concretas a la nulidad de actuaciones en el articulado de la LECrim. Así, en el art. 677.2.º LECrim. se dispone que si se denegare la autorización para procesar, solicitada como consecuencia de haberla alegado como artículo de previo pronunciamiento, quedará nulo todo lo actuado y se sobreseerá libremente la causa; o, también, respecto a la alegación de las causas de nulidad por la vía del recurso de apelación, anulación, o casación.

El principio general para la alegación y denuncia de la nulidad de actos procesales es la utilización de los recursos establecidos contra las resoluciones judiciales. Así, cuando las partes entiendan que se ha producido una infracción de las normas procesales de carácter imperativo deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano jurisdiccional para que se proceda por éste a su subsanación. Es decir, la parte viene obligada a la denuncia del vicio mediante el recurso o medio de impugnación a su disposición a efectos de su subsanación, sin que la naturaleza de derecho constitucional permita prescindir de esa carga procesal. Véase *supra* sobre los recursos en el proceso penal. En todo caso, habrán de provocar, por medio de escrito dirigido al órgano jurisdiccional, una resolución de éste contra la que podrán interponerse los recursos ordinarios antes señalados.

El incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones que hubieren adquirido firmeza tiene por finalidad la denuncia de los vicios de nulidad en aquellas situaciones en las que recaída sentencia o resolución que ponga fin al proceso no hubiera sido posible impugnarla, de tal modo que hubiera adquirido firmeza. Las principales notas ca-

28. La apreciación de oficio de la nulidad exige la previa audiencia a las partes. Al no especificarse legalmente la vía a seguir para esta audiencia, la práctica forense se ha inclinado por que el órgano judicial notifique, mediante providencia, a las partes las posibles causas de nulidad. Estas evacuarán las alegaciones que estimen convenientes dentro del plazo previsto en aquel proveído (normalmente de 5 a 10 días). En alguna ocasión se ha optado por notificar a las partes aquellas posibles causas de nulidad y citarlas a una comparecencia, para que pudiesen alegar en la misma lo que a su derecho convenga. Seguidamente se resolverá mediante auto –art. 245.1 b) LOPJ–, contra el que cabrá interponer recurso de apelación.

racterísticas del incidente de nulidad son las siguientes: 1.^a) se interpone contra sentencia o resolución firme frente a la que no quepa recurso ordinario o extraordinario, lo que incluye todos los medios de rescisión de resoluciones firmes; 2.^a) queda sometido al cumplimiento de unos requisitos y presupuestos de carácter extraordinario²⁹; 3.^a) tiene por finalidad depurar el proceso viciado de nulidad por vicios de forma o de incongruencia.

Los motivos que permiten fundar este incidente son: “... *defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario*” (art. 241.1 LOPJ)³⁰.

29. Ello se deduce de la propia redacción de la Ley, que establece que se podrá interponer: “excepcionalmente”, y que: “el Juzgado o Tribunal inadmitirá a trámite cualquier incidente en que se pretendan suscitar otras cuestiones” (art. 241.1 LOPJ).

30. La incongruencia del fallo puede fundamentar un incidente de nulidad. Se trata de un motivo introducido en la reforma de la nulidad por LO 5/1997, que introdujo este incidente, aunque no estaba previsto en el Proyecto de Ley realizado para la citada reforma de la LOPJ, sino que se añadió en la tramitación parlamentaria. Tal vez por esa razón, la exposición de motivos de la LO 5/1997 no alude a esta cuestión, ni se contiene explicación alguna respecto a cual sea la justificación de la reforma en orden a este motivo. Posteriormente, el art. 228 LEC, que regula la el incidente de nulidad de la sentencia firme, no incluyó esta cuestión como motivo para la apertura del incidente de nulidad de sentencia firme. Sí que se ha incluido la incongruencia como motivo del incidente de nulidad, pero suprimiendo la referencia a que la incongruencia haya producido indefensión que se exigía en la anterior redacción del art. 240.1 LOPJ. Esta supresión resulta adecuada, ya que no toda incongruencia es causa de indefensión, sino, únicamente, en unos supuestos determinados. Ahora bien, suprimido ese requisito aumenta extraordinariamente la amplitud de este motivo de nulidad, que deberá limitarse teniendo en cuenta su carácter excepcional a supuestos muy concretos, para impedir su abuso. Téngase presente que el art. 267.4 LOPJ regula el incidente de complemento de sentencia para aquellos supuestos en los que se hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso (véase Cap. XII). De este modo, por una parte la incongruencia sigue siendo un motivo de nulidad de sentencia firme; ahora bien, la propia LOPJ prevé un medio de denuncia de la incongruencia omisiva que debe ser utilizado ya que en caso contrario podría inadmitirse la petición de nulidad, precisamente por falta del requisito de no existir medio para la denuncia del vicio.

La Ley dispone que podrán interponer el incidente de nulidad de actuaciones: “quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo”. Esta amplia legitimación permite en el proceso civil que el tercero a quien pueda afectar la sentencia pueda alegar la nulidad en defensa de sus intereses legítimos. Sin embargo, en el proceso penal, en el que son de aplicación reglas estrictas de legitimación procesal, la importancia de esta amplitud de la norma será menor. La competencia para conocer de este incidente se atribuye al mismo Juzgado o Tribunal que dictó la sentencia o resolución que hubiere adquirido firmeza (art. 241.1.2 LOPJ). El recurso de nulidad se interpondrá por escrito ante el mismo Tribunal que dictó la resolución en el plazo de veinte días establecido en la Ley, con base en los motivos establecidos en la Ley: vicios de forma o de incongruencia causantes de indefensión. Respecto al plazo de interposición del recurso, el art. 241.1.2 LOPJ establece que: *“El plazo para pedir la nulidad será de veinte días desde la notificación de la resolución o, en todo, caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución”*. El recurrente deberá delimitar su impugnación a los motivos establecidos en la Ley, y motivar su recurso con aportación de los documentos que fundamenten su pretensión. Interpuesto el incidente el Tribunal examinará la petición de nulidad e inadmitirá a trámite, mediante providencia, el incidente que pretenda plantear otras cuestiones o no observe los requisitos, temporales, de forma y de fondo establecidos en la Ley (art. 241.3 LOPJ). Si se cumplieren todos los requisitos el Tribunal competente dictará providencia admitiendo el recurso de nulidad y dará traslado al resto de partes personadas, que en el plazo de cinco días formularán por escrito sus alegaciones acompañando los documentos que estimen pertinentes, tanto en orden al recurso de nulidad como a la petición de suspensión de la ejecución (art. 241.2 LOPJ). La admisión del incidente no produce la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada. Sin embargo, se podrá acordar de forma expresa para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad. A este fin el recurrente deberá solicitar la suspensión, lo que hará normalmente en el escrito de interposición.

Con relación a la prueba, en principio, al no establecerse norma alguna, debe adoptarse un criterio restrictivo que, por lo general, comportará que

con los escritos presentados, y sin celebración de vista, se decida el incidente, en especial cuando se trata de la alegación de vicio de incongruencia. El criterio puede ser distinto si la alegación de nulidad encuentra su fundamento en el motivo de quebrantamiento de forma, en cuyo caso se podrá admitir la práctica de prueba y señalar la celebración de una vista oral.

El incidente finaliza por resolución que decidirá, exclusivamente, sobre la nulidad de la sentencia o resolución impugnada. Esta resolución será un auto o una sentencia según la clase de la resolución que hubiere sido impugnada por este especial cauce. En el supuesto de acogimiento de vicios de forma, el Tribunal una vez apreciados, debería reponer las actuaciones al estado y momento en que se cometió la falta. Pero, obsérvese que en este caso el fallo puede ser el mismo, ya que repuesto el derecho fundamental violado la resolución puede tener el mismo contenido. En ese supuesto consideramos de pura lógica que el Tribunal dicte nueva resolución sin retrotraer el proceso. Sin embargo, cuando el Tribunal hubiera conocido de una nulidad producida en primera instancia, parece oportuno que se remitan los autos al Tribunal inferior a fin de garantizar a las partes las vías ordinarias de recurso. Respecto a la denuncia de incongruencia, que resulta un motivo incluido en el art. 241.1 LOPJ, téngase presente que, en cualquier caso, cuando el Tribunal acoja este vicio va a emitir un fallo distinto, ya que la incongruencia procesal supone una divergencia entre las peticiones de las partes y el fallo.

Contra la resolución recaída en este incidente no cabe recurso alguno, según establece expresamente el art. 240.2 *in fine* LOPJ. Antes de la reforma algunos autores postulaban por la posibilidad de recurrir esa resolución. Sin embargo, no cabe duda de la redacción legal que determina la irrecurribilidad de la resolución. A salvo, claro está del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional.

SEGUNDA PARTE
LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

CAPITULO XIV

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

1. ANTECEDENTES Y ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

El procedimiento abreviado se instauró en nuestro ordenamiento procesal por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, por la que se creó el denominado por la doctrina procedimiento abreviado. La reforma legal traía causa de la STC 145/1988 que determinó la necesidad de regular un nuevo procedimiento en el que se respetara el principio de imparcialidad del Tribunal juzgador¹. Este procedimiento se regirá por las

1. La STC 145/1988 se fundaba en la doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Cubber, de 26 octubre 1984, y caso Piersack, de 1 octubre 1982) sobre el derecho a un Juez imparcial no prevenido que declara como uno de los principios inspiradores del proceso penal. En esa sentencia el TEDH establecía que la garantía de tal derecho precisa de la separación entre el Juez instructor y el Juez decisor, a los efectos de prevenir posibles prejuicios en este último. Este elemental principio fue ya consagrado en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resultando sacrificado en el procedimiento de “diligencias preparatorias” en aras de una pretendida celeridad del proceso. Efectivamente, la reforma de la LECrim. por la Ley de 8 de abril de 1967 introdujo un procedimiento de urgencia para enjuiciar determinados delitos en el que el Juez instructor actuaba con una doble función: instructora y decisoria. La aplicación del citado procedimiento determinó el pronunciamiento del TC que en la STC 145/1988, de 12 julio estableció que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y

normas comunes de la LECrim., salvo en lo específicamente regulado en el indicado Libro IV, según se dispone en los arts. 758 y, específicamente, los arts. 769, y 774 LECrim. con relación a la actuación de la policía judicial y las diligencias previas².

Se sustanciarán por los trámites del procedimiento abreviado el enjuiciamiento de los siguientes asuntos: a) Delitos castigados con penas de privación de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración (art. 757 LECrim.). b) Faltas. Se sustanciarán por el procedimiento abreviado las faltas, incidentales o no, imputables a los acusados de delitos que se sustancien por este procedimiento siempre que la comisión de la falta o su prueba estuviese relacionada con aquellos delitos. Las faltas que no cumplan estas circunstancias se sustanciarán por el juicio de faltas previsto en los arts. 962 y ss. LECrim.

Como puede verse, la gran mayoría de delitos se sustanciarán por el procedimiento abreviado, ya que en su ámbito se incluyen los delitos que se cometen con mayor frecuencia y de mayor incidencia social por su reiteración. Por esa razón puede decirse que el procedimiento

sus posibles responsables, puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda, añade el Alto Tribunal, es difícil evitar la impresión de que el Juez acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible.

2. El procedimiento abreviado se reformó por la Ley 10/1992, de 30 de abril con la finalidad de introducir en el procedimiento abreviado las reformas necesarias para permitir el enjuiciamiento en aquellos casos en que el imputado ha sido sorprendido *in flagranti* y en los que exista prueba suficiente para el enjuiciamiento inmediato. En este sentido, y según la Exposición de Motivos de la Ley, la reforma se dirigía: “*en la dirección de ir consiguiendo una regulación que permita introducir en nuestro ordenamiento modalidades de enjuiciamiento inmediato en materia penal, carentes de instrucción propiamente dicha*”. Esta regulación se modificó por LO 2/1998, de 15 de junio que perseguía impulsar el desarrollo de los juicios rápidos en el procedimiento abreviado, con la finalidad de potenciar mecanismos de agilización de los juicios penales. Finalmente, la Ley 38/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha introducido reformas importantes en el procedimiento abreviado; y además ha introducido un nuevo procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas.

abreviado ha quedado convertido en la actualidad en el proceso tipo de la jurisdicción penal, a pesar de que esté incardinado dentro de la LECrim. en el Libro IV, destinado a los procedimientos especiales.

2. FASE PRELIMINAR DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

Una de las novedades más importantes de la LO 7/1988, que introdujo el procedimiento abreviado, fue la atribución explícita de la investigación preliminar –y por tanto extraprocesal– al Ministerio Fiscal, el cual conforme al art. 773.2 LECrim., cuando tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los participantes en el mismo³.

La dirección y coordinación de la investigación pre-procesal corresponde al Ministerio Fiscal, que dirigirá la investigación policial y podrá acordar por propia iniciativa las diligencias preliminares de investigación del hecho punible que estime adecuadas. A este efecto, compete al Fiscal dar a la policía las instrucciones, tanto generales como particulares, para el más eficaz cumplimiento de sus funciones (art. 773.1 y 2 LECrim.). Para una perfecta ejecución de esta competencia el Fiscal deberá establecer los criterios generales a seguir en toda investigación, marcando las pautas relativas a modos de actuación, preferencias de investigación o coordinación de investigaciones, a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, o en su caso, de las Juntas Locales de Seguridad. Además deberá, también, dar las instrucciones particulares y concretas en cada caso determinado, que se impartirán a través de los Jefes de las distintas Unidades.

3. Estas diligencias tienen gran importancia por constituir en muchos casos el fundamento fáctico que constituirá el objeto del debate procesal que se desarrollará en el eventual y futuro juicio oral. Por esa razón en los arts. 769 a 773 LECrim. se regula con cierto detalle la actuación de la policía judicial y del Ministerio Fiscal. Esta actividad pre-procesal no puede considerarse una actividad instructora propiamente dicha y, por tanto, sustitutoria de la instrucción judicial. A diferencia de ésta, que tiene como finalidad averiguar si existe un delito y una persona responsable, en esta fase se persigue investigar si existe suficiente base para sostener una acusación por la existencia de un presunto hecho delictivo.

Pero la Ley regula de forma diferenciada la actuación de Policía Judicial y Fiscal. Por otra parte, no se ha producido un desarrollo sustancial de la regulación de las diligencias preliminares y de la actuación del Fiscal como director de la investigación policial⁴.

2.1. Diligencias de prevención de la Policía Judicial.

Las diligencias de prevención tendrán lugar en el marco de las funciones que le son propias a la Policía Judicial en relación con la investigación criminal. A este fin, para el cumplimiento de las finalidades indicadas de investigación y persecución de los delitos, los miembros de la Policía Judicial, tan pronto como tengan conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito, actuarán de conformidad con lo previsto en los arts. 282 y ss. de la LECrim.; así como con las normas contenidas en la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y RD 769/1987, sobre regulación de la policía judicial. En ámbito foral navarro, es preciso hacer referencia al Decreto Foral Legislativo 213/2002 de 14 de octubre del Gobierno de Navarra, en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Cuerpos de Policía de Navarra; texto que, a su vez, es desarrollado por el Reglamento de Organización y funcionamiento de la Policía Foral del Navarra (BO Navarra de 18 de agosto de 2004, núm. 99) cuyo contenido coincide básicamente con lo establecido en la normativa estatal.

4. Las últimas modificaciones legales han desarrollado notablemente la facultades de actuación de la Policía Judicial, concretamente en lo que podemos denominar diligencias de prevención, que tienen por finalidad asegurar los efectos y personas que tengan relación con el delito e informar a los perjudicados y detenidos de los derechos que le asisten. Sin embargo, esta ampliación de facultades y competencias de la policía no se ha desarrollado teniendo en cuenta la función de dirección del Ministerio Fiscal. A este respecto, véase que se mantiene la contradicción entre el contenido del apartado 2.º del art. 773 LECrim. y el art. 772.2 LECrim. En el primero se prevé la posibilidad de que los atestados de la Policía se entreguen al Fiscal, mientras en el segundo se establece que la Policía hará entrega de los atestados al Juez competente. Del conjunto de normas legales aplicables –art. 4 EMF, art. 4 RD 769/1987 y art. 785 bis 1 LECrim.–, se desprende que existe la posibilidad de que la Policía entregue los atestados al Juez de Instrucción o al Fiscal. En cualquier caso, la Policía deberá comunicar al Fiscal el resultado de las actuaciones practicadas cumplimentando sus instrucciones.

En el procedimiento abreviado, sin perjuicio de las normas generales expuestas, la policía judicial realizará las siguientes diligencias:

1.º Requerirá la presencia de cualquier facultativo que pueda hallarse para prestar, si fuere necesario, los oportunos auxilios al ofendido. La negativa sin justa causa se sancionará, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en la que pudiera incurrir, con una multa de 500 a 5.000 euros (art. 770.1.º LECrim.).

2.º Asegurarán el cuerpo del delito. A cuyo efecto recogerán y custodiarán los efectos, instrumentos o pruebas de cuya desaparición hubiera peligro para ponerlos a disposición judicial (art. 770.3.º LECrim.); tomarán los datos personales, dirección, o cualquier otro dato que permita identificar y localizar, a las personas que se encuentren en el lugar en que se cometió el hecho (art. 770.5.º LECrim.); intervendrán, en su caso, el vehículo y retendrán el permiso de circulación del mismo y el permiso de conducir de la persona a la que se impute el hecho (art. 770.6.º LECrim.). En el caso de haberse producido la muerte de alguna persona, y el cadáver se hallará en la vía pública, férrea o en otro lugar de tránsito, lo trasladarán al lugar próximo que resulte más idóneo, en cuyo caso reseñarán la posición exacta del interfecto mediante fotografías o cualquier otro medio apto para este fin (art. 770.4.º LECrim.).

3.º Realizarán una inspección ocular del lugar, y cuando fuere pertinente para el esclarecimiento del hecho punible, levantarán acta a tal efecto a la que añadirán fotografías o grabación de imágenes (art. 770.2 LECrim.).

4.º Respecto a la víctimas y perjudicados el art. 771.1ª LECrim. prevé que se les informe de los derechos que le asisten de conformidad con los arts. 109 y 110 LECrim. y, concretamente, el derecho a ser parte en la causa sin necesidad de formular querrela; y a que se les nombre abogado de oficio; y también que, de no personarse en la causa y no hacer renuncia ni reserva de acciones el Fiscal las ejercerá si correspondiere⁵.

5.º Con relación al imputado, se establece la necesidad de informar al detenido (aunque la Ley lo denomina imputado) de los hechos que

5. En el caso de delitos contra la propiedad intelectual o industrial la información de derechos al ofendido, así como la citación y emplazamiento pertinentes se realizará con el ofendido, con las personas y entidades que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos –art. 771.1.2 LECrim.–.

se le atribuyen y los derechos que le asisten, de conformidad con lo previsto en los apartados a), b), c) del art. 520.2 LECrim.

Para el supuesto de juicio rápido de determinados delitos, además de las expresadas la policía judicial podrá practicar las actuaciones previstas en el art. 796 LECrim. (véase el Cap. XV).

Para el desempeño de estas y otras funciones que por la Ley se le encomiendan los miembros de la Policía Judicial requerirán, cuando fuere necesario, el auxilio de otros miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. La Ley no establece requisito alguno para solicitar y obtener esta colaboración, sin que las actuaciones que desempeñen otros Cuerpos de Seguridad, especialmente, la Policía Local adolezcan de defecto o vicio que las invalide.

2.2. Diligencias Preliminares del Ministerio Fiscal.

El art. 773 LECrim. prevé que el Fiscal inicie la práctica de estas diligencias preliminares, auxiliado en su caso por la Policía Judicial, cuando: a) tenga directamente noticia de un hecho aparentemente delictivo⁶; b) se le presente una denuncia⁷; o c) reciba un atestado. En estos supuestos podrá acordar, mediante Decreto, la práctica de diligencias prelimi-

6. Esta actuación se enmarca en la misión genérica del Fiscal de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad (art. 1 EMF), y en la función concreta del ejercicio de las acciones penales (art. 3 EMF). Corresponderá al Fiscal, cuando tenga noticia de algún hecho presuntamente delictivo, iniciar las investigaciones preliminares correspondientes para determinar si procede incoar un procedimiento. En cualquier caso la duración máxima de estas diligencias será de seis meses, salvo prórroga acordada, motivadamente, por el Fiscal General del Estado. Transcurrido ese plazo, sea cual fuere el estado de las actuaciones, el Fiscal deberá formular denuncia o querrela instando el Juez de Instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas con remisión de lo actuado y poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito. Cuando estime que el hecho no reviste caracteres de delito, decretará el archivo de las actuaciones (art. 5 EMF).

7. Cuando se le presente alguna denuncia, deberá citar al denunciante para su ratificación, de acuerdo con lo previsto en los arts. 266, 267 y 773.3 LECrim. En esta diligencia deberá solicitar al denunciante que aporte cuantos elementos y datos posea sobre el hecho denunciado, a fin de facilitar las tareas de investigación.

nares para averiguar el hecho y la responsabilidad de los partícipes con el fin de preparar la acusación.

Las diligencias de carácter preliminar que podrá practicar el Fiscal, según el art. 5 EMF, serán todas aquéllas para las que esté legitimado por la LECrim. Concretamente, la Ley prevé que pueda practicar por sí mismo u ordenar a la Policía Judicial las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes en el mismo. También podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos previstos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la que se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante la autoridad judicial (art. 773.2 LECrim.). Concretamente, el art. 5 EMF dispone que el Fiscal recibirá declaración al sospechoso asistido éste de abogado. Además, se prevé que pueda tomar conocimiento de todo lo actuado.

Será Fiscal competente para acordar la práctica de diligencias preliminares, el que lo sea para actuar ante el órgano jurisdiccional que deba conocer del hecho delictivo. Si se tratara de un delito complejo, en el que no fuera posible determinar el órgano competente con carácter inmediato, podrá acordar la práctica de diligencias preliminares el Fiscal que primero tuviera noticia por cualquier medio de la existencia del hecho punible. Todo ello, sin perjuicio de que lo comunique, de acuerdo con el Estatuto del Ministerio Fiscal, al Fiscal General del Estado, a los efectos de que éste determine el Fiscal que deba continuar la investigación.

La actuación del Fiscal, en esta fase, no va dirigida a obtener pruebas, sino a preparar la acusación. A este fin las diligencias tendrán por objeto la localización y aseguramiento de las fuentes de la prueba. El Fiscal no podrá llevar a cabo una actividad propiamente probatoria hasta que, una vez abierto el juicio oral, formule escrito de acusación, en el que conforme al art. 781.1.º LECrim., podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral⁸.

8. Las diligencias practicadas en la fase preprocesal por el Ministerio Fiscal se practicarán observando las mismas garantías que señala la LECrim. Tratándose de declaraciones prestadas con la presencia del Letrado defensor del posible imputado.

El Fiscal no podrá practicar determinados actos que la Ley reserva al Juez, como son la adopción de medidas cautelares personales, y entre ellas la prisión provisional (aunque sí la detención preventiva) o la retirada del permiso de conducción, o de medidas cautelares de carácter real, como decretar embargos, secuestro de vehículos –sin perjuicio de ordenar a la policía judicial las actuaciones preventivas del art. 770 LECrim.)–. Tampoco podrá dictar resoluciones limitativas de derechos fundamentales, como registros domiciliarios, intervenciones telefónicas o secuestro de correspondencia (art. 5 EMF) (art. 773.1 LECrim.).

Las diligencias preliminares practicadas por el Fiscal podrán concluir, conforme dispone el art. 773.2 LECrim., de la siguiente forma:

a) Por archivo de las actuaciones por decisión del propio Fiscal, cuando estime que el hecho que las motivó no reviste caracteres de delito. En este caso deberá comunicar la decisión a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. También procederá el archivo por transcurso del plazo de seis meses de duración máxima de las diligencias sin que el Fiscal haya formulado denuncia o querrela (art. 5 EMF).

b) Por instar al Juez de Instrucción la incoación de las correspondientes Diligencias previas, si estima, por el contrario, que el hecho reviste caracteres de delito. En este caso, remitirá todo lo actuado al Juez de Instrucción competente poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

c) Por tener conocimiento el Fiscal de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos. El número 3 del precepto que se analiza, impone en este caso el cese automático de la actuación

El art. 5 EMF atribuye a las diligencias del Fiscal presunción de autenticidad, que alcanza solamente al aspecto formal; es decir, a la fecha de su realización, al hecho de su realización, y a que su contenido es el que consta documentado en el acta correspondiente, mas no alcanza a su aspecto material, es decir, a la certeza de su contenido, ya que ello quedará sometido a la apreciación judicial tras la correspondiente actividad probatoria. Así lo exige la vigencia del principio acusatorio, del principio contradictorio y del de igualdad de partes en el proceso, pues lo contrario sería tanto como admitir la existencia de una prueba tasada, desterrada de nuestro sistema procesal penal desde 1882, y derivar la carga de la prueba hacia el acusado, lo que supondría una vulneración de la presunción de inocencia del art. 24 CE.

del Fiscal, al decir que se producirá “*tan pronto como tenga conocimiento*”. De su tenor literal no se deduce la exigencia de una notificación oficial del órgano jurisdiccional correspondiente, sino que bastará que se acredite, de forma indubitada, ante el Fiscal, la existencia de aquel procedimiento sobre los mismos hechos para que el Fiscal venga obligado al cese en su actividad.

3. LAS DILIGENCIAS PREVIAS.

3.1. Consideraciones generales.

En nuestro ordenamiento procesal existen tres tipos de proceso para la instrucción, enjuiciamiento y fallo de las causas criminales (Sumario, Diligencias previas y procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado –arts. 14 y 757 LECrim.; y 24 LOTJ–), que pueden incoar los Jueces de Instrucción según la clase de delito. Las diligencias previas designan la fase de instrucción del procedimiento abreviado, que se incoará para la comprobación de hechos subsumibles en el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado (art. 774). Ello sin perjuicio de que de la instrucción del proceso pueda determinarse que procede otro tipo de procedimiento penal, en cuyo caso se dictará auto adecuándose el procedimiento al que corresponda legalmente¹⁰.

9. Aunque el art. 773.3 LECrim. se refiera exclusivamente a la “existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos” sin especificar la naturaleza del procedimiento que debe paralizar la actividad preliminar del Fiscal, debe entenderse que esta referencia va dirigida exclusivamente a un procedimiento de carácter penal. Ello deriva tanto de la naturaleza pública del Derecho penal como de la propia misión del Ministerio Fiscal y del proceso penal.

10. Si iniciado el procedimiento apareciere que el hecho no se halla comprendido entre los referidos en el art. 757 LECrim., la instrucción continuará de conformidad con lo previsto en las disposiciones generales de la LECrim., sin retroceder en el procedimiento, más que en el caso que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales. Igual sucederá en el caso contrario que resulte que iniciado un sumario resultare que los hechos son indiciarios de un delito que se deber resolver por el procedimiento abreviado. En ningún caso el cambio de procedimiento implicará el de instructor (art. 760.1 LECrim.). En el caso

La fase de diligencias previas, o instrucción, tiene por finalidad la práctica de las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 777 LECrim.). Esta fase tiene carácter preparatorio, sin que sea necesaria la obtención y recopilación exhaustiva de material probatorio, sino que deben complementar a las practicadas en el atestado (y debe también entenderse en la denuncia presentada en su caso por el Fiscal), cuando éstas no permitan una perfecta determinación de los hechos indiciariamente punibles y los partícipes, al efecto de permitir formular acusación o bien fundar un sobreseimiento. Por tanto, debe otorgarse un necesario contenido a esta fase de investigación judicial, sin que pueda prescindirse de su efectiva práctica, en la que como mínimo debe procederse a realizar una diligencia de instrucción cual es la declaración indagatoria del imputado (art. 779.1.4 LECrim.).

3.2. Intervención de las partes.

Al igual que sucede con el resto de procedimientos penales puede distinguirse entre partes acusadoras y acusadas.

a) Ministerio Fiscal. El Fiscal se constituirá, con carácter general, en las actuaciones judiciales para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley (arts. 105, 773.1 LECrim.). En la fase de diligencias previas el Fiscal actuará de conformidad con el art. 773.1 LECrim., que le atribuye la función de impulsar y simplificar el procedimiento sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo velando por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.

El Fiscal podrá solicitar al Juez de Instrucción: la práctica de diligencias, la adopción de medidas cautelares o su levantamiento. Inter-

que se deduzca que el hecho podría constituir un delito cuyo enjuiciamiento fuere competencia del Tribunal de Jurado, se procederá de conformidad con el art. 309.bis LECrim., a cuyo efecto se resolverá incoar aquel procedimiento (art. 760 LECrim.). Además el art. 309.bis prevé la posibilidad de que las partes lo insten al Juez que deberá resolver en auto que puede recurrirse en queja ante la Audiencia Provincial.

vendrá en la práctica de las diligencias de investigación, y solicitará la conclusión de las diligencias previas tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

b) Intervención y defensa del imputado. En la fase de diligencias previas del procedimiento abreviado son plenamente vigentes el principio acusatorio, de defensa y de contradicción, entre otros; lo que se pone de manifiesto en la plena vigencia del derecho de defensa desde la detención (art. 767 LECrim.)¹¹.

El imputado puede instar la práctica de diligencias y todo lo que a su derecho convenga, así como intervenir en la práctica de las diligencias de investigación que acuerde el Juez (art. 776 LECrim.). Para ello deberá estar asistido de abogado, lo que garantiza el art. 767 LECrim. desde el momento en que una persona adquiere tal "status", precisando que en estos casos: "*será necesaria la asistencia letrada*" que recabará de inmediato la policía judicial, el Fiscal o la autoridad judicial.

La declaración genérica citada se reitera con relación a las actuaciones que se producirán con relación al detenido o imputado. Así, el art. 771.2 LECrim. dispone que la policía judicial informará: "*... al imputado no detenido de los hechos que se le atribuyen y de los derechos que se asisten...*"; y concretamente, le instruirá de los derechos constitucionales reconocidos en el art. 520 apartados a), b), c) y e) que se refiere al derecho a designar abogado. El art. 775 dispone que en la primera comparecencia el Juez informará al impu-

11. El Tribunal Constitucional ha declarado que el reconocimiento del derecho al proceso con todas las garantías implica evitar un desequilibrio entre las partes, ya que deben disponer todas ellas de igualdad de armas. A este efecto resulta necesario garantizar la plena vigencia de los derechos de defensa y contradicción para lo cual resulta necesaria la asistencia de abogado al detenido o imputado durante todo el proceso penal. Esta exigencia adquiere toda su importancia en la fase de juicio oral, sin que por ello deba limitarse en la fase de instrucción o en la denominada fase intermedia. Es ilustrativa en este sentido la STC 64/1986, de 21 mayo, en la que se establece que la Ley reconoce la posibilidad de que el imputado se persone en el sumario desde el mismo momento de su apertura (art. 118 LECrim.) de manera que en la actualidad la fase instructora ha perdido gran parte del carácter inquisitivo que tenía y se ha convertido en una preparación del juicio, de la que no están ausentes la contradicción y las garantías procesales.

tado de sus derechos y de los hechos que se le imputan, y le permitirá entrevistarse reservadamente con su abogado antes y después de prestar declaración¹²; y se le requerirá para que designe un domicilio en España para notificaciones. Esta comparecencia es de práctica necesaria sin que el Juez pueda dar por terminadas las diligencias previas sin haber tomado declaración al imputado (art. 779.4.^a LECrim.). De este modo se garantiza que el imputado pueda hacer efectivo el derecho de defensa y contradicción en la instrucción del proceso solicitando las diligencias que sean oportunas y convenientes a su derecho; equilibrándose la actuación de las partes en el proceso¹³.

c) Perjudicados y ofendidos por el delito. Los ofendidos y perjudicados por el delito deben ser informados de los derechos que les asisten, según dispone el art. 761 LECrim., que se remite a los arts. 109 y 110 LECrim. Esta información se practicará por la Policía Judicial (art. 771.1.^a LECrim.), por el Fiscal (art. 773 LECrim.), o por el Secretario en sede judicial, cuando previamente no lo hubiere hecho la policía judicial (art. 776.1 LECrim.). La imposibilidad de practicar esta información, ya sea por la policía o el Secretario judicial, no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de su efectiva práctica por el medio más rápido.

Entre los derechos que asisten a los perjudicados se halla el de poder ejercer la acción penal o la civil derivada de delito pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela. Sin embargo, la acusación popular ejercida por los que no hubieren sido directamente ofendidos por el delito deberán comparecer mediante la formu-

12. El abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención del procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral. Hasta ese momento el abogado será el encargado de recibir las notificaciones y traslados de documentos (art. 768 LECrim.).

13. Si bien el Juez de Instrucción, en las diligencias que pueda llevar a cabo, deberá tener en cuenta el mandato del art. 2 LECrim., que le obliga a consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo, obligación que se extiende tanto al Fiscal como a la Policía Judicial. También hay que tener en cuenta, la doctrina constitucional ya expresada referente a la ineludible observancia de los principios de contradicción e igualdad de armas procesales (STC 273/1993, de 20 septiembre).

lación de querrela, según disponen los arts. 270 LECrim. En calidad de parte acusadora el perjudicado podrá tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias de instrucción (art. 776.3 LECrim.); o de prueba anticipada cuando no pudieran practicarse en el juicio oral (art. 777.2 LECrim.)¹⁴.

d) Responsables civiles. El responsable civil interviene en el proceso penal únicamente con relación a la responsabilidad civil derivada del delito, ya sea como responsable civil directo o subsidiario. El responsable civil directo es el acusado que responderá de la petición de pena y de la indemnización que se solicite por los daños causados. Pero cabe la posibilidad que el responsable civil directo o subsidiario sea sujeto distinto al acusado.

El responsable civil actuará en el proceso con las mismas facultades que el resto de partes y, concretamente, que el acusado pero referidas exclusivamente al contenido civil que se les reclama. El interés procesal del responsable civil se concreta en la condena que se solicita en ese concepto, que tiene un carácter distintivo con relación a la petición punitiva. Téngase en cuenta que la responsabilidad civil derivada del delito puede resolverse independientemente de la penal, debido a la naturaleza dispositiva de la acción civil derivada del delito. Por esa razón, la actuación procesal del responsable civil se limita a aquellas cuestiones relacionadas con la indemnización solicitada. En ese con-

14. Al margen de la posibilidad de personarse como parte en el procedimiento la Ley atiende a las víctimas, en cuanto tales. A este efecto prevé que se las informe de las medidas de asistencia a las víctimas (arts. 771 y art. 776.1 LECrim.). Además, la Ley prevé que se notifique al perjudicado, aún no personado en la causa, el auto en el que se acuerda archivar las actuaciones (art. 779.1 LECrim.); y que se informe por escrito a la víctima aunque no se hubiere constituido como parte en el proceso de: la fecha y lugar de la celebración del juicio (art. 785.3 LECrim.), de la sentencia que se le notificará (art. 789.4 LECrim.), de la vista de apelación (art. 791.2 LECrim.), y de la sentencia dictada en apelación (art. 792.4 LECrim.). La notificación a la víctima de los trámites y resoluciones señaladas resulta una adecuada medida que permite que el ofendido por el delito pueda conocer de las vicisitudes del enjuiciamiento de los hechos de los que fue víctima, lo que puede redundar en un acercamiento de los ciudadanos a la administración de justicia. Por otra parte, puede servir de alternativa a los perjudicados por el delito que no quieran ser parte en la causa pero, al mismo tiempo, deseen estar informados, adecuadamente, de lo actuado en el proceso.

cepto el responsable civil será parte en el proceso y podrán presentar escrito de defensa con relación a su interés procesal (art. 784.1 LECrim.)¹⁵.

3.3. Sustanciación de la fase de Diligencias previas.

La fase de diligencias previas tienen por finalidad determinar la naturaleza y circunstancias del hecho. Con esa finalidad el Juez deberá ordenar de oficio o a instancia de parte la práctica de las diligencias necesarias que se practicarán sin demora. Estas diligencias formarán una causa de procedimiento abreviado. Pero, en el caso que se trate de delitos conexos, con varios imputados, el Juez podrá formar varias piezas separadas para simplificar y activar el procedimiento (art. 762.6.º LECrim.).

Las diligencias de instrucción las acordará el Juez, que las practicará por sí u ordenará a la Policía judicial su realización, dando cuenta al Ministerio Fiscal y a las partes personadas (art. 777 LECrim.). Para ello el Juez se entenderá directamente con el órgano o autoridad que deba proceder a la diligencias acordada, aunque no esté directamente subordinado. La comunicación se producirá del modo más rápido, acreditándose por diligencia las peticiones de auxilio que no se hubieren cursado por escrito (art. 762.1.º y 2.º LECrim.).

Las partes personadas pueden solicitar ante el Juez instructor la práctica de aquellas diligencias que estimen adecuadas a sus intereses; e intervenir en su realización con igualdad de medios, debiéndose prac-

15. En cuanto a las aseguradoras, responderán como responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada (art. 764 LECrim.). En ese concepto se le requerirá a prestar fianza según establece la LEC en sede de medidas cautelares, y tendrá la consideración de parte a todos los efectos indicados. Si embargo, en el supuesto de estar cubiertas las responsabilidades por un seguro obligatorio la aseguradora o el consorcio tendrán la consideración de responsable civil con efectos limitados al límite del seguro obligatorio a cuyo efecto deberán prestar fianza. En este caso, la Ley acota las posibilidades de intervención en el proceso. En este sentido, el art. 764.3.2 LECrim. dispone que: *“La entidad aseguradora o el Consorcio no tendrán la consideración de parte en el proceso penal, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar que podrá ejercer en la pieza correspondiente”*.

ticar tanto las diligencias encaminadas a la inculpación como las destinadas a la exculpación, y es deber del Juez velar por ello, en virtud del principio de tutela efectiva del art. 24 CE, y por lo dispuesto en el art. 2 LECrim. Caso de que el Juez deniegue la práctica de tales diligencias, contra el auto denegatorio cabrá recurso de reforma, y posterior de apelación ante la Audiencia Provincial (art. 766.1 LECrim.). Las diligencias de instrucción que pueden practicarse son todas aquellas previstas en las disposiciones generales de la LECrim. (arts. 326 a 485 LECrim.), con las especialidades previstas en la regulación del procedimiento abreviado (arts. 762 y 778 LECrim.)¹⁶.

Las partes podrán solicitar, en fase de diligencias previas, la práctica de aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no puedan practicarse en el juicio oral, o que pudieran motivar su suspensión (arts. 777.2, 784.2 LECrim.). Se trata de la práctica de prueba anticipada en los casos en los que no se pueda realizar en el acto del juicio. Así, principalmente en el caso de declaración de testigos, que por distintas razones deban ausentarse durante la celebración del juicio¹⁷.

16. A saber: 1.º El informe pericial lo podrá prestar un solo perito (art. 778.1 LECrim.). 2.º El Juez podrá acordar que el Médico forense u otro perito procedan a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale (art. 778.3 LECrim.). 3.º El Juez podrá autorizar al médico forense para que asista en su lugar al levantamiento del cadáver. El forense realizará informe, que se adjuntará a las actuaciones, con la descripción detallada de su estado, identidad y circunstancias que tuvieren relación con el hecho punible. Igualmente podrá acordar que no se practique la autopsia cuando pueda dictaminarse cumplidamente la causa y las circunstancias relevantes de la muerte, sin necesidad de su práctica –art. 778.4 y 6 LECrim–. 4.º En las declaraciones de imputados y testigos se reseñará el número del documento nacional de identidad, salvo que se tratase de agentes de la autoridad en cuyo caso bastará la reseña del número de carnet profesional. 5.º Si no se ofreciesen dudas sobre la edad del imputado se prescindirá de traer a la causa el certificado de nacimiento, en caso contrario se unirá aquél y la ficha dactiloscópica. 6.º No se exigirá título oficial al intérprete que asista al imputado o testigo que no entienda el idioma español (art. 762.7.º a 11.º).

17. Por ejemplo, en el caso de que los perjudicados por el delito no residan en el lugar del juicio, como es el caso de turistas que visitan nuestro país en períodos de vacaciones. Ésta es precisamente la justificación que ofrece la enmienda n.º 185 que añadió esa norma al art. 777 LECrim.

3.4. Reconocimiento de los hechos y sentencia de conformidad.

El legislador ha previsto, en el procedimiento abreviado, la posibilidad de que las partes acusadoras y acusadas lleguen a un consenso o acuerdo. Se trata de una oportunidad para que las partes negocien sobre la acusación y la pena, respecto de aquellos delitos de entidad menor y de poca trascendencia social, que puede tener lugar en tres momentos procesales distintos: a) Durante la sustanciación de las Diligencias previas, por medio del reconocimiento de los hechos –art. 779.5.º LECrim–; b) En el trámite de calificación, una vez abierto el juicio oral –art. 784.3.º LECrim–; c) Iniciado el juicio oral y antes de practicarse la prueba, el acusado podrá conformarse con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad (art. 787 LECrim.).

En cuanto al primer supuesto, que es al que debemos atender en este apartado, se caracteriza porque el imputado reconoce los hechos que se le imputan. Es decir, asume y admite como ciertos los elementos objetivos que integran al tipo penal. No se trata, por tanto, de una conformidad con la calificación jurídica o con la pena, sino que mediante la conformidad así expresada se tiende no a evitar el juicio sino a anticiparlo y facilitar al máximo. En efecto, el reconocimiento de los hechos, dentro de los límites legales que se exponen a continuación, determinará que el procedimiento penal se sustancie por los trámites del juicio rápido, de conformidad previsto en el art. 801 LECrim.; lo que producirá el efecto de que sea el Juez de guardia el que dicte sentencia de conformidad con lo solicitado con las partes, pero reducida en un tercio (art. 801.1.4.º LECrim.) (art. 779.1.5 LECrim.). Así, manifestado el reconocimiento de los hechos imputados, que se hallen dentro del límite previsto en el art. 801 LECrim. (pena de prisión que exceda de tres años o cualquiera que fuera su cuantía o duración si fuere de distinta naturaleza), el Juez convocará inmediatamente al Fiscal y a las partes personadas a fin que se pronuncien sobre la conformidad del imputado y, en su caso, formulen escrito de acusación de acuerdo con aquélla. Si se admitiera el reconocimiento del imputado, el Juez de instrucción incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos para el juicio rápido de los arts. 800 y 801 LECrim., procediéndose a dictar sentencia de confor-

midad con una reducción de la pena de un tercio de la solicitada (véase Cap. XV)¹⁸.

Lo habitual será que las declaraciones de conformidad se produzcan ante el Juez en unidad de acto. De tal modo que reconocimiento y conformidad con los hechos y la pena solicitada se produzca en el acto y se asuma por todas las partes. En caso contrario, se planteará el problema del efecto que deba tener el reconocimiento de los hechos cuando el Fiscal o la acusación particular no acepten la calificación de los hechos que haya hecho el imputado al declarar su reconocimiento. De darse ese supuesto lo más adecuado será seguir la sustanciación ordinaria de las diligencias previas sin otorgar al reconocimiento ningún efecto, ya que no puede separarse el reconocimiento de hechos de su calificación jurídica¹⁹.

3.5. Conclusión de las Diligencias previas.

El Juez de Instrucción deberá dar por terminada la instrucción cuando entienda que han quedado determinados los hechos punibles e identificados los responsables, ya sea por haber practicado diligencias de instrucción o por entender que son suficientes las diligencias que consten en el atestado o denuncia del Fiscal. Aunque siempre de-

18. Eso no significa que no pueda el imputado reconocer los hechos cuando estos sean constitutivos de un delito castigado con pena superior a los tres años de prisión. En ese caso se procederá a convocar el juicio oral de procedimiento ordinario.

19. Cuando el imputado reconoce los hechos, lo hace incardinándolos en un tipo determinado, es decir, calificándolos. Por su parte, el Fiscal podrá asumir esa calificación, o no. Esta actividad de calificación es necesaria, por cuanto la posibilidad de dictarse sentencia, de conformidad de acuerdo con el art. 801 LECrim., está limitada a delitos cuya pena, cuando sea de prisión, no supere tres años. Pues bien, cuando el imputado reconoce los hechos, lo hace otorgándoles una calificación determinada, de modo que la conformidad se concreta al conjunto de hechos y derecho. La consecuencia, de la falta de asunción por el Fiscal de la calificación propuesta por el imputado será que se deba seguir el juicio para que el Fiscal califique los hechos según su criterio. Por su parte, el acusado podrá, a nuestro entender, admitir o negar los hechos y calificarlos del modo que crea conveniente, sin que el reconocimiento (o mejor dicho la conformidad) fallida pueda constituir un indicio en contra del acusado.

berá haberse tomado declaración al imputado (art. 779.4.^a LECrim.). La Ley opta por la celeridad en la tramitación de la instrucción en el procedimiento abreviado, que se manifiesta en el art. 779 LECrim. que dispone que en el supuesto de tenerse que practicar diligencias por el Juez de Instrucción, éstas sean practicadas sin demora (art. 779.1 LECrim.)²⁰.

Concluida la fase de diligencias previas el Juez adoptará por auto alguna de las siguientes resoluciones (art. 779 LECrim.):

1.º Si estimase que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda, notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hubiesen mostrado parte en la causa (art. 779.1.^a LECrim.)²¹.

2.º Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando le corresponda su enjuiciamiento (art. 779.2.^a LECrim.). Pero, en este caso, se plantea el problema de que el Juez de Instrucción, al haber practicado diligencias de instrucción, incurrirá en la causa de recusación 10.^a del art. 219 LOPJ (haber sido instructor de la causa cuando el

20. El TC ha recordado el carácter esencial de las diligencias que deben practicarse durante la fase de instrucción de las Diligencias previas y la necesidad de una duración razonable y no excesiva, indicando que, por definición, tales diligencias son, según la Ley, sólo las “esenciales”, y no pueden utilizarse para otros fines que los señalados en el precepto ni por más tiempo del que se precise para ello (“sin demora”), so pena de convertirse en una inaceptable corruptela, en un nuevo procedimiento, desvirtuando su naturaleza (STC 133/1988, de 4 julio; asimismo, STC 191/1989, de 16 noviembre).

21. El auto en el que el Juez declara la inexistencia de infracción penal deberá motivarse suficientemente, sin que ello suponga la obligación de realizar una exhaustiva descripción del razonamiento que condujo a tal decisión. Si el Juez estimara que el hecho puede ser constitutivo de delito, pero no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. En este caso, el archivo será provisional, ya que cuando se presenten en el Juzgado, ya sea por la Policía o por los acusadores particulares, nuevos elementos y pruebas por las que se pueda acusar a una determinada persona, o justificar la comisión del delito ya denunciado, el Juez deberá decretar la reapertura de las Diligencias previas (véase sobre sobreseimiento el Cap. XVII).

conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal), por lo que deberá abstenerse del conocimiento de la causa y remitir las actuaciones al Juez que deba reemplazarle. Sólo podría fallar sobre la falta si no hubiese practicado ninguna diligencia por no haberlas considerado necesarias. O si aun interviniendo se hubiese limitado a la práctica de actos de mero trámite.

3.º Si el hecho estuviere atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Cuando todos los imputados fueren menores de edad penal (dieciocho años), se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de responsabilidad del menor 5/2000 (art. 779.3.ª LECrim.).

4.º Si el hecho constituyera delito comprendido en el ámbito del procedimiento abreviado (art. 757 LECrim.), seguirá el procedimiento por sus trámites (arts. 780 y ss. que regulan la preparación del juicio oral) (art. 779.4.ª LECrim.).

En este caso el Juez deberá dictar auto que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se imputan (art. 779.4.ª LECrim.). Este necesario contenido del auto supone una novedad introducida por la Ley 38/2002, que consideramos de especial interés, ya que la posterior calificación de las partes estará delimitada por el contenido del auto, sin perjuicio de que puedan solicitar la práctica de nuevas diligencias de instrucción (arts. 780 y 784 LECrim.). La identificación de la persona a la que se imputan los hechos “*calificados indiciariamente*” por el Juez de instrucción como punibles debe constituir la ratificación de la calidad del imputado, que se adquirió en la primera comparecencia necesaria ante el Juez de instrucción.

Cabe recurso de reforma y apelación frente al auto de conclusión de las diligencias previas (art. 766 LECrim.)²². También cabrá recurso de casación en el caso de que, en razón del delito, le corresponda conocer del juicio oral a la Audiencia Provincial. Pero no es susceptible de recurso de casación el auto de la Audiencia desestimando el recurso de

22. El recurso de apelación podrá interponerse directamente, sin necesidad de ejercitar previamente el de reforma, conforme al art. 766.2 LECrim., aunque se podrán utilizar ambos recursos: reforma y subsidiariamente apelación.

apelación, contra el auto de archivo de las diligencias conforme al art. 779.1.1.^a LECrim. (vid. AATS de 29 enero 1992 [RAJ 589]; 2 junio 1992 [RAJ 5431])²³.

4. LA FASE INTERMEDIA.

La fase intermedia se desarrolla entre las dos fases esenciales del proceso penal –instructora y de juicio oral–, y tiene por objeto determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral, procediendo, en caso negativo, decretar el sobreseimiento de la causa. La competencia para conocer de la tramitación de la fase intermedia en el procedimiento abreviado se atribuye al Juez de instrucción, que asume funciones, en esta fase, por cuenta del órgano que realmente debe decidir, sea el Juez de lo Penal o la Audiencia.

En el procedimiento por delitos graves es el propio Tribunal competente para el enjuiciamiento de los hechos el que decidirá la confirmación o revocación del auto del Juez instructor en que acuerde la conclusión del sumario. También le corresponderá decidir, en caso de confirmación, si decreta la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. En consecuencia, será el órgano decisorio el que habrá de valorar jurídicamente el material instructorio y adoptar alguna de las decisiones indicadas. Se trata, sin ninguna duda de una regulación más adecuada, ya que no resulta lógico que el Juez de instrucción sea el que deba decidir si existe causa para abrir el juicio oral, ya que se trata de una función decisora, más que instructora. Aunque, la regulación de esta fase en el procedimiento abreviado ha sido mejorada por la Ley 38/2002. En

23. El art. 779 LECrim. no se refiere a la posible transformación de las Diligencias previas en sumario, ya que, conforme con el art. 760.1 LECrim., en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en el ámbito del procedimiento abreviado se continuará conforme a las disposiciones generales de la LECrim. En consecuencia, no habrá que esperar a concluir las Diligencias previas para acordar la transformación del procedimiento sino que la continuación de la tramitación por las normas generales se hará en el momento en que se aprecie aquella circunstancia, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a los preceptos generales de la LECrim.

este sentido, se han eliminado decisiones que pueden afectar a la competencia del Tribunal sentenciador; v.g. se ha suprimido la norma del derogado art. 789.4 *in fine* LECrim. que establecía que el Juez instructor pudiera acordar que las pruebas pedidas en la fase instructora se practiquen en el juicio oral. Sin embargo, la Ley no prevé la intervención del imputado para oponerse a la apertura del juicio oral²⁴. Por tanto, las alegaciones que le caben hacer al imputado deberá efectuarlas en el recurso frente al auto de conclusión de las diligencias previas (art. 779.4 LECrim.); o, en su caso, en el escrito de defensa (art. 784 LECrim.).

4.1. Traslado y alegaciones de las partes acusadoras.

Acordada la continuación del procedimiento abreviado, el Juez de instrucción dará traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas para que en el plazo común de diez días soliciten: 1.º la apertura del juicio oral, formulando al mismo tiempo escrito de acusación; 2.º el sobreseimiento de la causa; 3.º excepcionalmente la práctica de diligencias complementarias (art. 780 LECrim.).

24. El TC ha declarado inconstitucional, respecto del procedimiento por delitos graves, la falta de intervención del procesado en la fase intermedia (véanse SSTC 66/1989, de 17 abril, y 44/1985, de 22 marzo). Sin embargo, con relación al Procedimiento abreviado el TC ha declarado constitucional esta limitación (SSTC 186/1990, de 15 noviembre; 22/1991 de 31 enero; 21/1991, de 31 enero; 124/1991, de 3 junio): “la intervención del imputado en la fase de preparación del juicio oral tenga lugar en un momento posterior a la de las acusaciones es constitucionalmente válida, toda vez que la contradicción en esta fase del proceso, una vez iniciada, se limita necesariamente a la formulación de la acusación y de la defensa, y no sobre otras cuestiones respecto de las cuales el momento procesal idóneo para dicha contradicción es el de la instrucción previa. En este sentido, el traslado de las diligencias al imputado en el trámite previsto en el artículo 790.1 de la LECrim., en orden a poder solicitar y razonar la procedencia del sobreseimiento o la práctica de diligencias, sería, no sólo contrario a la finalidad de la norma, sino que podría, en la práctica, relevarse como dilatorio y redundante dado que dichas pretensiones pueden y deben hacerse valer en la fase de instrucción inmediatamente anterior y antes de que el Juez instructor acuerde la clausura de la instrucción mediante la adopción de alguna de las resoluciones previstas en el artículo 789.5 de la LECrim. (fundamento jurídico 9.º)”.

Tanto el Fiscal, previa información a su superior jerárquico, como las acusaciones personadas podrán solicitar justificadamente la prórroga del plazo establecido en el art. 780 de diez días, por otros diez que el Juez de instrucción podrá acordar atendidas las circunstancias (art. 781.2 LECrim.). Si no se presenta escrito alguno en el plazo de diez días, o en el tiempo concedido de prórroga, cabe entender que la acusación no pide la apertura del juicio oral, y que considera procedente el sobreseimiento. Así sucede con las acusaciones personadas, con excepción del Ministerio Fiscal, para el que se prevé que el Juez de instrucción requiera al superior jerárquico del Fiscal actuante para que en el plazo de diez días presente el escrito que proceda, dando razón de los motivos de su falta de presentación en plazo (art. 781 LECrim.). De lo que se deduce que el Fiscal podrá presentar escrito de acusación, o solicitar diligencias complementarias²⁵.

25. Nada más añade la Ley, lo que plantea el problema de determinar cuál debe ser la consecuencia de la falta de presentación del escrito, una vez requerido el superior jerárquico. A nuestro juicio, la consecuencia no puede ser otra que la que establecía la proposición de ley, finalmente enmendada en el Congreso, que establecía que: *“Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre”*. Ciertamente, esa norma se eliminó de la Ley como consecuencia de la admisión de varias enmiendas que solicitaban su supresión con base en el argumento que de ese modo se produciría una situación de impunidad de ciertos delitos ante la deficiencia de medios y de plantilla de la Fiscalía y las dificultades de instrucción de ciertos delitos. También se adujo que el carácter público de la acción penal no permite introducir, indirectamente, un plazo de caducidad de la acción penal. En este sentido, véanse las Enmiendas n.º 10, 38, y 114. Sin embargo, a nuestro juicio, estas razones carecen de fundamento y responden a una cuestión más amplia que, en realidad, no se plantea en el art. 781 LECrim. A este respecto, el art. 781.3 LECrim. se refiere a la situación en la que el Juez ha dado por concluidas las diligencias previas, decisión a la que el Fiscal se pudo oponer (art. 779.2 LECrim.). Por tanto si se da traslado a las acusaciones es porque o bien no se opuso el Fiscal, o bien lo hizo y el Juez desestimó el recurso. En este punto, el Fiscal puede solicitar la práctica de otras diligencias o bien acusar, e incluso pedir prórroga. Si el Fiscal no hace ni una cosa ni otra, se debe requerir al Superior para que presente el escrito que proceda. Si tampoco lo presenta se puede concluir que la consecuencia de esa conducta es la de entender que el Fiscal considera que procede el sobreseimiento libre al no haber formulado acusación.

El Juez de instrucción resolverá, en primer lugar, sobre la solicitud de práctica de diligencias complementarias. En segundo lugar, deberá resolver sobre la petición de apertura del juicio oral que acordará cuando lo haya solicitado la acusación, salvo que estimare que procede el sobreseimiento libre o provisional (art. 783. 2.º y 3.º LECrim.). En el supuesto que acuerde abrir juicio oral dará traslado al imputado para que presente escrito de defensa, tras lo cual el Juez de instrucción remitirá lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento (art. 784 LECrim.).

4.1.1. *Solicitud y práctica de diligencias complementarias.*

Las diligencias complementarias son diligencias de instrucción que las partes acusadoras pueden solicitar que se practiquen con carácter excepcional, cuando manifestaran la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos (art. 780.1 en relación con el art. 780.2 LECrim.)²⁶. El art. 780 LECrim. únicamente prevé que pueda formular esta petición el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras, pero no el imputado, sin perjuicio de que las puede solicitar al recurrir el auto de conclusión de las diligencias previas.

Esta petición la efectuarán las partes acusadoras en el escrito de alegaciones previsto en el art. 780 LECrim. Pero, la Ley distingue entre la petición de diligencias complementarias por el Ministerio Fiscal, o la acusación particular. En el primer caso, cuando sea el Fiscal el que solicite su práctica, por las razones expuestas, el Juez de instrucción deberá acordar, necesariamente, su práctica (art. 780.2.1 LECrim.). Sin embargo, no existirá esa vinculación cuando la petición se efectúe por

26. Se trata de una petición de carácter excepcional que sólo podrá fundarse en la ausencia de hechos que permitan estructurar los elementos objetivos del tipo, ya que los subjetivos y los normativos, en cuanto tienen de intencionalidad o de valoración, son más propios de debate en el plenario. Tampoco se podrá basar la petición en la insuficiencia de elementos de prueba, pues la actividad probatoria habrá de realizarse, como se ha dicho, en el juicio oral. En consecuencia, con base en el criterio de excepcionalidad el Tribunal deberá rechazar la práctica de diligencias solicitadas extemporáneamente o que tengan por finalidad servir para completar las practicadas en la fase de instrucción.

las demás partes acusadoras personadas, dado que en este caso el Juez acordará lo que estime procedente, conforme al art. 780.2.2 LECrim.²⁷.

Cuando el Juez acuerde la práctica de tales diligencias complementarias, citará para practicarlas al Ministerio Fiscal, a las partes personadas, y siempre al imputado (arts. 780.2 *in fine* LECrim.). Practicadas las diligencias solicitadas por la acusación se dará un nuevo traslado de las actuaciones a las partes acusadoras para el trámite previsto en el art. 780 LECrim., considerando que únicamente podrán solicitar la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación; o el sobreseimiento.

4.1.2. *Solicitud y acuerdo de sobreseimiento de las actuaciones.*

El sobreseimiento de la causa de procedimiento abreviado puede ser solicitado por las acusaciones, conjuntamente o no (art. 780.1 LECrim.), o acordado de oficio por el Juez de instrucción al pronunciarse sobre la procedencia de dictar auto de apertura del juicio oral (art. 783.1 LECrim.). En cuanto al imputado, deberá solicitarlo al recurrir frente el auto de conclusión de las diligencias previas (art. 779.4 LECrim.). Sin perjuicio de poder solicitarlo durante la fase de diligencias previas en el momento que considere oportuno.

Pueden darse los siguientes supuestos: a) Si se solicitara conjuntamente por la acusación pública y la particular, y la solicitud se basara en cualquiera de los motivos que previenen los arts. 637 y 641 LECrim., el Juez lo acordará necesariamente dejando sin efecto las medidas cautelares que hubiere adoptado (art. 782.1 LECrim.). En este caso, no se llegará a dar traslado al imputado, procediéndose al archivo de la causa²⁸.

27. A nuestro juicio, no puede justificarse la diferencia de trato entre el Fiscal y el resto de partes en el proceso penal. A este respecto, precisamente el Fiscal es a la parte a la que debe exigírsele la máxima diligencia en la fase de instrucción solicitando las diligencias que tenga por conveniente en la fase de investigación, que puede haberse iniciado, precisamente, como consecuencia de una investigación preliminar del Fiscal. Sin que se justifique que el Juez esté vinculado necesariamente por esta petición, teniendo en cuenta que es el Juez el que dirige la instrucción criminal.

28. No obstante, si concurrieran los supuestos de los números 1.º (enajenación), 2.º (intoxicación plena), 3.º (alteraciones de la percepción), 5.º (estado de necesidad) o

b) Si el sobreseimiento se solicita por el Fiscal —en cualquiera de sus formas— y aún no se hubiera personado en la causa acusación particular dispuesta a sostener la acusación (art. 782.2 LECrim.), el Juez podrá acordar que se haga saber la pretensión de sobreseimiento a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días puedan comparecer a defender su acción si lo consideran oportuno. Se trata de una vía del control externo del ejercicio de la acción penal a través de la llamada a la causa del acusador particular, introducido por la Ley 38/2002, de igual modo que se prevé en el art. 642 LECrim. para el procedimiento por delitos graves²⁹. c) Que sólo solicite el sobreseimiento el Fiscal o la acusación particular, y la otra solicite la apertura del juicio oral. En este caso, el Juez resolverá lo que considere oportuno decretando la apertura del juicio oral, siempre que no estime que procede el sobreseimiento por entender que los hechos no son constitutivos de delito, o no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado. En ese caso acordará el sobreseimiento que corresponda según los arts. 637 y 641, es decir libre o provisional según el caso (art. 783.1 LECrim.). En el caso que el Juez opte por decretar la apertura del juicio oral, sólo a instancia de una de las partes acusadoras, se dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobre-

6.º (miedo insuperable) del art. 20 CP, el Juez no acordará el sobreseimiento sino que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, de conformidad con lo previsto en el Código Penal (arts. 20, 118 y 119 CP). En estos casos la sentencia será, por supuesto, absolutoria, por apreciación de una causa de exención de la responsabilidad criminal, pero el fallo habrá de contener los pronunciamientos sobre las medidas de seguridad que puedan imponerse al exento de responsabilidad criminal o el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil directa o subsidiaria que pueda corresponder a tenor de los arts. 118 y 119 CP.

29. También podrá el Juez actuar del siguiente modo: 1.º Si no comparte el criterio del Fiscal, antes de decidir sobre el sobreseimiento, podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que dicho superior resuelva si procede o no sostener la acusación y comunique su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días. En el caso de que el superior jerárquico del Fiscal mantuviese la misma tesis que el Fiscal que tuviere atribuido el asunto, el Juez deberá acordar el sobreseimiento solicitado, salvo que concurra alguno de los supuestos del art. 20 CP y citados en el art. 782 LECrim. 2.º Si comparte el criterio del Fiscal acordará el sobreseimiento solicitado poniendo fin a la causa.

seimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello (art. 783.1.2 LECrim.).

4.1.3. *Solicitud de apertura del juicio oral y escrito de acusación.*

La solicitud de apertura del juicio oral excluirá cualquiera de las alegaciones expuestas de sobreseimiento o práctica de diligencias complementarias y requerirá la formulación simultánea del escrito de acusación (art. 780 LECrim.)³⁰. Por lo tanto, y sin perjuicio de que finalmente se acceda a la apertura del juicio solicitada, el Ministerio Fiscal y/o las partes acusadora deberán formular escrito de acusación, que comprenderá (art. 781 LECrim.):

a) La solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano que se estime competente³¹.

b) La identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación³².

30. El derogado art. 790.5 LECrim. se refería, directamente, al escrito de acusación que debía comprender, además, la solicitud de apertura del juicio oral. La regulación vigente, sin embargo, separa las dos alegaciones: petición de apertura del juicio, y escrito de acusación, y las pone en el orden adecuado. En este sentido, lo que corresponde a la acusación es solicitar y obtener el auto de apertura del juicio oral; y en ese caso formular acusación, que no tiene sentido si finalmente no se accede a la primera petición. Ciertamente ambas alegaciones se formulan al mismo tiempo, pero ello no impide que se pueda distinguir el orden de una y otra, tal y como hace adecuadamente el art. 780 LECrim.

31. No debe entenderse que sean las partes acusadoras las que, *a priori*, deciden la competencia, sino que será el Juez de instrucción el que en el auto de apertura del juicio oral determinará el órgano competente para el conocimiento y fallo del proceso (art. 783.2 *in fine* LECrim.). En caso de discrepancia con la determinación de la competencia no cabe recurso alguno frente al auto de apertura de juicio oral. Por tanto, se planteará esta cuestión en la audiencia preliminar potestativa que tiene lugar al inicio de la sesión del juicio oral, momento en que las partes podrán exponer, entre otras cuestiones, lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial (art. 786.2 LECrim.).

32. El escrito de acusación deberá identificar a la persona o personas contra las que se dirija la acusación, que se deberá dirigir, necesariamente, contra quien antes hubiera sido imputado en la causa, con el objeto de evitar acusaciones sorpresivas contra quienes no tengan, en la causa, tal condición.

c) Los extremos a que se refiere el art. 650 LECrim., que regula el escrito de calificación provisional en el procedimiento por delitos graves. A saber: 1.º) los hechos punibles que resulten de las diligencias previas practicadas; 2.º) la calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyan; 3.º) la participación que en ellos hubiere tenido el imputado o imputados, si fueren varios; 4.º) los hechos que resulten de las diligencias previas y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito o eximentes de responsabilidad criminal, y 5.º) las penas en que hayan incurrido el imputado o imputados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito. Todos estos extremos pueden formularse con carácter principal y subsidiario³³.

d) La solicitud de la práctica de las pruebas de que intenten valer-se en el juicio oral, expresando, en su caso, las personas que deban ser citadas o las actuaciones necesarias que se soliciten al Tribunal para la práctica de la prueba. En el caso de pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral podrá solicitarse la práctica de prueba anticipada (art. 781.1.3 LECrim.)³⁴.

33. La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito; de conformidad a lo que, con carácter general, establece el art. 14.3.º LECrim., tanto si se trata de faltas incidentales como si no. Cuando el hecho deba ser enjuiciado por la Audiencia, el conocimiento de la causa se extenderá a las faltas incidentales conexas, pero cuando se trate de faltas no incidentales deberá remitirse testimonio al Juez de Instrucción o al Juez de Paz competente. También se expresarán la cuantía de las indemnizaciones o se fijarán las bases para su determinación y las personas civilmente responsables, así como los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos e imposición de costas procesales (art. 781.1 LECrim.). Esta norma es consecuencia de la celeridad que se pretende imprimir al proceso abreviado, dejando para la fase de ejecución de sentencia cuestiones de índole civil.

34. La prueba anticipada deberá practicarse por el órgano a quien corresponda el enjuiciamiento, ya que el art. 785.1 LECrim. establece que tras examinar las pruebas propuestas, prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada. La solución contraria supondría privar a dicha prueba anticipada del principio de inmediación, al tener que valorarse por el órgano decisor, precisamente, lo constatado en el acta levantada por el órgano que hubiese practicado la prueba con carácter anticipado.

La Ley permite que se propongan nuevas pruebas en el acto del juicio, al iniciarse éste, y será también en este momento cuando podrá discutirse sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas. También será ese el momento de volver a solicitar la admisión de aquellas pruebas que hubieren sido denegadas por el propio órgano decisor (art. 786.2 LECrim.).

e) La solicitud de adopción, modificación o suspensión de las medidas provisionales a que se refieren los arts. 763, 764, 765 (detención, prisión provisional, medidas cautelares reales de embargo, o el adelanto de cantidades en concepto de pensiones), o cualesquiera otras que resulten procedentes o se hubieran adoptado, y la cancelación de las tomadas en contra de personas contra las que, finalmente, no se dirija acusación. El Juez de instrucción resolverá las peticiones en materia de medidas cautelares en el auto de apertura del juicio oral según se expone a continuación.

4.2. Apertura del juicio oral, escrito de defensa y posibilidad del acusado de conformarse.

La apertura del juicio oral se decretará por auto que contendrá los hechos, calificación, y personas frente a las que se abre el citado juicio oral, sin que sea exigible una motivación exhaustiva. En el mismo auto, el Juez resolverá sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado como respecto a los responsables civiles exigiéndoles, en su caso, fianza, si no la prestare el acusado en el plazo que se le señale. Y se alzarán las que se hubieren adoptado respecto a quienes no hubieren sido acusados. Así mismo señalará el Juez de instrucción el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa (art. 783 LECrim.).

Contra el auto de apertura o denegación del juicio oral no cabe recurso alguno, excepto en materia de situación personal del acusado, pudiendo reproducir el acusado ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas (art. 783.3 LECrim.).

Abierto el juicio oral se emplazará al imputado con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días com-

parezca en la causa con Abogado que le defienda y Procurador que le represente. Si no ejercitase su derecho a designar Procurador o a solicitar uno de oficio, se le nombrará en todo caso Procurador de oficio³⁵. Cumplido ese trámite, se dará traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, y se emplazará al acusado y terceros responsables civiles para que en el plazo común de diez días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas (art. 784.1.1 LECrim.)³⁶. Si la defensa no presentare su escrito en el plazo señalado, se entenderá que se opone a las acusaciones, y el procedimiento seguirá su curso (art. 784.1.2 LECrim.), sin que se produzca nulidad alguna³⁷.

El escrito de defensa deberá contraerse correlativamente a los extremos contenidos en los escritos de acusación (véase el art. 652 LECrim., relativo a los escritos de calificación provisional de la defensa en la fase

35. En este momento procesal se pretende que se proceda al nombramiento del procurador, ya que hasta ese momento no habrá sido necesario su concurso (art. 768 LECrim.). Pero con relación al abogado no cabe entender que se proceda a nombrar en ese momento procesal, pues ello supondría que el imputado no habría estado asistido de abogado en la fase de diligencias previas. En este sentido, la aplicación de las normas expuestas garantizará la asistencia letrada al imputado tanto en la detención como en la declaración ante el Juez y en las diligencias previas. Sin embargo, lo que no se garantiza es que designado abogado para la declaración ante el Juzgado de guardia éste sea el que asuma la defensa en todo el procedimiento que sería lo más adecuado. Nótese, en este sentido, que el art. 784.1 LECrim. se refiere al emplazamiento del imputado, no del abogado, lo cual puede plantear el problema de hallarle a ese efecto. Sin embargo, teniendo en cuenta que el abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, cumpliendo el abogado el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslado de documentos. Por lo tanto, consideramos que el emplazamiento debe hacerse también al abogado. Si es de oficio debe ser el mismo que asistió al imputado ante el Juzgado de guardia. En el caso que hubiere sido designado por el imputado a éste se le emplazará, sin perjuicio que hubiere renunciado en cuyo caso deberá nombrar nuevo abogado, y si no lo hiciera se le designará de oficio.

36. El TS, en S. de 10 noviembre 1988 (RAJ 8989), ha declarado que la omisión del trámite procesal de calificación por parte de la defensa, sin posterior subsanación de este vicio, supone una vulneración del derecho de defensa y del derecho a valerse de las pruebas pertinentes, aunque la defensa no hubiera hecho protesta formal, en su momento, de la omisión por el órgano judicial de aquel trámite.

37. Sin perjuicio de la responsabilidad en la que haya podido incurrir el abogado y el Procurador, de conformidad con los arts. 448 y ss. LOPJ (art. 784.1.2 LECrim.).

de juicio oral del proceso ordinario), de modo que sirvan de defensa frente a las acusaciones formuladas. Con este fin, deberá manifestarse la conformidad o disconformidad con los hechos y las peticiones de la acusación, formulando al mismo tiempo sus propias peticiones de condena o absolución. En este sentido, el acusado no debe limitarse a negar las acusaciones, sino que, en virtud del principio acusatorio, deberá formular sus propias pretensiones, a los efectos de que puedan ser estimadas por el órgano decisor. Estas calificaciones pueden formularse con carácter principal o subsidiario³⁸. El acusado deberá proponer la prueba que haya de practicarse en el juicio oral, así como la que deba practicarse anticipadamente (art. 784.2 LECrim.). También podrá solicitarse del órgano judicial, conforme al art. 784.1.3 LECrim., que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos para su utilización como prueba en las sesiones del juicio oral.

El acusado puede manifestar en su escrito de defensa su conformidad con la acusación en los términos previstos para la conformidad en el acto del juicio oral (art. 784.3, 787.1 LECrim.). También cabe la posibilidad de que las partes acusadoras y acusadas presenten nuevo escrito de calificación conjunto que firmarán todos ellos, así como el abogado del acusado. Este escrito lo podrán presentar en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, y deberá observar los requisitos previstos en el art. 787.1 LECrim. Por lo tanto: no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. En ambos casos se procederá según dispone el art. 787.2 LECrim. Es decir, si el Tribunal entendiere que la calificación es correcta y la pena es procedente dictará sentencia de conformidad; oyendo en todo caso al acusado acerca de su conocimiento sobre las consecuencias de la conformidad prestada. En caso contrario, ordenará la continuación del juicio.

38. Así, por ejemplo, le cabe a la defensa negar los hechos y solicitar la absolución; y subsidiariamente admitirlos total o parcialmente y calificar los hechos como un delito determinado con la circunstancia modificativa que fuere. Pero, en ese caso, tal vez sea útil formular un relato alternativo de hechos en el que se pueda fundar la atenuante. En cualquier caso, las partes pueden modificar las conclusiones provisionales al concluir el juicio oral, teniendo en cuenta que para poder fundar una eximente o atenuante determinada deberán haberse introducido y probado hechos en el plenario que permitan su estimación.

4.3. Rebeldía del acusado.

El Juez de Instrucción declarará al acusado en rebeldía cuando éste se halle en ignorado paradero (art. 784.4 LECrim.) y no hubiera designado domicilio en España en el que puedan hacerse las notificaciones o una persona que las reciba en su nombre (art. 775 LECrim.). Se declarará en rebeldía al acusado, con independencia de si hubiere designado domicilio, cuando se solicite una pena que no exceda de dos años de privación de libertad, o de seis si fuera de distinta naturaleza (art. 786.2 LECrim.)³⁹.

4.4. Puesta de las actuaciones a disposición del órgano jurisdiccional competente para el juicio oral.

Una vez que el acusado haya formulado escrito de defensa, o transcurrido el plazo para ello, el secretario judicial acordará remitir lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento, notificándose a las partes, salvo cuando el enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal y éste se desplazara periódicamente a la sede del Juzgado instructor para la celebración de los juicios procedentes del mismo, en cuyo caso permanecerán las actuaciones en el Juzgado a disposición del Juez de lo Penal (art. 784.5 LECrim.).

5. EL JUICIO ORAL.

5.1. Inicio de la fase de juicio oral y admisión de pruebas.

La fase de juicio se inicia con la recepción de las actuaciones por el órgano que va a enjuiciar el fondo del asunto, según las reglas de competencia del art. 14 LECrim. Esta competencia corresponderá al Juez

39. Cuando el acusado se encontrase en la citada situación, se mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, fijándosele un plazo para su comparecencia ante el Juzgado, y si transcurrido el plazo de la requisitoria no comparece, se le declarará en rebeldía, con los efectos previstos en los arts. 786.1 y 842 y ss. LECrim.

de lo Penal o a la Audiencia Provincial, según la pena solicitada. Será competente el Juez de lo Penal para el conocimiento y fallo de las causas por delito a los que la Ley señale pena privativa de libertad no superior a cinco años, pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, siempre que no excedan de diez años. En el resto de casos conocerá la Audiencia Provincial por procedimiento abreviado siempre que la pena privativa de libertad no supere los nueve años, en cuyo caso será de aplicación el procedimiento por delitos graves.

Una vez recibidos los autos por el órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y útiles y rechazando las demás; prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada y señalará el día en que deban comenzar las sesiones del juicio oral. En el mismo auto se ordenará el libramiento de las comunicaciones necesarias para asegurar la práctica de las pruebas que sean propuestas y admitidas, cuando así lo hubieran solicitado las partes (art. 785.1 LECrim.).

Contra la resolución sobre prueba no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral. Hasta ese momento podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y admita el Tribunal (art. 785.1 LECrim.).

El señalamiento de fecha para la celebración del juicio oral se hará teniendo en cuenta la eventual situación de prisión provisional del acusado y el aseguramiento de su presencia a disposición judicial, la complejidad de la prueba propuesta o cualquier otra circunstancia significativa (art. 785.2 LECrim.). A pesar de todas estas prevenciones, la Ley no fija un plazo para el señalamiento de fecha para el juicio, lo que en la práctica puede conllevar importantes dilaciones.

5.2. Celebración del juicio oral en ausencia del acusado.

La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del Abogado defensor, en virtud de los principios de

defensa, de asistencia letrada y de contradicción⁴⁰. No obstante, la Ley permite –art. 786 LECrim– la celebración del juicio oral a pesar de la incomparecencia del acusado en determinados supuestos. A saber⁴¹:

a) Cuando existan varios acusados y alguno de ellos dejara de comparecer sin motivo legítimo, el órgano decisor, apreciada esta circunstancia, podrá acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes acusados. El legislador ha querido reforzar la garantía del ausente exigiendo que el órgano judicial examine si la incomparecencia se debe a motivo legítimo o no, ya que en el primer caso deberá suspender el juicio. A este efecto resulta esencial que el imputado esté citado correctamente, cuestión a la que atendemos con relación a la celebración del juicio en ausencia del acusado.

b) Cuando se trate de la ausencia injustificada del acusado, se podrá celebrar el juicio siempre que se den los siguientes requisitos (art. 786.1 LECrim.): 1.º) Que haya sido citado personalmente en el domi-

40. La ausencia injustificada del tercero responsable civil, citado en debida forma, no será, por sí misma, causa de suspensión del juicio. Nótese que, a diferencia de lo previsto en el art. 746.6 *in fine*, no se exige una citación personal, sino en debida forma, lo que permite que el responsable civil sea citado en cualquiera de las formas previstas en el art. 166 y ss. LECrim., aunque tal medida pueda suponer una minoración de las garantías procesales del responsable civil.

41. Con relación a la limitación de la pena, se plantea la cuestión de si solamente podrán celebrarse juicios en ausencia del acusado en aquellas causas cuyo fallo compete a los Jueces de lo Penal, o también en aquellas causas que competen a la Audiencia Provincial. Existen dos fundamentos para entender facultados a ambos órganos para la celebración del juicio en rebeldía del acusado. En primer lugar, en el propio precepto –art. 786.1.2.º LECrim– se hace referencia al “Juez o Tribunal”; y en segundo lugar, se alude en el mismo precepto, en relación con la limitación de la pena, no a la señalada para el tipo delictivo con carácter genérico, sino a la pena concreta que solicita la acusación. En caso de existir varias acusaciones, deberá estarse a la pena más grave solicitada, con el objeto de comprobar si excede o no de la limitación impuesta en aquel precepto. Igual podrá suceder si una vez iniciado el juicio en rebeldía, el Fiscal o alguno de los acusadores modifica en sus conclusiones definitivas su petición de pena inicial, de forma que rebasa aquel límite. En este supuesto, deberá suspenderse el juicio oral hasta que puede celebrarse con la presencia del acusado. A los efectos de mantener todas las garantías procesales del ausente, se ha previsto en el art. 793 un recurso de anulación para que aquél pueda ejercitarlo, en caso de ser habido o de comparecer en el proceso, en la forma que más adelante se expondrá.

cilio que haya designado al efecto, o en el domicilio de la persona que hubiese designado en las diligencias previas para recibir notificaciones (art. 775 LECrim.)⁴². 2.º) Que lo solicite el Ministerio Fiscal o la parte acusadora. 3.º) Que la pena más grave solicitada no exceda de dos años de privación de libertad, o de seis años si es de naturaleza distinta. Véase la ampliación temporal que ha introducido la Ley 38/2002. A este efecto la pena solicitada es la que consta en el escrito de acusación (o calificación provisional), sin que sea admisible modificar la calificación al iniciarse el juicio al efecto de poder celebrarse el juicio en ausencia. 4.º) Que esté presente o intervenga el Abogado defensor, como lógica consecuencia del principio de defensa. 5.º) Que el juzgador aprecie la existencia de elementos suficientes para el enjuiciamiento.

5.3. Cuestiones previas al inicio del juicio oral. Causas de suspensión del juicio oral.

El juicio oral se iniciará con la lectura, por el Secretario, de los escritos de acusación y defensa. Será a partir de este momento cuando el Juez o Tribunal, a instancia de parte, deberá abrir un turno de intervenciones para que todas las partes puedan exponer lo que estimen oportuno sobre las cuestiones previstas en el art. 786.2 LECrim. El legislador ha decidido potenciar los principios de oralidad y concentración, acumulando en este debate previo todas aquellas cuestiones que en el proceso por delitos graves pueden dar lugar a incidentes dilatorios. Pero no son alegables otras cuestiones no previstas en la Ley. Tampoco puede servir el trámite de cuestiones previas para extender o modificar las conclusiones provisionales.

En la práctica forense lo usual es que el Juez, o el Magistrado Presidente se dirija a las partes a fin de que puedan plantear, en su caso, las cuestiones previas previstas en la Ley. Ahora bien, el art. 786.2 LECrim. dispone que el turno de intervenciones a este fin se abrirá: “a instancia de parte”. Ello determina que sea la parte la que deba, en caso, que no se abra

42. A estos efectos se exige que en la citación se hagan las prevenciones oportunas y concretamente el apercibimiento de poder celebrarse el juicio en su ausencia.

de oficio el turno de intervenciones, solicitar el uso de la palabra a fin de alegar las cuestiones previas que considere oportunas. En caso contrario, el Tribunal Supremo ha declarado que no cabe alegar indefensión.

Las cuestiones previas que pueden plantearse y distinguirse con relación a la alegación y resolución de las mismas, son las siguientes:

1.º Cuestiones de competencia, suspensión de juicio oral, contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. Todas estas cuestiones ser resolverán en la fase preliminar, precluyendo la posibilidad de alegarlas *a posteriori*, ya que se trata de cuestiones que afectan al desarrollo posterior del plenario. En caso de denegación de la pretensión de una parte sobre cualquiera de tales temas, sólo cabe la formulación de “protesta”.

2.º Cuestiones relativas a la vulneración de algún derecho fundamental y artículos de previo pronunciamiento, que pueden reproducirse como medios de defensa en el juicio, conforme a lo expresamente establecido en el art. 678 de la LECrim.

Veamos con más detalle cada una de estas cuestiones.

– Competencia del órgano judicial, referida a cuestiones de competencia objetiva, pero no a las de competencia territorial, que hubieron de ponerse de manifiesto al dictarse el auto de apertura de juicio oral en el que el Juez señalará el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa (art. 783.2 *in fine* LECrim.).

– Vulneración de algún derecho fundamental. Esta alegación puede contemplarse bajo dos aspectos:

En primer lugar, es el trámite específico para solicitar la subsanación de algún vicio procesal que haya supuesto la vulneración de un derecho constitucional (indefensión por falta de emplazamiento, falta de traslado de las actuaciones, falta de Letrado, denegación de pruebas, etc.). Sin embargo, no podrá alegarse, con carácter previo, la vulneración de la presunción de inocencia o de la tutela efectiva, ya que el resultado de tales posibles vulneraciones sólo se podrá apreciar en la sentencia definitiva.

En segundo lugar, es el trámite procesal oportuno para efectuar la denuncia formal de las vulneraciones de algún derecho fundamental con alegación de los derechos y preceptos constitucionales infringidos. Téngase en cuenta que tanto el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez de lo Penal (art. 790.2 LECrim.), como el recurso de casación frente a la

sentencia dictada por la Audiencia Provincial (art. 855.3 LECrim.), como el recurso de amparo constitucional [art. 44.b) y c) LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional], exigen la constancia en las actuaciones, de la protesta o reclamación hecha para subsanar lo que se reputa contrario a las garantías fundamentales, o se estime que contiene violación de algún derecho constitucional⁴³.

– Nulidad de actuaciones. La nulidad de actuaciones es una alegación consecuente, aunque no obligada, con la denuncia de vulneración de un derecho fundamental, ya que se producirá en los supuestos previstos en el art. 238 LOPJ entre los cuales destaca la infracción de normas procesales con la consecuencia de producirse indefensión a la parte. Por esta vía se podía solicitar la nulidad de actuaciones, precisamente, alegando la vulneración de derecho fundamental, y concretamente cualquiera de los que se incluyen en el genérico de tutela judicial efectiva⁴⁴.

– Artículos de previo pronunciamiento. Al margen de la competencia prevista, cuestión a la que se refiere expresamente la Ley, podrán alegarse como tales artículos los previstos en el art. 666 LECrim.: la cosa juzgada, la prescripción, la amnistía o indulto y la falta de autorización administrativa

43. Se trata de un trámite preclusivo para la denuncia de la vulneración de derechos fundamentales en la fase de instrucción. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 153/1999, de 14 de septiembre). Con base en esta doctrina la consecuencia de no denunciar la violación del derecho fundamental en este trámite procesal impedirá el otorgamiento de la tutela en vía de recurso por faltar el presupuesto de la denuncia o protesta de la infracción del derecho fundamental. Ahora bien, en otras sentencia con un criterio más flexible el TC ha admitido el amparo en un supuesto en el que no se denunció la vulneración de derecho fundamental en el trámite de cuestiones previas, constando la misma en el escrito de defensa.

44. La alegación de nulidad podrá resolverse en el acto, o bien posteriormente, ya sea en auto aparte, o bien en la sentencia. Sin embargo, en alguna sentencia el Tribunal Supremo ha considerado que solicitada la nulidad de actuaciones debe resolverse inmediatamente sobre aquélla, por cuanto de concurrir la nulidad y declararse así en la sentencia se producirá indefensión a la parte al introducirse en el acto del juicio oral hechos afectos de nulidad. No obstante, en sentencia posterior y redactada por el mismo ponente se acoge el criterio mayoritario, de entender que la nulidad puede resolverse en el acto o bien en la sentencia teniendo en cuenta que en muchas ocasiones, como se señala en la sentencia citada y muchas otras, es en el plenario cuando el Tribunal con plena intermediación puede valorar la nulidad solicitada y su alcance en el conjunto del juicio sobre la culpabilidad del acusado, es decir, sobre la subsistencia o desvirtuación de la presunción de inocencia que inicialmente le ampara.

previa para procesar en los casos en que sea necesaria. Debe indicarse, *prima facie*, que tales cuestiones pueden también plantearse ante el Juez de Instrucción, que está facultado para, en caso de estimarlas, dictar el auto que considere procedente, incluido el sobreseimiento libre⁴⁵.

– Contenido y finalidad de las pruebas propuestas, o de la que se proponga para practicarla en el acto. Esta cuestión previa se refiere a dos alegaciones distintas.

En primer lugar, las partes pueden exponer lo que estimen oportuno respecto al contenido y finalidad de las pruebas propuestas. Esta finalidad carece de virtualidad práctica, ya que el Tribunal ya habrá resuelto la admisión o denegación de la prueba solicitada por las partes en los escritos de acusación y defensa –art. 785 LECrim–.

En segundo lugar, éste será el momento procesal oportuno para proponer prueba para practicarse en el acto, incluida la reiteración de la que hubiera sido rechazada por el órgano judicial. A esta posibilidad se refiere el art. 784.1 respecto al escrito de defensa que prevé que la defensa podrá proponer la prueba que aporte en el acto del juicio oral para su práctica en el mismo. De este modo se ofrece a las partes un nuevo trámite de petición de prueba que se somete, especialmente, al requisito de que pueda practicarse en el acto del juicio oral que se inicia con este trámite de cuestiones previas. Es decir, que las pruebas propuestas deberán estar preparadas y encontrarse a disposición del Tribunal.

Podrá solicitarse cualquier clase de prueba que pueda practicarse en el acto, lo cual implica que los testigos y peritos, que se solicita intervengan, se hallen a disposición del Tribunal para evitar la suspensión del juicio oral⁴⁶. En

45. Planteadas en el trámite de cuestiones previas pueden resolverse tanto en auto que ponga fin al proceso como en sentencia, al igual que el resto de las alegaciones que pueden realizarse en este trámite. En el caso de dictarse sentencia admitiendo la concurrencia de un óbice procesal de los contenidos en el art. 666 LECrim., no es preciso que ésta contenga relato de hechos probados, al carecer el proceso penal de objeto.

46. La restricción de la admisión de la prueba que no pueda practicarse en el acto se fundamenta en la circunstancia de que conducirá a la suspensión del juicio oral, y a una dilación del proceso. Teniendo en cuenta este indeseado efecto únicamente podrá admitirse prueba que no pueda practicarse en el acto en supuestos excepcionales, y siempre que no sea imputable a la parte la extemporaneidad de la petición de prueba: porque se refiera, por ejemplo, a hechos o personas de los que no tenía conocimiento, y esenciales para acreditar los hechos. La admisión de la prueba también puede determinar la suspensión del juicio, aunque pueda practicarse en el acto, cuando por su cantidad o contenido sea aconsejable que la parte pueda estudiar su contenido. La suspensión procederá de conformidad con el art. 788.4 LECrim.

el caso de los documentos podrán incorporarse los informes, certificaciones y demás documentos que las partes estimen oportunos –art. 785.2.º LECrim– entregando original y copias para las partes personadas. Además, la prueba solicitada deberá tener una relación directa e inmediata con la calificación jurídica de los hechos, y ser pertinente y necesaria, de modo que no se admitirá la prueba reiterativa o inútil⁴⁷.

– Causas de suspensión del juicio oral.

Las partes podrán solicitar en el trámite de cuestiones previas, y el Tribunal podrá acordar, la suspensión del juicio oral, conforme a las causas reguladas en el art. 746 LECrim. para el procedimiento por delitos graves, por remisión del art. 788 LECrim. Se trata de una alegación que cabe exponer en este trámite y que se prevé con carácter excepcional teniendo en cuenta la dilación que se producirá en el proceso.

Estas causas se refieren a supuestos de imposibilidad de continuar con el juicio oral ante la ausencia de los requisitos mínimos y necesarios que establece la Ley para la correcta sustanciación del juicio oral: que el Tribunal deba resolver durante el debate alguna cuestión incidental o deba practicarse prueba fuera de la sede del Tribunal; que algún miembro del Tribunal, los abogados o el acusado enfermarse repentinamente de modo que no pueda seguir el juicio; o que se aprecien alteraciones sustanciales de los hechos objeto de juicio que requieran de instrucción suplementaria⁴⁸.

47. En consecuencia, se denegará la práctica de la prueba impertinente; y también, por lo general, la solicitada que no pueda practicarse en el acto que se hubiere solicitado en ese momento procesal con claro ánimo dilatorio, teniendo en cuenta que las partes dispusieron del escrito de calificación provisional para solicitar la práctica de prueba. Con base en este criterio procede denegar la pericial que no puede practicarse en el acto por no estar el perito a disposición del Tribunal (STS de 14 mayo 1999 [RAJ 3817]); o la testifical de testigo identificado en las actuaciones y cuya citación pudo solicitar la parte en el momento procesal oportuno. También se denegará la prueba, cuando no pueda practicarse en el acto, aunque la petición se hiciera antes del juicio, y tras presentar el escrito de conclusiones provisionales. Éste es un proceder muy habitual en la práctica forense que consiste en solicitar la práctica de prueba días antes del señalamiento del juicio oral, reiterada en el trámite de cuestiones previas.

48. En procedimiento abreviado esta posibilidad resulta difícil de encajar en el marco de concentración que preside esta clase de juicio. Nótese que de darse este supuesto se deberá producir la nulidad de todo lo actuado ante la imposibilidad de practicar diligencias de instrucción en el plazo previsto de treinta días. Ahora bien, en caso de no admitirse la práctica de instrucción suplementaria el Tribunal deberá resolver de conformidad con la prueba practicada.

No será causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, la falta de tasación de daños, o la falta de alguna otra circunstancia análoga a las anteriores. En ese caso la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución de sentencia fijándose en la sentencia las bases de la misma. No obstante, sí podrían ocasionar la suspensión si tales causas constituyesen requisitos imprescindibles para la calificación de los hechos (art. 788.1.2.º LECrim.); lo que es difícil que tenga lugar teniendo en cuenta que la calificación provisional habrá sido ya formulada. Además, después de la reforma penal operada por LO 3/1989, de 21 de junio, ha quedado ya derogada la vinculación entre tipificación penal de las lesiones y duración de la sanidad.

Aunque, el supuesto más usual de solicitud de suspensión se produce con relación a la incomparecencia de los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes; siempre que el Tribunal considere necesaria su declaración. Pero, sucede que en muchas ocasiones la necesidad del testigo únicamente pueda valorarse una vez practicado el resto de la prueba. Por ello puede diferirse la decisión sobre la suspensión del juicio hasta que no se haya practicado la prueba admitida y que pueda practicarse, tras lo cual el Tribunal resolverá sobre la suspensión solicitada (así lo prevé el art. 746.3.2.º LECrim.)⁴⁹. No sucederá así en el caso de que incomparezcan todos los testigos, y no existan otras pruebas, en cuyo caso procederá la suspensión.

En cualquier caso, la suspensión del juicio se acordará con carácter excepcional. Ello determina que deba evitarse siempre que no resulte necesaria y motivada. Por lo tanto, el Tribunal o Juez debe denegar la suspensión siempre que disponga de elementos suficientes para juzgar con independencia de los medios de que pueda verse privado en caso de no suspensión. En este sentido el Tribunal Constitucional ha reiterado que no existe vulneración de las garantías constitucionales cuando el órgano decisor no suspende el juicio oral, siempre que motive razonadamente esta decisión⁵⁰.

49. Esta solución es muy adecuada, ya que en caso de que proceda la suspensión del juicio no se obligará a los testigos y peritos comparecidos a volver nuevamente al Tribunal el día que se señale para su continuación. Ello sin perjuicio de que transcurrido el plazo de treinta días proceda la nulidad de lo actuado.

50. Teniendo en cuenta el principio apuntado de excepcionalidad, el Tribunal deberá atender a dos criterios: 1.º) Que la prueba sea necesaria, ya que si no lo es el Tribunal puede declararse suficientemente informado y no proveer a la suspensión. En este caso, si los testigos han declarado ya en la fase de instrucción podrá procederse a la lectura de su declaración de conformidad con lo previsto en el art. 730 LECrim. Pro-

La suspensión o aplazamiento del juicio oral podrá prolongarse hasta un límite máximo de treinta días conservando su validez los actos realizados, salvo cuando la suspensión se deba a la sustitución del Juez o miembro del Tribunal que regula el art. 746.4. En este caso, se pretende que se vuelva a practicar toda la prueba ante el juzgador que deba fallar, ya que a éste le corresponderá valorar la prueba en conciencia (art. 788.1 LECrim.). Este plazo resulta en muchos casos insuficiente. Así, en el caso de enfermedad del acusado o su defensor, o cuando deba practicarse nueva prueba como consecuencia de relevaciones o retractaciones inesperadas. Nótese, que la suspensión del juicio oral en el procedimiento por delitos graves no se halla sometido a plazo alguno⁵¹.

El Tribunal resolverá las cuestiones previas planteadas oyendo a todas las partes personadas, en virtud del principio de contradicción que rige en el juicio oral. Así lo dispone el art. 786.2 LECrim. que establece: “*El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas*”. En consecuencia, la norma general, en virtud de los principios de oralidad y concentración que inspiran el desarrollo del acto del juicio, será que el Tribunal resuelva estas cuestiones *in voce*,

cederá la suspensión si el testigo no hubiese declarado en la fase instructora; su declaración fuese necesaria; y no hubiese comparecido por motivos no imputables al proponente. 2.º) La conducta procesal de la parte con relación a la petición de la prueba o a su práctica. No cabe acceder a la suspensión del juicio cuando la incomparecencia del testigo fuese imputable a la parte, lo que se deberá deducir de su conducta procesal. Así, en el caso de que se solicite la declaración de un testigo, o una prueba pericial, o de cualquier otra clase en el trámite de cuestiones previas, cuando pudo solicitarla en el escrito de defensa en tiempo hábil para preparar su práctica.

51. Ante el breve plazo de treinta días previsto en la Ley la única solución que se presenta es no dar inicio al juicio oral. Así, en el caso de que antes de iniciar el juicio se conozca de una causa que determine la suspensión por un plazo presumiblemente superior al de treinta días previsto para la suspensión del juicio, puede decretarse la suspensión del señalamiento hasta otra fecha determinada o determinable en resolución posterior (véase art. 188 LEC). En el caso de que se adopte el mismo día del juicio se oír a las partes en comparecencia y se adoptará la decisión de suspensión, sin abrir en ningún momento el juicio oral, ya que en ese caso operaría la limitación temporal expresada. Por ejemplo, en el caso de que al dar inicio al juicio oral no compareciere el acusado y no procediera seguir el juicio en ausencia, no se dará inicio al juicio, sino que se celebrará comparecencia en la que se decretará la suspensión del señalamiento y nueva citación o, en su caso, la busca y captura del acusado para su comparecencia en el acto del juicio que se deberá señalar una vez sea hallado y esté a disposición del Tribunal.

documentándose en el acta levantada por el Secretario (STS 24 febrero 1995 [RAJ 3523]). Pero nada obsta para que el Tribunal difiera su decisión, y dicte auto posterior al juicio oral y anterior a la sentencia definitiva⁵². O, finalmente, que resuelva la cuestión en la sentencia definitiva que ponga fin al proceso⁵³. Sin que en este último caso sea necesario que en la sentencia definitiva se reitere la resolución motivada de la cuestión, cuando ya conste en el Acta del juicio o en auto aparte.

La decisión que adopte el Tribunal en orden a la resolución de la alegación planteada dependerá, en definitiva, de la naturaleza y características de la infracción denunciada, ya que en muchas ocasiones la vulneración denunciada únicamente podrá apreciarse valorando el resto de pruebas prácticas a fin, por ejemplo, de discernir si aquélla debe conducir, o no, a la nulidad de las actuaciones. En cualquier caso, el contenido de esta decisión no puede separarse de la sentencia que definitivamente se dicte, ya que ambas resoluciones no pueden ser tratadas como compartimentos estancos que eviten la debida comunicación entre ambas decisiones (véanse las SSTs de 24 marzo 2000 [RAJ 1480]; 11 noviembre 1997 [RAJ 7855]; 29 noviembre 1997 [RAJ 8535]). En el supuesto en el que se haya resuelto la cuestión previa en auto independiente, no cabe frente a éste otro recurso que el que proceda contra la sentencia. Y especialmente no cabe interponer recurso de casación que sólo cabe frente a los autos a los que se refiere la Ley expresamente.

5.4. Conformidad del acusado en el momento de la celebración del juicio oral.

Abierto el juicio oral, el art. 787 LECrim. prevé la posibilidad de conformidad del acusado con el escrito de acusación que contenga pena

52. No obstante, y en contradicción con la doctrina jurisprudencial expresada, considera el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 marzo 1995 (RAJ 1808), que, planteada la vulneración del derecho fundamental, con carácter previo, el Tribunal, en cumplimiento del art. 793.2 LECrim., debe resolver de forma inmediata.

53. En el ámbito del procedimiento ordinario no cabe, en ningún caso, plantearse esta cuestión, por lo que el tribunal resolverá estas cuestiones en la sentencia (SSTs de 14 junio 1995 [RAJ 5345]; 12 enero 1995 [RAJ 130]).

de mayor gravedad. Con la conformidad el acusado reconoce los hechos y acepta la pena para ellos pedida por la acusación, renunciando a la celebración de juicio y a la posibilidad de defenderse. De este modo, produce en el proceso el efecto propio de una confesión, con la consecuencia de inimpugnabilidad de la sentencia dictada en los términos acordados. Por esa razón, la Ley somete el acuerdo al control del Tribunal a fin de garantizar la correcta aplicación de la Ley y los principios de aplicación en el proceso penal que no pueden mantenerse al margen porque exista pacto entre las partes⁵⁴.

Esta posibilidad de poner fin al proceso mediante la conformidad puede producirse, como se ha expuesto, con anterioridad ya sea reconociendo los hechos (art. 779.5 LECrim.), o con su calificación (art. 784.3 LECrim.). Sin embargo, cabe señalar que es en este momento procesal en el que se producen la mayoría de las conformidades en el proceso penal abreviado⁵⁵.

54. La conformidad en el proceso penal es una expresión derivada del principio de consenso u oportunidad. La conformidad supone la finalización del proceso, tras la negociación y acuerdo de las partes sobre la acusación y la pena. Debe distinguirse la conformidad prevista en nuestro derecho procesal penal de otros sistemas de consenso previstos en el sistema del “common law”, como el “guilty plea” anglosajón o el “plea bargaining” estadounidense. La diferencia más clara es que en el sistema español de conformidad, a diferencia de los sistemas expuestos no se produce, al menos teóricamente, una transacción jurídico procesal entre el acusado y la acusación. En nuestro sistema, la conformidad se otorga frente a la pena más alta solicitada por la acusación; y se manifiesta como un acto procesal y unilateral de la defensa del acusado que reconoce y acepta la pena solicitada por la acusación. La *ratio legis* de esta institución procesal se ampara en razones de oportunidad y economía procesal. Se pretende evitar la celebración del juicio oral, que es la fase más compleja y dilatoria del proceso penal.

55. Las razones son varias. Entre ellas la esencial la de tipo práctico, ya que a la defensa del acusado le es más favorable pactar antes del juicio oral con el Fiscal que directamente va a ejercer la acusación pública en el juicio, ya que con anterioridad el principio de unidad de actuación de la Fiscalía dificulta la consecución de un acuerdo antes del juicio pues el Fiscal que actúe en la instrucción no será, probablemente, el mismo que actúe en el juicio oral. Por otra parte, a la defensa siempre le resultará más ventajoso esperar hasta el inicio del juicio y valorar en ese momento las posibilidades de la acusación de probar los cargos y del acusado de poder probar en el juicio las circunstancias que puedan acreditar la coartada o atenuantes que plantee.

El art. 787.1 LECrim. dispone que la conformidad se producirá a instancia de la defensa, presente y conforme el acusado, tendrá lugar antes de iniciarse la práctica de la prueba⁵⁶. Pero, nada impide, al igual que ocurre en el proceso por delitos graves, que sea el órgano enjuiciado el que promueva la posible conformidad del acusado. Por otra parte, nada obsta para que se plante la posibilidad de conformidad antes del turno de intervenciones para las cuestiones previas, ya que de producirse la conformidad será innecesario plantear cuestión previa alguna.

Los requisitos legalmente exigidos para que pueda producirse la conformidad están previstos en el art. 787.1 LECrim. son los siguientes: a) La conformidad se produce con el escrito de acusación que contenga la pena de mayor gravedad, en caso de que esté personada más de una acusación. b) Este escrito será el que contiene la calificación provisional, o el que se presente en el acto que sustituirá al anterior. El nuevo escrito de acusación presentado en el acto del juicio podrá contener unas conclusiones distintas a aquéllas que motivaron la apertura del juicio oral. Ahora bien, no puede referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave de la que contenía el originario escrito de acusación. c) La pena solicitada no puede exceder de seis años de prisión, sin que exista límite para penas de distinta naturaleza. d) Que el acusado no se halle en rebeldía y esté presente, debiendo mostrar su expresa conformidad a la solicitud, efectuada por la acusación y la defensa, de que el Juez o Tribunal dicte sentencia de conformidad.

Presupuestos estos requisitos, la conformidad se producirá en comparecencia ante el Juez pudiendo aportarse la modificación de las calificaciones provisionales por escrito o bien *in voce* documentándose en el acta, siendo lo relevante que el acusado preste su libre consentimiento debidamente asesorado por su abogado. La conformidad prestada debe ser absoluta, sin que, por tanto, pueda someterse a condición,

56. No puede entenderse como una conformidad *stricto sensu* el reconocimiento de los hechos por el acusado en el interrogatorio. O la adhesión del acusado en conclusiones definitivas a las propuestas por la acusación (STS de 17 diciembre 2001 [RAJ 2002, 1993]). Tampoco asiste al acusado un derecho a obtener una sentencia de conformidad, con el pretexto de haber mantenido una presunta actitud colaboradora con la policía. Véase a este respecto la STS de 14 septiembre 2001 (RAJ 7704).

plazo o limitación alguna. Incluye, por tanto, las consecuencias accesorias de la pena⁵⁷. Además, debe ser libre y voluntaria para el acusado y notificada por su letrado.

La conformidad de las partes en el proceso vincula al Juez en tanto se cumplan los requisitos legales de modo que el Tribunal debe proceder a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación (art. 787.1 LECrim.)⁵⁸. Sin embargo, se ha planteado el problema de la vinculación del Tribunal en el supuesto en el que, existiendo conformidad, considere que los hechos no son típicos; o que existen circunstancias de exención o atenuación de la responsabilidad. En esos casos, el art. 793.3 de la LECrim. derogado, establecía la posibilidad de que el Juez dictará la sentencia que procediera, previa audiencia de las partes, sin perjuicio de que en este caso cupiera recurso de apelación o casación. Pero esa previsión resultaba insuficiente por no atender a otros supuestos como: 1.º Que el tribunal tenga dudas sobre la prestación del consentimiento por el acusado. 2.º Que el Tribunal considere que se ha calificado incorrectamente, o que la pena solicitada no procede legalmente. 3.º Que el Tribunal considere que es correcta la calificación y la pena solicitada se halla dentro de la legal-

57. Si el acusado se conformase también con la responsabilidad civil solicitada y existiera algún responsable civil subsidiario o aseguradores voluntarios procederá: a) En caso de producirse la conformidad en el trámite de calificaciones –art. 784.3.º–, se les notificará tal conformidad por si quieren hacer uso de su defensa y les interesa la continuación del proceso, por aplicación analógica del art. 695. b) En caso de producirse la conformidad en el acto del juicio oral podrán aquéllos que estuvieran personados, instar la continuación del proceso –art. 695 LECrim.–; y si no estuviesen personados se entenderá precluido su derecho, y se procederá a dictar sentencia de conformidad, de acuerdo al art. 787.1.º LECrim.

58. Pero no vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal, ya que corresponde al órgano jurisdiccional su adopción, dada su naturaleza correctora y de prevención especial (art. 787.5 LECrim.). Respecto a los efectos de la conformidad sobre las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible nada prevé la regulación del procedimiento abreviado. Ante el silencio legal deberá acudir, por su carácter supletorio, a los arts. 655 y 695, para el supuesto de que no se conformara el acusado con la responsabilidad civil, en los que se dispone la continuación del juicio a los efectos de debatir exclusivamente aquella responsabilidad.

mente establecida, pero que procede una pena cuantitativamente distinta a la conformada.

El art. 787 LECrim. según la redacción dada por la Ley 38/2002, atiende a estas cuestiones, habiéndose mejorado notablemente la redacción y precisión legal con relación a los problemas planteados.

En primer lugar, el art. 787.2 *in fine* dispone que el Juez deberá oír en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimientos de sus consecuencias. A estos efectos, una vez que la defensa manifieste su conformidad, el Secretario informará al acusado de sus consecuencias y a continuación el Juez o Presidente del Tribunal le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad. Si el Tribunal tuviere dudas sobre el libre consentimiento y/o las consecuencias de la conformidad prestada por el acusado, podrá ordenar la continuación del juicio (art. 787.4 LECrim.). También prevé la Ley que el Tribunal pueda ordenar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y el Tribunal estime fundada su petición⁵⁹.

En segundo lugar, en el caso de que el Tribunal considere incorrecta la calificación o la pena solicitada requerirá a la parte para su

59. Esta posibilidad ha sido objeto de crítica en el Informe del CGPJ a la proposición de Ley considerando poco adecuado un rechazo del Tribunal a la conformidad con base en la existencia de: “dudas” que considera el informe un concepto poco claro, y que en todo caso deberían ponerse de manifiesto cuando la defensa pidiera la no continuación del juicio. Sin embargo, a nuestro juicio este precepto es plenamente acertado y trae causa de la circunstancia usual en la práctica forense en la que el acusado, sin pretender una conformidad, declara al Tribunal estar conforme con los hechos que fundamentan la acusación y leídos al inicio del juicio, o bien se confiesa autor del delito, sin alcanzar a comprender la consecuencia de su declaración. Ya sea por ignorancia o bien por estar conforme con los hechos pero atribuyéndoles otra consecuencia jurídica. En definitiva, en esos supuestos en los que en realidad lo que se pretende no es una conformidad, el Tribunal debe ordenar la continuación del juicio, para lo cual se dirigirá al abogado del acusado requiriéndole del siguiente modo “si a pesar de la confesión de su defendido considera necesaria la continuación del juicio”. De esta forma se garantiza la plena libertad en el consentimiento mediante la intervención del abogado que debe avalar y garantizar la conformidad del acusado (véase la STS de 8 octubre 20001 [RAJ 8069]).

modificación, y si así lo hiciera requerirá al acusado al efecto de que preste de nuevo su conformidad. En el supuesto, que la parte no accediera a la modificación, ordenará la continuación del juicio (art. 787.3 LECrim.)⁶⁰.

60. El incidente que se regula en el art. 787.3 LECrim. únicamente procederá en el supuesto estricto en el que el Tribunal considere que la calificación es incorrecta partiendo obviamente de los hechos admitidos. Ello sucederá en el supuesto de que el Tribunal considere que se ha producido, por ejemplo, un delito de lesiones del art. 147 CP (seis meses a tres años), y se califica y conforma como un delito del art. 148 CP (agravado, de dos a cinco años); o cuando entienda, por ejemplo, que los hechos admitidos se incardinan en un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud del 368 CP (tres a nueve años) y se ha calificado como un delito contra la salud pública de sustancias que no tienen esa cualidad (uno a tres años). También procede este incidente si se produce una conformidad en la que se incluye una pena que no procede legalmente, ya sea por exceso, defecto o por incluir alguna de carácter accesorio no prevista en la Ley. Se trata por tanto de un medio puesto a disposición del Tribunal con la finalidad de controlar el principio de legalidad en la imposición de las penas. De modo que en estos supuestos el Tribunal deberá requerir a la acusación a presentar escrito de acusación conforme a lo previsto en la Ley, con el que deberá conformarse el acusado, ordenando, en caso contrario la continuación del juicio. Nótese que los ejemplos que hemos expuesto con relación a la calificación de los hechos se refieren a dos supuestos distintos, ya que en el primero la calificación que entiende correcta el Tribunal es inferior a la conformada; y en el segundo es superior. No cabe duda, como se expone a continuación, que el Tribunal puede dictar sentencia imponiendo una pena inferior. Ahora bien, tratándose de una calificación distinta es oportuno plantear el incidente con la finalidad que la acusación pueda asumir la calificación correcta. No obstante, en tanto que exista homogeneidad entre el delito calificado y el que el tribunal considera correcto debe aceptarse la conformidad y dictar la sentencia que proceda según la calificación de los hechos por el Tribunal sentenciador, sin necesidad por tanto de ordenar la continuación del juicio. En cualquier caso, se tratará de una cuestión *ad casum* que se deberá decidir en virtud del relato de hechos. El caso expuesto refleja perfectamente los supuestos que pueden plantearse. Así, es distinto que se califique como lesiones del art. 148 CP por mediar ensañamiento, o si la víctima fuese menor de doce años. En el primer caso no hará falta que el Tribunal abra el incidente y, ordene, en su caso la continuación del juicio, ya que puede deducir de los hechos admitidos que no se produjo esa circunstancia y condenar por un delito simple de lesiones. Ahora bien, si se admite que la víctima tenía menos de doce años, y el Tribunal entiende que no está acreditado, al tratarse de una cuestión de hecho ajena a la valoración del Tribunal no podrá en la sentencia condenar por el art. 147 CP. Por esa razón en este último caso sería procedente requerir a la acusación y, en caso

El problema expuesto en tercer lugar se producía por cuanto el art. 793.1 LECrim. derogado disponía que cumplidos los requisitos de la conformidad, básicamente respecto a que la pena no excediera de seis años, el Tribunal: “*dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes*”. Con base en esa redacción legal cabía entender que el Tribunal se hallaba condicionado por la pena conformada. Sin embargo, la jurisprudencia ha determinado que el principio acusatorio que rige el proceso penal no impide que el Juez pueda absolver al acusado, cuando entienda que procede la absolución por no ser el hecho constitutivo de delito o bien que procede imponer una pena inferior debido a la concurrencia de cualquier circunstancia modificativa de la pena. En tales casos, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia en los términos que proceda, previa audiencia de las partes realizada en el acto. Con la regulación vigente, la posibilidad apuntada de dictar sentencia absolutoria o inferior a la conformada resulta plenamente posible, teniendo en cuenta que se ha suprimido la dicción legal del derogado art. 793.3 LECrim. de dictar sentencia de: “*estricta conformidad*”, y la ha sustituido por la referencia simple a la conformidad de la sentencia con el escrito de acusación, lo que implica una asunción de la jurisprudencia apuntada. Véase el art. 787.2 LECrim.: “*Si a partir de la descripción de los hechos... el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad*”. De este modo el Tribunal podrá dictar sentencia individualizando la condena según proceda en derecho.

Los únicos límites que se imponen al Tribunal serán el que no puede hacer una valoración de los hechos, que deberá tener por admitidos, y que la sentencia no puede imponer pena cuantitativamente superior a la solicitada por la acusación. Pero sin que ello suponga que el Tribunal pierda sus facultades de aplicar el derecho según el principio

contrario ordenar la continuación del juicio con relación a los hechos controvertidos. Sin embargo, en el supuesto de que el Tribunal considere que la calificación de los hechos lo es por un delito que comporta una pena más grave deberá plantear el incidente, ya que en caso contrario no podrá dictar sentencia con base en esa distinta calificación. Igual sucederá, como se expone a continuación, en el supuesto en el que el Tribunal no se cuestione la calificación de los hechos y proceda a dictar sentencia de conformidad en la que podrá a condenar a pena cuantitativamente inferior pero no superior a la conformada.

iura novit curia y, concretamente, de calificación y/o individualización de la pena, conforme con el art. 787.2 LECrim⁶¹.

La sentencia de conformidad se dictará oralmente y se documentará, conforme a lo previsto en el art. 789.2 LECrim., en el acta o en un anexo bajo la fe del secretario, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el Fiscal y la partes, conocido el fallo, manifestaran su decisión de no recurrir el Juez declarará en el mismo acto la firmeza de la sentencia y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o sustitución de la pena impuesta (art. 787.6 LECrim.).

Únicamente son recurribles las sentencias de conformidad cuando no se hubieren respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que proceda la impugnación por razones de fondo, de la conformidad prestada (art. 787.7 LECrim.). Esta norma se fundamenta en las siguientes razones: a) El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, impugnando lo que ha aceptado libre, voluntariamente y con el asesoramiento jurídico necesario. Esta regla es aplicable tanto al acusado como a las acusaciones. Aunque el art. 787.7 LECrim. se refiere únicamente al acusado al establecer la limitación de recurrir la sentencia de conformidad por razones de fondo. b) el principio de seguridad jurídica, fundamentado en la regla *pacta sunt servanda*; que se quebraría de aceptarse la posibilidad de revocar lo pactado. c) las posibilidades de fraude, derivadas de una negociación dirigida a conseguir, mediante la propuesta de conformidad, una acusación y una sentencia más benévolas, para posteriormente impugnar en casación lo previamente aceptado, sin posibilidades para la acusación de reintroducir otros eventuales cargos más severos, renunciados para obtener la conformidad (vid. STS de 6 abril 2001 [RAJ 9937]).

61. Por tanto, si el Tribunal discrepara, por excesiva, con la pena concreta solicitada, o entendiéndose que concurre la absolución de todos o algunos de los delitos conformados, considerando correcta la calificación y que la pena se halla dentro de la legalmente establecida, procederá a imponer la pena que considere procedente, sin que proceda abrir el incidente expuesto del art. 787.3 LECrim. Por ejemplo, en el caso en que se produzca conformidad a una pena de cinco años en un delito contra la salud pública del art. 368 CP nada impide que el Tribunal en su sentencia condene a tres años (pena mínima) o incluso que absuelva del delito por entender que de los hechos admitidos no se deduce la comisión o autoría del delito.

Sí cabe recurrir la sentencia dictada en conformidad cuando la pena impuesta sea inferior o superior a la conformada. O en el supuesto de sentencias absolutorias en caso de impugnaciones de las partes acusadoras (STS de 18 abril 2001 [RAJ 9939]; 1 marzo 1988 [RAJ 1511]). Por último, también es recurrible la sentencia dictada en conformidad cuando no se hubieren respetado los requisitos formales y materiales establecidos en la Ley, con relación a esta institución.

5.5. Sustanciación del juicio oral.

El juicio oral tiene por finalidad principal la práctica de la prueba, que se realizará concentradamente en las sesiones consecutivas que sean precisas —art. 788.1.º LECrim—.

Sin perjuicio de la posibilidad de suspensión del juicio hasta un límite máximo de treinta días conservando su validez los actos de prueba realizados⁶². Esta suspensión se puede producir al inicio del juicio, como se expuso *supra* o bien una vez iniciada la práctica de la prueba. En este último caso, la causa más frecuente de suspensión en la práctica forense será la incomparecencia de algún testigo de cargo o descargo, ante lo cual la parte podrá solicitar la suspensión que el Tribunal acordará con base en los criterios expuestos *supra*. Reanudado el juicio los actos de prueba realizados conservarán su validez. *A sensu contrario*, serán nulos los actos de prueba practicados en el supuesto de que la suspensión se prolongara más allá del plazo expresado de treinta días. Igual sucederá en el caso que se hubiere producido la sustitución del Juez que hubiere enfermado y no pueda continuar el juicio, ya que debe

62. La previsión de un plazo preclusivo para la reanudación del juicio, con el efecto en caso contrario de nulidad de lo actuado, se fundamenta en el principio de concentración que determina que la prueba directamente inmediada por el Tribunal deba realizarse conjunta y sucesivamente en un período de tiempo razonable con la finalidad de que pueda procederse a su valoración con la garantía que el Tribunal pueda extraer la consecuencias y realizar las inferencias oportunas entre las distintas pruebas practicadas. De otro modo, transcurrido un tiempo excesivo entre la práctica de las diferentes pruebas el Tribunal tendrá más dificultades para obtener una representación conjunta y completa de los hechos, lo que puede incidir en una mayor dificultad para realizar la actividad juzgadora.

resolver el asunto el Juez que haya inmediado la prueba sin que pueda darse validez a los actos de prueba celebrados ante distinto Tribunal⁶³.

La prueba se practicará en el modo previsto en los arts. 688 y ss. LECrim., en sede de procedimiento por delitos graves, en virtud de la remisión genérica que efectúa el art. 758 LECrim. Se iniciará con la declaración del acusado. A continuación los testigos, primero de la acusación después de la defensa, la pericial, y la documental. Este orden podrá modificarse cuando fuere necesario. Cabe señalar como única especialidad, en la práctica de la prueba, la circunstancia de que el informe pericial podrá ser prestado por un solo perito, a diferencia del procedimiento por delitos graves en el que es necesaria la comparecencia de dos peritos a fin de prestar informe en el acto del juicio (art. 788.2 LECrim.).

Terminada la práctica de la prueba, el Juez o Presidente del Tribunal requerirá a las partes para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba, la calificación jurídica de los hechos, y manifiesten si ratifican o modifican sus calificaciones provisionales formuladas en sus respectivos escritos de acusación y defensa (art. 788.3 LECrim.). En ese momento procesal las partes podrán modificar sus conclusiones provisionales para cambiar la tipificación penal de los hechos o apreciar un mayor grado de participación, de eje-

63. Sin embargo, la nulidad indirectamente establecida por la Ley para los actos de prueba realizados con anterioridad y una vez transcurrido el plazo de treinta días no es la de pleno derecho, prevista en el art. 238 LOPJ, ya que para que fuere así debe alegarse y producirse indefensión a la parte. Así lo ha entendido, acertadamente, la jurisprudencia que ha declarado que no se produce nulidad en el caso de que la defensa del acusado dé su conformidad a la suspensión de la vista y a su reanudación en fecha posterior al máximo autorizado por el art. 788.1 LECrim. Con carácter general, la jurisprudencia ha declarado que deben valorarse las circunstancias concretas del asunto de que se trate analizando: a) si la decisión del Tribunal de reanudar la vista transcurridos más de treinta días se justificó por la total y absoluta indisponibilidad de días y horas hábiles, lo que justificaría hacer un señalamiento fuera del plazo máximo autorizado con base en el art. 202 LECrim. b) la conducta de las partes; y en caso de considerar que se produce infracción de forma causante de indefensión deben ponerlo así de manifiesto mediante los recursos a su alcance o, en su caso, formulando protesta.

cución, o circunstancias de agravación de la pena⁶⁴. Las partes podrán formular conclusiones de modo subsidiario, también se denominan alternativas, para el supuesto de que no se estimara en el juicio la procedencia de la petición principal –art. 732.3.º LECrim–.

La posibilidad de modificar las conclusiones no resulta ilimitada, sino que debe respetar el derecho de defensa y a un juicio justo del acusado, que suponen el derecho a estar informado de la acusación. Así, las modificaciones no pueden afectar a la esencialidad de los hechos para introducir otros nuevos que no hubieran sido objeto de debate y prueba en el plenario ni modificar sorpresivamente los términos del debate procesal. Tampoco puede servir este trámite para ejercitar extemporáneamente, y fuera del trámite de calificación, la acusación penal dirigiendo la acusación contra el acusado.

En el caso de que sea la acusación la que modifique la calificación provisional, la defensa podrá solicitar un aplazamiento de las sesiones, hasta el límite de diez días, a fin que pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes (art. 788.4 LECrim.)⁶⁵. Esta previ-

64. En la práctica forense la modificación de las conclusiones provisionales se formula *in voce* dejándose constancia en el acta del juicio oral, sin perjuicio que se solicite que se aporten por escrito al finalizar el acto, o al día siguiente. Pero resulta esencial que la modificación conste debidamente documentada, ya que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas y a él debe ser referida la relación o juicio de congruencia del fallo. En este sentido, interesa a las partes aportar por escrito la modificación de conclusiones teniendo en cuenta las limitaciones materiales que se plantean para recoger en el acta del juicio oral las modificaciones que, en algunos casos, pueden tener cierta complejidad.

65. El problema que se plantea es el de la brevedad del plazo para su obtención. No tanto por el previsto en la Ley de diez días que no existirá ningún problema en ampliar, sino por el previsto de treinta días durante el cual las actuaciones conservan su validez (art. 788.1 LECrim.). Una vez practicada la nueva prueba solicitada por la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas –art. 788.4.º *in fine*–. Esta nueva calificación no puede implicar una distinta y nueva tipificación de los hechos, ni un mayor agravamiento de la responsabilidad penal de los acusados, ya que ello implicaría una nueva posibilidad de defensa del acusado. En consecuencia, la nueva y eventual calificación definitiva deberá ceñirse al resultado de las pruebas de descargo aportadas por la defensa, para ratificar sus últimas conclusiones (definitivas), o bien modificarlas en sentido favorable al acusado, como consecuencia del resultado de aquéllas.

sión legal va destinada a evitar la indefensión del acusado y es una consecuencia de la correcta aplicación del principio acusatorio y de igualdad de armas de las partes. De este modo, ante una nueva tipificación de los hechos o de una agravación de la responsabilidad penal, debe permitirse al acusado aportar nuevas pruebas de descargo que le permitan defenderse de una nueva acusación constatada en las conclusiones definitivas. Así lo ha declarado el TS con relación al derogado art. 793.7 LECrim. que se reproduce en el vigente art. 788.4 LECrim. que contiene este incidente.

5.6. Informes orales y facultad de interpelación del Tribunal a las partes.

Ratificadas o modificadas las conclusiones definitivamente las partes deberán exponer oralmente lo que estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos. El legislador ha preferido omitir una regulación detallada de estos informes orales, a diferencia de lo previsto para el procedimiento por delitos graves en los arts. 734 y ss., optando por una formulación genérica en el art. 788.3 LECrim. No debe entenderse que ambos trámites hayan sido agrupados, sino que una vez formuladas las conclusiones definitivas, procederá emitir los informes orales.

El informe se iniciará por las acusaciones y concluirá con las defensas de los abogados de las partes. En éste se expondrán los hechos probados, su calificación, y la participación que en ellos hubiere tenido, a su juicio, el acusado; incluyendo las alegaciones que correspondan sobre la responsabilidad civil. El informe versará sobre hechos debatidos en el acto del plenario, y calificaciones fijadas definitivamente en el trámite de conclusiones sin que se puedan introducir cuestiones nuevas.

El art. 788.3.2.º LECrim. faculta al Tribunal para solicitar al Fiscal y a las demás partes personadas al debate sobre una o varias preguntas sobre puntos determinados, para obtener un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos. Esta norma resulta de aplicación en los supuestos en los que el Tribunal considere que procede la condena por un delito distinto pero ho-

mogéneo o que concurre una circunstancia eximente o atenuante no solicitada por la defensa. En estos supuestos la interpelación del Tribunal servirá para que las partes tengan conocimiento de una distinta valoración expuesta por el Tribunal, de modo que puedan valorarla en sus respectivos informes finales.

Pero el ámbito y consecuencias de la interpelación del Tribunal van más allá de lo expuesto, según se deduce de lo establecido en los arts. 789.3 y 788.4 LECrim. En este sentido, el art. 789.3 LECrim., que regula la sentencia en procedimiento abreviado establece que: *“la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del art. 788.3 LECrim.”*

Por tanto, el requerimiento del Tribunal a las partes excede de lo que establece el redactado del art. 788.3 LECrim., ya que la interpelación puede plantear una modificación sustancial del hecho o del derecho que, asumida por las partes acusadoras, permitirá al Tribunal condenar con base en esa petición. Pero, en ese caso, el art. 789.3 LECrim. exige que: *“alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal”*. Es decir, que el mecanismo previsto en el art. 789.3 LECrim. exige que el Tribunal interpele a las partes sobre los extremos referidos, de conformidad con lo previsto en el art. 788.3 LECrim., y que alguna parte acusadora asuma el planteamiento. De hacerlo así, alguna de las partes acusadoras la defensa tendrá derecho a utilizar el incidente del art. 788.4 LECrim. a fin de solicitar el aplazamiento de la sesión y, en su caso, solicitar la práctica de prueba sobre los extremos que han sido objeto de modificación.

5.7. Eventual variación de la competencia objetiva para juzgar.

La modificación de las conclusiones provisionales puede determinar una variación de la competencia objetiva del órgano decisor, como consecuencia de la modificación de sus respectivas calificaciones –art. 788.5.º LECrim–. Podrán darse los siguientes supuestos:

1.º) Cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del Juez de lo

Penal, se declarará éste incompetente, dará por terminado el juicio, y remitirá las actuaciones a la Audiencia competente. La cuestión que se plantea con esta previsión legal se centra en la necesidad o no de repetir el juicio oral ante la Audiencia competente. Parece acertado afirmar que será necesaria tal repetición, ya que de lo contrario se vulnerarían los principios procesales de inmediación y concentración, a los efectos de poder el Tribunal valorar en conciencia la prueba practicada. Además, carecen de eficacia los actos realizados ante el Juez objetivamente incompetente. Por ello, el Juez de lo Penal deberá decretar la nulidad del juicio oral actuado ante él, y remitir seguidamente los autos a la Audiencia Provincial competente.

2.º) Cuando sólo alguna de las acusaciones califique los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal éste resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio. A este efecto podrá: a) Dictar auto declarándose incompetente, y decretar la nulidad de actuaciones cuando entienda que las calificaciones que determinan su incompetencia están racionalmente formuladas, remitiendo las actuaciones a la Audiencia. b) Dictar sentencia sobre el fondo. En la misma deberá fundamentar su competencia objetiva, y no podrá imponer pena que exceda de su competencia. En este caso, cabrá interponer recurso de apelación contra la sentencia, en el que se podrá, con carácter previo, solicitar la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Juez de lo Penal. En caso de decretarse la nulidad de actuaciones, competirá a la Audiencia dictar sentencia en primera y única instancia, contra la que cabrá, en su caso, posterior recurso de casación. En el supuesto de no estimarse la nulidad de actuaciones, deberá la Audiencia decidir la apelación sobre el fondo del asunto.

3.º) Cuando el juicio se celebre ante la Audiencia Provincial y se califiquen los hechos como delitos cuyo enjuiciamiento compete al Juez de lo Penal. En tales supuestos, la Audiencia deberá concluir el juicio y dictar sentencia, en virtud del principio de economía procesal. Nótese que el art. 788.5 LECrim. se refiere únicamente a la incompetencia del Juez de lo Penal.

4.º) Cuando el juicio se celebre ante la Audiencia y se califiquen los hechos como delito que debe enjuiciarse conforme al procedimiento

por delitos graves. En este supuesto, corresponderá a la Audiencia seguir el juicio y dictar sentencia, ya que este órgano resulta ser el competente objetivamente en ambos casos para enjuiciar la causa. Por ello, en virtud del principio de economía procesal y de conservación de los actos, le corresponderá seguir enjuiciando la causa.

5.º) Cuando todas o alguna de las acusaciones, cualquiera que sea el órgano que esté conociendo, califiquen los hechos como falta el órgano que esté conociendo, sea la Audiencia o el Juez de lo Penal, deberá concluir el juicio y dictar sentencia, de acuerdo con los principios de economía procesal y conservación de los actos procesales.

5.8. Acta del juicio oral y sentencia.

Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que se extenderá bajo la fe pública del Secretario y firmarán, otorgando conformidad, las partes intervinientes. En el acta deberá reseñarse el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas, y las resoluciones adoptadas (art. 788.6 LECrim.). En el acta constará el contenido “*esencial*” de la prueba practicada, de modo que no cabe alegar infracción o irregularidad por la circunstancia que no se contengan en el acta todas las palabras exactas pronunciadas en el juicio. Y, en su caso, la irregularidad únicamente tendrá incidencia si produjese indefensión. En último término, debe señalarse que el Tribunal valorará la prueba directamente inmediada, sin que para ello deba ceñirse en exclusiva al contenido literal del acta.

El acta puede ser completada o sustituida por cualquier medio de reproducción mecánica oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario –art. 788.6.º LECrim.–. Ello hará posible que el Tribunal Superior que conozca de la causa, pueda tener un conocimiento casi exacto de lo acontecido durante la celebración y práctica de la prueba en el juicio oral. También cabe la grabación de la vista, conforme con lo previsto en el art. 146 LEC, en soportes digitales o analógicos, que se emplean de forma general en el proceso civil. Sin embargo, en tanto no se provean los Tribunales penales de medios técnicos no existe obligación legal de empleo de medios de complemento del acta.

La sentencia se dictará, conforme establece el art. 789 LECrim., y en la forma prevista en el art. 248.3.º LOPJ, dentro de los cinco días siguientes a la finalización del juicio oral (con relación al procedimiento por delitos graves, el art. 203 LECrim. concede solamente tres días para dictar sentencia). No se establece expresamente la necesidad de motivar la sentencia. Sin embargo, la doctrina constitucional, en aplicación del art. 120.3.º CE, ha reiterado en múltiples ocasiones tal obligatoriedad⁶⁶. Se documentará por escrito, pero el art. 789.2 LECrim. faculta al Juez de lo Penal para poder dictar sentencias oralmente en el acto del juicio, quedando la Audiencia Provincial privada de tal facultad, dado su carácter de órgano colegiado que exige una previa deliberación. No obstante, una vez dictada la sentencia oralmente, se documentará el fallo mediante la fe del Secretario, o bien se expresará en un anexo al acta, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla con arreglo a lo establecido en los arts. 248 LOPJ y 209 LEC. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo dictado *in voce*, expresaren su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o sustitución de la condena impuesta –art. 789.2.º *in fine*–. En la práctica forense podrá suceder que, dada la celeridad impuesta a la fase de instrucción de este procedimiento, no consten en autos todavía en este momento los antecedentes penales actualizados del acusado, o no esté finalizada aún la pieza de responsabilidad civil. Estas ausencias impedirán a las partes y al propio Juez conocer la existencia o no de los requisitos que exigen los arts. 80 y 88 CP para que pueda operar la suspensión o la sustitución de la condena.

La resolución se notificará en la forma ordinaria a las partes en el proceso, a efectos del conocimiento de la resolución y de poder inter-

66. La motivación es necesaria en todas las resoluciones judiciales, incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, así como la pena impuesta. Precisamente ha declarado el TC que este deber resulta especialmente reforzado y exigible en el caso de las Sentencias penales condenatorias cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal. Véanse a este respecto SSTC 139/2000 de 3 mayo; 5/2000, de 17 enero; 25/2000, de 31 enero; 2/1999, de 25 enero; 47/1998, de 2 marzo; 116/1998 de 2 junio; 81/1997 de 22 abril; 43/1997, de 10 marzo; 193/1996, de 26 noviembre; 27/1993, de 25 enero.

poner los recursos que procedan. Además, el art. 789.4 LECrim. dispone que la sentencia se notificará por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer la sentencia será remitida al mismo por testimonio de forma inmediata. Igualmente se le remitirá la declaración de firmeza y la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, en todo o en parte, de la sentencia previamente dictada (art. 779 bis LECrim.).

La sentencia debe ser congruente con las peticiones de las partes. Aunque esta correlación no es absoluta ni matemática, sino que corresponde al Tribunal determinar la pena de conformidad con los hechos y el delito objeto de acusación. También debe respetar los derechos derivados del principio acusatorio. Regula esta cuestión el art. 789.3 LECrim. que dispone como principio general que: *“la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado”*. En el mismo precepto se contiene una excepción de la norma en el supuesto de que: *“alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del art. 788.3”*.

Esta regulación respeta, formalmente, el principio de congruencia, pero no así los límites impuestos por el principio acusatorio. Como ya expusimos, *supra*, a propósito del incidente de interpelación del art. 788.3 LECrim., el problema que plantea esta norma radica en la posible vulneración del derecho de defensa que comporta el principio acusatorio. En este sentido, dando por supuesto que alguna parte acusadora asuma la propuesta del Tribunal y acuse, efectivamente, por ese delito distinto, o alterando los hechos, no parece respetuoso con el derecho de defensa del acusado que el Tribunal pueda condenar con base en esa nueva petición. Y esta imposibilidad se fundamenta, no en la vulneración del principio de congruencia procesal, sino en la del principio acusatorio⁶⁷. En consecuencia, el Tribunal no podrá resolver la cau-

67. A nuestro juicio, se produce una confusión entre los límites de la congruencia, definidos perfectamente en la primera parte del art. 789.3; y la posible modifica-

sa condenando por un delito distinto o bien alterando: “*sustancialmente el hecho enjuiciado*”, con independencia de que se haya producido la asunción por los acusadores del planteamiento expuesto por el Juez. Y a nuestro juicio no cabe, en ningún caso, que el Tribunal imponga una pena cuantitativamente más elevada a la solicitada por las partes.

6. LOS RECURSOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

6.1. Régimen de recursos en el procedimiento abreviado.

Los recursos que cabe interponer en la sustanciación del procedimiento abreviado se regulan de forma específica en el T. II del Libro IV de la LECrim. y, concretamente, en los arts. 766, 790 a 793 LECrim. Debe distinguirse, entre estos, tres grupos distintos: 1.º) Recursos frente a resoluciones interlocutorias dictadas durante la tramitación del procedimiento: reforma y apelación. 2.º) Recursos contra sentencias: apelación y casación según que la sentencia la dicte el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial⁶⁸. 3.º) Recurso de Queja frente a la resolución que inadmita un recurso de apelación o casación. 4.º) Recurso extraordinario de anulación.

ción de las conclusiones provisionales de las partes que se halla limitada por el principio acusatorio, aunque esa alteración la haya propuesto el Tribunal. Precisamente, en la redacción del proyecto de ley, la referencia que se contenía en el art. 789.3 *in fine* se hacía al procedimiento de tesis del art. 733 LECrim. Esta redacción se modificó como consecuencia de las enmiendas admitidas. En cualquier caso, el problema que planteaba aquella redacción, es el mismo que el que suscita la vigente.

68. Aunque, el art. 73.3 LOPJ, introducido por LO 19/2003, atribuye a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso de apelación frente a las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales –por su parte el art. 64 bis LOPJ, introducido también por LO 19/2003, atribuye a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional la competencia para conocer del recurso de apelación frente a las resoluciones dictadas en primera instancia por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional–. Sin embargo, estas normas no tienen correlato en la LECrim. que no regula este recurso. Por tanto, esta atribución de competencia no será efectiva hasta que no se cumpla el mandato de la DF 2.ª de la LO 19/2003, que prevé la adecuación de las leyes de procedimiento a las disposiciones de la LOPJ modificadas por la citada Ley.

6.2. Recursos frente a las resoluciones interlocutorias del Juez de instrucción y de lo Penal.

El art. 766 LECrim. regula los recursos que caben frente a los autos interlocutorios dictados por el Juez de instrucción y de lo penal. Los recursos y el procedimiento que se establecen en dicho precepto no se apartan en lo esencial de la regulación general prevista en los artículos 216 y ss. LECrim., con algunas especialidades que se exponen a continuación.

Cabe recurso de reforma y si no fuere estimado el de apelación frente a todos los autos dictados por el Juez de Instrucción y de lo Penal, que no estén exceptuados de recurso. Estos recursos no suspenderán el curso del procedimiento. La competencia para conocer del recurso de apelación se atribuye a la Audiencia Provincial (art. 766.3 LECrim.).

El recurso de reforma se interpondrá en el término de los tres días siguientes a la notificación de la resolución de que se trate (art. 211 LECrim.), ante el Tribunal que hubiere dictado la resolución que se impugna (art. 219 LECrim.) y resolverá el mismo Tribunal ante el que se hubiere interpuesto (art. 220.1 LECrim.). Los días señalados son naturales, y no se excluyen los inhábiles, por tratarse de diligencias de instrucción.

El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o de modo independiente (art. 766.2 LECrim.). Si se interpusiere subsidiariamente la Ley prevé un incidente de alegaciones especialmente útil para el supuesto en que se desestime total o parcialmente el recurso de reforma. Este incidente consiste en el traslado, en ese caso, al recurrente de la resolución desestimatoria para que pueda formular alegaciones y, presentar en su caso, los documentos justificativos de sus peticiones (art. 766.4 LECrim.). La importancia de este trámite de alegaciones es evidente por cuanto permite a la parte que opte por interponer la apelación de modo subsidiario no “perder” un trámite de alegaciones, del que sí se dispone en el caso de interponer separadamente el recurso de reforma y el de apelación. Así sucede en el procedimiento ordinario por delitos graves en el que la interposición de la apelación de modo subsidiario determina que una vez denegada la reforma se eleven los autos a la audiencia sin dar trámite al recurrente al efecto de poder formular alegaciones respecto al auto denegatorio de la reforma. En el caso de que se interponga separadamente, el recurso de apelación se interpondrá en el plazo de cinco días naturales siguientes a la notificación del auto recurrido o del resolutorio del de reforma.

El escrito de apelación deberá contener los motivos de recurso, aportándose los documentos justificativos de las peticiones formuladas, y se señalarán los particulares que hayan de testimoniarse. Admitido el recurso se dará traslado a las demás partes personadas por un plazo común de cinco días para alegar y aportar los documentos que consideren oportuno, así como señalar otros particulares que deban ser testimoniados. En los dos días siguientes se remitirá testimonio de los particulares señalados a la Audiencia respectiva que resolverá dentro de los cinco días siguientes⁶⁹.

El recurso de apelación se sustanciará, con carácter general, por escrito sin celebración de vista oral, contrariamente a como sucede en el procedimiento ordinario por delitos graves (art. 230 LECrim.). A nuestro juicio la tramitación por escrito resulta justificada por la mayor rapidez en la sustanciación del recurso. Ahora bien, en el caso de resoluciones que acuerdan medidas cautelares, especialmente el auto que acuerda la prisión provisional, es conveniente la sustanciación de vista oral ante la audiencia provincial. Precisamente, el art. 766.5 LECrim. contempla esa necesidad, de modo que en el caso de interponerse recurso de apelación frente al auto que acuerda la prisión provisional de un imputado se podrá solicitar la celebración de vista que, solicitada por la parte, el Tribunal debe acordar necesariamente. También se podrá solicitar la celebración de vista en el caso de que el auto recurrido se pronuncie sobre medidas cautelares con carácter general, pero en ese caso la audiencia provincial no está obligada a acordar la celebración de vista, que sólo señalará si lo estima conveniente. En cualquiera de esos casos la vista deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la causa en la Audiencia Provincial.

69. No se remiten las actuaciones, sino el testimonio de aquellos particulares señalados por las partes y que resulten de interés para la resolución del recurso. Además, excepcionalmente, la Audiencia podrá reclamar las actuaciones para su consulta siempre que con ello no se obstaculice la tramitación de la causa. En ese caso, la Audiencia deberá devolver las actuaciones al Juez en el plazo máximo de tres días.

6.3. El recurso de apelación contra sentencias definitivas. Segunda instancia.

Frente a la sentencia dictada por los Jueces de lo Penal en procedimiento abreviado cabe recurso de apelación del que conocerá la Audiencia Provincial (arts. 976, 790, 803 LECrim.); mientras que las dictadas por la Audiencia Provincial en única instancia en procedimiento abreviado o por delitos graves son recurribles únicamente en casación (art. 847 LECrim.).

El recurso de apelación frente a sentencia definitiva abre la segunda instancia, a diferencia del interpuesto frente a los autos interlocutorios dictados durante la sustanciación del proceso que no abre la segunda instancia, ya que, entre otras razones, la primera instancia aún no habrá finalizado. El recurso de apelación es un recurso devolutivo y ordinario, que se puede interponer fundamentado en cualquier infracción procesal o de Ley y, lo esencial, también en el error en la apreciación de la prueba. Por esas características el recurso de apelación garantiza el derecho a la segunda instancia y a una revisión de la sentencia dictada en la primera, al no limitarse la impugnación ni tampoco el ámbito de conocimiento del Tribunal de segunda instancia. Especialmente, porque el tribunal de apelación puede valorar nuevamente la prueba practicada situándose en la misma posición que tenía el Tribunal de instancia⁷⁰. En el actual sistema sólo se puede hablar en propiedad de segunda instancia con relación a las sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal (o Central de lo Penal) en el ámbito del Procedimiento Abreviado. Es decir, únicamente se hallan las características plenas de la apelación, o alzada, en la apelación contra sentencias definitivas dictadas por el Juez de lo Penal o Central de lo penal.

70. Precisamente al tratarse de una garantía incardinable en el derecho a la tutela judicial efectiva, se ha planteado la cuestión de su ausencia en el caso de las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial que, únicamente son recurribles en casación. Sin embargo, tanto el TC como el TS han declarado que la doble instancia constituye una garantía de configuración legal que permite distintas posibilidades, entre ellas que se cumpla mediante el recurso de casación. Véase STC 65/2002, de 11 de marzo.

6.3.1. *Interposición y fundamentación de la apelación.*

El recurso de apelación contra sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal (o por los Jueces Centrales de lo Penal) se interpondrá ante el mismo órgano que dictó la sentencia que se impugna –art. 790.2 LECrim.–.

El apelante dispondrá de un plazo de diez días desde la notificación de la sentencia a la última de las partes personadas para la interposición del recurso –art. 790.1 LECrim.–. Durante ese período las actuaciones se hallarán en Secretaría a disposición de las partes, teniendo en cuenta que no existe trámite de instrucción de las partes ante el órgano *ad quem*. En el recurso deberán contenerse los siguientes extremos:

1.º) La petición de revocación o modificación de la sentencia con base en la existencia de un perjuicio o gravamen, que se deducirá del contenido del fallo con relación a lo solicitado en conclusiones definitivas.

En el recurso debe constar la manifestación inequívoca del justiciable de recurrir la sentencia por causarle un perjuicio. Este requisito que no aparece expresamente establecido en la regulación legal se deduce de la naturaleza y presupuestos de los recursos que exigen, en primer lugar, que exista un gravamen para el recurrente. De este modo no le cabe recurrir a la parte a la que ningún perjuicio causa la sentencia. Este perjuicio debe ser directo. No puede recurrir la sentencia el coacusado absuelto para solicitar la absolución del otro coacusado. En sentido contrario ningún perjuicio le produce al condenado la absolución del coacusado. Un problema de especial calado se produce con relación a la legitimación que pueda tener el responsable civil subsidiario para recurrir en apelación respecto a la responsabilidad penal de la que deriva la civil por la que se le condena. A este respecto ha declarado el TC que debe adoptarse un criterio favorable a la admisión del recurso (véase la STC 48/2001, de 26 febrero)⁷¹.

71. Más compleja es la cuestión del gravamen procesal que recaer sobre la parte acusada absuelta, o de la acusación que obtiene la condena solicitada. En estos casos, la sentencia ningún perjuicio causa por lo que, en principio, no concurre el presupuesto esencial del gravamen e interés para recurrir. Ahora bien, en el caso de la apelación de contrario se produce una situación de pendencia procesal que puede finalizar con una sentencia que cause, finalmente, un perjuicio a la parte no recurrente.

2.º Los fundamentos de la impugnación que se expondrán de forma ordenada según los motivos de recurso previstos en la Ley que son: quebrantamiento de las normas y garantías procesales; error en la apreciación de las pruebas; infracción de normas del ordenamiento jurídico en los que se base el recurso. Nótese la importancia de la exposición razonada de las alegaciones, porque, salvo que se acuerde la celebración de vista oral, el recurrente no dispondrá de ocasión posterior para formular o completar las alegaciones en las que fundamenta la apelación.

Respecto a los motivos de impugnación el referido a la infracción de normas y garantías procesales incluye el anterior motivo de infracción de normas constitucionales. Concretamente, en el caso de solicitar la nulidad del juicio por quebrantamiento de forma causante de indefensión el art. 790.2.2.º LECrim. exige: 1) Que se citen las normas legales o constitucionales infringidas y los motivos de indefensión; 2) Se acredite haber pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo que se hubiere producido en un momento procesal en que fuere imposible la reclamación (v.g. en la sentencia o en la notificación de aquélla); 3) Que se expresen la razones de la indefensión que determinen que la infracción no pueda ser subsanada en la segunda instancia. Nótese, que si existiere tal posibilidad de subsanación en la segunda instancia, el órgano *ad quem* la efectuará, y entrará a conocer de los demás motivos del recurso, en el supuesto de que se hubieran formulado eventualmente.

En cuanto al error en la apreciación de las prueba debe tenerse presente que el Tribunal de instancia valorará en conciencia y libremente la prueba practicada en el acto del juicio oral de conformidad con el principio de inmediación, para llegar a unas conclusiones determinadas con la consecuencia de condenar o absolver al acusado. Precisamente, este motivo de recurso debe dirigirse a combatir tanto el resultado de la prueba, como las inferencias lógicas y argumentativas del Juez en la sentencia, según un discurso racional y lógico, fundado en la prueba obrante en autos, y del que se deduzca un resul-

Ante esta situación en el proceso civil cabe la impugnación de la sentencia que se puede formular en el traslado del recurso de apelación (art. 461 LEC). En el proceso penal, sin embargo, no cabe formular la apelación transcurrido el plazo de diez días, sin perjuicio de que la parte apelada pueda formular alegaciones y solicitar prueba que acredite los extremos y fundamentos alegados en su escrito de oposición al recurso, sin que sea preciso ni posible en ese trámite formular apelación de clase alguna.

tado distintos al obtenido por el Juez y plasmados en la sentencia. Deben evitarse, por tanto, la impugnación basada en este motivo en la que únicamente se realiza una libre interpretación de la prueba sin ningún fundamento o base en los autos en los que consta la prueba practicada. Es decir, tal y como se reitera en la jurisprudencia: deben explicarse las razones del recurso y sus fundamentos de forma clara y precisa, sin pretender sustituir sin más la valoración de la sentencia por otra parcial, subjetiva e interesada.

3.º Petición de diligencias de prueba.

El recurrente podrá solicitar en su escrito de recurso la práctica de prueba en segunda instancia, en los términos previstos en el art. 790.3 LECrim.

Se pueden proponer todo tipo de diligencias de prueba, siempre que se hallen en uno de los siguientes supuestos: 1) Aquéllas que no pudo proponer en primera instancia, se refiere la Ley a aquellas pruebas que se deducen de la aparición de nuevos hechos (*nova reperta*), no conocidos por el recurrente, y que por tanto no pudieron ser objeto de solicitud y práctica de prueba en primera instancia. 2) Aquéllas que propuso y le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiera formulado en su momento la oportuna protesta. 3) Las pruebas admitidas que no pudieron practicarse por causas no imputables al interesado. 4) Cuando el recurso de apelación se interponga frente a sentencias absolutorias con base en el error en la apreciación de la prueba, será obligado para que el recurso pueda prosperar que se solicite la práctica de la prueba cuya valoración se impugna por errónea para su práctica en segunda instancia (STC 167/2002, de 18 de septiembre y otras). En todos los supuestos habrá de exponerse los motivos por los que resulta pertinente y necesaria la práctica de la prueba. Fuera de los supuestos antes enunciados no cabrá proponer la práctica de prueba ante el Tribunal de apelación –art. 790.3.º LECrim–. La Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta, una vez recibidos los autos, señalando, cuando la práctica de la prueba lo precise, día para la vista –art. 791.1 LECrim.–.

4.º El recurrente deberá fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la audiencia (art. 790.2 LECrim. *in fine*). La razón de esta exigencia es la falta de personación de las partes ante el órgano *ad quem*, aunque la presencia obligada de Procurador hace innecesaria aquélla.

6.3.2. Admisión del recurso y traslado de la apelación a las demás partes para formular alegaciones.

Presentado el escrito de formalización del recurso el Juez lo admitirá si reúne los requisitos exigidos. En caso contrario, lo inadmitirá⁷². Pero, si el recurso adoleciera de algún defecto subsanable concederá al recurrente un plazo no superior a tres días para la subsanación⁷³. En caso de no hacerlo así, el Juez inadmitirá definitivamente el recurso (art. 790.4 LECrim.). Frente a la inadmisión del recurso de apelación cabe recurso de queja (art. 218 LECrim.).

Admitido el recurso de apelación por el órgano *a quo* se dará traslado a las demás partes personadas por un plazo común de diez días para que puedan presentar sus escritos de alegaciones. Presentados los escritos o precluido el plazo para hacerlo el Juez, en los dos días siguientes, dará traslado de cada uno de ellos a las demás partes y elevará a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados —art. 790.6 LECrim—. La partes no apelantes únicamente pueden presentar escrito de alegaciones a la apelación en calidad de apelados, con el carácter de escrito de oposición al recurso interpuesto. Por tanto, no

72. La Ley no establece los defectos que pueden ser objeto de subsanación, pero, por regla general, estos deben referirse a cuestiones de índole formal. Así, la falta de designación de domicilio para notificaciones, o la ausencia de algún requisito procesal (firma de letrado y procurador, etc.). En cuanto a la fundamentación del recurso, su absoluta ausencia puede determinar su inadmisión por el órgano *a quo*. Téngase en cuenta que este requisito no es meramente formal, sino del fondo del recurso, ya que las partes serán informadas y conocerán de los motivos de impugnación mediante el escrito de recurso. Cuestión distinta es si procede la subsanación, cuestión que a nuestro entender debe hallar una respuesta negativa. Sin embargo, no puede inadmitirse el recurso por insuficiencia de fundamentación que conducirá, en su caso, a una desestimación del recurso, pero no parece que el Juez *a quo* pueda entrar a valorar esa insuficiencia.

73. Debe tenerse presente la reiterada doctrina antiformalista del Tribunal Constitucional para la admisión de los recursos, máxime cuando se trata de ejercer el derecho a una segunda instancia en el proceso penal frente a una sentencia condenatoria, de modo que no puede inadmitirse el recurso por incumplimiento de requisitos formales; y, en su caso, se requiere que la inadmisión se fundamente en una causa legal debidamente razonada. Vid. SSTC 175/1988, de 3 octubre; 117/1986, de 13 octubre; 97/1986, de 10 julio.

cabe distinguir entre escritos de impugnación o adhesión, como hacía el derogado art. 795.4 LECrim., sino alegaciones motivadas de oposición a la apelación en los que también se podrá solicitar la práctica de aquellas pruebas enunciadas en el apartado 3.º del art. 795 LECrim.; o la celebración de la vista oral⁷⁴. El apelado también podrá utilizar el trámite de alegaciones para poner de manifiesto la denuncia de derecho fundamental que se pueda constatar con la estimación del recurso de apelación y/o solicitar la práctica de prueba a fin de acreditar aquellos extremos de su interés⁷⁵. Antes de elevar los autos a la Audiencia el art. 790.6 LECrim. prevé que se dé traslado de los escritos de alegaciones al resto de partes personadas, sin que pueda el apelante originario formular alegaciones.

6.3.3. *Práctica de la prueba y celebración de vista del recurso.*

La celebración de vista en el recurso de apelación tendrá carácter excepcional, puesto que rige el principio de escritura y se restringe la cele-

74. El apelado no podrá recurrir en apelación en el trámite de traslado del recurso de apelación, como sí sucede en el procedimiento de Jurado [art. 846.bis.d) LECrim.], ya que sólo le cabe al apelado defender la sentencia impugnada frente a la que se aquietó y oponerse al recurso interpuesto. De este modo, la parte a la que perjudique la sentencia debe valorar la circunstancia de interponer recurso de apelación con independencia de la actuación del resto de partes, ya que si no recurre en el plazo establecido para ello, no podrá posteriormente impugnar la sentencia.

75. El derogado art. 795.4 LECrim. no establecía expresamente la posibilidad que los apelados puedan solicitar la práctica de prueba. Sin embargo, el TC había declarado que el precepto citado admitía una interpretación amplia que permitiera la petición y admisión de prueba a instancia del apelado. El interés del apelado para la práctica de prueba no puede obviarse. En principio pudiera pensarse que el apelado en tanto que defensor del mantenimiento de la sentencia ninguna prueba debe solicitar. Sin embargo, como sucede en la Sentencia del Tribunal Constitucional citada, en ocasiones puede ser que interese al apelado la práctica de alguna prueba. Así en el supuesto en que se hubiere condenado o absuelto con base en determinadas pruebas, habiendo desestimado la práctica de otras que pueden ser innecesarias en la instancia, pero trascendentes en la alzada si se procede a valorar de forma distinta o anular la prueba en la que se fundamentó la condena o la absolución.

bración de aquélla⁷⁶. Con base en la regulación legal, solamente podrá acordarse la vista en dos supuestos: 1.º) Cuando se haya solicitado en el escrito del recurso la práctica de prueba, y ésta haya sido admitida por la Audiencia –art. 791.1º–. 2.º) Cuando la Sala de oficio o a instancia de parte, estime que es necesario para la correcta formación de una convicción fundada, para lo que citará a las partes –art. 791.1 y 2.º LECrim–.

En el primer caso la solicitud de prueba por la parte conlleva necesariamente la celebración de vista. Ahora bien, la petición de prueba debe fundarse en los motivos previstos en el art. 790.3 LECrim., tal como hemos expuesto en el epígrafe anterior. Es decir, que la parte no puede solicitar la práctica de prueba que suponga una reiteración de la ya practicada en la primera instancia. En cuando al segundo supuesto, que permite celebrar vista del recurso de oficio o a instancia de parte, no supone la práctica de prueba alguna, sino únicamente la sustanciación de una vista en la que las partes pueden defender oralmente ante el Tribunal el recurso interpuesto. Con base en esta regulación, en la práctica forense, la celebración de la vista se ha limitado a los supuestos legales de denegación o inadmisión de prueba; o bien al señalamiento de vista a fin de una mejor ilustración de la Sala al poder percibir directamente los alegatos de las partes en los que se fundan sus pretensiones en la alzada. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que para que la denegación de la vista en el recurso de apelación pueda constituir una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo es preciso que se produzca un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa⁷⁷.

76. Aunque, a nuestro juicio debe favorecerse la celebración de vista en apelación, ya que la oralidad no debe quedar mermada, en la segunda instancia, por una errónea prevalencia de la celeridad mal entendida o de un criterio de oportunidad, que no pueden prevalecer frente a la necesidad de un proceso justo, celebrado en audiencia pública y rodeado de las garantías legales, igualmente observable, en el recurso de apelación.

77. Esta regulación resulta conforme con la jurisprudencia del TEDH que en diversas sentencias ha declarado que un proceso justo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, y que la exigencia de esta garantía en fase de apelación depende “de las peculiaridades del procedimiento considerado” (véanse STEDH de 26 mayo 1988 –caso *Eķbatani contra Suecia*–; de 8 febrero 2000 –caso *Cooķe contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*–; 27 junio 2000 –caso *Constantinescu contra Rumania*–; y 25 julio 2000 –caso *Tierce y otros contra San Marino*–).

La sustanciación de la vista oral adquiere especial importancia en el caso de la impugnación de sentencias absolutorias o afectadas de error en la apreciación de la prueba. En esos supuestos, el TC ha declarado que no cabe revocar la sentencia absolutoria dictada en primera instancia para dictar sentencia de apelación de condena del apelado, sin que el Tribunal de alzada hubiera inmediado la prueba: *“en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción”* (STC 167/2002, de 18 de septiembre). En ese caso, será necesaria la celebración de vista oral del recurso a fin de que el Tribunal de alzada pudiera oír en directa inmediación al acusado y practicarse ante la Audiencia Provincial aquellas pruebas que pudieran fundar una condena en segunda instancia⁷⁸. En caso contrario, se producirá la vulneración de un proceso con todas las garantías.

La Sala acordará, en su caso, el señalamiento de vista oral en auto recurrible sólo en súplica conforme a lo previsto en el art. 236 LECrim., señalará, en su caso, día para la vista dentro de los quince días siguientes —art. 791.2.º LECrim—. En ese caso se citará a las partes, y a la víctima que deberá ser informada, aunque no sea parte, ni se requiera su intervención o concurso (art. 791.2 LECrim.).

La vista se celebrará empezando por la práctica de la prueba. Acto seguido las partes resumirán oralmente el resultado de aquélla y el fundamento de sus pretensiones. Aun cuando no se establece el turno de intervenciones, siempre deberá iniciarlo el recurrente que pretende la revocación de la sentencia. La incomparecencia del apelante al acto de la vista no producirá el desistimiento del recurso, dado que aquélla sólo persigue una correcta formación de la convicción del Tribunal juzgador. Aunque, obviamente, el apelante deberá estar y pasar aquél por la carga procesal de su falta de comparecencia, pero en ningún

78. Sucede que en ese caso se plantea un imposible, ya que el Tribunal de alzada inmediará aquello que va a revisar y, en ese caso, no estaría revisando, sino juzgando. Precisamente de la Sentencia 167/2002, no se deduce con claridad si se trata de que el Tribunal deba practicar nueva prueba, o bien que deba repetirse la ya practicada; o sencillamente que el Tribunal de alzada deba oír en todo caso al acusado para poder condenarle.

caso puede la Sala dejar de conocer y resolver los motivos de recurso que constan en el escrito de apelación.

6.3.4. *Sentencia.*

El recurso de apelación se resolverá en sentencia que se dictará dentro de los cinco días siguientes al de la celebración de la vista oral, o dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por la Audiencia Provincial, cuando no se hubiere celebrado (art. 792.1 LECrim.). La sentencia que resuelva la apelación tendrá carácter de firme, ya que, según el art. 792.3.º LECrim., contra ella no se admitirá otro recurso que el de revisión, cuando proceda; y el de anulación de la sentencia recaída en ausencia del acusado, conforme a lo que establece el art. 793 LECrim. La sentencia se notificará a las partes, así como a los perjudicados por el delito, aunque no se hubieren constituido como parte (art. 792.4 LECrim.). Notificada la sentencia, se devolverán los autos al juzgado a efectos de ejecución del fallo (art. 792.3 *in fine*).

La sentencia que se dicte en apelación deberá observar los requisitos propios de la sentencia, con excepción del relato de hechos probados que la sentencia aceptará o bien rechazará en cuyo caso deberá incluir las modificaciones que procedan. En cuanto a los fundamentos de derecho se deberá dar cumplida cuenta de los motivos de recurso. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que las exigencias derivadas del principio acusatorio deben mantenerse en cada una de las instancias del proceso penal, y, en particular, son también aplicables en el recurso de apelación (véanse SSTC 302/2000, de 11 de diciembre; 95/1995, de 19 de junio; 54/1985, de 18 de abril). Aunque el Tribunal Constitucional ha distinguido entre las respuestas a las pretensiones del recurso que deben ser resueltas sin omitir ninguna; y las alegaciones deducidas por las partes para fundamentar sus motivos de recurso que pueden resolverse mediante una respuesta genérica. También se ha admitido una motivación por remisión a la sentencia de instancia, siempre que ésta se halle debidamente motivada.

La función del Tribunal de alzada consiste en la revisión del proceso seguido en primera instancia, con plenos poderes para revocar la sentencia im-

pugnada. Incluyendo, obviamente la nueva valoración de la prueba con base en lo que se haya acreditado en autos y sea efectivamente impugnado con expresión y acreditación suficiente del error. Naturalmente cualquier decisión del Tribunal de apelación, máxime cuando revisa y formula, en su caso, nuevo relato de hechos probados precisa de la necesaria motivación⁷⁹.

En cuanto a los efectos y eficacia de la sentencia debe distinguirse según confirme o revoque la sentencia y, en ese último caso, si se acoge un motivo u otro de los de recurso. En el caso de que la sentencia desestime todos los motivos de recurso se confirmará en su integridad la sentencia impugnada, con imposición de las costas según lo dispuesto en los arts. 239 y ss. LECrim. En el caso, que se estime la apelación por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el Tribunal anulará la sentencia impugnada y ordenará reponer el procedimiento al estado en que se encontraba al momento de cometerse la falta, con

79. Mediante la apelación el Tribunal *ad quem* se sitúa en la misma posición procesal que tenía el Juez *a quo* pudiendo valorar todos los extremos que constan en los autos, siempre que hayan sido objeto de efectiva impugnación. De este modo el Tribunal de alzada puede revisar el elemento objetivo y subjetivo del injusto, incluyendo los hechos probados, la subsunción de éstos en la norma y el juicio de culpabilidad. Así se declara en numerosas sentencias del TC, y concretamente en algunas recientes, como la 167/2002, de 18 de septiembre, o la 230/2002. En estas sentencias se aduce que el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, tiene carácter de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo que conlleva que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*. De este modo la apelación otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Nada se puede objetar a esta doctrina salvo que la naturaleza de nuestra apelación como juicio revisorio, se contraponen a la apelación como un *novum iudicium* que es el carácter que el Tribunal Constitucional atribuye a nuestra apelación. Se trata de una equivocación palmaria, por cuanto el concepto de *novum iudicium* supone precisamente lo que indica el concepto: volver a practicar nuevamente todo lo actuado, y además toda aquella prueba y alegaciones que las partes quisieran utilizar. Ese concepto atañe al sistema de apelación plena que no es el seguido en nuestro ordenamiento jurídico, ni en el proceso civil ni en el proceso penal.

devolución de los autos al Juez inferior. Pero, conservarán su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico a pesar de aquella infracción, lo que plantea el problema de tener que decidir que actos subsistirán y cuáles no⁸⁰. En el supuesto de estimar la infracción de Ley o el error en la apreciación de la prueba, la Audiencia revocará la sentencia impugnada y dictará una nueva que sustituye a la anterior con la aplicación correcta de la Ley, o bien incluyendo una distinta valoración de la prueba practicada.

La sentencia de apelación debe ser congruente con las pretensiones de las partes. En consecuencia, el Tribunal de alzada, de oficio, no puede agravar o empeorar *extra petita* la condición de los derechos del recurrente apoyándose en una pretensión de signo contrario no formulada por aquél. De ese modo, se garantiza también de derecho de acceso a los recursos. En consecuencia, el órgano *ad quem* deberá resolver el recurso limitándose a las peticiones formuladas por el apelante, sin que, en ningún caso, pueda agravar la condena. La prohibición de agravamiento peyorativo de la situación del apelante encuentra un reflejo legal en el art. 902 LECrim., referido al recurso de casación, aunque tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten la plena vigencia de esta prohibición de *reformatio in peius* en todas las apelaciones, por tratarse de un principio general del Derecho procesal. En consecuencia, la decisión de órgano *ad quem* deberá limitarse a las peticiones formuladas por el apelante en su escrito de recurso (art. 790.2 LECrim.), sin que en ningún caso pueda agravar la situación de aquél⁸¹. La doctrina

80. Véase el art. 242, en relación con el art. 240 LOPJ; y el art. 230 LEC, referentes a la conservación de los actos procesales.

81. El fundamento de este principio se recoge de forma precisa en el axioma: "*tantum appellatum, quantum devolutum*", que determina que el Tribunal no pueda pronunciarse respecto de aquellos extremos que no hubieren sido efectivamente impugnados. Teniendo en cuenta que el apelante únicamente recurre aquello que le perjudica, resulta claro que la sentencia de apelación halla su límite en la condena efectivamente impuesta que podrá confirmar, pero no incrementar. Este principio resulta por otra parte coherente con la vigencia del principio acusatorio, e impide que el órgano juzgador actúe como acusador, debiendo siempre sujetarse a las peticiones de las partes. De este modo el juicio revisorio que constituye el fundamento del recurso de apelación se debe limitar a las pretensiones ejercitadas por el apelante, sin que sea admisible una reforma peyorativa de la condición jurídica del recurrente.

del Tribunal Constitucional ha ratificado la vigencia de la prohibición de la *reformatio in peius* por vía de la interdicción de la indefensión, prevista en el art. 24 CE, y de la exigencia de las garantías inherentes a todo proceso.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto, la prohibición de reforma peyorativa en contra del recurrente desaparece cuando también formulen apelación las otras partes personadas. En este caso el órgano *ad quem* no quedará ya vinculado, únicamente, por las pretensiones del apelante, sino que el enjuiciamiento incluirá todas las peticiones de las partes. De este modo, cuando recurran todas las partes el ámbito de decisión del Tribunal de apelación quedará determinado por las peticiones formuladas en los escritos de conclusiones definitivas, de modo que se situará en la misma posición que tenía el Tribunal de primera instancia. Pero el recurso de apelación deberá interponerse, como hemos expuesto, en el plazo de diez días siguientes a su notificación sin que sea posible recurrir *a posteriori* mediante lo que se venía denominando escrito de adhesión a la apelación. Por tanto, el principio prohibitivo de la *reformatio in peius*, únicamente quedará enervado en el supuesto de que alguna de las partes en el proceso impugne, a su vez, la sentencia introduciendo, de ese modo, en el ámbito de conocimiento del Tribunal el ámbito de interés de cada uno de los impugnantes. La consecuencia de ello será que el apelante podrá quedar perjudicado no por mor de su recurso, sino en tanto que el Tribunal puede acoger la petición de la adversa.

6.4. El recurso de anulación.

El recurso de anulación es un recurso extraordinario ordenado a procurar la revisión de una sentencia firme (juicio rescindente) y la nueva celebración del juicio (juicio rescisorio) cuando se ha procedido a la celebración en ausencia del acusado sin la concurrencia de los requisitos legalmente previstos en el artículo 786 LECrim. o cuando, aun concurriendo tales requisitos, el acusado puede justificar que su falta de asistencia se debió a un motivo ajeno a su voluntad. Este recurso deviene de necesaria regulación ante la posibilidad de celebrar el juicio oral, en el procedimiento abreviado, en ausencia del imputado, como un mecanismo de defensa para que el condenado en ausencia tenga oportunidad de intervenir y pueda acreditar que la sentencia condenatoria no es ajustada a derecho, lo que puede hacer mediante el

denominado recurso de anulación⁸². El recurso de anulación sólo podrá interponerse contra sentencias condenatorias dictadas en ausencia en primera instancia, con independencia de que hayan sido o no apeladas por otras partes intervinientes; ya que en caso de ser absolutorias no vulnerarían el derecho a no ser condenado sin ser oído en juicio (véase STS de 12 mayo 2000 [RAJ 3163]).

El recurso de anulación se regula en el art. 793 LECrim., que establece que son de aplicación los plazos, requisitos y efectos establecidos para el recurso de apelación, con la diferencia de que el plazo de interposición del recurso se computará desde el momento en que pueda acreditarse que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia. Sin embargo, este recurso dista de ser un recurso de apelación especial, para constituir, más bien, un medio de rescisión de sentencias firmes similar a la audiencia al condenado rebelde, el recurso de revisión, o el incidente de nulidad de actuaciones. Se trata, por tanto, de un recurso de naturaleza excepcional, que no puede convertirse en una tercera instancia, y que exigirá para su estimación el carácter involuntario de la ausencia.

La Ley no regula a qué órgano jurisdiccional corresponda la competencia para conocer del recurso de anulación. Sin embargo, del art. 793.2 LECrim. se desprende que, de modo ordinario, conocerá la Audiencia provincial. En este sentido, el art. 793 LECrim. dispone que la senten-

82. La regulación de un recurso de estas características se fundamenta en las orientaciones de la Resolución n.º 75 y de la Recomendación n.º 87 adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En virtud de dicha Resolución, la persona juzgada en ausencia debe poder impugnar la sentencia a través de todos los recursos procedentes de haber estado presente, y en tanto no haya sido citada regularmente, debe disponer de un recurso para hacer constar la nulidad de la sentencia. La persona juzgada en ausencia –por causas ajenas a su voluntad– y regularmente citada tiene derecho a ser juzgada de nuevo de forma ordinaria. Además, el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo que la ampare contra actos que violen los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en la Constitución y por la Ley; y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme lo prescrito por la Ley. Ello no obsta para que El Tribunal Supremo haya declarado que deben evitarse en la medida de lo posible los juicios en ausencia por los problemas que se plantean.

cia dictada en ausencia: “es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación”. En consecuencia, el recurso de anulación se interpondrá ante el Juez de lo Penal (o Central de lo Penal) y lo resolverá la Audiencia Provincial (o en su caso la Audiencia Nacional). Ahora bien, en ciertos supuestos la competencia objetiva para conocer en primera instancia se atribuirá a la Audiencia Provincial. Ya sea porque conozca en primera instancia, o porque la acusación o la representación del ausente hayan apelado la sentencia condenatoria dictada en ausencia. En estos casos la competencia para conocer del recurso de anulación corresponderá al Tribunal Supremo⁸³.

83. De la confusa redacción del art. 793 LECrim. pudiera desprenderse que las sentencias que dicten las Audiencias en única instancia quedan excluidas del recurso de anulación, ya que no son susceptibles del recurso de apelación, al que se remite el citado precepto, y al que se refiere la regulación de este recurso. Además, en principio, no conocerá la Audiencia Provincial de los procesos en los que se soliciten pena de dos años de prisión. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la competencia objetiva se determina según la pena atribuida al delito en abstracto. De modo que puede conocer la Audiencia Provincial en primera instancia de un procedimiento abreviado que se sustancie en ausencia del acusado, cuando se solicite una pena que se halle en los límites previstos en el art. 786 LECrim. En ese supuesto, el recurso de anulación deberá interponerse ante la Audiencia y ser resuelto por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, en virtud de lo dispuesto en el art. 57.1.^o LOPJ. Así ha sido resuelto por el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.^a de 25 de febrero de 2000 (Aranzadi 77548) Acuerdo: “1.^o) Corresponde a la Sala Segunda del TS la competencia para el conocimiento de los recursos de anulación prevenidos en el art. 797.2.^o de la LECrim., cuando se interpongan contra Sentencias que, excepcionalmente, hayan dictado en ausencia las Audiencias Provinciales (o, en su caso, la Audiencia nacional o los Tribunales Superiores de Justicia), en los supuestos legalmente prevenidos en el art. 793.1.^o 2 de la citada ley”. Ahora bien, los arts. 73.3 y 64 bis LOPJ, introducidos por LO 19/2003, atribuyen a los Tribunales Superiores de Justicia, o a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la competencia para conocer del recurso de apelación frente a las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales. Con base en esta atribución de competencia puede entenderse que el recurso de anulación sería competencia del TSJ o de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional según el caso. Pero estas normas no tienen correlato en la LECrim. que no regula este recurso de apelación. Por tanto, esta atribución de competencia no será efectiva hasta que no se cumpla el mandato de la DF 2.^a de la LO 19/2003, que prevé la adecuación de las leyes de procedimiento a las disposiciones de la LOPJ modificadas por la citada Ley.

El recurso se interpondrá por el condenado en ausencia en el plazo de diez días desde que se acredite que tuvo conocimiento de la sentencia. Lo ordinario será que conozca de la sentencia por notificación que se producirá una vez comparezca o sea habido (art. 790.1 LECrim.). En la notificación se expresará su derecho a interponer el recurso de anulación, con indicación del plazo para ello y del órgano competente —art. 793.1.º LECrim.—.

Las sentencias dictadas en ausencia del acusado adquieren firmeza en la forma establecida en la Ley para las sentencias (agotamiento del recurso de apelación, o transcurso de los plazos para recurrir). Por su parte la estimación del recurso implicará la anulación de la sentencia firme y de sus efectos. Al no especificar un plazo para la interposición del recurso, a diferencia de lo previsto en el art. 502 LEC para el recurso de audiencia al condenado rebelde, quedará siempre abierta esta posibilidad hasta que comparezca voluntariamente, o bien sea hallado el ausente y no hubiera prescrito la pena. En consecuencia, a pesar de la firmeza de la sentencia, existirá una situación de pendencia en cuanto a los pronunciamientos referentes a la acción civil *ex delicto*, tales como los referentes a indemnizaciones, piezas de convicción, bienes subastados, efectos del delito decomisados, etc. No obstante, existirán unas determinadas situaciones jurídicas protegidas por el Ordenamiento, que harán imposible cualquier restitución en caso de revocarse la sentencia condenatoria. Así, están el art. 34 Ley Hipotecaria, que protege a los terceros de buena fe; arts. 1955 y 1957 del Código Civil, sobre prescripción; art. 464 del Código Civil, sobre bienes muebles adquiridos en pública subasta, etc. En todo caso, podría acudir a solicitar la responsabilidad patrimonial del Estado, con base en los arts. 292 y ss. LOPJ.

El recurso se debe interponer y formalizar, ante el órgano que dictó la sentencia (normalmente el Juez de lo penal), mediante escrito autorizado con firma de Letrado y con intervención de Procurador. Las alegaciones del condenado deben dirigirse a poner de manifiesto la concurrencia de circunstancias que puedan determinar la nulidad de la sentencia al haberse vulnerado el derecho de defensa y audiencia del condenado. Pero no cabe plantear cuestiones de fondo. Por las mismas razones, la prueba solicitada por el recurrente deberá referirse específicamente a la concurrencia o no de los requisitos legalmente prevenidos para la celebración del juicio en ausencia. Por último, el recurso debe

contener la pretensión de rescisión de la sentencia impugnada y formulación de una nueva que contemple las alegaciones del recurrente⁸⁴.

Al igual que en el recurso de apelación, se dará traslado a las demás partes, para que en el plazo común de diez días puedan formular alegaciones al recurso interpuesto. Tras ello el tribunal resolverá el asunto para pronunciarse sobre la nulidad del procedimiento. Si así lo declarara se procederá la repetición del juicio por el Tribunal competente, que puede ser el mismo que declaró la nulidad u otro distinto. En cualquier caso, se planteará un problema de contaminación del Tribunal que resolvió el juicio declarado nulo, por lo que lo adecuado será que se reparta a otro Tribunal.

7. EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

Una vez firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiese dictado en primera instancia, conforme a las disposiciones generales de la Ley, con observancia de las siguientes reglas –arts. 794, 792.3 LECrim–.

84. De conformidad con el art. 793.2 LECrim. el recurso deberá observar los requisitos y tendrá los efectos de la apelación, de lo que se deduce que en el escrito de recurso se expondrán ordenadamente las alegaciones que considere oportunas respecto a los motivos de la apelación. A saber, quebrantamiento de normas y garantías procesales, error en la apreciación de la prueba o infracción legal. Pero no es esa la interpretación que el Tribunal Supremo ha dado a ese precepto (que reproduce de modo idéntico la norma del derogado art. 797 LECrim.). Efectivamente, el Tribunal Supremo en el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala 2.ª de 3 de marzo del 2000 (Aranzadi 77548) estableció que el recurso de anulación tiene naturaleza rescindente y su contenido se limitará a controlar si el Tribunal sentenciador ha respetado escrupulosamente los requisitos legales que exige el juicio en ausencia. Y, en caso de incumplimiento de dichos requisitos, se declarará la nulidad del juicio respecto del ausente, que deberá repetirse ante el Tribunal competente. Cualquier otra cuestión deberá plantearse por la representación legal del condenado a través del recurso de apelación o casación dentro del plazo ordinario prevenido para recurrir contra la Sentencia dictada en ausencia. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo (SSTS de 12 mayo 2000 [RAJ 3163]; 8 marzo 2000 [RAJ 1180]). También se ha entendido así por las Audiencias Provinciales.

En la sentencia dictada en procedimiento abreviado se fijará la cuantía de la indemnización que proceda en concepto de responsabilidad civil. En el caso de quedar determinada se procederá a su ejecución por el Tribunal que la hubiere dictado procediendo a realizar los embargos y medidas de garantía que se hubieren adoptado en la correspondiente pieza de responsabilidad civil según disponen los arts. 613, 536 LECrim.; y las de la LEC para las cuestiones no previstas en la LECrim. Si la cuantía indemnizatoria no quedara fijada en el fallo su determinación se diferirá al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma. Al efecto de proceder a su exacta cuantificación, el art. 794.1.º LECrim. establece un incidente de breve tramitación en la que existirá una fase de alegaciones de las partes con traslado por un plazo común de diez días; la práctica de la prueba, a instancia de cualquiera de las partes y no de oficio; una fase de conclusiones; tras lo que resolverá el tribunal en forma de auto. El auto dictado por el Juez de lo Penal será apelable ante la Audiencia Provincial. Cuando sea la Audiencia el órgano encargado de ejecutar la sentencia, el auto que dicte en esta materia será sólo recurrible en súplica, en virtud de la regla general prevista en el art. 236 LECrim.

En la práctica forense este incidente declaratorio va a constituir un serio obstáculo dilatorio de la ejecución civil de la sentencia penal. Quizá el legislador, preocupado por dotar de celeridad al proceso penal, no ha tenido en cuenta que toda la simplificación conseguida en este proceso en materia de calificación y prueba, ha sido a costa de la determinación de la responsabilidad civil, que deberá fijarse ahora en fase de ejecución.

Los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional, conforme a lo dispuesto en los arts. 524 y ss. LEC 1/2000, que regulan la ejecución provisional (art. 989 LECrim.). De acuerdo con la remisión a la Ley Civil, procederá la ejecución provisional respecto a los pronunciamientos de la sentencia que condenen a pagar una cantidad líquida, o cuya liquidación pueda realizarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo. No procederá en el proceso penal la ejecución de condena no dineraria, por no ser objeto del proceso penal ni de la sentencia esta clase de cuestiones. La ejecución provisional podrá pedirse en cualquier momento

desde la notificación de la admisión del recurso de apelación; y la parte ejecutada podrá oponerse por motivos formales o de fondo, distinguiéndose si la ejecución lo es de condena dineraria o no dineraria.

Cuando la pena impuesta consista en la privación del permiso de conducir vehículos a motor, se procederá a su inmediata retirada, si tal medida no estuviera ya acordada. Para el buen fin de la medida deberá remitirse mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que deje sin efecto el permiso retirado, y para que no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena —art. 794.2.º *in fine*—. Se entiende que si el condenado no dispone todavía de permiso de conducir en aquel momento, no podrá expedírsele uno hasta vencido el período de la condena.

CAPITULO XV

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS

1. PRINCIPIOS GENERALES.

El procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos tiene por finalidad lograr el enjuiciamiento inmediato y eficaz de determinados delitos, con el ámbito de aplicación previsto en el art. 795 LECrim.¹.

1. Se trata de un procedimiento especial y no de una modalidad especial dentro del procedimiento abreviado, como se deduce de su ubicación en el Título III del Libro IV de la LECrim. como uno más de los procedimientos especiales regulados por la Ley, que intenta resolver en un plazo razonable el enjuiciamiento de determinados delitos que por su frecuencia o por la alarma social que producen precisan de una inmediata respuesta judicial, mediante un enjuiciamiento rápido de los hechos. El antecedente de este procedimiento se halla en la Ley 10/1992, que introdujo los denominados juicios rápidos. Estos juicios no eran más que un procedimiento abreviado agilizado al máximo, descargando a los órganos sentenciadores de trámites intermedios que realizaban los Juzgados de Guardia. Su implantación fue muy desigual, como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 y las estadísticas demuestran el fracaso de la regulación normativa desarrollada por la Ley 10/1992, para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos. Solamente en Barcelona y Sevilla, y en menor medida, Madrid, y más recientemente Valencia y Alicante, se celebraron con cierta normalidad y se da el caso que en Aragón, Navarra, Cantabria y La Rioja

El propósito de la Ley para la implantación de los “juicios rápidos” se centra, como señala la Exposición de Motivos, en lograr la inmediatez y la aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia con la finalidad de evitar fenómenos como los que los imputados aprovechen los retrasos en la sustanciación para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial y, sobre todo, reiterar conductas delictivas lo que genera una impresión generalizada de aparente impunidad y de indefensión de la ciudadanía ante cierto tipo de delitos. No obstante, la defensa social y represiva nunca debe ser la única finalidad (aunque en la presente Ley se la califique como primordial), pues también y no es menos importante se debe buscar compaginar ésta con el cumplimiento de las garantías de acusado y la protección individualizada de las víctimas, sin perjuicio de dejar sentado que la doble finalidad que se reconoce y pretende por la Ley: (a) Aceleración de la respuesta judicial, con brevedad de tramitación de la causa, y (b) Terminar o intentar la disminución de la comisión de determinados delitos que por su incidencia en la sociedad provocan alarma social; no debe ser extraña para el enjuiciamiento criminal, con la finalidad de que sea mirado no con recelo, sino con aprobación y confianza.

Este nuevo procedimiento especial se fundamenta en tres pilares:

a) Una fase de instrucción judicial mínima y concentrada, precedida por la investigación policial necesaria para que el órgano judicial pueda concluirla con rapidez.

b) Preparación y celebración del juicio oral con brevedad, suprimiendo, prácticamente, la fase intermedia que se desarrolla, en sus escasos trámites, casi en su totalidad, ante el Juzgado de Guardia.

ni siquiera se llegaron a celebrar juicios de los denominados de enjuiciamiento rápido. Las razones del fracaso de la regulación tienen su origen en la inadecuación de las estructuras orgánicas judiciales: Juzgados de Guardia, plantillas de éstos órganos y del Ministerio Fiscal así como en la falta de medios materiales para lograr su implantación y la carencia de una normativa adecuada (marginación de los principios de concentración y oralidad así como la insuficiente concreción de las circunstancias y de los delitos). En 1998, el Consejo General del Poder Judicial se pronunciaba sobre esta cuestión aportando soluciones –véase el Acuerdo del CGPJ de 16 septiembre de 1998 sobre este asunto– que se recogieron en el punto 17 del Pacto de Estado por la Justicia que señalaba la necesidad de elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que debe abordar: “a) la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes y la simplificación de trámites en las grandes causas”.

c) Potenciar la conformidad del acusado, favoreciendo el truncamiento del proceso mediante una minoración de las penas. En este caso la sentencia la dictará el Juez de Guardia, remitiéndose todas las actuaciones al Juzgado de lo Penal que corresponda para la ejecución de la sentencia.

La aplicación de esta regulación exige una perfecta coordinación entre Policía Judicial, Juzgados, Fiscalía, Colegios de Abogados, así como la existencia de suficientes medios materiales. En cuanto a la primera cuestión, y a estos efectos, el Reglamento 5/1995, de Actuaciones Accesorias modificado por el Acuerdo 2/2003, de 26 de febrero regula los Servicios de Guardia con la previsión de las funciones de tramitación de los procedimientos de enjuiciamiento urgente así como de dictar las sentencias de conformidad previstas en el art. 801 LECrim. (art. 49.3 R. 5/1995).

Con este fin el Reglamento establece normas de coordinación entre los Juzgados de Guardia y la policía judicial en la realización de las citaciones, y concretamente prevé que éstas se realicen conforme con una Agenda Programada de citaciones para las que realice la policía judicial (art. 47.1 R. 5/95). También se prevén Protocolos de colaboración en el ámbito provincial entre policía Judicial, Fiscalía y las Juntas de Jueces representadas por el Decano; y la posibilidad de constituir órganos con este objeto en el que podrán participar los Colegios de abogados y Procuradores, Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas (art. 47.4 R. 5/1995). Por su parte las Salas de Gobierno y las Juntas de Jueces podrán aprobar las normas complementarias, que estimen procedentes, en materia de distribución de asuntos, régimen interno, sustituciones u otras cuestiones de su competencia.

Así mismo el Reglamento regula la necesaria coordinación de señalamientos para juicios orales entre los Juzgados de Guardia, de lo Penal y las Fiscalías de las Audiencias Provinciales (art. 47.2 R. 5/1995). Al objeto de garantizar el correcto funcionamiento de todos los órganos intervinientes el Reglamento también prevé la existencia de una Agenda programada de señalamientos, y la creación de una Comisión mixta en cada Comunidad Autónoma para el seguimiento de los juicios rápidos. Esta comisión estará integrada por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, en representación de la Sala de gobierno, un representante del Ministerio de Justicia y de la Comunidad Autónoma, un representante de la Fiscalía, de los Colegios de Abogados y de Procuradores (art. 47.5 R. 5/1995). Esta Comisión recabará y analizará los datos sobre el

funcionamiento de los juicios rápidos e informará al CGPJ al efecto de la revisión del sistema organizativo de guardias que se establece en el Reglamento 5/1995. Esta revisión y modificación, en su caso, del Reglamento se producirá con una periodicidad máxima de dos años (art. 46.1 R. 5/1995).

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

El procedimiento de enjuiciamiento rápido se aplica a determinados delitos cometidos cuando concurren alternativamente cualquiera de las circunstancias siguientes (art. 795 LECrim.):

1.º No se encuentre regulada su tramitación en otro procedimiento especial.

La especialidad excluye la aplicación del procedimiento rápido. Ahora bien, no sucederá así en el supuesto del delito de amenazas cometidos frente a las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP (cónyuge, ascendientes, descendientes, etc.), aunque el delito de amenazas del art. 493.1 CP se halla en el ámbito de enjuiciamiento previsto en el art. 1.2 de la Ley Jurado. En este caso, consideramos que debe prevalecer el enjuiciamiento rápido, en tanto que la norma intenta dar una respuesta legal a las situaciones de violencia doméstica que necesitan de una respuesta no sólo unitaria, sino, también, rápida.

No será aplicable este procedimiento cuando se trate de delitos conexos y alguno de los cuales no estuviere comprendido en la lista del art. 795.1.2.º LECrim. Tampoco se aplicará cuando sea procedente acordar el secreto de las actuaciones (art. 795.2 y 3 LECrim.). Para integrar la falta de previsión de una normativa incompleta como la desarrollada en este procedimiento especial, la heterointegración de primer grado lo es a las normas del procedimiento abreviado —art. 795. 2 LECrim— que se aplica como supletorio.

2.º Pena a imponer: Privativa de libertad no superior a cinco años o cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años.

La pena a imponer se corresponde, actualmente, con la competencia objetiva para el enjuiciamiento de los Juzgados de lo Penal. Su aplicación se centra en los delitos menos graves, es decir, los sancionados con penas menos graves por el art. 33.3 CP, así como los delitos graves castigados con pena de

prisión hasta cinco años o con penas de diferente naturaleza hasta diez años. Nada se dice de las faltas sean o no incidentales imputables a sus autores. Ante el silencio de la Ley cabe entender que su existencia no supone un impedimento para la sustanciación de este procedimiento especial, siempre que, de conformidad con los requisitos previstos en el art. 795 LECrim., no impliquen una mayor complejidad de la instrucción. Por lo tanto, y presuponiendo la falta de dificultad de estas faltas, debe entenderse que estas faltas se incluirán en el enjuiciamiento por los trámites del procedimiento rápido.

3.º Que el procedimiento se inicie por atestado policial, siempre que la Policía Judicial haya detenido a una persona o que sin detenerla la haya puesto a disposición del Juzgado de Guardia por su calidad de denunciado.

Se precisa que el proceso penal se incoe en virtud de atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de Guardia o que, sin detenerla, la haya citado por tener la calidad de denunciado en el atestado policial. En esta modalidad, cabe el atestado policial incoado de oficio o bien por denuncia previa. También cabe que no haya tenido lugar la detención o identificación del responsable del hecho, pero aquélla fuese previsible que tenga lugar rápidamente. En ese caso, la policía judicial dará conocimiento inmediatamente del hecho al Juez de Guardia y al Fiscal y de la continuación de las investigaciones para su debida constancia. El atestado se remitirá al Juzgado de Guardia tan pronto el presunto responsable sea detenido o citado, y en cualquier caso dentro de los cinco días siguientes (art. 796.4 LECrim.).

Esta condición, excluye su aplicación a otros modos de inicio del proceso penal y busca acelerar aquellos supuestos en los cuales por existir una persona detenida o denunciada pero que sea citada ante el Juzgado de Guardia, la instrucción puede abreviarse y practicarse con mayor celeridad, teniendo en cuenta el ilícito cometido que seguidamente analizamos.

4.º Hechos delictivos: Que se den cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Delitos flagrantes, b) Alguno de los tipos señalados en el art. 795.1.2 LECrim., o c) Sea un hecho cuya instrucción se presuma sencilla.

En el caso de que concurran los presupuestos expresados se podrá iniciar y sustanciar un procedimiento de enjuiciamiento rápido, siempre que se trate de una determinada tipología de delitos que permiten

su enjuiciamiento rápido, bien por razón de alarma social (art. 795.1.2), o por la facilidad instructora (art. 795.1.1 y 3). En dicho sentido, solamente cuando concurra una conducta que puedan ser subsumida en alguno de los tres supuestos del art. 795.1.1 a 3 LECrim. (su concurrencia no debe ser necesariamente cumulativa sino que basta lo sea alternativa), se aplicará el presente procedimiento, esto es, que se trate de:

a) *Delitos flagrantes*, entendiéndolos en los que no haya solución de continuidad entre la comisión del hecho punible y la actuación policial que conduce a la detención o citación, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, siendo concretado en el art. 795.1.1 en los casos siguientes: 1) Que se acabara de cometer el delito cuando el delincuente es sorprendido. Este supuesto se integra no solamente cuando es sorprendido en el momento de la comisión, sino cuando perseguido se le detiene, sin posibilidad de ponerse fuera del alcance de los que le persiguen, 2) Se le detiene con objetos o instrumentos provenientes de la comisión del ilícito. La razón que justifica su enjuiciamiento por este procedimiento parece se encuentra en su facilidad instructora como consecuencia de la proximidad en la obtención de las fuentes de pruebas. 3) Cuando no haya tenido lugar la detención o identificación del responsable del hecho, pero se prevea que aquélla tenga lugar rápidamente. En ese caso, la policía judicial dará conocimiento inmediatamente del hecho al Juez de Guardia y al Fiscal y continuará con la investigación del hecho. Detenido o citado el presunto responsable, la policía judicial remitirá el atestado al Juzgado de Guardia, a los efectos de la aplicación del procedimiento rápido (art. 796.4 LECrim.)².

b) *Alguno de los siguientes tipos delictivos*: a) Delitos contra el patrimonio (hurto, robo, hurto y robo de uso de vehículos) y contra la segu-

2. Con este último motivo la LO 19/2003 ha ampliado el concepto de flagrancia, que la jurisprudencia interpreta, con carácter general, que requiere de la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: 1.º) Inmediatez temporal, es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes, y 2.º) Inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho. En definitiva, se trata de supuestos en que la comisión del ilícito se percibe con evidencia de lo que se infiere la facilidad de la investigación policial, primero, y seguidamente la de instrucción judicial con subsecuente aceleración en la celebración del juicio oral.

ridad del tráfico. Se trata de delitos que se incardinan en el procedimiento examinado con base en el criterio de su facilidad instructora, y su especial incidencia en la seguridad ciudadana. También se sustanciarán por este procedimiento los: b) delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP y que integran los denominados ilícitos de violencia doméstica. En este supuesto se incluyen delitos que, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, repugnan gravemente a la conciencia social. Finalmente, la LO 15/2003, añadió a la relación citada los siguientes tipos delictivos: c) contra la salud pública previstos en el art. 368.2 CP, que se refiere a las sustancias que no causen grave daño a la salud (castigados con pena de 1 a 3 años), ya que en otro caso la pena será de 3 a 9 años. Delitos de daños previstos en el art. 263 CP, y delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270, 273, 274 y 275 CP³.

c) *Hecho punible cuya instrucción sea presuma que será sencilla*. Es un concepto abierto en el que pueden incardinarse cualesquiera tipos delictivos siempre que concurren las demás circunstancias que resumimos a continuación. Se trata de un concepto excesivamente laxo que la Exposición de Motivos lo define como aquellos supuestos de investigación sencilla y que, por tanto, podrá terminarse en breve plazo. En cualquier supuesto, la investigación habrá de concluirse ante el Juzgado de Guardia en los plazos señalados en el art. 799 LECrim⁴.

3. El elenco de los tipos delictivos escogidos guarda relación con los que fueron enjuiciados, con anterioridad a la promulgación de la presente normativa, por el procedimiento denominado de “juicios rápidos”, aprobado por la Ley 10/1992. De las 14.000 causas sometidas a enjuiciamiento en el lapso temporal entre 1992-1997, los más frecuentes fueron los de delitos contra la seguridad del tráfico (4.448), robo con fuerza (3.271), robo sin especificar medio (2.891), contra la salud pública (2.016), hurto (1.251), daños (127), Atentado contra agente de la Autoridad (103) y el resto hasta completar las 14.000 causas en número inferior a 60 casos, cada uno, otros tipos delictivos.

4. El concepto indeterminado “... *cuya instrucción sea sencilla*” deberá ser apreciado por el Juez de Guardia con criterios, a nuestro entender, restrictivos y previendo siempre que la fase instructora deberá terminar en los breves plazos señalados en el art. 799 LECrim. Por otra parte, se trata de un presupuesto que se encuentra implícito en los dos números anteriores, pues tanto la flagrancia como la incardinación

3. FASE DE INSTRUCCIÓN.

3.1. Actuaciones de la Policía Judicial.

En el ámbito del procedimiento de enjuiciamiento rápido la Policía Judicial deberá realizar, además de las diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos propias de sus funciones (art. 282 LECrim.), las previstas en el art. 796 LECrim. que deberá practicar en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención⁵. El contenido y modo de realización de las diligencias de investigación, que obligatoriamente deberá practicar la Policía Judicial, viene detallado en el art. 796 LECrim., sin perjuicio de ser aplicados los arts. 282 a 298 LECrim., sobre Policía Judicial, y las previsiones especiales que para la realización de actos de investigación por la Policía Judicial se disponen en el procedimiento abreviado (arts. 769 a 772 LECrim.), en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el art. 796 LECrim.

La sustanciación de este procedimiento especial precisa del reforzamiento de las funciones de la Policía Judicial, para que la instrucción ante el Juzgado de Guardia pueda desarrollarse en forma concentrada y con todos los elementos necesarios a su disposición para la conclusión del procedimiento en los breves plazos señalados en el art. 799 LECrim. A estos fines resulta de

de algunos tipos delictivos dentro del listado del art. 795.1. 2 LECrim. se ha realizado, como anotábamos, teniendo en cuenta la presumible brevedad de la instrucción, sin perjuicio de que cuando posteriormente se revele insuficiente se acuda al mecanismo corrector del art. 798.1.2 LECrim., transformando el procedimiento en diligencias previas, por considerar insuficientes las practicadas.

5. En el supuesto de que se haya incoado atestado con detenido este plazo se deduce del lapso temporal máximo hasta que es puesto a disposición Judicial. Pero cuando no se ha realizado detención y sólo existe un denunciado, al preverse que sea la Policía Judicial quien cite a la personas (denunciado, testigos...) ante el Juzgado de Guardia, no se ha fijado un lapso temporal determinado (dice la Ley, el tiempo imprescindible) entre la formación y remisión del atestado y la citación, pudiéndose con ello, incluso, incidir en las normas de reparto. A nuestro entender, resultaba conveniente que se hubiere fijado un tiempo preclusivo para estas citaciones en concordancia con lo dispuesto en el art. 295 LECrim., o sea, que las mismas se practiquen en un plazo de 24 horas que es el ordinario para la presentación del atestado ante la Autoridad Judicial.

esencial importancia la perfecta coordinación de la policía judicial y los Juzgados de Guardia a los que corresponde la incoación de las diligencias urgentes para el enjuiciamiento rápido. Para ello serán de utilidad los Protocolos de colaboración establecidos entre la Policía Judicial, Fiscalía y las Juntas de Jueces (art. 47.4 R 5/1995). Concretamente, se prevé que las Comisiones Provinciales de Policía Judicial será oídas previamente al establecimiento del señalamiento de vistas por la correspondiente Sala de Gobierno, e informarán a ésta de las incidencias y desajustes que se produjeran (art. 47.4.2 R. 5/1995).

Estas diligencias son las siguientes:

a) En relación con la persona del delincuente y terceros civiles responsables.

Se informará al denunciado de los derechos que le asisten: Derecho de asistencia de Abogado para comparecer ante el Juzgado de Guardia cuando no procediere a su detención y si nada manifestare sobre la voluntad de nombramiento de Abogado, se recabará del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio para que le asista en la declaración que el Juzgado de Guardia le vaya a realizar. Asimismo, le citará para que comparezca en el día y hora que se le señale, con los apercibimientos legales de poder proceder a su detención –art. 796.1. 2 y 3 en relación con el art. 487 LECrim.– (véase sobre el derecho de defensa Cap. VI). El abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido en todas las actuaciones que se verifiquen ante el Juzgado de Guardia.

Procederá a citar a las Aseguradoras y Entidades a que se refiere el art. 117 CP para el mismo día y hora, cuando conste su identidad, con la finalidad de que el Juzgado de Guardia pueda cumplir con lo dispuesto en el art. 764 LECrim., sobre la prestación de cauciones, entre otros extremos (art. 796.1.5.º LECrim.).

b) Respecto a los perjudicados, testigos y peritos.

Se procederá a la citación a los ofendidos, perjudicados y testigos para que comparezcan en el Juzgado de Guardia el día y hora que se les indique, que será el mismo para todos los intervinientes. De ese modo se podrá realizar la instrucción concentrada y urgente para preparar el juicio oral con apercibimiento a los testigos de las consecuencias que de no comparecer a la citación policial en el Juzgado de Guar-

dia se estará a lo dispuesto en el art. 420 LECrim. Ahora bien, no será necesaria la citación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo (art. 796.1.4.^a LECrim.).

Las citaciones se realizarán de forma coordinada con el Juzgado de Guardia. También podrán ser realizadas en forma verbal cuando la urgencia lo requiera, sin perjuicio de su comunicación al Juzgado de Guardia y siempre teniendo en cuenta que la Policía Judicial deberá atenerse, exclusivamente, a las instrucciones que recibieren del Juez o Fiscal competente, de conformidad con lo previsto en los arts. 287 y 288 LECrim. (art. 796 LECrim.)⁶.

c) Informe pericial.

En el caso que no fuera posible la remisión al Juzgado de Guardia de algún objeto que debiera ser tasado, se solicitará la presencia del perito o servicio correspondiente para que lo examine y emita informe pericial. Este informe pericial podrá ser emitido oralmente ante el Juzgado de Guardia. No se trata de un informe pericial judicial y ha de ser sometido a la debida contradicción en el juicio oral para ser valorado como prueba, salvo que fueran aceptada y no impugnado por las partes (STC 24/1991, de 11 febrero). Téngase presente que en el caso de mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, el valor de aquéllas se fijará atendiendo a su precio de venta al público (art. 365.2 LECrim.).

6. Las citaciones se realizarán para que se comparezca ante el servicio de Guardia que corresponda conforme a las normas de reparto existentes, así como a los acuerdos adoptados por la Comisión Provincial de Coordinación de la Policía judicial (art. 47.1.1 R. 5/1995). A estos efectos el Reglamento 5/1995, de Actuaciones Accesorias modificado por el Acuerdo 2/2003, de 26 de febrero prevé una Agenda Programada de Citaciones (APC), que detallará franjas horarias disponibles en cada Juzgado de Guardia para las citaciones que la Policía Judicial realice ante los Juzgados de Guardia (art. 47). Tendrán preferencia las citaciones a testigos extranjeros y nacionales desplazados temporalmente fuera de su localidad con la finalidad de facilitar la práctica de prueba preconstituida de conformidad con el art. 797.2 LECrim. En este precepto se establece la necesidad de practicar inmediatamente, asegurando la debida contradicción, aquella prueba que por razón del lugar de residencia del testigo, o por otro motivo se prevea razonablemente que no podrá practicarse en el acto del juicio oral.

d) Informes de sanidad, análisis de sustancias estupefacientes y alcoholemias.

Sin perjuicio del requerimiento a los facultativos o personal sanitario en los términos establecidos en el art. 770.1.1 LECrim. para prestar los oportunos auxilios al perjudicado, se solicitará la copia del informe relativo a la asistencia sanitaria prestada para su unión al atestado policial. También se puede solicitar la presencia del Médico Forense, si fuere necesario, su informe pericial cuando la persona que deba ser reconocida no pudiera desplazarse al Juzgado de Guardia dentro del plazo previsto en el art. 799 LECrim. Nótese que la Policía Judicial no puede requerir la presencia del Médico Forense ni obligarle a comparecer, salvo que lo fuera por orden judicial, dados los términos establecidos en el art. 497.2 LOPJ, por encontrarse bajo la dependencia jerárquica de la Autoridad Judicial o Ministerio Fiscal.

Se remitirán al Instituto de Toxicología o al Laboratorio Territorial de Drogas las sustancias aprehendidas para su análisis inmediato y expedición de su resultado al Juzgado de Guardia antes del día y hora en que se haya citado a los denunciados, perjudicados y demás intervinientes a comparecer ante el Juzgado de Guardia (art. 796.6 LECrim.). Excepcionalmente, se autoriza su práctica por la Policía Judicial, sin perjuicio del debido control judicial. Este último inciso resulta de capital importancia para la validez de la prueba, pues ha de tenerse presente que sin dicho control y autorización previa la Policía Judicial carece de competencia para realizar dichos análisis.

Estos informes se introducirán en el proceso como prueba documental de conformidad con lo previsto en el art. 788.2 LECrim. que así lo prevé con relación al procedimiento abreviado. Esta norma puede aplicarse a otros informes como los dactiloscópicos que tienen la consideración de prueba pericial, aunque la jurisprudencia permite su valoración como prueba documental, siempre que no los impugne la parte a quien interese.

En el caso de practicarse análisis de sangre la policía judicial requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación ante el Juzgado de guardia (art. 796.7 LECrim.). Este medio de prueba resulta esencial en los delitos contra la seguridad del

tráfico en los que la posibilidad de este análisis constituye un derecho del sometido a la prueba, que resulta de vital importancia para la acusación el control de alcoholemia, que ha de efectuarse conforme a la legislación de seguridad vial.

Para otro tipo de exámenes radiológicos, ecográficos y psicológicos que deban practicarse habrán de observarse las reglas y procedimientos legales requiriendo autorización judicial cuando puedan suponer un riesgo inmediato o futuro a la salud del imputado y necesariamente en los supuestos de exploraciones ginecológicas.

3.2. Diligencias urgentes de instrucción ante el Juzgado de Guardia.

El Juzgado de Guardia al recibir el atestado con los objetos, instrumentos y pruebas incoará, cuando proceda, diligencias urgentes, practicando las siguientes diligencias, añade el art. 797.1 LECrim., con la participación activa del Ministerio Fiscal lo que obligará a que en todas las sedes de guardia existan Fiscales permanentemente adscritos⁷. Nada se dice sobre la actuación de las demás partes o de la defensa del imputado en las diligencias en que se requiera la presencia del Ministerio Fiscal que debe entenderse igualmente necesaria aun cuando nada dice el art. 797 LECrim. y todo ello con la finalidad de cumplir con las garantías legales y la debida contradicción.

El cumplimiento por el Juez de Guardia de los plazos establecidos en el art. 799 LECrim. para realizar la instrucción, se erige como requisito de obligada observancia, pues, caso contrario, cuando no pudieren practicarse dentro de los lapsos temporales señalados en el art. 799 LECrim. o fueren insu-

7. La participación “activa” como se la califica por el art. 797.1 LECrim. sólo será necesaria cuando se requiera su presencia, como puede suceder con las declaraciones del detenido, imputado, reconocimiento en rueda, careos entre testigos e imputados, pero, sin embargo, por lógica, dicha actuación no será necesaria en otras diligencias de instrucción que no precisan de su intervención como la reclamación de antecedentes penales, informe forense, informe al imputado de sus derechos, citaciones... pudiendo efectuarse, cuando proceda, mediante la utilización de las nuevas tecnologías como es la videoconferencia para suplir posibles deficiencias estructurales del Ministerio Público.

ficientes, debe ordenarse, en forma motivada, la transformación de las diligencias en previas y continuación por los trámites del procedimiento abreviado.

A dichos efectos, el art. 799 LECrim. distingue entre los Juzgados de Guardia con servicio de 24 horas de los que realicen guardias en tiempo superior o de forma permanente⁸. Pueden ser de duración superior a 24 horas, semanales o permanentes, si sólo hubiere un Juzgado de Instrucción en el Partido Judicial. En cualquier caso, las diligencias y resoluciones habrán de dictarse y ser adoptadas durante el servicio de Guardia –art. 799.1 LECrim.– y se añade, con la finalidad de hacer operativo el procedimiento y cuando el servicio de Guardia tiene una duración superior a las 24 horas, que el plazo se podrá prorrogar en 72 horas (tras la conclusión de la Guardia, cuando ésta sea semanal, pues en caso de ser permanente debe entenderse que esta prórroga opera como tiempo máximo de instrucción), siempre que el atestado se

8. El Anexo Acuerdo Reglamentario 2/2003, de modificación del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, regulador de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo de 7 junio 1995, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (BOE de 13 julio) regula la organización de los Juzgados de Guardia según el número de Juzgados que existan en el partido judicial. En este Reglamento se detallan de un modo muy preciso las distintas situaciones que pueden existir según el número de Juzgados. Por otra parte, el Reglamento distingue entre los Juzgados que prestarán servicio de Guardia ordinario y aquéllos que deberán proceder al enjuiciamiento inmediato de faltas. De este modo se prevén las siguientes situaciones: 1.º Que existan 45 ó más Juzgados de Instrucción, separados de los de Primera Instancia. En este caso el servicio de Guardia se prestará en turnos de 24 horas por cinco de los Juzgados cada día conforme al turno o turnos que al efecto se establezcan (art. 48.1); El servicio dará comienzo a las nueve horas de cada día y se prolongará de modo ininterrumpido durante veinticuatro horas (art. 49). 2.º Que existan 33 o más Juzgados de Instrucción y hasta 44. El servicio de guardia se prestará en turnos de 24 horas por 4 de los Juzgados (art. 48.2). 3.º Que existan 13 o más Juzgados de instrucción. El servicio de Guardia se prestará por dos juzgados en turnos de 48 horas, en el modo establecido en el art. 53.4.º Que existan 10 ó más Juzgados de Instrucción. El servicio de Guardia lo prestará un Juzgado en turno de 24 horas (art. 55). 5.º Que existan 8 o más Juzgados de Instrucción. El servicio de Guardia se prestará con periodicidad semanal (art. 57). 6.º Que existan menos de 8 Juzgados de Instrucción o Partidos Judiciales con jurisdicción mixta que cuenten con dos o más Juzgados de 1.ª instancia e instrucción. El servicio de Guardia se prestará por un Juzgado durante ocho días (art. 58). 7.º Se aplica para el último supuesto que exista un único Juzgado de Primera instancia e Instrucción. En este caso el servicio de Guardia será permanente en el modo que se prevé en el art. 59 R. 5/1995.

hubiera recibido con 48 horas de antelación a la conclusión del servicio de Guardia, previsión realista si tenemos presente que durante la Guardia ha de atenderse no solamente a dicho servicio (por tratarse de Juzgados mixtos) sino también a otras diligencias y señalamientos urgentes.

La instrucción concentrada y realizada dentro de unos límites temporales no puede hacernos olvidar que el objeto de la misma lo establece, con carácter general, para todos los procedimientos, el art. 299 LECrim. y consiste en preparar el juicio y practicar las diligencias necesarias para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias, para el presunto delincuente, que sean favorables o adversas y puedan influir en su calificación (STC 186/1991, de 15 noviembre). Por tanto, cualquiera que sea la celeridad que pretenda dársele al procedimiento deben observarse las reglas generales sobre estricto cumplimiento de las garantías legales. Las diligencias necesarias que debe practicar el Juzgado de Guardia con carácter urgente son las siguientes (art. 797 LECrim.):

1. Recabar los antecedentes penales del detenido o persona imputada por el medio más rápido.

2. Declaración al detenido o persona imputada que, caso de incomparencia, podrá ordenarse su detención de conformidad con el art. 487 LECrim. Asimismo, se dará cumplimiento a las prevenciones dispuestas en el art. 775 LECrim.: información de derechos, requerimiento para la designación de domicilio, caso de que no quedara en situación de prisión provisional, y apercibimiento de que la no comparencia en juicio el día señalado podrá dar lugar a la celebración del mismo en su ausencia.

3. Llevará cabo, en su caso, las informaciones previstas en el art. 776 LECrim. por lo que respecta al ofendido y perjudicados. Es decir, ofrecimiento de acciones, medidas de asistencia a las víctimas, derecho a nombrar abogado y ejercicio de acciones⁹.

9. En la reforma de la LECrim. por LO 15/2003, se introdujo la precisión legal: “*en su caso*”, con relación a la información de derechos a la que se refiere el art. 797.5.^a LECrim. De este modo se relativiza la necesidad de realizar esta diligencia por el Juzgado de Guardia, teniendo presente que el art. 776 LECrim. ya dispone de su práctica por la policía judicial.

4. Declaración a los testigos citados que hayan comparecido y ante su falta de comparecencia se podrá ordenar su detención y conducción ante el Juzgado de Guardia, pues en el atestado ya se les habrá apercibido de su deber de comparecencia. A este efecto, no procederá la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuya declaración obre en éste. Salvo que el Juez de Guardia considere imprescindible su declaración, en cuyo caso lo acordará mediante resolución motivada (art. 797.8 LECrim.).

5. Reconocimiento en rueda de resultar pertinente y la práctica de careos entre testigos e imputados.

6. La práctica de las pruebas periciales cuando fuere necesario para la calificación jurídica de los hechos –art. 797.1.2 LECrim–. Esta diligencia se ordenará cuando no se hubieran recibido los informes practicados, en su caso, por la policía o bien en el caso de resultar necesario un nuevo examen. Entre estas diligencias se podrá acordar el examen del lesionado o de la víctima, por el Médico Forense, o la tasación de bienes, diligencia especialmente trascendente en los delitos contra la propiedad para fijar si el hecho cometido es un delito o falta.

7. Citar a las personas que se estimen pertinentes y practicar cualesquiera diligencias urgentes dentro del plazo reseñado en el epígrafe precedente.

Por último, el art. 797.2 LECrim. posibilita que, de oficio o a instancia de parte, se practiquen aquellas pruebas que razonablemente se entienda que no se van a poder practicar en el acto del juicio oral o que puedan motivar su suspensión. La Ley especifica el supuesto concreto al que se refiere y atiende este precepto. A saber, la declaración del testigo o la víctima; cuando por razón del lugar de su residencia no pudiera asistir al juicio. En ese caso se practicará la prueba anticipada. Además la Ley prevé que la diligencia se documente, además de por la tradicional acta, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. A efectos de su valoración como prueba, la parte a quien interese deberá instar la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art. 730 LECrim¹⁰.

10. Fuera de esta concreta petición la Ley no prevé la práctica de otras diligencias solicitadas por las partes con lo cual el Juez de Instructor se convierte en el *do-*

3.3. Conclusión de la fase de instrucción.

Practicadas las anteriores diligencias el Juez oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, en el mismo servicio de Guardia, sobre cuál de las resoluciones procede adoptar (conclusión con continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido o conversión en procedimiento abreviado, archivo...), pudiendo solicitar cautelas frente al imputado o responsable civil subsidiario, sin perjuicio de las anteriores adoptadas (art. 798 LECrim.).

El Juez de Guardia, tras la audiencia, dictará alguna de las siguientes resoluciones –art. 798 LECrim.–:

1. Auto en forma oral que deberá documentarse, posteriormente, ordenando la continuación del procedimiento. Contra esta resolución no cabe recurso alguno. Las medidas cautelares se adoptarán tras la nueva audiencia a las partes, establecida en el art. 800.1 LECrim.

2. Conversión en diligencias previas del procedimiento abreviado, señalando motivadamente qué diligencias se precisan para concluir la instrucción y la causa o circunstancias que hacen imposible realizarlas en el servicio de Guardia. Se trata de una decisión de inaptitud para la continuación por el juicio rápido al no poderse concluir la instrucción en los tiempos establecidos para la tramitación de la causa en el art. 799 LECrim., siempre que se trate de diligencias *imprescindibles* pues, caso de que pueda formularse acusación, sin necesidad de que sean realizadas durante la instrucción, ha de tenerse en cuenta que la práctica de los medios de prueba debe efectuarse en el juicio oral.

3. Auto acordando alguna de las decisiones previstas en los números primero y tercero del apartado 1 del art. 779 LECrim.; es decir, determinando si procede el sobreseimiento libre o provisional, que el hecho se encuentra atribuido a la jurisdicción militar o de menores, con remisión al Juzgado competente.

minus exclusivo de dicha instrucción, lo que puede suponer el cercenamiento de garantías para los imputados y perjudicados. En esta situación los interesados podrán solicitar la práctica de medios de prueba para el acto del juicio oral a salvo, como hemos dicho, de aquellas pruebas cuya demora no sea posible y hayan de realizarse como prueba anticipada, con antelación a su señalamiento.

4. Enjuiciamiento inmediato conforme al procedimiento de juicio de faltas cuando el Juez de Guardia repunte falta el hecho que hubiere dado lugar a las diligencias (art. 798.2.1.º LECrim.)¹¹.

4. PREPARACIÓN Y CELEBRACIÓN DEL JUICIO ORAL.

4.1. Trámite previo hasta la apertura del juicio oral.

Acordada la continuación del procedimiento, en el mismo acto, tras dictar oralmente la resolución (que posteriormente debe documentarse) contra la que no puede interponerse recurso alguno, se otorga nueva audiencia al Ministerio Fiscal y a todas las partes personadas (acusación particular y defensa) para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa o, en su caso, si procede adoptar cualesquiera de las tres primeras resoluciones previstas en el art. 779.1 LECrim.

En este trámite pueden instarse o ratificarse las medidas cautelares. Nótese que como vimos en el epígrafe anterior, al concluir la instrucción ya se otorgaba al Ministerio Fiscal una previa audiencia para que se pronunciará sobre la continuación del procedimiento y la adopción de medidas cautelares que, cuando se ordena la continuación del procedimiento, queda la decisión sobre las cautelas diferida a este momento posterior. Por ello, se les otorga una segunda oportunidad a las partes acusadoras, para solicitar o reiterar la petición de cautelas.

La resolución que adopte el Juez de Guardia dependerá de la posición del Ministerio Fiscal y la acusación particular, si se encontrare personada. En cualquier caso, la apertura del juicio oral debe ir precedida de una petición de acusación formulada por el Ministerio Fiscal

11. En estos casos, acordará lo que proceda sobre las medidas cautelares solicitadas frente al imputado y/o responsable civil. Contra la decisión sobre medidas cautelares caben los recursos de reforma y apelación –arts. 798.3 en relación con el 766 LECrim.–. Asimismo, ordenará, cuando proceda, la devolución de los objetos intervenidos –art. 798. 4 LECrim.–.

o la acusación particular. Si ambas partes o una de ellas solicita la apertura del juicio oral, se estará a lo dispuesto en el art. 783 LECrim., o sea, el Juez puede acordar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento provisional o libre. Si acuerda la apertura del juicio oral, dictará auto de forma oral y motivadamente que posteriormente (en el mismo servicio de Guardia) deberá documentarse y no será susceptible de recurso. Si acuerda el sobreseimiento, los recursos procedentes son los previstos en el art. 766 LECrim. Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular, si lo hubiere, solicitaran el sobreseimiento, se estará a lo dispuesto en el art. 782 LECrim., cuya exposición detallamos en el procedimiento abreviado.

4.2. Apertura de juicio oral y formulación de escritos de acusación.

Decretada la apertura del juicio oral, la subsiguiente tramitación depende si se encuentra o no personada acusación particular –art. 800.2 a 5 LECrim.–:

1. Si no se hubiere constituido acusación particular, el Ministerio Fiscal –art. 800.2 LECrim.– presentará de inmediato, o sea, en el mismo acto, escrito de acusación o formulará ésta oralmente. Nótese que en el procedimiento de juicio rápido en la guardia se desarrolla la fase de instrucción, se procede a su conclusión mandando, en su caso, continuar la tramitación y en el mismo acto se otorga audiencia a las partes sobre la apertura del juicio oral y si no se encuentra personada acusación particular, el Ministerio Fiscal debe formular su escrito de acusación, con las prevenciones, caso de no presentarlo, dispuestas en el pf. 5 del art. 800 LECrim. Ello requiere una importante infraestructura personal y de medios, como fácilmente puede observarse, tanto en el servicio de Guardia como para el Ministerio Fiscal, sin la cual la presente normativa será de imposible cumplimiento. De cumplirse tal grado de concentración podrá afirmarse que la pretendida celeridad alcanzará un alto grado de eficacia.

2. Si se hubiere constituido acusación particular –art. 800.4 LECrim.– emplazará en el acto a aquélla y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable no superior a dos

días, procediendo seguidamente conforme a lo dispuesto en el art. 800.2 LECrim., es decir, convocatoria a juicio y realización de las actuaciones previstas en *infra*.

Importante novedad es la contenida en el art. 800.5 LECrim. dispuesta para la observancia de los plazos establecidos para formular escrito de acusación por el Ministerio Fiscal. En la práctica forense, por razones varias y entre las no menos importantes la falta de medios personales, los traslados al Ministerio Fiscal eran evacuados fuera de los lapsos temporales dispuestos en la LECrim. Para remediar estos males, se ha introducido el art. 800.5 LECrim. una consecuencia extrema como es el sobreseimiento de la causa cuando no se formule acusación dentro de los plazos señalados, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias que ello puede comportar¹².

No resuelve expresamente la Ley si el régimen de preclusiones establecido para el Ministerio Fiscal también se aplica a la acusación particular y por tanto, caso de no presentar el escrito de acusación en dos días, debe entenderse precluido el plazo y acordar el sobreseimiento libre si tampoco el Ministerio Fiscal formulará acusación. A nuestro entender, igual régimen debe aplicarse a la acusación particular y todo ello sin posibilidad de cumplimiento tardío. Por otra parte, ha de señalarse que este rígido sistema solamente resulta de aplicación en este procedimiento, sin que pueda extenderse, aun

12. Para acordar el sobreseimiento por falta de presentación del escrito de acusación dentro de plazo se requiere que: a) Caso de no haberse personado todos los interesados en la acción penal, se les emplace en los términos establecidos en el art. 782.2 LECrim., concediéndoles un plazo máximo de quince días para que pueda sostener la acusación, y b) Requerir al superior jerárquico del Fiscal (debe entenderse del Fiscal adscrito al servicio de Guardia) para que, en el plazo de dos días, presente el escrito de acusación. Si en el plazo de dos días tampoco se presenta, se acordará el sobreseimiento libre, es decir, archivo de la causa con imposibilidad de reapertura y con fuerza de cosa juzgada. Contra la presente resolución, a nuestro entender, cabrán los recursos ordinarios previstos en el art. 766 LECrim. Si se hubiera dado traslado a los interesados en la acción penal, hasta tanto no transcurra el período señalado en el emplazamiento a éstos, no puede dictarse el auto de sobreseimiento, sin que proceda la subsanación o el incumplimiento tardío del plazo por el Ministerio Fiscal durante dicho lapso temporal, caso de no haberse formulado el escrito de acusación dentro del plazo de dos días señalado.

cuando ello sería deseable, a todos los demás procedimientos regulados en la LECrim¹³.

En los plazos establecidos en los arts. 800 a 803 LECrim., así como aquellos previstos para deducir recursos de reforma y apelación que se puedan interponer contra las decisiones del Juez de Guardia se computarán los días hábiles, con exclusión de los inhábiles, puesto que si bien son actuaciones que practica el Juzgado de Guardia no son instructoras y, en su consecuencia, quedan fuera del ámbito establecido en los arts. 184.1 LOPJ y 201 LECrim.

4.3. Convocatoria a juicio. Actuación de la defensa y terceros civiles responsables.

Presentado el (los) escritos de acusación se procederá por el Juez de Guardia al señalamiento del juicio –art. 800.3 LECrim.– en la fecha más próxima posible y en cualquier caso dentro de los quince días siguientes, en los días y horas predeterminados a este efecto por los órganos enjuiciadores: Juzgados de lo Penal, puesto que atendida la pena a imponer la competencia objetiva se atribuye, exclusivamente, a dichos Tribunales.

A estos efectos se prevé en el art. 800.3 LECrim. que las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia dispondrán de lo necesario para que los Juzgados de Guardia de su respectivo territorio cuenten, con antelación suficiente, con los datos necesarios para realizar los señalamientos y citaciones. Esta norma, con idéntico contenido a lo dispuesto en el art. 965.2 LECrim., para el señalamiento de los juicios de faltas que no puedan celebrarse inmediatamente, puede presentar problemas de ajuste de calendarios que las Salas de Gobierno deben coordinar para una adecuada planificación de los señalamientos¹⁴.

13. En el procedimiento abreviado no se prevé consecuencia alguna para el supuesto de que el Fiscal no presente escrito de acusación en el plazo concedido para ello (art. 781.3 LECrim.). Aunque, en la redacción del proyecto de ley se preveía la misma consecuencia de sobreseimiento libre que resultó eliminada de la redacción legal como consecuencia de las enmiendas presentadas.

14. A este fin, el art. 47.2 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, regulador de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales modificado por el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, establece las normas de coordinación de señalamientos para la

Al mismo tiempo procederá a realizar las siguientes actividades:

1. Convocar al acusado y a las demás partes personadas para la celebración del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal en el día y hora que señale, dentro de los predeterminados a este efecto y aprobados por las Salas de Gobierno.

2. Citación de testigos o peritos propuestos por las partes, cuando se solicite al Juez de Guardia en el momento de su proposición, para su práctica como medio de prueba en el acto del juicio, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el Juzgado de lo Penal. Esta previsión es introducida con la finalidad de procurar la máxima celeridad, adoptando resoluciones por el Juez de Guardia que pudieran ser causa de retrasos en la celebración del juicio y ello con el riesgo de su inadmisión por el órgano sentenciador (Juzgado de lo Penal) que, caso de producirse, deberá inmediatamente ordenar lo oportuno para dejar sin efecto la citación.

3. Emplazar al acusado y responsable civil para que presenten sus escritos de defensa ante el Juzgado de lo Penal competente para el enjuiciamiento dentro de un plazo máximo de cinco días (en el procedimiento abreviado los escritos de defensa se presentan ante el Juzgado de Instrucción). El plazo, dentro del máximo señalado, se fijará atendidas las circunstancias del hecho y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación. Caso de que el escrito no se presentara dentro del citado plazo, resulta de aplicación el art. 784.1.II que señala se entenderá que la defensa se opone a las acusaciones con prosecución del procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pudiera incurrir –arts. 448 y ss. LECrim.–. Transcurrido aquel plazo igualmente es aplicable el art. 784.1.3 sobre la proposición de los medios de prueba por la defensa que rige para el procedimiento abreviado.

Recibido el escrito o precluido el plazo para su presentación –art. 800.6 LECrim.–, se procederá conforme lo previsto en el art. 785.1

celebración de juicios orales entre los Juzgados de Guardia, Juzgados de lo Penal y Fiscalías de las Audiencias Provinciales. Para ello se prevé una Agenda programada de Señalamientos con un turno de señalamientos entre los Juzgados de lo Penal con la periodicidad que determine la Junta de Jueces. Este turno deberá ser aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia y comunicado al CGPJ. A falta de tal Acuerdo el art. 47.2 R. 5/1995 establece las normas que regirán con carácter supletorio.

LECrím. (véase el Cap. Anterior sobre el procedimiento abreviado), salvo en lo previsto para el señalamiento y las citaciones que se hubieran practicado. Por tanto, el Juzgado de lo Penal examinará las pruebas propuestas y dictará auto (inmediatamente) admitiendo las pertinentes y rechazando las demás, con libramiento de las comunicaciones si no se hubieran realizado o dejasen sin efecto las realizadas, cuando se inadmite la prueba propuesta y el testigo o perito hubiera sido citado por el Juez de Guardia. Contra dicha resolución no cabe recurso.

4.4. Conformidad del acusado y sentencia del Juez de Guardia.

El art. 801 LECrím. prevé que el acusado pueda prestar su conformidad ante el Juzgado de Guardia. En estos casos, éste dictará sentencia de conformidad, remitiéndose todas las actuaciones al Juzgado de lo Penal que corresponda para la ejecución de la sentencia¹⁵.

15. Este artículo se reguló por la LO 8/2002 y ha sido modificado por la LO 15/2003. La razón de regular esta norma por Ley Orgánica radica en el hecho que se atribuya al Juez de Guardia la competencia para dictar la sentencia de conformidad. Precisamente, en la misma LO 8/2002 se da nueva redacción al art. 87 LOPJ y se introduce como competencia de los Jueces de Instrucción un segundo párrafo al epígrafe a) con la siguiente redacción: “Les corresponde asimismo dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos en la Ley”. Se trata de una competencia polémica pero que, a nuestro entender, no vulnera el derecho al Juez imparcial. Ciertamente, el órgano judicial que instruye no debe fallar lo que se infiere de lo dispuesto en el art. 24 CE en relación con el art. 6. 1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre, como nos señalaba la STC 145/1988, de 12 julio que dio origen a LO 7/1988, de 28 diciembre, reguladora del procedimiento abreviado. Ahora bien, no se vulnera el derecho al Juez imparcial puesto que el Juez Instructor (de guardia) no realiza actividad enjuiciadora alguna. El Instructor se limita a plasmar la voluntad conforme del acusado con la pena sin juicio oral ni labor de enjuiciamiento, en sentido propio. No se trata de dictar una sentencia conforme a una íntima convicción ni valorar las pruebas ni las razones expuestas por la acusación y la defensa. Se trata, exclusivamente, de aprobar la voluntad del acusado y dictar una sentencia conforme a lo solicitado por éste. Es cierto que existe un control de conformidad por el Juez de Guardia al ser de aplicación el art. 787 LECrím. pero éste no incide, en momento alguno, en el enjuiciamiento y caso de no aprobarse la conformidad, la función enjuiciadora, en cualquier supuesto, corresponde al Juez de lo Penal a quien se remitirán las actuaciones.

La conformidad se producirá tras la formulación del escrito de acusación por el Ministerio Fiscal, y precisa de la concurrencia de los siguientes requisitos –art. 801 LECrim.–: 1. que se acuse por hechos que se hubieren calificado como delito castigado con pena privativa de libertad no superior a tres años, pena de multa cualquiera que sea su cuantía, u otra distinta que no exceda de diez años. 2. Tratándose de penas privativas de libertad, que la pena solicitada, o la suma de las solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión; aun cuando resulte una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal. 3. El acusado se conformará con la pena más grave, ya sea solicitada por el Fiscal o por la acusación particular.

Cumplidos los requisitos precedentes el Juez de Guardia dictará sentencia de conformidad con imposición de la pena solicitada reducida en un tercio y si la pena impuesta fuera privativa de libertad, acordará, en su caso, su suspensión o sustitución –art. 801.2 LECrim.–; así como lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado realizando los requerimientos que sean precisos. También se contendrá en la sentencia el apercibimiento de que caso de incumplimiento de los compromisos deberá cumplir la pena impuesta.

Para acordar la suspensión o sustitución de la pena impuesta bastará con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles, caso de que se solicitaren –art. 81 CP.–, y de obtener una certificación de centro o servicio público o privado debidamente acreditado de que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento deshabitador –art. 87 CP– en el plazo que se fije por el Juez de Guardia. Corresponderá al Juez de lo Penal, a quien se atribuyen las competencias de ejecución –art. 801.1 LECrim.–, la revocación de la suspensión en caso de incumplimiento de los compromisos señalados precedentemente¹⁶. A ese efecto, dictada sentencia de conformidad, el

16. La sentencia de conformidad, a tenor del pf. 3. II del art. 801 LECrim., contendrá la condena del acusado para el supuesto de que incumpliera sus compromisos, de lo cual se le habrá apercibido. En este caso, y verificado el incumplimiento, el Juez de lo Penal dictará auto por el que se impondrá al acusado la pena que se hubiere impuesto. Los supuestos de revocación son: 1.º Impago de las responsabilidades civiles, con independencia de que sea o no declarado insolvente. De algún modo, supone una “prisión por deudas” si el acusado ha sido declarado insolvente, pues no es

Juez de Guardia remitirá todas las actuaciones al Juzgado Penal que corresponda para la ejecución de la pena.

La sentencia se documentará conforme con lo previsto en el art. 789.2 LECrim. (se contendrá en el Acta, o en un anexo, sin perjuicio de su redacción ulterior), y si las partes expresarán su voluntad de no recurrir el Juez declarará, oralmente, en el acto la firmeza de la sentencia (art. 801.2 LECrim.). Finalmente remitirá la sentencia y las actuaciones practicadas al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará con la ejecución (art. 801.4 LECrim.)¹⁷.

que no quiera satisfacer las indemnizaciones sino que, por su situación patrimonial, se encuentra impedido para pagarlas. Quizá fuera conveniente realizar una reinterpretación de la norma no procediendo a la revocación cuando ha sido dictado auto de insolvencia. Ciertamente es que debe procurarse la indemnización de las víctimas pero en estos supuestos de insolvencia debería procederse a su cobertura por otros medios que no sean el cumplimiento de la pena, siempre que la situación patrimonial comprobada del acusado sea la de una real insolvencia. 2.º Falta de cumplimiento del deber de presentar el certificado de deshabitación. A nuestro entender, lo razonable no debe ser la falta de cumplimiento formal de la presentación del certificado, sino comprobar por el Juzgado de lo Penal (ejecutor) si se ha iniciado o no el tratamiento deshabitador y su seguimiento. Por ello, la redacción de la norma no debiera realizarse en términos tan formales sino de cumplimiento del compromiso de deshabitación, en consonancia con lo dispuesto en el art. 87 CP.

17. La conformidad, con los beneficios de reducción de pena y suspensión de la pena, también se aplica en el procedimiento abreviado para el cual el art. 779.1.5.º LECrim. prevé que durante la fase de instrucción, y antes de la conclusión de las diligencias previas, podrá el imputado reconocer los hechos, y si éstos estuviesen castigados con las penas previstas en el art. 801.1 LECrim., se procederá según los arts. 800 y 801 LECrim. La extensión de la posibilidad de dictar sentencia de conformidad cuando se instruya procedimiento abreviado se introdujo como consecuencia de una enmienda que se admitió, acertadamente, en la tramitación parlamentaria. Precisamente, el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto (p. 48) se pronunciaba en términos muy duros contra la reducción del juicio de conformidad al procedimiento para el enjuiciamiento rápido, señalando que "... parece injusto beneficiar con un tercio de la condena al delincuente que se conforma en el Juzgado de Guardia mientras no se establece beneficio alguno para aquel otro que, por las razones que sean —siempre ajenas a él— no hubiere podido acogerse a este procedimiento".

5. SENTENCIA Y RECURSOS.

El juicio oral en el procedimiento de enjuiciamiento rápido se desarrollará por los trámites previstos en los arts. 786 a 788 y ss. LECrim., con dos especialidades que hacen referencia, exclusivamente, a acortamientos de plazos –art. 802 LECrim.–: 1.º Cuando el juicio oral no pueda celebrarse en el día señalado o no pueda concluirse en un solo acto, el Juez señalará para su celebración o continuación el día mas inmediato posible y en todo caso dentro de los quince días siguientes, notificándose a las partes. 2.º La sentencia, que se redactará conforme a los términos previstos en el art. 789 LECrim., se dictará dentro de los tres días siguientes, en vez de los cinco días previstos en el procedimiento abreviado.

La impugnación de la sentencia dictada por el Juez de lo Penal –recurso de apelación– se sustanciará conforme a lo previsto en los arts. 790 a 792 LECrim., con las siguientes especialidades que son también, exclusivamente, de acortamiento de plazos y declaraciones de preferencia del recurso –art. 803.1.4 LECrim.– no siempre cumplidas: 1. La formalización del escrito de apelación se realiza en el plazo de cinco días, concediéndosele igual plazo para la presentación de alegaciones por las demás partes, en vez de los diez días previsto para el procedimiento abreviado. 2. La sentencia dictada en la segunda instancia se dictará dentro de los tres días (cinco días, en el procedimiento abreviado) siguientes a la celebración de la vista o bien dentro de los cinco días (diez días, en el abreviado) siguientes a la recepción de las actuaciones cuando no se celebre vista.

Respecto de las sentencias dictadas en ausencia del acusado, no se presenta especialidad alguna, remitiéndose el art. 803.2 al art. 793 LECrim. La ejecución se desarrollará conforme a las reglas generales y las especiales del art. 794 LECrim., a tenor de lo dispuesto en el art. 803.3 LECrim.

CAPITULO XVI

EL JUICIO DE FALTAS

1. REGULACIÓN LEGAL Y PRINCIPIOS QUE LO INFORMAN.

La LECrim. reguló el proceso penal partiendo de la división que el CP hacía respecto de las infracciones penales: delitos y faltas. Al primer tipo de infracciones le correspondió el proceso ordinario por delitos y se reservó para el segundo tipo el proceso llamado juicio de faltas¹. Este juicio se ha mantenido hasta el momento presente, al que se

1. El legislador pensó en esta distinción para dotar de celeridad y economía procesal al enjuiciamiento de las infracciones leves o de escasa importancia, castigadas con penas de carácter menor. Pero, desde aquella primera regulación procesal, el juicio de faltas ha experimentado una constante evolución normativa. Importante en este sentido fue el Decreto de 21 de noviembre de 1952, regulador de la Justicia Municipal. En la Exposición de Motivos de este Decreto Legislativo (que desarrollaba la Ley de Bases de 19 julio 1944) se afirmaba que “se ha considerado conveniente traer a este lugar cuantas disposiciones afectan al juicio de faltas y que se encuentren ordenadas en diversas leyes, a fin de armonizar su contenido, dando unidad a dicho proceso”. La Ley 3/1967, de 3 de abril, reguladora del llamado procedimiento de urgencia –hoy derogado–, modificó el contenido de los arts. 973 y 974 LECrim. De especial importancia debe calificarse la reforma procesal 10/1992, de 30 de abril, con relación al juicio de faltas, motivada por la doctrina del TC sobre la normativa de este juicio. El Tribunal Constitucional, desde la STC 84/1985, de 8 de julio, criticó la regulación del juicio de faltas que calificó de defectuosa y necesitada de una profunda reforma.

refiere una importante jurisprudencia constitucional que ha permitido, por una parte, aplicar los principios procesales de carácter constitucional y, por otra, servir de pauta al legislador para reformar aquella regulación (vid. SSTC 319/1994, de 28 noviembre, 137/1996, de 28 mayo, 135/1997, de 21 de julio, 142/1997, de 15 septiembre, 230/1997, de 21 enero, 133/2000, de 16 mayo, 52/2001, de 26 febrero).

A este respecto, el TC se ha pronunciado sobre los principios que atañen a este juicio en el marco de los de aplicación al proceso penal, declarando que:

a) No se quebranta la imparcialidad del Juez que dicta sentencia, al no existir, en el juicio de faltas, una instrucción previa. El Juez decisor no debe realizar instrucción alguna. En tal sentido, si por cualquier circunstancia (p.ej. Adopción de medidas cautelares, interrogatorio del detenido, inculpación, etc.) ha practicado actos de investigación sumarial no podrá dictar sentencia.

b) El principio inquisitivo –informador del juicio de faltas, en la regulación primigenia de la LECrim.– no era compatible con un sistema de derechos fundamentales y libertades públicas. Consecuencia de ello es la vigencia primordial del principio acusatorio según el cual, en aras a una tutela judicial efectiva y para evitar que se produzca indefensión, los implicados en juicios de faltas deben ser informados de la acusación existente contra ellos para que puedan defenderse.

c) Tienen plena actualidad en el juicio de faltas los principios de contradicción, oralidad y publicidad, pues solamente mediante un juicio público realizado con efectiva contradicción puede imponerse la correspondiente sanción y, en su caso, la responsabilidad civil derivada de la comisión de la falta. Téngase presente que la ausencia justificada del acusado da lugar a la suspensión del juicio (art. 971 LECrim.) y si bien la injustificada, por regla general, no comporta la suspensión del juicio el Juez, de oficio o a instancia de parte, puede decretar para dichos supuestos la suspensión siempre que crea necesaria la declaración de aquél.

2. COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL.

Los órganos jurisdiccionales competentes para la instrucción y resolución de las causas por faltas son los Juzgados de Instrucción –art. 87.1 b)

LOPJ—, cuya competencia objetiva se extiende al conocimiento y fallo de los juicios de faltas, excepto las que se encuentran atribuidas a los Jueces de Paz —art. 100.2 LOPJ—, con carácter residual².

Son competencia de los Jueces de Paz las faltas tipificadas en los arts. 620.1 y 2 (amenazas, coacciones, vejación injusta e injurias, excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP), 626 (deslucir bienes inmuebles, públicos o privados), 630 (abandono de jeringuillas), 632 (maltratos de animales) y 633 (leve perturbación del orden en actos públicos). *Ratione personae* queda excluida su competencia en los supuestos de aforamientos y concretamente cuando la persona que cometa estos ilícitos sea miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.1.3. LO 2/1986, de 13 marzo, que atribuye siempre el conocimiento para el enjuiciamiento de todas las faltas cometidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a los Juzgados de Instrucción, norma que ha sido declarada constitucional por la STC 55/1990, de 28 marzo. De la relación precedente ha de concluirse que la competencia de los Jueces de Paz es residual y de escasa importancia cuantitativa que comporta una escasa por no decir casi simbólica atribución de competencias a estos órganos.

Los jueces de instrucción también conocerán de los juicios de faltas tipificadas en el art. 620 CP cuando el ofendido sea alguna de las personas enumeradas en el art. 173.2 CP, o sea, quien sea o haya sido su cónyuge, se encuentre ligado por relación de afectividad o se trate

2. La atribución de competencias a los Juzgados de Paz para conocer en primera instancia de los hechos punibles calificados de faltas ha venido siendo modificada, tras sucesivas reformas legales, con tendencia progresiva a una disminución de competencias. Así, el art. 4 Ley 3/1967, de 8 de abril, fijaba su competencia respecto a las faltas contra el orden público, contra los intereses generales y régimen de las poblaciones —excepto arts. 572 y 576—, amén de las contenidas en los arts. 583, 585, 590 y 594. La reforma operada por la Ley 7/1988, de 28 de diciembre, del art. 14.1 LECrim. fijó sus competencias para el conocimiento de las faltas comprendidas en los Títulos I y II del Libro III, con excepción de los arts. 572 y 576 y las tipificadas en los arts. 585, 590, 594 y 596 CP. La actualización del CP por LO 3/1989, de 21 de junio, supuso la destipificación de un buen número de faltas. Así, las faltas contra el orden público. También la LO 10/1995, del nuevo Código Penal ha supuesto la desaparición de algunas de las faltas antes recogidas en el Código Penal, con disminución de las competencias de los Juzgados de Paz que son meramente testimoniales.

de los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se encuentren sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro. Ello responde a una preocupación social que se ha visto plasmada en la reciente reforma del juicio de faltas instaurando un procedimiento acelerado para el enjuiciamiento de dos tipos de faltas, una, las correspondientes al ámbito de la violencia doméstica, y las otras las realizadas contra el patrimonio (art. 14.1 LECrim.)³.

Conocerán los Jueces de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, o la Audiencia provincial de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de delitos cuando la comisión de la falta o su prueba se encontrasen relacionadas con aquéllos. En ese caso se produce una alteración de las normas de competencia y entra en juego la denominada competencia por conexión. —art. 14.3 LECrim.—.

3. SUSTANCIACIÓN DEL JUICIO DE FALTAS.

La sencillez del procedimiento se pone de manifiesto al examinar su desarrollo: a) iniciación, que podrá ser bien de oficio⁴, o bien a instancia de parte; b) juicio oral; y c) sentencia. Así pues, se prescinde de la fase de instrucción y del período intermedio, pasándose directamente de la fase de iniciación a la del juicio oral, en cuyo acto deberán con-

3. El art. 14.1.º LECrim. se refiere al art. 153 CP. Sin embargo, esa referencia debe entenderse hecha al art. 173.2 CP, ya que tras la reforma del Código Penal por la LO 11/2003, el contenido del art. 153 CP se ha incluido en el art. 173.2 CP. Así se contempla en la redacción del art. 962.1 LECrim. dada por la LO 15/2003.

4. Las sucesivas modificaciones del Código Penal (LO 3/1989, de 21 de junio, actualizadora del CP, y LO 10/1995, que aprueba el nuevo Código Penal), han limitado la posibilidad de actuar de oficio en la denuncia de algunas de las faltas contra las personas o contra la propiedad, entre las que cabe destacar, por su trascendencia en la vida cotidiana, las que sean producidas por imprudencia, con vehículo de motor (art. 621 CP). El alcance de la necesidad de la denuncia del ofendido o perjudicado es tal, que el nuevo contenido del art. 639 CP establece que en defecto de aquéllos, podrán incoar el procedimiento sus herederos o representantes legales, y se legitima al Ministerio Fiscal en aquellos casos en que la persona agraviada fuere del todo punto desvalida.

centrarse todas las actuaciones de las partes, dictándose a continuación la sentencia que proceda.

En la actual regulación se ha acentuado la celeridad para alguna de las faltas (las que causan mayor alarma social como las de violencia doméstica y las faltas contra el patrimonio), en aras de la economía procesal acordándose la celebración inmediata del juicio de faltas en la sede del Juzgado de Guardia, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 962 y 963 LECrim. Esta “psicosis de celeridad” se ratifica para los demás casos al establecerse que cuando no proceda la celebración del juicio en el Juzgado de Guardia se señalará dentro de los 2 días ó 7 días siguientes, según los casos establecidos en el art. 965 LECrim., lo que, a nuestro entender, resultará de difícil aplicación en la práctica.

3.1. Iniciación.

El juicio de faltas podrá iniciarse por denuncia o querrela, atestado, o de oficio. Así, el perjudicado podrá limitarse a presentar una denuncia ante el Juzgado sin requisito formal alguno, o bien podrá presentar querrela. En este caso, el escrito deberá sujetarse a los requisitos previstos en el art. 277 de la Ley, a excepción de la firma de Abogado y Procurador, que no será necesaria (art. 969.1 LECrim.). También podrá iniciarse el juicio de faltas de oficio cuando el Juez tuviere conocimiento de haberse cometido una falta punible; o por atestado de la Policía que tenga conocimiento de hechos tipificados como falta y perseguibles de oficio.

Iniciado el juicio en los modos indicados, se convocará a las partes y a los testigos, si los hubiese, a juicio oral, señalando día y hora, según los casos a tenor de lo dispuesto en los arts. 962 a 965 LECrim., según detallamos a continuación. La citación la realizará el Juzgado (art. 964.2 LECrim.); o bien la policía judicial en el caso que el procedimiento se inicie por atestado (art. 962 LECrim.). En la citación se indicará que las partes pueden ser asistidas por Abogado (art. 962.1 LECrim. en relación con los arts. 771.1 LECrim. y 962.2 LECrim. con relación al denunciado que especifica que la información sobre los hechos y el derecho a comparecer con abogado deberá hacerse por escrito)⁵.

5. En el juicio de faltas no resulta obligatoria la asistencia técnica. Pero ello no excluye, en principio, la petición y designación de oficio. Así estaba previsto en el

En el juicio de faltas no existe instrucción de la causa. Será en el juicio oral donde deben concentrarse y practicarse los medios de prueba, a tenor del art. 969 LECrim. Las diligencias que pueden acordarse con anterioridad a la celebración del juicio se limitarán a la ratificación de la denuncia, ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado y, excepcionalmente, a la práctica de informes periciales o documentales ampliatorios⁶.

3.2. Celebración inmediata del juicio oral.

La apuesta por la aplicación de una mayor inmediatez entre la denuncia y/o la comisión de los hechos y la celebración del juicio con una

art. 963.2 LECrim. que establecía que si alguna de las partes quisiera ser asistida de Abogado, se procederá a su inmediata designación conforme con los arts. 118 y 121 LECrim.). Ahora bien, este precepto se derogó por LO 5/2003, de 27 de mayo, por lo que no cabe esa designación en el Juzgado, sin perjuicio que la parte se dirija al colegio de abogados correspondiente a solicitar la designación de abogado. Ahora bien, puede entenderse pertinente la designación de abogado de oficio en aquellos supuestos en que el Juez lo estime pertinente mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso, por aplicación de los arts. 6. 4.º y 29 Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita. Es decir, será necesario que lo estime pertinente el órgano judicial, que no se trate de una petición fraudulenta o con ánimo de suspender el juicio y que se motive en una posible indefensión, basada en la falta de conocimientos suficientes para su defensa. En todo caso, para que pueda estimarse que como consecuencia de la falta de defensa técnica ha existido efectiva indefensión se requiere que ello no resulte ser consecuencia directa del proceder de la parte y que se haya producido un menoscabo real y efectivo (véanse SSTC 22/2001, de 29 enero; 176/1992, de 2 noviembre).

6. La realización de una “instrucción” preliminar y previa al juicio oral podría vulnerar el derecho al Juez imparcial y al de un proceso público con todas las garantías legales. A estos efectos, el art. 14.1.º LECrim. atribuye a los Jueces de Instrucción y de Paz el “conocimiento y fallo” y caso de que se realizara una instrucción, podría incidirse en causa de abstención o recusación, en su caso, con vulneración del art. 24 CE si no se estimara. Ahora bien, no siempre que haya existido una previa instrucción ha de calificarse ésta como tal a los efectos examinados, pues, en muchas ocasiones, solamente tendrá por exclusiva finalidad de preparación del juicio oral, sin comprometer su imparcialidad objetiva. Al respecto, puede verse el alcance de la instrucción y su incidencia en la vulneración del derecho a un Juez imparcial en las SSTC 137/1996, de 28 mayo y 52/2001, de 26 febrero.

aceleración de la respuesta estatal que proclama la Ley 38/2002, se proyecta no solamente para los delitos sino también para las faltas, con la finalidad de permitir que se celebre el juicio en el propio Juzgado de Guardia, en menos de 24 horas. De no ser posible dicho juicio inmediato el órgano de guardia deberá proceder a la citación de las partes para que el juicio se celebre en un breve plazo: 2 ó 7 días, según los casos⁷.

La celebración inmediata del juicio oral se producirá conforme con lo previsto en los arts. 962 a 965 LECrim., que tienen en cuenta razones de alarma social y economía/oportunidad⁸. Los requisitos para

7. Esta “psicosis de celeridad” que bien entendida puede ayudar a “descongestionar” los órganos jurisdiccionales de trámites y diligencias inútiles, no debe ser sobrevalorada de tal modo que provoque, a su vez, un colapso en los Juzgados de Guardia. Y en materia de celebración de juicios de faltas, a nuestro entender, no resulta totalmente justificable tal inmediatez para la celebración del juicio, debiéndose haber establecido como excepcional la facultad de señalamiento del juicio en la misma guardia, pues de conseguirse el cumplimiento de los plazos (2 ó 7 días) para la celebración de estos juicios, puede concluirse que la respuesta estatal es igualmente satisfactoria.

8. En el Proyecto de Ley presentado en las Cortes, no se realizaba distinción alguna y para todas las faltas se ordenaba la celebración inmediata del juicio oral. Es en el trámite parlamentario (concretamente, en la Comisión del Congreso de los Diputados) al admitir las Enmiendas 168 del grupo de Convergencia i Unió y 193 del grupo Popular, cuando se redactan los preceptos en la forma como han sido definitivamente aprobados. Es interesante destacar la justificación de dichas Enmiendas que señala: “La redacción del precepto posibilita que la Policía Judicial cite a todo denunciante por un hecho tipificado como falta... aun cuando se desconozca el autor del mismo, determinando así la acumulación de personas en el Juzgado de Guardia, pese a que el juicio de faltas no podrá celebrarse hasta tanto no se identifique al autor. De otro lado, la práctica de la citación para juicio de faltas supone centrar la actuación del Juzgado de Guardia y de la Policía Judicial en actuaciones que en muchos casos aparecen como menos urgentes que los hechos punibles que determinan las diligencias urgentes, que también deben ser realizadas durante el Juzgado de Guardia, teniendo en cuenta la escasa entidad de muchas de las infracciones constitutivas de la falta. Por ese motivo estimamos que la Policía Judicial debe concretar sus esfuerzos en lograr la práctica de la citación del denunciante, denunciado y testigos ante el Juzgado de Guardia en aquellos supuestos en los que existe una mayor necesidad de celeridad en el enjuiciamiento, atendiendo al valor social de la infracción: violencia doméstica y faltas contra el patrimonio”.

que se pueda señalar el juicio en el mismo día en el Juzgado de Guardia son:

1.º) Que el Juzgado de Guardia sea competente en virtud de las normas de competencia y reparto (art. 963.3 LECrim.). Cuando sean competentes los Juzgados de Paz, se les remitirá lo actuado para que procedan a realizar el señalamiento del juicio y las citaciones (art. 965.1.1 LECrim.) dentro de los plazos y formas previstos en el art. 965 LECrim., de conformidad con el art. 966 del mismo Cuerpo Legal.

2.º) Que la falta denunciada se encuentre tipificada en los arts. 617 y 623.1 CP y pueda calificarse de flagrante, o en el art. 620 CP y el ofendido fuese alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP. En cualquiera de los casos la persona del denunciado debe estar identificada. En estos casos, como son los supuestos de violencia de género y las faltas contra el patrimonio, el legislador entiende que por causar una mayor alarma social y precisar de una respuesta judicial más rápida, procede la celebración inmediata del juicio (art. 962.1 LECrim.).

3.º) O bien por razón de economía, cuando el Juzgado de Guardia hubiera recibido el atestado remitido por la Policía Judicial, o si el procedimiento se hubiera iniciado en virtud de denuncia presentada directamente por el ofendido ante el órgano judicial, sin distinguir en este caso según el tipo de contravención de que se trate. Para la celebración inmediata el juicio se requerirá (art. 964.2 LECrim.): 1. Que sea posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan ante el Juzgado de Guardia; 2. Se cumplan los requisitos exigidos por el art. 963 LECrim. expuestos *supra*; 3. Y estuviera identificado el denunciado.

Delimitados los casos en que procede la celebración del juicio, la Policía Judicial [en el supuesto b)], o el propio Juzgado de Guardia [(supuesto c)] deberá proceder conforme a lo dispuesto en el art. 962 LECrim. A este efecto procederán a:

1.º) La citación del ofendido, perjudicado, denunciante, denunciado y testigos, con los apercibimientos e informaciones siguientes: 1. Al denunciante y denunciado, que de no comparecer en el Juzgado de Guardia se podrá celebrar el juicio de forma inmediata; 2. Al denunciante y ofendido de los derechos previstos en los arts. 109, 110 y 967 LECrim. A saber, se le ofrecerán acciones y de su derecho a asistir al

juicio oral provisto de abogado; 3. Al denunciado se le informará, por escrito, y de modo sucinto de los hechos en que consista la denuncia y del derecho que le asiste de comparecer asistido de abogado, con entrega de la copia de la querrela o denuncia que, en su caso, se haya presentado (arts. 962.2 y 967.1 LECrim.); 4. A todas las partes, que han de comparecer con los medios de prueba que intenten valerse; 5. A los testigos se les apercibirá de las consecuencias legales que su incomparecencia pueda ocasionar como es la sanción de 200 a 2.000 euros cuando no comparezcan ni aleguen justa causa para dejar de hacerlo –art. 967. 2 LECrim.–. 6. Al Ministerio Fiscal se le citará por el órgano judicial en los supuestos señalados en el art. 964.2 y 3 LECrim., salvo que la falta sea sólo de las perseguibles a instancia de parte –art. 966 LECrim.–⁹.

2.º) En el supuesto de que la competencia para conocer corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la Policía Judicial habrá de realizar las citaciones anteriormente mencionadas ante dicho Juzgado en el día hábil más próximo. Para la realización de las citaciones antes referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer (art. 962.5 LECrim.).

3.º) Dejar constancia escrita de las anteriores diligencias y citaciones y remitir, en todo caso, al Juzgado competente el atestado con los datos precedentes y la denuncia del ofendido si se hubiere interpuesto ante la misma.

Recibido el atestado (o en su caso la denuncia interpuesta ante el Juzgado de Guardia) se procederá por el Juzgado de Guardia a la inmediata celebración del juicio siempre que las partes hayan comparecido, o bien si no comparecieren que el Juzgado estime innecesaria su

9. Las citaciones se efectuarán conforme a la Agenda Programada de Citaciones (APC) que está prevista en el art. 47 del Reglamento 5/1995 de Actuaciones Accesorias modificado por el Acuerdo 2/2003, de 26 de febrero, según las franjas horarias disponibles en cada Juzgado de Guardia para las citaciones que la Policía Judicial realice ante los Juzgados de Guardia. Tendrán preferencia las citaciones a testigos extranjeros y nacionales desplazados temporalmente fuera de su localidad con la finalidad de facilitar la práctica de prueba preconstituida de conformidad con el art. 797.2 LECrim.

presencia, siempre que la ausencia no se encuentre justificada –arts. 963.1 y 971 LECrim.–¹⁰. Para acordar la celebración del juicio el Juzgado de Guardia tendrá en cuenta si ha de resultar imposible la práctica de algún medio de prueba que se consideren imprescindible, en cuyo caso se procederá al señalamiento ordinario del juicio dentro del plazo de dos o siete días, según los casos –art. 963.2 LECrim.–. Seguidamente se procederá a la celebración del juicio para lo cual deberá tenerse lo expuesto *infra*, sin especialidad alguna.

3.3. Convocatoria a juicio oral cuando no proceda la celebración inmediata del juicio.

No siempre será posible la celebración de inmediata del juicio oral. Así sucederá en los supuestos no previstos en los arts. 962, 964.2 LECrim., expuestos en el apartado anterior. En estos casos se observarán las siguientes reglas –art. 965 LECrim.–:

a) Si la competencia para el enjuiciamiento corresponde a otro Juzgado, sea de Paz u otro Juzgado de Instrucción, le remitirá las actuaciones para que éste proceda al señalamiento del juicio y las citaciones correspondientes. A tal fin, se señalará el día más próximo y como máximo dentro de los siete días siguientes –art. 965.1.2.º LECrim.–.

b) Si la competencia corresponde al propio Juzgado de Instrucción procederá el señalamiento para la celebración del juicio de faltas para el día hábil más próximo posible dentro de los predeterminados a tal fin, y en cualquier caso en un plazo no superior a siete días (art. 965.1.1.ª LECrim.). El señalamiento se realizará para días laborales y en horas de audiencia (art. 47.3 *in fine* R. 5/1995).

10. Los arts. 48 y ss. del R. 5/1995, modificados por el Acuerdo del CGPJ 2/2003, de 26 de febrero, prevén la adscripción de Juzgados de Instrucción en funciones de Guardia para el enjuiciamiento inmediato de las faltas. Este enjuiciamiento se producirá de lunes a viernes. Pero, el art. 48.3 R. 5/1995 prevé la posibilidad de realizar el enjuiciamiento de faltas de lunes a domingo de 9 a 21 horas. Este acuerdo será competencia del CGPJ a propuesta de la Sala de gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, previa iniciativa de la Junta de Jueces donde el número de asuntos lo justifique.

Para estos supuestos, las Salas de Gobierno –art. 965. 2 LECrim.– dispondrán de lo necesario con la finalidad de que los Juzgados de Guardia de su respectivo territorio dispongan, con antelación suficiente, de los datos necesarios para realizar los señalamientos, previsión que en la práctica puede presentar problemas de ajuste de calendarios entre los Juzgados de Guardia y los Juzgados de Instrucción del Partido, cuando fueran varios. Véase, a este respecto, el art. 47.3 R 5/1995.

El juicio de faltas podrá iniciarse por denuncia ante el Juez o por atestado formado por la Policía Judicial en los términos previsto en el art. 964.1 LECrim. En ese último caso se remitirá el atestado al Juzgado de Guardia constando las diligencias practicadas y el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado conforme al art. 771.1 LECrim. (art. 964.1 LECrim.). Realizado el señalamiento del juicio se practicarán las oportunas citaciones para convocar al Ministerio Fiscal (salvo que se trate de falta perseguible a instancia de parte), querellante o denunciante y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos –art. 966 LECrim.–.

Al practicar las citaciones se realizarán los apercibimientos e informaciones señaladas en el epígrafe anterior, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 964. 3 y 967 LECrim. Téngase presente que cuando los citados como partes, testigos y peritos no comparecieren ni alegaren justa causa, podrán ser multados en la cantidad de 200 a 2000 euros –art. 967.2 LECrim.–.

El órgano judicial deberá procurar que la citación llegue efectivamente a su destinatario y que quede constancia en autos de su recepción. No cabe reducir este trámite a un mero requisito procesal, ya que de su efectivo cumplimiento dependerá la efectividad del derecho de defensa.

La citación habrá de efectuarse directamente al denunciado bien personalmente, bien por correo con acuse de recibo, por telégrafo o por cualquier otro medio que asegure la constancia de su práctica (STC 155/1994, de 23 mayo y 170/97, de 14 octubre y 134/2002, de 3 junio). Será de aplicación lo previsto en el art. 166 y ss. LECrim. y en el art. 271 LOPJ, así como lo dispuesto en los arts. 156 LEC, de aplicación supletoria, sin que p.ej. resulte válida la citación telefónica al denunciado pues no puede asegurarse la persona del interlocutor (SAP Lleida 23 septiembre 1997). Ahora bien, el art. 796.3 LECrim., en sede de

procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, prevé que en caso de urgencia, como puede ser el caso, las citaciones podrán hacerse por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta. En cualquier caso, esta solución sigue siendo de dudosa utilidad, precisamente por la dificultad de identificar al interlocutor.

En todos estos supuestos, se plantea el problema de la citación efectiva del denunciado a efectos de poder celebrar el juicio en su ausencia sin que se produzca menoscabo alguno de su derecho de defensa. Así, se ha admitido por el TC, la citación por edictos como remedio último, cuando resulte imposible conocer el domicilio del denunciado. No obstante, de conformidad con la doctrina en la STC 135/1997, de 21 julio, esta forma de citación sólo resulta válida cuando existan datos que permitan concluir que el denunciado conoció por otros medios la existencia del proceso. Nótese, que la condena en ausencia del acusado en los juicios penales sólo es constitucionalmente admisible si se garantiza suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio.

El problema carece de una solución tasada. Es decir, no cabe duda que ante la renuencia del denunciado a la citación el Tribunal podrá celebrar el juicio cuando se hubiere practicado la citación en los modos admitidos en nuestro derecho. Incluso en el caso que se hubiere citado telefónicamente dejando constancia en acta del contenido de la citación, cuando concorra urgencia de conformidad con el art. 796.3 LECrim. Ahora bien, en cualquier caso, le cabe al condenado la impugnación de la sentencia una vez le sea notificada en forma, de conformidad con lo previsto en el art. 790.1 por remisión del art. 976 LECrim.

3.4. Celebración del juicio oral.

El juicio será público. Se iniciará con la lectura de la acusación –querrela o denuncia– y seguirá con el examen de los testigos, si los hubiere, y la práctica de las demás pruebas propuestas por los acusadores y que declare el Juez admisibles¹¹. Seguidamente se oirá al acusado,

11. Cuando el Fiscal no intervenga en un juicio de faltas, si el denunciante no califica el hecho denunciado o no señala la pena con que debe ser castigado, la decla-

se examinarán los testigos y se practicarán las demás pruebas propuestas por la defensa y admitidas por el Juez. A continuación, informarán verbalmente las partes sobre los hechos, falta aplicable y, en su caso, indemnización solicitada, iniciando el turno el Fiscal –si asistiere–, los demás acusadores y, por último, el acusado –art. 969 LECrim.–.

El Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que fuere citado para ello (art. 969.2.º LECrim.). Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrán dejar de asistir al juicio cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado¹². Este precepto fue objeto de cinco cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos Juzgados de Instrucción, que resolvió el TC en Sentencia 56/1994, de 24 febrero, declarando que dicho precepto es plenamente constitucional, y por tanto aplicable en el ámbito del juicio de faltas, puesto que lo relevante no es la presencia del Ministerio Fiscal sino la existencia de acusación que puede mantener el de-

ración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación –art. 969.2.º *in fine*–. Con esta norma, el legislador ha querido solucionar aquellos supuestos en los que no se haya formulado acusación. Para ello, ha tenido que acudir a que sea el criterio judicial el que, en la vista oral, estime que se ha formulado la calificación jurídica de los hechos y la pena ajustada a aquéllos, para que el acusado pueda ejercitar su derecho de defensa. Nótese que con ello se esta diluyendo, en parte, la aplicación del principio acusatorio en el juicio de faltas.

12. Nos encontramos ante una delegación legislativa, que faculta al Fiscal General del Estado para determinar los casos en los que sea o no necesaria la presencia del Fiscal. Como consecuencia de esta delegación, el Fiscal General del Estado dictó la Instrucción 6/1992, de 23 de septiembre, en la que se formulan las siguientes instrucciones: a) El Fiscal deberá intervenir en los escasos supuestos en los que deba denunciar por tratarse de personas desvalidas [art. 639 CP (antiguo 602 CP)]. b) El Fiscal podrá dejar de asistir, de forma general, a los juicios de las faltas tipificadas en los arts. 617 a 622 CP (antiguos 585 y 586 CP), referentes a faltas contra las personas. También a los de las faltas tipificadas en los arts. 623 a 626 CP (antiguos 589, 590 y 594 CP), relativos a faltas contra la propiedad; y a ciertos supuestos de daños por imprudencia del art. 621 CP (antiguo 600 CP). c) El Fiscal deberá, por otra parte, intervenir en los casos de faltas de imprudencia del art. 621 CP (antiguo 586 bis CP). Así, deberá asistir a los juicios de faltas en las imprudencias médicas y laborales y en las derivadas de la circulación de ferrocarriles y de vehículos de motor, en los que las víctimas carezcan de la protección de un seguro obligatorio. También asistirán a aquéllos en los que se enjuicie un resultado de muerte o lesiones graves, aunque medie la cobertura de los seguros obligatorios en tales casos.

nunciante. El art. 969.2 LECrim. se ha limitado a relativizar el interés público en la punición y persecución de determinadas infracciones, atribuyendo su denuncia y ejercicio de la acusación al particular ofendido.

El Juez puede suspender la celebración de la vista oral cuando exista motivo justo –art. 968 LECrim.–. El Tribunal Constitucional ha entendido que existe causa justificada para la suspensión cuando el acusado no ha sido citado en forma (STC 155/1994, de 23 mayo) o acredite que no le ha sido posible preparar la defensa (STC 211/1991, de 11 noviembre). También por inasistencia justificada del letrado defensor (STC 208/1992, de 30 noviembre), si bien no debe ser imputable a éste la falta de asistencia (STC 25/1997, de 11 febrero). Asimismo, el acusado podrá solicitar la suspensión bien por escrito previamente o bien verbalmente en dicho acto. En este último caso, deberá solicitar que conste en acta tal petición, a efectos de alegar posteriormente su indefensión y solicitar nulidad de actuaciones en el recurso de apelación (STC 170/1997, de 18 noviembre).

La ausencia *injustificada* del denunciado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley y con los requisitos del arts. 965 y 966 LECrim., a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte crea necesaria la declaración de aquél (art. 971 LECrim.¹³). Sin embargo, cuando su ausencia sea producto de una conducta omisiva y voluntaria no resulta necesaria su presencia ni su declaración. A tales efectos, resulta muy oportuna la calificación de injustificada a la ausencia, pues si fuera justificada lo procedente será suspender la celebración del juicio. Además el art. 967.2 LECrim. dispone que cuando los citados como partes, así como testigos o peritos, no comparezcan al juicio ni aleguen justa causa podrán ser sancionados con una multa de 200 a 2.000 euros¹⁴.

13. La ausencia del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley y con los requisitos del art. 965 LECrim., a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél (art. 971 LECrim.).

14. El art. 970 LECrim. establece que si el presunto culpable de una falta reside fuera de la demarcación del Juzgado no tendrá obligación de concurrir al acto del juicio, y podrá dirigir al Juez escrito alegando lo que estime conveniente en su defensa, con apoderamiento en favor de Abogado o Procurador (no resulta procedente el apoderamiento a favor de cualquier persona, como venía admitiéndose anterior-

Cuando el Juez acuerde la suspensión, señalará el día más inmediato posible para su celebración y en todo caso dentro de los siete días siguientes, haciéndolo saber así a los interesados –art. 968 LECrim.–.

Del desarrollo del juicio se levantará acta por el Secretario Judicial, que firmarán todas las partes –art. 972 LECrim.–. En el acta se contendrán las alegaciones y pruebas practicadas que, según las SSTC 276/1993, de 20 septiembre, 307/1993, de 25 octubre y 25/1997, de 11 febrero, adquiere una relevante importancia por tratarse de un juicio, eminentemente oral, sin que su contenido, amparado por la fe publica judicial, pueda ser impugnado en vía de recurso.

4. SENTENCIA Y RECURSOS.

La sentencia se dictará en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes –art. 973.1 LECrim.–, y se notificará a los ofendidos y perjudicados por la falta aunque no se hayan mostrado parte en la causa –art. 973.2 LECrim.– haciéndose constar los recursos procedentes contra la resolución comunicada así como el plazo para su presentación y órgano ante quien deba imponerse. También se notificará la sentencia, en todo caso, al Fiscal, aunque no haya intervenido, en virtud de lo dispuesto en el art. 962 LECrim. Nada impide que el Fiscal recurra la sentencia en apelación, cuando considere que así lo exige el interés público. En este caso no podrá introducir nuevas peticiones, debiendo limitarse a las formuladas en la primera instancia.

La sentencia dictada en juicio de faltas debe ser congruente y estar motivada. Se ha cuestionado la aplicación del principio acusatorio y de congruencia procesal respecto a la calificación de la falta y la imposición de la pena, habida cuenta de la flexibilidad del juicio de faltas y los términos del art. 973.1 LECrim. que dispone que el Juez dictará

mente) que presente en aquel acto las pruebas de descargo que tuviere. No obstante, se trata de una facultad excepcional que quiebra el principio de inmediación que rige en el proceso penal y que como tal ha de interpretarse cuando exista una causa justificada que impida su comparecencia ante el Juzgado de Instrucción.

sentencia atendiendo al libre arbitrio que para la calificación de la falta o la imposición de la pena le otorga el Código Penal.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha matizado esa norma declarando que rige: “el principio acusatorio en todos los procesos penales, incluido el juicio de faltas, conforme al cual nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa...” STC 11/1992, de 16 enero¹⁵. En definitiva, y con base en la jurisprudencia del TC, podemos concluir con las siguientes reglas: 1.^a) La aplicación del principio acusatorio rige en el juicio de faltas. 2.^a) Si se han deducido acusaciones debe estarse a lo solicitado por las partes acusadoras cuando hubieran formulado sus alegaciones por escrito o quedan reflejadas en el acta. No obstante, aunque el órgano judicial puede hacer uso del art. 733 LECrim. su inobservancia y posterior condena por falta distinta, siempre que no se introduzcan hechos nuevos, no comportará siempre incongruencia, en atención a las especialidades del juicio de faltas. 3.^a) El Juez, en ningún caso, podrá actuar de oficio ni en primera ni en segunda instancia. La acusación, por tanto, deberá ser expresa y no podrá suplirla de oficio, sin perjuicio de su atenuación en estos procesos cuando el denunciante no califique el hecho o no señale pena, de conformidad con lo dispuesto en el art. 969. 2 *in fine* LECrim¹⁶.

15. Por su parte la STC 56/1994, de 24 febrero declara que el debate contradictorio y el conocimiento de la acusación se cumplen con el conocimiento inicial de la denuncia, si bien puntualiza que será en cada caso concreto cuando habrá de apreciarse si existe o no acusación, lo que comporta un criterio de relatividad muy criticable en el enjuiciamiento criminal, aunque se trate de contravenciones con pena ínfima. En cualquier caso, a pesar de la flexibilidad y relatividad aplicable, han de rechazarse las condenas sorpresivas o inesperadas, y si bien, en ocasiones, se han admitido las acusaciones implícitas, también se han desestimado, con mayor acierto, en la STC 230/1997, de 16 diciembre, con base en un claro razonamiento como es que el conocimiento de la acusación contra una persona no puede presumirse en función de expresiones más o menos inequívocas.

16. Ante una petición de absolución por parte del Ministerio Fiscal, para dictar sentencia condenatoria en juicio de faltas, sin vulnerar el principio acusatorio, son posibles las siguientes soluciones: a) preguntar al denunciante si mantiene la acusación; b) comparecer el denunciante con profesionales del Derecho; c) hacer uso, con carácter previo, por el Juez del art. 644 LECrim.; y d) aplicar el Juez por analogía el

Contra la sentencia que se dicte en primera instancia podrá interponerse recurso de apelación en el plazo de cinco días siguientes a su notificación –art. 976.1 LECrim.– que debe comenzar, desde la última notificación a las partes (arts. 212.3 LECrim.)¹⁷. El cómputo del plazo de los cinco días por ser un plazo procesal excluye los días inhábiles. En el supuesto de condena en ausencia del acusado, el momento inicial para el cómputo del plazo, debe serlo a partir del conocimiento efectivo de la sentencia, o bien aplicando analógicamente las normas que regulan el recurso de anulación en el procedimiento abreviado, con la finalidad de garantizar un juicio justo. La sentencia se llevará a cabo inmediatamente transcurrido el plazo de los cinco días siguientes a su notificación si no hubiere apelado ninguna de las partes (arts. 212.3, 974.1 LECrim.). Si las partes, conocido el fallo, expresan su decisión de no recurrir, el Juez en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia siempre que conste su notificación a todas las partes se encuentren o no personadas (art. 975 LECrim.).

El recurso se formalizará por escrito, y se tramitará conforme a lo dispuesto en los arts. 790 a 792 LECrim. (art. 976. 2 y 3 LECrim.). Es decir, la apelación de un juicio de faltas seguirá el mismo procedimiento que el previsto para la apelación de una sentencia dictada por un Juez de lo Penal en un procedimiento abreviado, a cuyas normas nos remitimos (véase Cap. XIV), con las especialidades referentes a la competencia. Éstas se refieren al conocimiento del recurso que corresponderá a la Audiencia Provincial, constituida, a estos efectos, con un solo magistrado –art. 82.2 LOPJ–; o bien al Juez de instrucción, cuan-

art. 642 LECrim. y suspender el juicio si el denunciante no está representado con arreglo al art. 109 LECrim. a fin de que pueda comparecer debidamente asistido y ejercitar la acción penal conforme al art. 101 LECrim. Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Consulta 6/87, de 17 de diciembre, sobre teoría y práctica en la aplicación de los arts. 642-644 LECrim. en los juicios de faltas como efecto de la vigencia para los mismos del principio acusatorio”, *Supl. Boletín Información M.º Justicia*, n.º 1486, p. 68.

17. El derecho a la doble instancia viene siendo aplicado como vigente para el juicio de faltas, como recuerda el TC, sin perjuicio de tener presente que el art. 2.1 del Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la posibilidad de excepcional el derecho al recurso en relación con el enjuiciamiento de las infracciones penales leves.

do hubiese conocido de la primera instancia el Juez de Paz –art. 87 d) LOPJ–¹⁸.

La apelación se sustanciará, conforme con los arts. 790 a 792 LECrim., básicamente por escrito. Aunque se celebrará vista oral cuando se admita la práctica de prueba en segunda instancia o el Tribunal la considerase necesaria. En ese caso, se deberá realizar la citación de las partes, sin que quepa en ningún caso dictar resolución *inaudita parte* (STC 105/1993, de 22 marzo). También se informará a la víctima, aunque no se haya mostrado parte ni sea necesaria su intervención –art. 791.2 LECrim.–.

El órgano *ad quem* deberá resolver la apelación dentro del marco de las peticiones efectuadas por las partes personadas en la segunda instancia. En la apelación del juicio de faltas también rige la prohibición de la *reformatio in peius*, que impide que la situación jurídica del recurrente pueda resultar empeorada como consecuencia de su recurso exclusivo, salvo que las otras partes recurridas apelen también la sentencia¹⁹.

18. Respecto a la constitucionalidad de dicha composición de la Audiencia se pronuncia la STC 183/1999, de 11 de octubre “... entienden los recurrentes que la composición unipersonal del Tribunal que conoció en apelación... vulneró el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley... (pero) no cabe confundir el contenido de (este Derecho) con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en determinado sentido...”

19. La prohibición de la reforma peyorativa en contra del único recurrente es también aplicable a la responsabilidad civil *ex delicto*, que impide que ésta pueda ser modificada en contra del recurrente. En consecuencia, la sentencia dictada en segunda instancia no puede sobrepasar el límite de la acordada en primera instancia, salvo que los perjudicados hubieren también apelado y solicitado una mayor condena lo que resulta aplicable tanto al ámbito de la falta o contravención como a la responsabilidad civil derivada del ilícito penal. Sin embargo, en algunas resoluciones, se cuestionan estos principios y su aplicación al juicio de faltas. Así, la STC 359/1993, de 29 noviembre, estimó que no incurría en *reformatio in peius* la sentencia dictada en segunda instancia que introdujo una indemnización adicional, no reclamada en la instancia, pues ello era razonablemente previsible, con estimación de la denominada acusación implícita que resulta criticable. Y la STC 31/1987, de 12 marzo, declaró que el aumento de la cuantía, en segunda instancia, no comporta reforma peyorativa puesto que aparece como una actualización de la valoración del daño, por el Tribunal sentenciador.

El enjuiciamiento en apelación se constituye en una revisión completa no sólo de la sentencia dictada en juicio de faltas, sino también del juicio de primera instancia. De este modo el recurrente puede reproducir las alegaciones realizadas en primera instancia y el órgano judicial *ad quem* realizará un nuevo enjuiciamiento y valoración, tanto de las pruebas realizadas como del derecho aplicado, con respeto, en cualquier caso, del principio acusatorio que resulta aplicable en el juicio de faltas como reiteradamente recuerda la doctrina constitucional reiterada²⁰. Así, debe señalarse que para que pueda recaer sentencia condenatoria será preciso que haya existido tanto en primera como en segunda instancia acusación contra los imputados. Ahora bien, la ausencia de acusación en primera instancia no puede subsanarse ni variarse en segunda instancia, ya que ello vulneraría el principio acusatorio.

La sentencia dictada en segunda instancia no es susceptible de recurso ordinario alguno. Tras su notificación, procederá la devolución de los autos al Juez de instancia, con certificación de la resolución dictada, para que proceda a su ejecución –art. 977 LECrim.–.

20. Vid. SSTC 84/1995, de 5 junio (FJ 2), 115/1986 de 6 octubre (FJ 2), 6/1987, de 28 enero (FJ 2), 116/1988, de 20 enero (FJ 2), 16/2000, de 31 enero (FJ 5) y 200/2000, de 24 julio (FJ. 2), señalando que con el fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso, cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal resulta aplicable lo dispuesto en el art. 902 LECrim., para el recurso de casación, a los juicios de faltas.

CAPITULO XVII

EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS GRAVES

1. ÁMBITO Y ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO POR DELITOS GRAVES.

El procedimiento por delitos graves, también denominado de sumario, es el cauce procesal previsto para la sustanciación de las causas por delito castigados con penas superiores a nueve años de prisión, con excepción de aquellos delitos que se enjuiciarán por el procedimiento de Jurado. De este modo, este procedimiento, que en la redacción originaria de la LECrim. tenía la consideración de ordinario, es ahora un procedimiento residual que resulta de aplicación en escasos delitos (delitos graves, con excepción del homicidio y asesinato, como la agresión sexual, tentativas de homicidio, lesiones, etc.). En cualquier caso, la regulación general de la LECrim. se estructura en torno a este procedimiento, por lo que su estudio resulta de especial interés.

En el proceso por delitos graves pueden distinguirse las siguientes fases: a) Fase de instrucción o sumarial: Abarca desde el auto de incoación del sumario hasta el de conclusión del mismo. b) Fase intermedia: En esta fase se trata de determinar si ha sido o no procedente la terminación del sumario confirmando o revocando, en su caso, el auto de conclusión; y si concurren o no los requisitos necesarios para decretar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa (arts. 622 y ss. LECrim.). c) Fase decisoria: Se encuentra regida por el principio

acusatorio formal, y en ella se practica la prueba y se examina todo el material recogido durante la instrucción del sumario (arts. 680 y ss. LECrim.). Esta fase finaliza normalmente con la sentencia (art. 742 LECrim.).

2. FASE DE INSTRUCCIÓN O DE SUMARIO.

2.1. Inicio del sumario.

La apertura del sumario procede de oficio o a instancia de parte, cuando el Juez de Instrucción tiene conocimiento de hechos que revisten caracteres de delitos graves, castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años, salvo que la causa venga atribuida al conocimiento del Jurado, conforme a lo dispuesto en su art. 1 (art. 33 CP). Cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un sumario, pero los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en uno solo (art. 300 LECrim.)¹. Será competente, para la instrucción del sumario correspondiente, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, a tenor de lo dispuesto en el art. 14.2 LECrim., en relación con el art. 87.1 a) LOPJ, y lo establecido por el art. 303 LECrim. Para el conocimiento y fallo de la causa será órgano competente la Audiencia Provincial de la circunscripción

1. En el sumario pueden existir cuatro piezas distintas, de las que sólo la primera deberá abrirse necesariamente, dependiendo la formación de las demás de cada caso concreto. Estas piezas son: a) Pieza principal. Es la pieza más importante del sumario. Su formación tiene carácter necesario, haciéndose constar en la misma todas las diligencias y actuaciones sumariales. b) Pieza de situación personal. En esta pieza se practicarán todas las diligencias relacionadas con los imputados, y que impliquen una medida cautelar de carácter personal tales como: detención, prisión, libertad provisional y prestación de fianzas para garantizar la comparecencia (art. 544 LECrim.). c) Pieza de responsabilidad civil. En ésta se harán constar todas las medidas acordadas sobre fianzas y embargos decretados para el aseguramiento de la responsabilidad civil de los imputados (art. 590 LECrim.). d) Pieza de responsabilidad civil de terceras personas: Cuando en la instrucción del sumario aparezca la existencia de responsabilidad civil por parte de un tercero, deberá formarse esta pieza separada donde se hará constar todo lo relativo a aquélla (art. 619 LECrim.).

donde el delito se hubiera cometido, conforme lo establecido en los arts. 14.4 LECrim. y 82.1 LOPJ².

Los Jueces de Instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente (art. 306 LECrim.). A este fin, el Fiscal se constituirá por sí, o por medio de sus auxiliares, junto al Juez instructor, o bien por medio de testimonios que el Juez le remitirá periódicamente, pudiendo el Fiscal hacer presente sus observaciones y formular sus pretensiones mediante requerimientos en la instrucción (art. 311.1 LECrim.).

El sumario tiene por finalidad la fijación y esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos sobre los que va a versar el juicio oral. Además de averiguar tales hechos, en el sumario deberá determinarse la presunta responsabilidad penal y civil de los imputados. A este fin el sumario cumple las siguientes funciones: a) La de investigación o averiguación de los hechos. b) El aseguramiento de las personas y bienes. c) La de asegurar pruebas, documentando los actos de investigación sumarial, que aunque habrán de ser reproducidos en el acto del juicio oral, en algunos y excepcionales casos, dada la irrepetibilidad de aquéllas, tiene un trascendental valor (art. 299 LECrim.).

Durante la fase de instrucción se practicarán aquellas actuaciones encaminadas a esclarecer los hechos y preparar el juicio oral (art. 299 LECrim.). Con este fin se realizarán las diligencias que el Juez decida según su propio criterio, y además aquéllas que, habiendo sido propuestas por el querellante, hayan sido admitidas, así como las demás solicitadas por el Fiscal. Entre éstas se encuentran, la diligencia de inspección ocular; cuerpo del delito; identificación del delincuente y de sus circunstancias personales; declaraciones de los procesados y de los testigos; careos e informe pericial. Se recogen en los

2. Esta norma debe entenderse sin perjuicio de la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas respecto de los delitos que la Ley determine, cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículos citados de la LECrim. y art. 88 LOPJ). La creación de la Audiencia Nacional obedeció según el legislador, a que debía unificarse ante este Tribunal el enjuiciamiento de unos determinados delitos, bien por su especial naturaleza, bien por el carácter organizado de los delincuentes, bien por la amplia extensión territorial donde eran cometidos.

arts. 326 y ss. bajo el epígrafe “De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”, del Título V del Libro II, medidas que se complementan con las del Título VIII, ambos de la LECrim., relativas a la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica (vid. Cap. X).

Una vez practicadas las diligencias ordenadas en el auto de incoación del sumario y cualesquiera otras que se hayan acordado en la instrucción, cuando el Juez advierta la existencia de indicios racionales de criminalidad, procederá dictar el correspondiente auto de procesamiento (véase *infra*).

2.2. Secreto del sumario.

El Secreto del sumario supone una restricción del acceso al conocimiento de las actuaciones que adquiere dos formas. En primer lugar, el art. 301 LECrim. establece el principio general de secreto del sumario que afecta a la garantía institucional inserta en el art. 120.1 CE, según el cual “*las actuaciones judiciales serán públicas con las limitaciones que prevean las leyes de procedimiento*”. Por otra parte, el art. 302 LECrim. prevé la ampliación de dicho secreto para todas las partes personadas, excepto el Ministerio Fiscal, lo cual constituye una limitación del derecho de defensa del sometido al proceso penal.

Con el objeto de garantizar el buen fin de la investigación, el art. 301 LECrim. establece que las diligencias del sumario no serán públicas hasta que se abra el juicio oral. Hasta ese momento las actuaciones no son públicas, es decir, que a partir de la apertura del juicio oral los que tienen el sumario a su cargo pueden expedir testimonio de cualquiera de las diligencias que lo integran, pero no antes. Esta restricción afecta a terceros, ya que las partes personadas pueden tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento (arts. 301, 302 LECrim.). Ahora bien, ello no significa, por ejemplo, que no se puedan difundir datos o informaciones sobre una causa determinada cuando se obtengan de fuentes distintas a las del propio sumario. En este sentido, únicamente se verá limitado el derecho a recibir información cuando aquello que se quiera difundir

o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente, quebrantando el secreto mismo del sumario. De otro modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima materia reservada sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga el órgano judicial.

El secreto de sumario no impide que, por ejemplo, los medios de comunicación publiquen noticias sobre el asunto, siempre que no se hayan obtenido directamente de las actuaciones. Tampoco puede impedir que los abogados de personas legítimamente interesadas puedan examinar los autos con independencia de que estén o no comparecidos en la causa.

Pero, además de esta restricción genérica del derecho de publicidad, si el delito fuere público, el Juez de Instrucción podrá declarar el secreto total o parcial del sumario para todas las partes personadas y por tiempo no superior a un mes (art. 302 LECrim.), período que con la debida motivación puede ser prorrogado. Se trata de una excepción al derecho de defensa del sometido al proceso.

La actual redacción del art. 302 LECrim. es consecuencia de la extensión del principio acusatorio al sumario por aplicación del art. 118 LECrim., desde el mismo momento de la imputación. De este modo, el sospechoso puede ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, adelantando al momento del traslado de la imputación lo que en el sistema original de la LECrim. se situaba en el procesamiento. Es por esta razón que el legislador ha previsto la posibilidad de declarar el secreto de las actuaciones en los supuestos de delitos graves en los que puede quedar afectada la investigación si se permitiera la intervención y el conocimiento de las actuaciones por el inculpado. A este efecto, el Juez deberá adoptar el secreto mediante auto en el que se contengan el debido juicio de ponderación, y los datos que justifiquen la restricción de la publicidad y el consiguiente sacrificio del derecho de defensa en la fase de instrucción.

El tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión, ya que ésta depende no del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la justificación razonable del mismo y de que, en definitiva, se conceda oportunidad para defenderse frente a las pruebas que durante el citado plazo hayan

sido practicadas. Por tanto, una prórroga del tiempo de duración del secreto sumarial puede encontrar plena justificación constitucional en la necesidad de asegurar la investigación de la verdad de los hechos exigida por el interés de la justicia penal (véase STC 176/1988, de 4 octubre).

El secreto del sumario podrá comprender todos aquellos medios de investigación que se practiquen, sin que alcance a las resoluciones de mera tramitación o las diligencias relativas a la situación personal de los imputados o referidos a su responsabilidad civil, respecto a las personas afectadas. La declaración del secreto del sumario no significa que las partes no puedan ser asistidas de Letrado de su libre designación, que podrá realizar las pertinentes diligencias para el esclarecimiento de los hechos, si bien no podrá conocer lo actuado hasta tanto no sea levantado el secreto de las actuaciones. La declaración de secreto no altera la obligación de que las resoluciones que se adopten, especialmente las limitativas de derechos, deban contener la motivación suficiente, que permita al imputado oponerse por medio de los recursos previstos en la Ley.

2.3. El auto de procesamiento: concepto, naturaleza y recursos.

El auto de procesamiento puede definirse como aquella resolución judicial en la que se declara formalmente la presunta culpabilidad de una persona determinada, al desprenderse de las actuaciones practicadas indicios racionales de criminalidad que así lo señalan (art. 384 LECrim.). Se trata de una resolución judicial de imputación formal y provisional que, en todo caso, ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio en el plenario.

Con el auto de procesamiento el legislador quiso garantizar que, con anterioridad a que una persona se viera formalmente inculpada, el Juez efectuara un enjuiciamiento previo de los hechos para establecer si de los mismos se deducían o no indicios racionales de criminalidad. En definitiva, el auto de procesamiento surgió en garantía de los futuros acusados y como protección de su derecho de defensa (art. 348.2 LECrim.). En este sentido, es considerada, como “clave de bóveda del proceso penal español”. Sin embargo, en

la actualidad es una figura sometida a debate doctrinal por distintas razones. En primer lugar, a pesar de su finalidad de implantar la "igualdad de armas" en la primigenia forma inquisitiva del sumario, se ha convertido, en ocasiones, en una institución más afrentosa que beneficiosa, por la extraordinaria carga social que lleva consigo. En segundo lugar, las garantías que incorporaba el auto de procesamiento han quedado rebasadas por las reformas post-constitucionales de los arts. 118 y 520 LECrim., quedando reducido el art. 384.2 LECrim., en lo relativo a asesoramiento de Letrado, a una norma vacía de contenido. Igualmente, la finalidad cautelar del auto de procesamiento se encuentra muy desvirtuada. Por una parte, porque las medidas cautelares relacionadas con las personas se adoptan, normalmente, con independencia de si éstas se hallan o no procesadas. Por otra, porque las que afectan al aseguramiento civil del proceso penal no se hallan concluidas en muchas ocasiones, ni aun cuando se dictan las sentencias definitivas. Por todas estas razones, el auto de procesamiento ha perdido su alcance y naturaleza inicial y sólo le resta un valor formal, si bien podría sostenerse su vigencia en tal calidad y con conocimiento de su alcance real con limitados efectos (vid. STC 70/1990, de 5 abril).

Por medio del auto de procesamiento se crea el estado o la situación de procesado a la que, normalmente, se une la adopción de medidas cautelares. Se trata de una resolución judicial constitutiva, y supone un presupuesto necesario para que pueda decretarse la apertura del juicio oral. En este sentido, es una garantía para el inculpado, ya que la acusación en el juicio oral sólo podrá dirigirse contra los que en esta resolución aparezcan configurados como procesados. El auto de procesamiento deberá ser motivado y contener unos hechos o datos que constituyan unos indicios racionales serios de una conducta tipificada penalmente. Existirán indicios racionales de criminalidad, cuando se desprenda de los hechos sumariales, de un modo lógico, que un hecho lleva aparejada responsabilidad criminal y pueda ser atribuido a una persona determinada.

Dentro del concepto de indicio racional de criminalidad deberán examinarse con carácter primordial las notas de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad que caracterizan toda acción delictiva. Cuestión distinta es si, además, deben resolverse las causas excluyentes de antijuricidad y culpabilidad, cuestión que, en principio, ha de rechazarse, salvo supuestos excepcionales de indudabilidad.

Ahora bien, el análisis de la subsunción entre los hechos y el supuesto de hecho de la norma no deberá hacerse con el mismo rigor como si se tratara de la sentencia, ya que en este estadio procesal sólo interesa conocer si existe o no una apariencia racional de una determinada infracción penal. En este sentido, el auto de procesamiento no implica la culpabilidad del procesado, ni supone una vinculación de los órganos judiciales al citado auto, ya que tanto el Juez instructor como la Audiencia Provincial pueden dejar sin efecto el procesamiento si desaparecen los indicios que determinaron su adopción. En realidad los hechos que se narran en el auto de procesamiento, además de ser indiciarios, pueden ser alterados en cualquier momento del proceso e incluso reformados de oficio, sin ni siquiera vincular a las partes acusadoras cuando deduzcan sus escritos de calificación provisional. En este sentido, la calificación jurídica del auto de procesamiento únicamente tiene carácter provisional. Es en el escrito de calificación provisional donde se fija por primera vez la calificación jurídica como tal.

No debe confundirse el auto de procesamiento con una sentencia condenatoria, pues se trata tan sólo de una imputación “cautelar”, y como tal, compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia que proclama el art. 24 CE. La afirmación por el órgano jurisdiccional de instrucción referente a la existencia de indicios racionales de criminalidad en modo alguno desvirtúa la vigencia de aquella presunción de inocencia, que únicamente quedará destruida con la existencia de prueba de cargo contra el acusado plenamente demostrada en el juicio oral (vid. SSTC 66/1989, de 17 abril; 70/1990, de 5 abril; 71/1994, de 3 marzo).

Notificado el auto de procesamiento al procesado, y comparecido en el Juzgado, se le interrogará sobre sus datos de identificación personal y sobre los hechos delictivos que se le imputan a los efectos de su esclarecimiento. Esta primera declaración del procesado se conoce con el nombre de “Indagatoria”. A continuación, en el supuesto que no se hubieren adoptado medidas cautelares, se acordará la formación de las correspondientes piezas de situación y de responsabilidad civil, donde se desarrollarán todas las diligencias y actuaciones relativas a la libertad o prisión provisional del procesado, y el aseguramiento del objeto civil del proceso penal.

A fin de garantizar las responsabilidades pecuniarias que pueden derivarse de la causa que se sigue, el Juez acordará la prestación de fianza por el procesado. Si el procesado garantiza satisfactoriamente sus responsabilidades pecuniarias, a juicio del órgano jurisdiccional, se dictará la correspondiente resolución de solvencia del procesado. Cuando el procesado no haya prestado la fianza señalada en el auto de procesamiento en el plazo de tiempo fijado, el Juez deberá proceder a decretar el embargo de sus bienes. En el supuesto de que el procesado no prestase ni la fianza exigida, ni tampoco le fueran hallados bienes para serle embargados, y una vez hechas las oportunas averiguaciones, deberá procederse a declararle insolvente. Ello no enervará la obligación que tiene de hacer frente a las responsabilidades que se hayan derivado, si viniera posteriormente a mejor fortuna.

Contra el auto de procesamiento caben los siguientes recursos: 1) Contra el auto que decreta el procesamiento cabe recurso de reforma. Si se estima, se deja sin efecto el procesamiento, con posibilidad de reiterar la petición de procesamiento en el trámite de instrucción (art. 627.4 LECrim.). Si se desestima la reforma, cabe recurso de apelación, que podrá interponerse de forma subsidiaria con el recurso de reforma (art. 384.5 LECrim.). 2) Contra el auto denegatorio del procesamiento cabe recurso de reforma. Si se estima el recurso de reforma, se dictará auto de procesamiento. Frente a este auto cabrá recurso de reforma y apelación (art. 384.7 LECrim.). Si se desestima el recurso de reforma cabe reproducir la petición de procesamiento ante la Audiencia al evacuar trámite para instrucción (arts. 384.6 y 627.4 LECrim.). Si la Sala admite la petición de procesamiento devolverá el sumario al Juez de Instrucción para que procese (art. 384.6.º LECrim.), revocando la conclusión sumario (art. 630 LECrim.). Contra este auto cabe recurso de apelación directamente (art. 384.6.º *in fine* LECrim.). Si la Sala deniega la petición de procesamiento dictará auto confirmatorio de la conclusión del sumario.

El procesamiento, en principio, no vulnera por sí mismo derecho constitucional alguno. Por ello, como regla general, el auto de procesamiento no es susceptible de recurso de amparo constitucional. Sin embargo, corresponderá al TC revisar la adecuación de la resolución a las exigencias que derivan del art. 24.1 de la Constitución en el caso de que se dictara infundadamente y sin indicio racional de criminalidad alguno. En consecuencia, procederá el amparo constitucional en

caso de que el auto de procesamiento se dictara de forma arbitraria y sin un mínimo fundamento.

2.4. Conclusión del sumario.

Una vez firme el auto de procesamiento, se seguirán practicando las diligencias acordadas tendentes a la averiguación y esclarecimiento de los presuntos hechos delictivos. Practicadas las diligencias propuestas de oficio o a instancia de parte, si el Juez instructor considerase terminado el sumario, declarará concluso el sumario y mandará remitir los autos y piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito. En su caso, cuando no hubiere acusador privado y el Ministerio Fiscal considere que en el sumario se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite del juicio oral, lo pondrá en conocimiento del Juez de Instrucción para que sin más dilaciones remita lo actuado al Tribunal competente (art. 622 LECrim.).

El auto de conclusión del sumario se notificará al querellante particular, si lo hubiere, aun cuando sólo tenga el carácter de actor civil, al procesado y a las demás personas contra quienes resulte responsabilidad civil, emplazándolas para que comparezcan ante la Audiencia en el término de diez días, o en el de quince, si el emplazamiento fuese ante el Tribunal Supremo (art. 623 LECrim.).

La sustanciación de los recursos de apelación admitidos en un solo efecto no impedirá nunca la terminación del sumario. En el supuesto de haberse interpuesto recursos de apelación, el Juez instructor habrá expedido el testimonio correspondiente y emplazado a las partes para que se personen en el Tribunal que hubiere de conocer del recurso de apelación (arts. 227, 622.4 LECrim.). En tales casos, al realizarse la remisión del sumario a la Audiencia, cuidará de expresar los recursos de apelación en un efecto (devolutivos) que haya pendientes. En la Audiencia quedará en suspenso la aplicación de los arts. 627 y ss. LECrim. (instrucción a las partes acusadoras para que pidan la confirmación o revocación del auto de conclusión del sumario y en el primer caso si debe abrirse el juicio oral o sobreseer la causa, con la decisión del Tribunal sobre tales extremos) hasta que sean resueltas las apelaciones pendientes.

3. EL PERIODO INTERMEDIO. EL SOBRESEIMIENTO.

3.1. Actuaciones en la fase intermedia.

En el proceso por delitos graves únicamente se desarrollan en sentido estricto dos fases: la de instrucción o sumario y la de juicio oral. Sin embargo, existen una serie de actos procesales, que se realizan en período procesal que se desarrolla entre ambas, y que tienen entidad suficiente para configurar un nuevo estadio procesal, al que la doctrina ha denominado período intermedio.

En esta fase procesal cabe incluir todas las actuaciones que se producen desde el auto de conclusión del sumario, hasta el auto de apertura del juicio oral o el de sobreseimiento, según los supuestos. Las actuaciones que se practican durante el período intermedio tienen por finalidad: 1) la confirmación o revocación del auto por el que se decretó concluso el sumario, según se entienda que se encuentre debidamente completado o bien que resulte insuficiente, por lo que deberán practicarse nuevas diligencias; 2) que se decrete la apertura del juicio oral, si existen los presupuestos legales necesarios, o bien a que se declare, en caso contrario, el sobreseimiento del proceso.

La sustanciación de esta fase procesal tiene lugar ante la Audiencia Provincial competente, a cuyo Tribunal le habrán sido remitidos los autos y las piezas de convicción por el Juez instructor, a partir del momento en que éste decretó concluso el sumario. Nótese, que en el período intermedio, sólo está previsto en principio que intervengan el Tribunal y las partes acusadoras. Sin embargo, esta norma ha sido modificada por la doctrina constitucional, de tal modo que actualmente es necesario dar también intervención a los acusados en dicha fase. En efecto, en dicha fase, no sólo se tiende a dar oportunidad para que se complete el material instructor que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva, sino que es el momento de determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la apertura del juicio oral. Quienes estén procesados tienen un indudable interés en ambos aspectos, por lo que no puede prescindirse de su intervención. Ahora bien, en el caso que no se dé traslado no se producirá nulidad, salvo en el caso que la parte acredite el perjuicio causado por la omisión.

La tramitación de las actuaciones incluidas en esta fase será la que se sintetiza a continuación.

Si existiesen apelaciones pendientes, se suspenderá la tramitación hasta que se resuelvan los recursos pendientes (art. 622 LECrim.). En caso contrario, salvo inhibición a favor de la jurisdicción de menores o de que el hecho fuere constitutivo de falta, el Tribunal, una vez recibido el sumario y las piezas de convicción, abrirá los pliegos y objetos cerrados y sellados que hubiere remitido el Juez de Instrucción y extenderá acta de apertura de los mismos, autorizada por el Secretario (art. 626 LECrim.).

Seguidamente, pasará el sumario y las piezas de que se compone al Magistrado Ponente para instrucción por el tiempo que falte para la terminación del plazo temporal del emplazamiento. Transcurrido éste se entregará la causa para su instrucción al Ministerio Fiscal (por un mínimo de tres días y un máximo de diez días prorrogables si la causa tiene más de mil folios) y después al querellante y acusador personado, por igual plazo. En la actualidad, por aplicación de la doctrina constitucional reseñada, debe también darse a las defensas la oportunidad de manifestar su disconformidad con la conclusión del sumario y solicitud de nuevas pruebas.

Al ser devuelta la causa por las partes, acompañarán escrito en el que señalarán si están conformes con la conclusión o, por el contrario, consideran conveniente su revocación, indicando la práctica de las diligencias sumariales que juzguen oportunas. La solicitud de práctica de pruebas solamente puede fundarse en la ausencia de datos que permiten fijar o asegurar algunos de los elementos integrantes del tipo penal objeto de acusación, pero no por insuficiencia de la prueba, cuando ésta pueda ser completada en el juicio oral (véase en este sentido la Circular 1/1989, de la Fiscalía General del Estado, de 8 de marzo).

Si estuvieren conformes con la conclusión del sumario, podrán solicitar: 1) el sobreseimiento libre o provisional o 2) la apertura del juicio oral.

Devuelta la causa, se pasará al Magistrado Ponente, con los escritos antes citados, entrándose en este momento en la denominada fase de decisión sobre la revocación o confirmación del auto de conclusión.

Así, el Tribunal podrá, “a instancia de parte”, revocar el auto de conclusión del sumario y practicar las pruebas que se soliciten, en cuyo caso se devuelve éste con las piezas de convicción al Juez de Instrucción expresando las diligencias que hayan de practicarse. También podrá acordar el procesamiento de alguna persona que deberá llevar a efecto el Juez de Instrucción.

En caso de que el Tribunal confirme el auto de conclusión del sumario debe pronunciarse, en forma de auto, por: 1) el sobreseimiento, con el que termina el proceso definitivamente (si es libre) o provisionalmente (si es provisional); o 2) la apertura del juicio oral, en cuyo caso se comunicará a las partes acusadoras y acusadas para que califiquen por escrito los hechos, a partir de cuyo momento se desarrolla la denominada fase de plenario o juicio oral (art. 632 LECrim.).

El Tribunal acordará la apertura del juicio oral cuando así lo solicite la acusación particular o el Fiscal. Sin embargo, en el supuesto del motivo segundo del art. 637 LECrim. (cuando el hecho no sea constitutivo de delito), el Tribunal podrá acordar el sobreseimiento a pesar que las acusaciones soliciten la apertura del juicio oral (art. 645 LECrim.). Esta posibilidad se restringe únicamente al supuesto citado, que se refiere a que el hecho no sea delito. En cualquier otro caso, el Tribunal, siempre que se hubiere solicitado por alguna de las partes, deberá abrir el juicio oral. De este modo no le cabe al Tribunal acordar el sobreseimiento y denegar la apertura del juicio oral cuando entienda, por ejemplo, que no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho punible, ya que ésta es una cuestión de prueba que deberá sustanciarse en el juicio oral.

En el supuesto de pedir el Ministerio Fiscal el sobreseimiento, si no se hubiere personado acusación particular, el Tribunal podrá acordar que se haga saber la pretensión de sobreseimiento del Fiscal a los interesados en el ejercicio de la acción penal para que comparezcan a defender su acción, si lo consideran oportuno (art. 642 LECrim.). Si no hubiere querellante que sostenga la acusación el Tribunal antes de acceder al sobreseimiento podrá acordar que se remita la causa al superior jerárquico del Fiscal (Fiscal de la Audiencia, Tribunal Superior de Justicia, o TS), con el fin que resuelva si procede, o no, sostener la acusación (art. 644 LECrim.).

Conforme a lo expuesto, la fase intermedia puede terminar de dos formas: Por sobreseimiento, provisional o libre, cuya exposición se realiza en el epígrafe siguiente; o bien acordándose la continuación de su curso legal a través del juicio oral, entrando así en la fase resolutoria o definitiva del proceso, llamada plenaria o juicio oral.

3.2. El sobreseimiento.

3.2.1. Concepto y clases.

El sobreseimiento es una resolución judicial que reviste la forma de auto, y que tiene por objeto producir la suspensión de un proceso penal (art. 641 LECrim.), o bien la finalización del mismo (art. 637 LECrim.), según concurran o no los presupuestos regulados en la LECrim. El sobreseimiento se regula en sede del procedimiento por delitos graves, pero sus normas son también de aplicación supletoria en el procedimiento abreviado y en el proceso ante el Tribunal del Jurado.

Téngase presente que la tutela judicial efectiva no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la sustanciación del proceso. En consecuencia, la decisión judicial de archivo de las actuaciones no supone vulneración de derecho constitucional alguno (SSTC 120/1997, de 1 julio; 46/1982, de 12 julio; 31/1985; 136/1986; 212/1991, de 11 noviembre). No obstante, le cabe al TC examinar si la decisión de sobreseimiento provisional es arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable (ATC 175/1997, de 21 mayo).

La Ley distingue entre sobreseimiento libre y provisional. A su vez, ambos pueden tener carácter total o parcial (art. 634 LECrim.). El sobreseimiento será total cuando afecte a todos los acusados y a todos los hechos delictivos perseguidos. El sobreseimiento parcial se producirá cuando éste se adopte frente a alguno de los acusados, siguiendo el proceso respecto a los demás. También deberá atenderse a la posible acumulación de hechos delictivos enjuiciados, ya que cuando concurra esta acumulación objetiva deberá especificarse en el auto en que se

acuerde tanto los hechos perseguidos como los acusados que resulten afectados.

3.2.2. *Sobreseimiento libre.*

El sobreseimiento será libre cuando concurra alguno de los motivos del art. 637 LECrim. Se adopta mediante auto y pone fin anticipadamente al proceso. Esta resolución produce cosa juzgada e impide la iniciación de un nuevo proceso con idéntico objeto. Un sector doctrinal y reiterada jurisprudencia equiparan esta clase de sobreseimiento a una sentencia absolutoria anticipada por el momento en que se acuerda y los efectos que produce. La razón que justifica esta institución es la necesidad de erradicar cuanto antes los efectos perjudiciales que ocasiona el proceso penal a los inculpados, cuando aquél no resulte debidamente fundado.

Conforme a lo establecido en el art. 637 LECrim. procederá el sobreseimiento libre en los siguientes supuestos:

1) Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho enjuiciado. Es decir, cuando el hecho delictivo no haya existido, según las diligencias de investigación e instrucción realizadas. No se requerirá la prueba de su inexistencia sino sólo que existan indicios racionales —o un principio de prueba— que permitan dudar de su existencia; es decir, de que se haya perpetrado.

El motivo primero del art. 637 LECrim. debe distinguirse del previsto en el art. 641.1 LECrim., que prevé que procederá el sobreseimiento provisional cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito. Es decir, debe distinguirse entre la inexistencia de indicios y la falta de pruebas de cargo para sostener una acusación. En el primer caso procede el sobreseimiento libre y en el segundo el provisional (art. 641.1 LECrim.). Sin embargo, en la práctica forense los Tribunales suelen optar por acordar el sobreseimiento provisional previsto en el art. 641.1 LECrim., y no el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.1 LECrim. La razón de este proceder reside en la trascendencia procesal y sustantiva que conlleva el sobreseimiento libre, ya que veda la posibilidad de abrir un nuevo proceso penal o que se decida en juicio oral el objeto del proceso penal pendiente. En cierta forma, la jurisprudencia ha contribuido a confirmar esta práctica judicial, ya que exige, para

que pueda acordarse el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.1 LECrim., que la inexistencia de indicios racionales sea indiscutible, inequívoca o indudable. No obstante, esta jurisprudencia ha sido declarada no ajustada a derecho por el Tribunal Constitucional³.

2) Cuando el hecho no sea constitutivo de delito. En este supuesto se parte de que el hecho existió, pero no está tipificado como delito en el Código Penal.

La jurisprudencia del TS ha entendido también incluidos dentro de este motivo aquellos supuestos de hecho tipificados, cuando el sujeto obró amparado por una causa de justificación. Es decir, se trata de hechos que no son antijurídicos por concurrir en ellos una causa de justificación, que provoca la ausencia de uno de los caracteres esenciales del delito. Esta interpretación provoca que sea aplicable el art. 637.2.º y no la causa del art. 637.3.º LECrim., que queda reservada a los supuestos de inculpabilidad (o inimputabilidad).

Con este fin, deben diferenciarse dos grupos entre los supuestos de exención de responsabilidad previstos en el art. 20 CP: las causas de justificación y las causas de inculpabilidad: – Son causas de justificación las comprendidas en los apartados 4.º y 7.º del art. 20 CP. – Las causas de inimputabilidad o inculpabilidad están comprendidas en los apartados 1.º (enajenación), 2.º (intoxicación plena por el consumo de drogas), 3.º (alteraciones de la percepción), 5.º (estado de necesidad) o 6.º (miedo insuperable) del art. 20 CP. Las causas de justificación extinguen la acción civil. Sin embargo, las causas de inculpabilidad no implican la extinción de la acción civil nacida *ex delicto* (art. 1092 CC y arts. 109 y ss. CP), según se deduce inequívocamente de los arts. 118 y 119 CP.

Con base en esta distinción, únicamente se produce la equivalencia entre el supuesto del art. 637.2 LECrim., referente a los hechos que no son consti-

3. Así, la STC 34/1983, de 6 de mayo declara que: "... una cosa es la falta de indicios racionales de haberse cometido el delito, a la que alude la LECrim. y otra muy distinta que se halle probada la inexistencia del delito imputado. La práctica seguida por el Juzgado y la Audiencia en la fundamentación de sus resoluciones no se ajusta, al menos en su motivación expresa (decretar el sobreseimiento provisional ya que el sobreseimiento libre sólo procedería cuando fuese indudable la inexistencia de delito), al sentido objetivo del texto de la LECrim...". Véase también STC 40/1988, de 10 de marzo.

tutivos de delito, y el supuesto del art. 637.3 LECrim. con relación a las causas de justificación (art. 20.4.º y 7.º CP), pero no respecto de las demás. La consecuencia más importante de esta equiparación es la posibilidad de recurrir en casación contra los autos de sobreseimiento por el motivo 3.º del art. 637 LECrim., cuando se refieran a las causas de justificación previstas en el CP. Es decir, cuando se dicte sobreseimiento libre conforme al art. 637.3 LECrim., pero con base en una causa de justificación, cabrá recurso de casación, a pesar que el art. 848.2 LECrim. únicamente permite este recurso cuando se dicte el sobreseimiento conforme al art. 637.2 LECrim. Este criterio se justifica con base en que el cierre de la casación en estos supuestos asimilados, dados sus efectos definitivos e irreparables, produciría un contrasentido tan palmario como el de que la apreciación de una de estas causas por medio del juicio oral sería recurrible ante el Tribunal Supremo, en tanto que aquel auto definitivo no lo sería.

En cualquier caso, se exige que la causa de justificación sea manifiesta. Por otra parte, obsérvese que el recurso de casación por infracción de Ley, con base en este motivo, supone una impugnación de fondo. Sin embargo, no se producirá una decisión de carácter sustantivo, dado el momento procesal en que se produce el auto recurrido, sino una decisión de reenvío similar a la de recurso por quebrantamiento de forma, y, por tanto, de carácter anulatorio o formal.

Cuando el hecho se tipifique como falta por no revestir los caracteres de delito, procederá también acordar el sobreseimiento libre del art. 637.2 LECrim. en cuanto a la causa por delito. Sin embargo, en este caso el proceso continuará si bien previo cambio del procedimiento. Así lo dispone el art. 639 LECrim. al ordenar que se remita la causa al Juez competente para la celebración del juicio que corresponda.

3) Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los acusados como autores, cómplices o encubridores. Este motivo opera cuando a pesar de la comisión de un hecho tipificado como delito las personas acusadas de ejecutarlo aparezcan exentos de responsabilidad penal. El TS ha limitado la aplicación de este motivo a los supuestos de inimputabilidad o inculpabilidad, como ya se ha apuntado.

La jurisprudencia ha entendido que en los casos de enajenación mental o trastorno mental transitorio no es procedente acordar el sobreseimiento libre y, seguidamente, adoptar una medida de seguridad restrictiva de la libertad de aquél de internamiento en centro psiquiátrico. Por tanto, deberá se-

guirse el proceso hasta el final, debiendo discutirse la procedencia de la medida, y adoptarse ésta, en su caso, en la sentencia.

Los motivos del art. 637 no tienen carácter de *numerus clausus*. Existen otros supuestos en la Ley que permiten acordar, también, el sobreseimiento libre. Son los previstos en el art. 666.2.º, 3.º y 4.º LECrim., como artículos de previo pronunciamiento: cosa juzgada, prescripción del delito y amnistía o indulto. A nuestro entender, la estimación de la falta de autorización previa o de la ausencia de querrela o denuncia cuando sea precisa no permite acudir al auto de sobreseimiento libre, por conllevar el efecto de cosa juzgada. En estos casos un vicio procesal impediría iniciar de nuevo el proceso penal a pesar de haber sido aquél ya subsanado.

La muerte del acusado ocurrida antes del juicio oral y el perdón del ofendido, cuando extinga la acción penal, deben considerarse también motivos que dan lugar al sobreseimiento libre. Si se producen una vez iniciado el juicio oral, al haber precluido el plazo para el sobreseimiento, deberá dictarse auto de archivo, en el supuesto de muerte del reo, o bien sentencia absolutoria en caso de perdón.

3.2.3. *Sobreseimiento provisional.*

El sobreseimiento provisional no supone una absolución anticipada, como ocurre con el libre. Produce sólo la suspensión del proceso por la existencia de obstáculos que impiden al Tribunal, temporalmente, optar por decretar la apertura del juicio oral o por el sobreseimiento libre, después de finalizada la fase de instrucción.

El sobreseimiento provisional procederá en alguno de los supuestos previstos en el art. 641 LECrim.:

1) Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa. Se refiere este supuesto a los casos en que existen dudas razonables sobre la existencia del delito. En este motivo deben incluirse aquellos supuestos en los que la prueba fuere indiciaria y, en cualquier caso, resultase insuficiente para acreditar convincentemente la existencia del hecho delictivo o la concurrencia de todos los elementos del tipo.

2) Cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a personas determinadas como autores, cómplices o encubridores. Se trata de un supuesto muy frecuente en la realidad, que se da cuando se ha producido el hecho delictivo pero se ignora la identidad de sus autores o bien no existen pruebas de la participación de personas determinadas en los hechos.

3.3. Efectos.

El sobreseimiento produce distintos efectos según su naturaleza. Con base en las normas de la LECrim., puede distinguirse según se trate de:

a) Sobreseimiento libre. El auto de sobreseimiento libre determina, con autoridad de cosa juzgada material, la absolución de los inculpa-dos y el archivo definitivo de las actuaciones.

Cuando se acuerde el sobreseimiento libre por motivo 1.º y 2.º del art. 637 LECrim. podrá declararse que la formación de la causa no perjudica a la reputación de los procesados (arts. 638, 640 LECrim.). El Tribunal podrá, a instancia del procesado, reservar a este último su derecho para perseguir al querellante por calumnia (art. 638.2.º LECrim.). El Tribunal también podrá proceder de oficio contra el querellante por acusación o denuncias falsas o por calumnia (art. 456.2 CP).

En el supuesto que el hecho no fuese constitutivo de delito pero se reputara falta, se mandará remitir la causa al Juez de Instrucción competente para la celebración del juicio que corresponda (art. 639 LECrim.).

b) Sobreseimiento provisional. El auto que declara el sobreseimiento por esta causa produce la suspensión del curso de proceso y el archivo provisional de las actuaciones. La suspensión del proceso tendrá carácter ilimitado y se mantendrá hasta que suceda algún evento nuevo que determine la reapertura del proceso. Es decir, hechos nuevos que fortalezcan la acusación, ya que, precisamente, en los supuestos de sobreseimiento provisional se produce una ausencia o insuficiencia de hechos inculpativos respecto a una persona determinada.

La firmeza corresponde tanto al sobreseimiento definitivo como al provisional. De modo que el auto firme de sobreseimiento provisional cierra el procedimiento aunque puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones (STC 34/1983); sin que pueda reabrirse la causa con base en el error que hubiere padecido el Ministerio Fiscal.

c) Sobreseimiento total o parcial. Con independencia de la clase de sobreseimiento, sea libre o provisional, se producen efectos distintos según el alcance del auto de sobreseimiento. Así, si el sobreseimiento fuese total, se mandará que se archive la causa y la piezas de convicción que no tengan dueño conocido, después de haberse practicado las diligencias necesarias para la ejecución de lo mandado (art. 634 LECrim.).

Respecto a la entrega de las piezas de convicción, el art. 635 LECrim. establece unas normas especiales. Las piezas de convicción, cuyo dueño fuere conocido continuarán retenidas si un tercero lo solicitare, hasta que se resuelva la acción civil que se propusiere entablar. Si el Tribunal accediere a la petición, fijará el plazo dentro del cual deberá acreditarse que la acción se ha entablado. En caso contrario las piezas de convicción se devolverán a su dueño. En el supuesto que las piezas de convicción entrañaren algún peligro para los intereses sociales o individuales, se les dará el destino previsto en las normas legales o, en su caso, se inutilizarán.

Si el sobreseimiento fuese parcial se decretará la apertura del juicio oral, únicamente respecto de los procesados a quienes no favorezca la resolución judicial (art. 634.1 LECrim.).

3.4. Recursos.

En el procedimiento por delitos graves, contra el auto que acuerda el sobreseimiento libre cabe recurso de casación, únicamente, al amparo del motivo segundo del art. 637 LECrim. (que el hecho no sea constitutivo de delito) (art. 848.2 LECrim.). Contra el auto que acuerda el sobreseimiento provisional no cabe recurso alguno, en tanto que se trata de una resolución no definitiva, pudiéndose abrir en el proceso penal. Ahora bien, cuando el sobreseimiento libre o provisional se acuerde en el ámbito del procedimiento abreviado cabrá recurso de reforma y apelación (art. 766 LECrim.).

En el procedimiento por delitos graves debe tenerse en cuenta la doctrina del TC sobre esta materia. Concretamente la STC 171/1988, de 30 de septiembre, que declara que en el supuesto de que se presentase querellante particular a sostener la acción, la única posibilidad de sobreseimiento de que dispone el Tribunal es la recogida en el art. 637.2 LECrim., que, en su caso, sería susceptible del oportuno recurso de casación. Si por el contrario, pese a la literalidad de la Ley, el Tribunal procede a sobreseer provisionalmente, se cierra el paso a una resolución de fondo por una causa no prevista legalmente, que además impide cualquier remedio jurisdiccional aparte del amparo ante el TC. En consecuencia, en estos supuestos cabe recurso de amparo contra el auto de sobreseimiento provisional.

Por último, no cabe que la Audiencia Provincial pueda acordar el sobreseimiento libre en un recurso limitado a impugnar el sobreseimiento provisional adoptado por el Juez de instrucción, ya que este proceder viola el derecho al recurso y el principio prohibitivo de la *reformatio in peius*.

4. EL JUICIO ORAL.

El juicio oral, última fase del proceso, comienza por el auto de su apertura, que dicta el Tribunal que conoce del proceso (arts. 649 y ss. LECrim.). Dentro del término “juicio oral” deben distinguirse dos acepciones. En un sentido estricto, como “vista”, que comprende el período procesal que transcurre desde el día señalado para el comienzo de las sesiones del debate oral hasta el momento en que se pronuncia el “visto y concluso para sentencia”. Desde este punto de vista, el juicio oral no es sino un acto procesal complejo dentro del proceso, en el que la acusación ejercita frente a la otra parte, el acusado, una acción de condena, conforme a los principios de contradicción, concentración, intermediación, publicidad y libre apreciación de la prueba.

Sin embargo, en un sentido amplio, el juicio oral comprende toda la actividad preparatoria consistente en una serie de actos procesales heterogéneos: la apertura del juicio oral; los artículos de previo pronunciamiento; los escritos de calificación; el juicio oral.

4.1. Apertura del juicio oral.

Si el Tribunal declara la apertura del juicio oral dispondrá que se comunique la causa al Ministerio Fiscal (por el término de cinco días) para que califique por escrito los hechos, incluso en el supuesto de que solicitare el sobreseimiento, siempre que el juicio se hubiera abierto a instancia de un acusador particular; y al acusador privado (por igual plazo) si se trata de delitos sólo perseguibles a instancia de parte. Devuelta la causa por el Ministerio Fiscal se pasará por igual término y con el mismo objeto al acusador particular –si lo hubiera– y después, en su caso, al actor civil (arts. 633, 649, 651, 652 LECrim.).

Seguidamente, se comunicará la causa a los procesados y a los responsables civiles –en su caso– para que en igual término (cinco días) presenten sus escritos de conclusiones manifestando si se encuentran o no conformes con cada una de las conclusiones de los acusadores y consignando los puntos de divergencia, así como las pruebas que hayan de practicarse, con las listas de testigos y peritos⁴.

4.2. Artículos de previo pronunciamiento. Especial referencia a la prescripción.

Los artículos de previo pronunciamiento regulados en el art. 666 LECrim. son: la declinatoria de jurisdicción; la cosa juzgada; la prescripción del delito; la amnistía o indulto; la falta de autorización administrativa para procesar, cuando fuere necesaria según la Constitución o las Leyes especiales⁵. Se trata de óbices procesales cuya estimación

4. La STC 101/1989, de 5 junio, precisa que la consignación del plazo para recoger las actuaciones y la orden de dar traslado de las mismas no constituyen garantías establecidas en el art. 649 LECrim. Basta que se “comunique la causa” para que las partes califiquen los hechos por escrito.

5. La falta de autorización administrativa para procesar se trata de un requisito de procedibilidad, establecido en consideración a la función que prestan quienes forman parte del órgano máximo del Poder Ejecutivo, que tiene carácter objetivo, en el sentido de que su falta puede ser denunciada no sólo por el propio interesado, sino también por cualquiera de las partes constituidas como tales en el procedimiento, e incluso de oficio por cualquier órgano judicial que por su cargo pudiera tener conocimiento de alguno de estos hechos (véase ATS de 9 marzo 1998 [RAJ 1779]).

tendrá por consecuencia la suspensión, la finalización definitiva o el cambio de proceso según la cuestión que se estime. Por esa razón, la Ley prevé la alegación y resolución previa de estas cuestiones antes de entrar a decidir sobre el objeto principal del proceso penal.

Los artículos de previo pronunciamiento se podrán plantear durante los tres primeros días del plazo concedido para calificar los hechos. La relación del art. 667 LECrim. tiene carácter de *numerus clausus*, por lo que no cabe, por tanto, formular solicitudes con contenido distinto al previsto en los supuestos legalmente previstos. Así, no cabe impugnar la obtención o licitud de la prueba. Pero nada impide solicitar la nulidad de las actuaciones en este trámite procesal, en tanto que el art. 240.1 LOPJ dispone que esta denuncia debe hacerse mediante los recursos y medios que tenga a su alcance el interesado; y entre estos medios debe incluirse el trámite de alegación de los artículos de previo pronunciamiento.

Tras la presentación del escrito, se dictará diligencia de ordenación dando traslado por tres días a las partes, resolviendo luego sobre la petición de recibimiento a prueba del incidente, si se hubiese solicitado (vid. STS de 22 julio 1993 [RAJ 6352]). Transcurrido el término de prueba, o practicada la propuesta, se señalará día para la vista, resolviendo posteriormente el artículo de previo pronunciamiento propuesto (arts. 667 y ss. LECrim.).

Deben distinguirse entre los artículos de previo pronunciamiento, que se contienen en el art. 666 LECrim., dos grupos claramente diferenciados con base en los efectos de su estimación: 1.º La cosa juzgada, la prescripción del delito y la de amnistía o indulto⁶; 2.º La declinatoria de jurisdicción y la falta de autorización administrativa para procesar.

La estimación de cualquiera de las excepciones del primer grupo producirá el sobreseimiento libre del proceso. Por el contrario, la esti-

6. La amnistía ha desaparecido del CP como forma de extinción de la responsabilidad criminal. Y respecto al indulto ha de tenerse presente que el art. 62 i) CE prohíbe los indultos generales, y que el art. 130. 3 CP lo regula como causa de extinción de responsabilidad criminal, normativa que ha de ser completada con la Ley 18 junio de 1870 modificada por Ley 1/1988, de 14 enero, reguladora del Indulto.

mación de las excepciones del segundo grupo tendrá por consecuencia la continuación del proceso por los trámites que procedan. Así, cuando se estime la declinatoria de jurisdicción, el Juez que resulte incompetente deberá remitir los autos al órgano que se declare competente, para que éste siga las actuaciones iniciadas, absteniéndose de resolver sobre las demás cuestiones, si es que las hubiere (art. 674.2 y 3 LECrim.). Cuando el Tribunal estime la excepción por falta de autorización para procesar, mandará subsanar inmediatamente este defecto, quedando entre tanto la causa en suspenso, reanudándose una vez concedida la autorización (art. 677 LECrim.).

Respecto al sistema de recursos, contra las decisiones de la Audiencia que resuelven los artículos de previo pronunciamiento, cabe distinguir: 1) Contra el auto que desestime la cosa juzgada, la prescripción, la amnistía o indulto no cabe recurso alguno, si bien las partes podrán reproducirlas en el juicio oral, como medios de defensa (art. 678 LECrim.). 2) Contra el auto que estime la prescripción, cosa juzgada, amnistía o indulto procederá el recurso de apelación (art. 676.3 LECrim.). 3) Contra el auto resolutorio de la declinatoria, independientemente que sea estimatorio o desestimatorio, procederá el recurso de apelación. 4) Si se admite la excepción de falta de autorización para procesar se procederá a la subsanación del defecto, quedando entre tanto la causa en suspenso. Frente al auto en que se desestime no cabe recurso alguno. Conocerá del recurso de apelación la Sala Civil y Penal del TSJ de las CCAA [art. 846.bis.a) LECrim.].

De entre los artículos de previo pronunciamiento la prescripción y la cosa juzgada resultan las de mayor incidencia procesal. La prescripción del delito se regula en el Ordenamiento Penal por razones de seguridad jurídica. Se trata de una institución de naturaleza material o sustantiva que depende, exclusivamente, de la presencia de elementos objetivos y del transcurso de los plazos legalmente fijados en el art. 131 CP. En cuanto conste la prescripción del delito objeto de la causa debe ponerse fin al procedimiento, conforme a los principios de orden público que rigen el proceso penal y a la finalidad de que no se prolonguen indefinidamente situaciones jurídicas expectantes del ejercicio de acciones penales. En este sentido, no cabe mantener abierta una causa una vez que se ha acreditado la existencia de prescripción, sin que

pueda diferirse su apreciación a la celebración del juicio oral. Ese proceder resulta contrario al derecho de tutela judicial efectiva, así como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por otra parte, el Tribunal debe impedir que los imputados sufran la denominada “pena de banquillo”, cuando la apertura del juicio oral carece de finalidad práctica al estar prescrito el o los delitos objeto de acusación (STS de 7 octubre 2002 [RAJ 8876]).

De este modo, la prescripción de un delito se asimila o se cuasidentifica a la caducidad. Es decir, opera de forma automática por el simple transcurso del plazo legalmente previsto, debiendo ser apreciada en cualquier momento del procedimiento, incluso de oficio e interpretada de forma extensiva, según la doctrina del TS,

En este punto, procede atender, finalmente, al problema del cómputo de la prescripción. Con relación a esta cuestión el art. 132.2.º CP establece, a estos efectos que: *“La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena”*. En consecuencia, y a *sensu contrario*, no se interrumpe la prescripción cuando el procedimiento tenga por objeto un distinto al que, mientras tanto, hubiere prescrito. La cuestión no plantea problemas cuando el delito prescrito y el que fue objeto del procedimiento son heterogéneos (v.g. delito tributario y delito contra la salud pública). En ese caso, resulta obvio que si se inicia un procedimiento por uno de ellos el otro prescribe con independencia del inicio de una causa frente al mismo individuo. No es así en el supuesto de delitos homogéneos que admiten una calificación subsidiaria. Por ejemplo, si se acusa por lesiones existen varios tipos que atienden al mismo hecho cuya calificación se determina, tras la investigación por la clase de aquéllas; o en el caso de delitos contra la salud pública que, incluso, según la cantidad puede producirse un cambio de procedimiento.

Ahora bien, en otros supuestos existe una falsa apariencia de homogeneidad que, entre otras cuestiones, afecta a la correcta aplicación de la prescripción de esta clase de delitos. Éste es el supuesto de los delitos tributarios en sentido amplio, respecto a los que es usual que el procedimiento penal se inicie con base en una descripción genérica de los hechos sin una imputación concreta y fundando la imputación en el art. 305 CP que prevé consecuencias penales para la conducta de defraudar por acción u omisión a la Hacienda

pública por cantidad superior a 120.000 euros –a partir del 1 de octubre de 2004–. Este proceder plantea con relación a la prescripción dos problemas.

En primer lugar, el momento en que se interrumpe la prescripción, o *dies ad quem*, es aquél en que se formula denuncia o querrela por el Ministerio Fiscal en el Juzgado de Guardia, por unos hechos claramente perfilados y dirigiendo el procedimiento penal contra la persona plenamente identificada y determinada, del hoy recurrente. En este sentido, la jurisprudencia admite que para interrumpir la prescripción basta con que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito de que se trate. Ahora bien, no resulta admisible que se interrumpa la prescripción con base en la mera alegación genérica de defraudación a la Hacienda Pública sin ninguna clase de determinación de cuál sea la cuota y, en ocasiones, ni siquiera habiendo realizado la Inspección Tributaria intento o gestión alguna para su determinación, no puede tener el efecto interruptivo de la prescripción.

En segundo lugar, respecto al cómputo de la prescripción, ya que si bien la prescripción se produce a los cinco años, *ex art.* 131.1 CP su cómputo es distinto según el momento en el que se produzca la consumación de la defraudación, cuestión que depende de la clase de tributo. A este respecto, en los delitos contra la Hacienda Pública el *dies a quo* coincide con aquél en que concluye el período voluntario de declaración, según tiene declarado el art. 65 LGT, en relación con el art. 64 b) de la misma Ley, así como el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 20 de mayo de 1996, 26 de julio de 1999 y la de 6 de noviembre de 2000⁷.

7. Este extremo es importante, especialmente, con relación al IVA que tiene carácter trimestral, salvo excepciones en las que puede ser mensual (grandes empresas y exportadores), frente a la generalidad de los impuestos que se liquidan anualmente. Así resulta de los arts. 164 y 167 Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido y artículo 71.1 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido, que prevén que el periodo de presentación de las declaraciones del IVA y liquidación es trimestral y finaliza, los días 20 de abril, 20 de julio, 20 de octubre y 30 de enero, respectivamente. En consecuencia, en caso de elusión del impuesto del IVA, el delito se consume en el momento en que expira el plazo legal voluntario para realizar el pago, lo que determina el cómputo inicial y final de la prescripción. Sin embargo, en algunas resoluciones se adopta otro criterio distinto, según el cual el momento inicial del cómputo corresponde con la presentación del resumen anual, el 31 de enero de cada año. Este criterio no se compadece con la normativa tributaria. Además, su aplicación plantea dos paradojas. En primer lugar, véase que en el caso de eludir el IVA del último tri-

4.3. Escritos de calificación provisional. Conformidad del acusado.

Si no se hubieren alegado excepciones, calificarán el Fiscal y la acusación particular y posteriormente la defensa. Para el caso de que propuestas, sean desestimadas las excepciones previas, se comunicará nuevamente la causa a cada parte que las hubiere alegado para que lleve a efecto la calificación de los hechos –art. 679 LECrim–, continuando, en consecuencia, el proceso.

El escrito de calificación provisional, conforme al art. 650 LECrim., se limitará a determinar, en conclusiones precisas y numeradas: 1.^a Los hechos punibles que resulten del sumario. 2.^a La calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyan. 3.^a La participación que en ellos hubieren tenido el procesado o procesados, si fueren varios. 4.^a Los hechos que resulten del sumario y que constituyan circunstancias atenuantes o agravantes del delito y eximentes de responsabilidad penal. 5.^a Las penas en que hayan incurrido el procesado o procesados, si fueren varios, por razón de su respectiva participación en el delito.

El acusador privado, en su caso, y el Ministerio Fiscal cuando sostenga la acción civil, expresarán, además: 1.º La cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida.

mestre, de por ejemplo, el año 2000, el delito prescribiría el 31 de enero de 2006. Es decir, cinco años y un mes después de consumado el delito. Ahora bien, si se elude el IVA del primer trimestre de 2000, prescribiría, igualmente, el 31 de enero de 2006. Es decir, casi a los seis años. En segundo lugar, si atendemos al elemento objetivo del delito, con relación a la cantidad a partir de la cual la elusión fiscal constituye delito, el criterio de computar la prescripción respecto del día de presentación del resumen anual suscita otro problema. En este sentido, cabría entender que hasta ese momento no cabría imputación alguna, ya que el delito se consumaría el día de presentación del resumen. De este modo, aunque se eludiera el pago del IVA el primer trimestre no cabría imputación hasta que transcurriera el año, ya que cabría que en trimestres posteriores el obligado liquidase el impuesto. Sin embargo, esa conducta no es admisible atendiendo, precisamente, a la legalidad expuesta que establece que el delito se consuma al finalizar el plazo voluntario de pago del impuesto. Por todo ello parece adecuado, por mera coherencia, que sea éste el criterio que se siga con relación a la prescripción del delito tributario con base en la elusión del IVA.

2.º La persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieran contraído esta responsabilidad.

Las partes podrán presentar, sobre cada uno de los puntos que han de ser objeto de la calificación, dos o más conclusiones de forma alternativa, para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia (art. 653 LECrim.). Asimismo, manifestarán en sus respectivos escritos de calificación las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia (art. 656 LECrim.). Téngase presente que, a salvo de las excepcionales facultades del Tribunal previstas en el art. 729 LECrim., la práctica de las diligencias de prueba se debe constreñir a las propuestas por las partes en los escritos de calificación provisional, precluyendo la petición en dicho momento (art. 728 LECrim.).

Al escrito de calificación le corresponde la función de orientar el debate, fijando qué hechos constituyen el objeto de la acusación e indicando al acusado la dirección del ataque y las pruebas en que éste ha de basarse, a fin de que el inculpado pueda disponer adecuadamente su defensa. La indeterminación en el escrito de conclusiones provisionales de los hechos punibles puede producir indefensión en el acusado. También servirá para perfilar el objeto de la acción civil, ejercitada con la interposición de la querella, en su caso.

El escrito de calificación provisional no resulta vinculante para las partes, ya que una vez practicada la prueba podrán modificar sus conclusiones formulando las denominadas definitivas (art. 732 LECrim.). Por tanto, es el escrito de calificación definitiva donde queda definitivamente delimitado el objeto penal y civil del proceso penal seguido: y el que constituye la verdadera referencia para dictar una sentencia congruente.

Ahora bien, téngase en cuenta que la modificación no puede alterar los términos del debate sobre el que efectivamente se ha defendido el acusado. Así, y principalmente, debe respetarse la identidad del hecho y la homogeneidad delictiva; de modo que no puede calificarse por hechos sustancialmente distintos a los que fueron objeto de calificación provisional.

Finalmente, con relación a la conformidad, el art. 655 LECrim. prevé que si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, el procesado podrá en el trámite de calificación manifestar su conformidad absoluta con la calificación más grave, y solicitar o no, la continuación del juicio. Si no conceptúa necesaria la continuación del juicio, el Tribunal previa ratificación del procesado dictará la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada. Frente a la sentencia de conformidad no cabe recurso de casación, por la plena aceptación del acusado, garantizada por la aceptación de su abogado.

El límite de pena que permite la conformidad del acusado debe entenderse referido a los seis años de prisión, de conformidad con lo previsto en el procedimiento abreviado (véase art. 787 LECrim.). Aunque el art. 655 LECrim. se refiere a la pena correccional que se correspondería con la pena de seis meses a tres años de prisión. Así, lo ha entendido alguna sentencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, carece de sentido que se limite la conformidad a las peticiones de pena de hasta tres años. En primer lugar, por coherencia con la regulación establecida en el procedimiento abreviado. En segundo lugar, porque de ser así prácticamente no se podría alcanzar conformidad alguna en el procedimiento por delitos graves en razón de la cuantía de las penas que se solicitan en esta clase de procedimiento. También cabe la posibilidad de que en el juicio oral el procesado se confiese reo del delito según la calificación más grave, y civilmente responsable, por la cantidad mayor que se hubiese fijado (art. 689 LECrim.).

4.4. Suspensión del juicio oral.

El juicio puede interrumpirse o suspenderse, aunque en la práctica no se distingue entre ambas formas que se denominan genéricamente suspensión del proceso. La interrupción tendrá lugar cuando el Tribunal acuerde paralizar la celebración del juicio oral ya iniciado, durante un breve período de tiempo, cuya duración debe fijarse en el propio auto de interrupción (aunque el art. 748 LECrim. se refiere a suspensión). En este caso, los actos procesales realizados antes de la interrupción conservarán su validez, no procediendo su repetición—art. 746.1, 2 y 3 LECrim—. Por su parte, la suspensión *stricto sensu* sólo se

decretará en unos determinados supuestos –arts. 749 y 746.4.º, 5.º y 6.º LECrim.– en los que la paralización del proceso deberá acordarse por un período de tiempo indefinido. En estos casos, los actos procesales realizados con anterioridad deberán dejarse sin efecto, debiendo citarse a las partes a nuevo juicio para cuando desaparezca la causa de la suspensión o puedan ser reemplazadas aquellas personas que deban serlo.

Los principios que informan la suspensión (interrupción) del proceso pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1. El principio general se fundamenta en evitar con el mayor celo las suspensiones no motivadas, que no tengan una causa justificada y legalmente prevista, puesto que, en caso contrario, se podría conculcar el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas.

2. En los supuestos en los que procede, la suspensión del juicio puede tener un carácter discrecional o necesario. Será necesario atender a la suspensión en los casos de los núms. 1, 2, 4, 5 y 6 del art. 746 LECrim., con las precisiones que en los mismos se señala, pudiéndose decretar de oficio.

Es causa de suspensión, siempre que se encuentre justificada, la enfermedad repentina de algún miembro del Tribunal, Fiscal o defensor de las partes acusadoras o acusadas que no pueda continuar tomando parte en el juicio ni pueda ser reemplazado sin grave quebranto para la defensa del acusado (art. 746. 4 LECrim.). Es decir, no se trata de una facultad discrecional, salvo en lo relativo al examen y apreciación de la causa de justificación alegada, en tanto que también pesa sobre el órgano judicial el tutelar el derecho eventual de la parte contraria a un proceso sin dilaciones indebidas, debiéndose dar una respuesta expresa y motivada a la solicitud.

No se halla prevista en el art. 746 LECrim. la suspensión por causa de cambio en la defensa, aunque es uno de los motivos que pueden justificarla. Pero no se accederá a la suspensión cuando medie tiempo suficiente hasta el señalamiento para que el nuevo abogado se instruya de la causa.

3. En cambio, la suspensión será discrecional y sólo se decretará a instancia de parte, en el caso del núm. 3 del art. 746 LECrim. referido a la imposibilidad de práctica de un determinado medio de prueba. En idéntico modo sucederá cuando las partes no tuvieran preparadas las pruebas ofrecidas en sus respectivos escritos (art. 745 LECrim.).

Éste es uno de los supuestos más frecuentes de petición de suspensión de juicio oral, respecto al que cabe señalar las siguientes reglas:

a) En primer lugar, debe tenerse presente la entidad del derecho a utilizar en el juicio oral las pruebas pertinentes para la defensa, en particular la testifical, sin perjuicio de la potestad del órgano judicial de denegar la suspensión del juicio y tenerse por suficientemente informado –SSTC 51/1990, de 26 marzo, y 59/1991, de 14 marzo–. De este modo, debe accederse a la suspensión del juicio por incomparecencia de todos los testigos propuestos cuando no existan otras pruebas para formar el juzgador su juicio completo sobre los hechos, así como la del único testigo que constituía el medio exclusivo de la prueba de cargo. A este respecto, debe tenerse presente que el derecho a interrogar a los propios testigos es una exigencia recogida en los arts. 6.3 del Convenio de Roma y 14.3 e) del Pacto Internacional de Nueva York, disposiciones referentes no sólo a los acusados, sino de aplicación extensiva para las partes acusadoras⁸.

b) La incomparecencia de alguno de los procesados, citados personalmente, no será causa de suspensión, siempre que, oídas las partes personadas, el Tribunal considere que existen elementos de juicio suficientes para juzgarlos con independencia, haciendo constar las razones de su determinación⁹. En

8. La resolución de esta cuestión se fundamentará en criterios de necesidad, no de pertinencia, por ser este último un criterio para la admisión de la prueba. Es decir, que se puede denegar la suspensión del juicio oral para practicar una prueba declarada pertinente, pero que no resulta necesaria a los efectos de justificar la suspensión del juicio. En consecuencia, la suspensión será facultad del Tribunal, supeditada a que se considere necesaria su declaración por su importancia y relevancia, ponderando la diversidad de circunstancias concurrentes. Aunque, como ha puesto de manifiesto el TS en algunas sentencias, debe destacarse el problema que implica pronunciarse sobre la relevancia o necesidad de una prueba que aún no se ha practicado, por lo que el Tribunal debe resolver sobre la suspensión con base en las razones alegadas por la defensa. En caso de denegación debe hacerse constar la oportuna protesta y se especifiquen los puntos o extremos sobre los cuales había de versar el interrogatorio a efecto de hacer valer esta cuestión en casación o en amparo –SSTC 218/1991, de 15 noviembre, y 65/1992, de 29 abril–.

9. La jurisprudencia –SSTS de 3 enero 1984 (RAJ 8), 9 mayo 1984 (RAJ 2493) y 8 abril 1992 (RAJ 3120)–, establece como requisitos para que se pueda continuar, aun con incomparecencia de alguno de los acusados: a) que haya incomparecido uno, siendo varios, por enfermedad u otro motivo; b) que hayan sido citados personalmente, equiparándose a esta citación cuando se hallen en prisión, la citación a su Procurador y la orden de conducción desde el establecimiento penitenciario hasta el

su caso, se podrá recurrir en casación con base en el art. 850.5 LECrim. Máxime cuando el acusado incomparecido se halla en paradero desconocido sin que sea previsible hallarle.

c) No compareciendo los testigos, tanto en el caso del art. 745 como del art. 746.3.º LECrim., la suspensión será facultad del Tribunal, supeditada a que se considere necesaria su declaración por su importancia y relevancia y no sólo por criterios de pertinencia que era la pauta para la admisión de pruebas en la apertura del juicio oral. Y siempre teniendo en cuenta que la suspensión resulte útil, en tanto que sea posible la comparecencia del testigo¹⁰.

d) En cuanto a los peritos, su incomparecencia también permite acordar la suspensión del juicio, aunque no se prevé expresamente en el art. 746 LECrim. El criterio es similar al expuesto para los testigos. Es decir, deberá valorarse la necesidad de la prueba, teniendo en cuenta que tratándose de la incomparecencia del Médico Forense ningún obstáculo se plantea para una nueva citación.

e) Sobre la prueba documental rige un criterio de pertinencia para acceder a la casación, revisable en casación.

f) La falta de las piezas de convicción al inicio del juicio, si hubiesen sido solicitadas por las partes, es causa de suspensión del juicio, incidiendo su ne-

Tribunal; c) que la Audiencia después de anunciar su intención de no suspender, oiga a las partes personadas; d) que se expongan explícitamente y se hagan constar las razones de su determinación, y e) que existan elementos de juicio suficientes para poder juzgar a los procesados presentes con independencia de los ausentes. Contra esta decisión del Tribunal cabe la censura casacional, siempre que existan y se expongan causas fundadas de oposición mediante la oportuna protesta y los ausentes no hayan sido declarados previamente en rebeldía.

10. No cabe acordar la suspensión ante la incomparecencia de un testigo que se halla ingresado en la UCI de un Hospital (STS 1 de marzo de 2002 [RAJ 3917]). Tampoco por la incomparecencia de los testigos que no hubieren sido propuestos por quien la solicita. Sobre este particular las SSTS de 1 marzo 1977 (RAJ 842) y 10 julio 1984 (RAJ 3883), entre otras, distinguen según se trate de prueba propia o de mera adhesión, pues aunque se emplee por alguna de las partes la fórmula de que hace suya la prueba propuesta “aunque sea renunciada por la otra parte”, se trata de una prueba adhesiva, y “la suerte del que se adhiere corre pareja a la iniciativa del que originariamente la propuso”, si bien es presupuesto válido para solicitar la suspensión del juicio y legitimar un recurso de casación –STS de 12 junio 1982 (RAJ 3002)–.

gativa en posible quebrantamiento de forma, siempre que se cause efectiva indefensión¹¹.

g) La imposibilidad de practicar el careo o la reconstrucción de hechos no es causa de suspensión por ser medios de prueba de carácter facultativo y subsidiario¹².

e) También se procederá a la suspensión del juicio en los supuestos de incoación de información suplementaria (véase *infra*).

4.5. El juicio oral.

Presentados los escritos de calificación o recogida la causa en poder de quien la tuviere después de transcurrido el plazo del art. 649 LECrim. el Tribunal dictará auto declarando realizada la calificación y mandando que se pase aquélla al Ponente, por término de tres días, para el examen de las pruebas propuestas –art. 658 LECrim.–. Devuelta que sea la causa por el Ponente, el Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto, admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás –arts. 658 y 659 LECrim.–. La admisión de la prueba queda sujeta al criterio de pertinencia y necesidad teniendo en cuenta que el derecho a la prueba es una de las garantías que constitucionaliza el art. 24.2 CE, pudiendo ser sustento de un recurso de amparo si se causa indefensión con su denegación¹³.

11. Puede suceder que a pesar de la dicción literal del art. 688.1.º LECrim., la diversidad de causas que afecten a las piezas de convicción, por hallarse enjuiciada una persona en diversos procesos o por otros motivos, no haga posible su presencia en el juicio, lo cual no será motivo de quebrantamiento de forma, si no se solicitó dicha presencia en el escrito de calificación provisional. Vid. SSTS de 3 noviembre 1983 (RAJ 1854) y 5 julio 1985 (RAJ 3958).

12. SSTS de 11 junio 1983 (RAJ 3112) y 22 abril 1983 (RAJ 2200), respecto al careo y STS 2 marzo 1993 (RAJ 1892), que sostiene "... Tampoco es incompatible con la posibilidad de reproducir... un simulacro de la acción (reconstrucción de hechos) que constituya la base de la acusación o de los hechos que la defensa estima de interés para sostener su tesis, pero, en todo caso, se trata de una diligencia cuya oportunidad y procedencia incumbe... a la Sala sentenciadora...".

13. El derecho a la prueba, según SSTC 36/1983, de 11 mayo; 116/1983, de 7 diciembre; 105/1985, de 8 octubre; 102/1987, de 17 junio; 44/1988, de 17 marzo; 60/1988, de 8 abril, es una de las garantías que constitucionaliza el art. 24.2 CE, pudiendo ser sustento de un recurso de amparo si se causa indefensión con su denegación.

En el mismo auto señalará el día en que deban comenzar las sesiones del juicio oral teniendo en consideración la prioridad de otras causas y el tiempo que fuere preciso para las citaciones y comparecencias de los peritos y testigos¹⁴. Los recursos contra el contenido de este auto vienen establecidos en el art. 659 LECrim¹⁵. Al Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras y las defensas se les citará por medio de su representante legal para el día de celebración del juicio. Sin embargo, la omisión de la citación quedaría convalidada si se personaran en el juicio. El acusado deberá ser citado personalmente.

Los debates del juicio oral serán públicos, salvo casos excepcionales por razones de moralidad o de orden público (art. 680 LECrim.) justificadas para facilitar el correcto y ordenado desarrollo del proceso.

Para la adopción de la medida de celebración del juicio a puerta cerrada, el Tribunal al inicio de las sesiones o durante las mismas, tras preguntar a las partes y previa deliberación secreta, dictará auto motivado, no susceptible de recurso, en el cual se harán constar las razones de moralidad, orden público o respeto a la persona ofendida o a su familia, que le hayan llevado a tomar la decisión. Tras su lectura en audiencia pública, todas las personas, a excepción de las reseñadas en el art. 681.2 LECrim., abandonarán el local –arts. 680 a 682 LECrim.–. Aunque la falta de motivación del auto constituye una irregularidad que, por otra parte, la parte a la que interese deberá poner de manifiesto mediante la oportuna protesta.

14. La recusación de los peritos propuestos habrá de ajustarse a lo previsto en el art. 468 LECrim. y deberá realizarse dentro de los tres días siguientes, sin posibilidad de recusación posterior (arts. 662 y 663 LECrim.).

15. Contra la resolución en que se acuerde la admisión de pruebas no cabe recurso alguno. Contra la resolución de inadmisión tampoco cabe recurso inmediato, pero debe efectuarse la protesta como trámite previo para la interposición del recurso de casación, de conformidad con el art. 659.4.º LECrim. Son requisitos para la admisión de un recurso de casación por quebrantamiento de forma basado en la denegación de una prueba, en general los siguientes: a) que se haya propuesto la prueba o pruebas, en tiempo y forma, por alguna de las partes; b) que las propuestas hayan sido denegadas por la Audiencia en origen; c) que dicha denegación se haya acordado, pese a la procedencia o pertinencia de su solicitud distinguiéndose la pertinencia de la necesidad, produciendo la denegación efectiva indefensión, y d) que se haya hecho constar la correspondiente protesta en el momento oportuno.

Se iniciará el juicio preguntando al acusado, puesto en pie –art. 685 LECrim.–, sobre las denominadas “generales de la Ley” contenidas en el art. 388 LECrim. (circunstancias personales) y si conoce o no el motivo por el que es acusado. Cuando su respuesta fuese negativa se le ilustrará en forma clara de los delitos y faltas, en su caso, de que fuera acusado y se le preguntará si se confiesa o no culpable de los hechos (arts. 688 y ss. LECrim.).

El art. 688 LECrim. prevé la posible conformidad del acusado en este momento procesal, la que podrá tener lugar, conforme a lo expuesto en el apartado anterior *in fine*, cuando la pena no exceda de seis años¹⁶. En ese caso, y conforme a los arts. 689 y ss. LECrim. el Tribunal preguntará al procesado si se confiesa reo del delito, según la calificación más grave. Si contestare afirmativamente se preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio. Si contestare negativamente el Tribunal dictará sentencia en los términos expresados en el art. 655 LECrim., sin que pueda imponer pena mayor a la solicitada. El juicio proseguirá si el acusado no se confesare culpable o se opusiera el defensor (art. 696 LECrim.), o si el acusado no acepta la responsabilidad civil o la cuantía pedida (art. 695 LECrim.).

Seguidamente se concede la palabra al Ministerio Fiscal, partes acusadoras y acusadas para que interroguen al acusado. Posteriormente se practican las demás pruebas admitidas, comenzando por las de la acusación y luego las de la defensa. No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes –art. 728 LECrim– (STC 33/1992, de 18 marzo). No obstante, el art. 729 LECrim. dispone como excepción que podrán practicarse de oficio: Los careos de testigos; y las diligencias de prueba no propuestas por las partes que el Tribunal estime necesarias para la comprobación de los hechos y aquellas otras ofrecidas por las partes que puedan influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo y que resulten admisibles.

Además, el artículo 726 LECrim. que autoriza al Tribunal el examen por sí mismo de los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción

16. Aunque, como se ha expuesto, la jurisprudencia constante del TS viene exigiendo que la pena solicitada no exceda de tres años, lo que, a nuestro entender, no se justifica según se expuso en el apartado anterior *in fine*. Véase sobre este particular la STS de 7 diciembre 2002 (RAJ 1429).

que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad. Además, podrá darse lectura a las diligencias sumariales cuando las pruebas documentadas no puedan ser practicadas por causas independientes a la voluntad de las partes —art. 730 LECrim.—. También podrá acordarse la práctica de información suplementaria (véase *infra* sobre la incoación de información suplementaria).

Tras la práctica de las pruebas, se realizarán los escritos de conclusiones definitivas que se examinan a continuación.

4.6. Escritos de calificación definitiva.

Tras la práctica de las pruebas, las partes formularán sus conclusiones definitivas. Éstas podrán verificarse bien elevando a definitivas las provisionales o efectuando unas nuevas, cuya forma será la prevista en el art. 650 LECrim. para las provisionales. También podrán formularse en forma alternativa —art. 732.2 LECrim. en relación con el art. 653 LECrim.—. Deberán aportarse por escrito, sin perjuicio que pueda admitirse su formulación *in voce* que deberá constar en acta, sin que este proceder determine la nulidad de las conclusiones definitivas.

En la calificación definitiva no puede ampliarse la acusación a personas distintas, hechos nuevos o ilícitos que comporten una total alteración del objeto del proceso, respecto a los establecidos en la calificación provisional, ya que en este supuesto se produciría indefensión, por vulneración del principio acusatorio. Concretamente la necesaria correlación entre acusación y defensa. Pero sí cabe la modificación que suponga un cambio de punto de vista jurídico respetando la identidad esencial de los hechos y el delito objeto de la acusación¹⁷.

17. La jurisprudencia viene admitiendo la modificación de la acusación, cuando se respeta la identidad fáctica, para acusar por un delito homogéneo. Estos delitos son: "... modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse" (ATC 244/1995).

El Tribunal queda vinculado por las calificaciones definitivas de las partes acusadoras, salvo la aplicación de la facultad conferida al Tribunal por el art. 733 LECrim. (vid. el epígrafe siguiente). La sentencia deberá resolver estas peticiones y darles una respuesta congruente. No obstante, en ningún caso, quedará vinculado por la calificación de la defensa.

El debate procesal vincula al juzgador penal, en cuanto que no podrá pronunciarse sobre hechos no aportados al proceso ni objeto de la acusación, ni podrá calificar jurídicamente los hechos de forma que integren un delito de mayor gravedad que el definido en la acusación (STC 17/1988). Tampoco podrá imponer una pena por delito distinto o apreciar una circunstancia no alegada por la acusación.

La vinculación del Tribunal a las calificaciones de las partes acusadoras no impide que el Tribunal pueda apreciar circunstancias atenuantes ni tampoco para imponer pena superior, dentro de los límites fijados por la Ley para el tipo delictivo, objeto de acusación, en aplicación de la función individualizadora que corresponde a los Tribunales. También puede el Tribunal calificar los hechos de modo distinto para condenar por un delito homogéneo (véanse SSTC 70/1999, de 26 de abril; 225/1997; 134/1986; 105/1983).

4.7. Incoación de información suplementaria.

Procede la incoación de información suplementaria en caso de producirse revelaciones o retractaciones inesperadas, que produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria, con suspensión del juicio oral (art. 746.6.º LECrim.).

Se trata de una facultad discrecional del Tribunal cuya procedencia dependerá de la valoración de las circunstancias o eventualidades surgidas durante las sesiones del juicio oral, debiendo ponderarse tanto el derecho de defensa como el evitar dilaciones innecesarias¹⁸. El Tribunal acordará la práctica de la

18. La resolución se fundará en un criterio de necesidad ante un elemento fáctico introducido en las sesiones del juicio oral que, por una parte, produzca una alteración sustancial y que, por otra, haga imprescindible la aportación de nuevos elementos de prueba. En caso contrario, se deberá negar su práctica, por cuanto de otro

información suplementaria conforme a las siguientes premisas de: – Tiempo: Se haya abierto el juicio oral y se produzcan antes de su conclusión. – Finalidad: Han de relacionarse con los hechos enjuiciados y las alegaciones de las partes intervinientes en el proceso, y – Contenido: Se refiere a un hecho nuevo, en el sentido de que no haya sido objeto de investigación anterior. La resolución del Tribunal es revisable en casación en supuestos excepcionales en los que se vulneren los presupuestos que fundamentan la discrecionalidad¹⁹.

La competencia para la práctica de las pruebas será del instructor de la causa quien se limitará, en este caso, únicamente, a la realización de los medios de investigación ordenados y que, a instancia de parte, hubiesen sido solicitadas –art. 747 LECrim.–, debiendo remitir seguidamente los autos a la Audiencia.

El juicio quedará suspendido en tanto se practican los actos de investigación lo que plantea el problema de determinar la validez de los actos de prueba practicados, que pueden resultar inútiles ante la circunstancia de la práctica de nuevas diligencias. En ese caso, el art. 749.2 LECrim. dispone que el Tribunal podrá acordar dejar sin efecto los actos de prueba practicados si la instrucción suplementaria: “*exigiere algún tiempo*”. En cualquier caso se trata de una facultad discrecional del Tribunal. Pero, de no accederse a la nulidad de lo actuado será requisito necesario que conozca del resto del juicio el mismo Tribunal que conoció del inicio del juicio.

Por otra parte, puede suceder que practicada una información suplementaria resultaren indicios racionales contra determinada persona no procesada en autos. En este caso, el Juez instructor (que actúa por delegación de la Sala) no puede acordar su procesamiento, al hallarse concluso el sumario. Solamente, tras la petición de revocación del sumario, por alguna de las partes acusadoras, y siempre que dicha revocación sea acordada por la Sala, se podrá acordar el precitado procesamiento, siguiéndose a continuación los de-

modo se permitiría una aportación probatoria excepcional, o la disposición del desarrollo del proceso por las partes. De este modo, no cabe acceder a la suspensión ante la mera alegación de hechos nuevos por el propio acusado, ya que en realidad éstos no le eran desconocidos.

19. De ahí que, como señala la Sentencia de 29 enero 1993 (RJ 1993\218) “habrá que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción del órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso”.

más trámites hasta llegar de nuevo al señalamiento del juicio oral, cuya celebración deberá realizarse nuevamente, con nulidad de todas las actuaciones precedentes desarrolladas en el anterior juicio oral.

4.8. Proposición de la “tesis” por el Tribunal.

Si el Tribunal entiende, juzgando por el resultado de las pruebas, que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá su Presidente emplear la fórmula legal prevista en el citado precepto, a los efectos de solicitar de las partes que ilustren al Tribunal sobre los extremos expuestos en su tesis (art. 733 LECrim.).

Con la tesis el Tribunal propone a las partes una calificación distinta o la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. De ese modo, asumida la calificación propuesta por alguna de las partes acusadoras el Tribunal podrá condenar de conformidad con aquella petición de la parte (véanse SSTC 70/1999, de 26 abril; 17/1988; 12/1981). La tesis no permite corregir la calificación efectuada por las partes acusadoras antes y durante el juicio oral. Tampoco permite corregir los errores cometidos en los escritos de calificación; así, respecto a la apreciación de circunstancias atenuantes o agravantes²⁰.

20. La aplicación de la tesis del art. 733 LECrim. se ha visto matizada, como consecuencia del reforzamiento del principio acusatorio que ha tenido lugar desde la vigencia del art. 24 CE, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (vid. STC 55/93, de 15 febrero). Sucede que esta facultad es excepcional y está sometida a extraordinarias reservas. Téngase en cuenta que el proceso penal se fundamenta en un “sistema complejo de garantías” vinculadas entre sí, que impone la necesidad de que “la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado, hechos de los que el haya tenido ocasión de defenderse, y que determinan la calificación definitiva”. En definitiva, el planteamiento de la tesis supone, de algún modo, desequilibrar el debate procesal afectando a la posición del Juez o Tribunal que debe ser árbitro imparcial en la contienda judicial y no debe actuar a favor de la acusación, desequilibrando de ese modo la contienda judicial. En este sentido, no resulta fácil hallar supuestos en los que la propuesta de una calificación distinta de los hechos o la apreciación de una circunstancia que determinen la agravación de la pena no produzca indefensión del acusado. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de modo poco preciso. Aunque en sentido general ha entendido que debe prevalecer el sistema acusatorio.

La Tesis deberá plantearse en los siguientes casos (art. 733 LECrim.):

- a) Cuando el Tribunal califique los hechos como un delito más grave que el calificado por las acusaciones.
- b) Cuando el Tribunal entienda que los hechos objeto de acusación no han sido adecuadamente calificados, ya que corresponden a otro delito homogéneo —nunca heterogéneo—, de distinta naturaleza, aun cuando éste tuviese asignada pena de igual o inferior gravedad.
- c) Cuando el Tribunal quiera estimar eximentes o agravantes no apreciadas por las acusaciones, y
- d) Cuando el Tribunal pretenda elevar el grado de participación de los acusados, respecto al calificado por las partes acusadoras.

Si el Fiscal o cualesquiera defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta, se suspenderá la sesión hasta el día siguiente —art. 733 *in fine* LECrim.—.

4.9. Informe de las partes.

El último acto procesal en que participarán las partes durante la celebración del juicio oral es el relativo a la exposición de sus informes. En éstos las partes, comenzando por el Fiscal y demás partes acusadoras, seguido de las defensas, expondrán los hechos que consideren probados, su calificación jurídica, la participación de los acusados y la responsabilidad civil de éstos. Los informes deberán acomodarse a las conclusiones definitivas que se hubieran formulado y, en su caso a la propuesta por el Presidente del Tribunal, con arreglo a lo dispuesto en el art. 733 —art. 737 LECrim.—. Aunque, en el caso, que la única parte acusadora en el trámite de conclusiones definitivas sea la Acusación Particular es correcto que informe, en primer lugar, esta parte, y a continuación el Ministerio Fiscal (STS 12 de julio 2001 [RAJ 8113]).

Después de estos informes sólo será permitido a las partes la rectificación de hechos y conceptos —art. 738 LECrim.—.

El acto de la vista concluirá después de que el Presidente haya preguntado a los procesados si tienen algo que manifestar al Tribunal y

haberlos oído, en su caso –arts. 739, 740 LECrim.–. Este derecho a la última palabra no es una mera formalidad, sino la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar o rectificar sus propias declaraciones o incluso discrepar de su defensa (SSTC 181/1994, de 20 junio y 29/1995, de 6 febrero).

5. ACTA DEL JUICIO ORAL. SENTENCIA Y RECURSOS.

El juicio deberá documentarse en un acta levantada por el Secretario en la que, sucintamente, se hará constar el desarrollo del juicio. Se firmará por el Presidente, miembros del Tribunal, partes acusadoras y defensas –art. 743 LECrim–. El Acta del Juicio oral no tiene por qué recoger lo acaecido con absoluta fidelidad. Pero, en caso de plantearse alguna discrepancia deberá hacerse constar la objeción por el interesado. A este fin sirve el art. 743.2 LECrim. que dispone que al terminar la sesión el Secretario leerá el Acta haciéndose las rectificaciones que las partes reclamen, si el Tribunal en el acto las estima procedentes. De tal modo que, si bien es cierto que la legibilidad del Acta puede afectar a la presunción de inocencia, corresponde a la parte denunciar este extremo.

También cabe la documentación de las actuaciones en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen cuando se disponga de estos medios técnicos (arts. 146 y 147 LEC). En ese caso, el acta se limitará a contener las peticiones y propuestas de las partes, las resoluciones que adopte el Tribunal así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte (art. 146. 2 LEC).

El contenido del Acta no vincula, dentro de un orden, al Tribunal al redactar el relato de hechos probados. En este sentido se pronuncia la STS de 18 febrero 2002 (RAJ 2828) que declarara ilustrativamente que: *“la experiencia nos demuestra que en demasiadas ocasiones, ni en el Acta se registra la totalidad de lo manifestado, ni tampoco concuerdan exactamente lo declarado con lo que figura en el documento, lo que, por lo demás, es perfectamente comprensible dada la deficiente mecánica con que se desarrolla esta labor”*. Y de forma concordante, en caso de discrepancia, prevalece en casación la interpretación del Tribunal de la prueba practicada frente a lo que apareciere recogido en el Acta (véase STS de 21 diciembre 2002 [RAJ 1214]).

El Tribunal dictará sentencia, en la que se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio. No podrá acordar el sobreseimiento de la causa en relación con aquellos acusados que entienda no debe condenar (art. 742 LECrim.), ya que en este caso procede la absolución. La sentencia será absolutoria o condenatoria por todos los delitos o faltas objeto de acusación²¹. La sentencia deberá observar los requisitos constitucionales y legales, y concretamente el de la motivación (véase sobre el contenido de la sentencia Cap. XII). Contra la sentencia que dicten las Audiencias cabe interponer recurso de casación (véase sobre el recurso de casación Cap. XIII).

21. Como nos señala la ilustrativa Exposición de Motivos de la LECrim., queda proscrita para siempre, en el proceso penal, la “absolución en la instancia” y el Tribunal tiene la obligación de condenar o absolver, sin reserva alguna, y sin que le sea lícito abrir un nuevo procedimiento sobre el hecho ya juzgado.

CAPITULO XVIII

EL PROCESO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

1. ANTECEDENTES Y PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE TRIBUNAL DE JURADO.

La introducción del actual Jurado en nuestro ordenamiento procesal penal, tras las anteriores experiencias negativas del Jurado en nuestra historia, se realizó por medio de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LJ), modificada por la LO 8/1995, de 16 de noviembre¹. Con la promulgación de esta Ley se vino a dar cumplimiento al art. 125 de nuestra Constitución, según el cual “*los ciudadanos podrán... participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine...*”. La Ley de Jurado regula los aspectos orgánicos del Tribunal del Jurado y el procedimiento penal para sustanciar las causas que deba enjuiciar el Jurado, cuyos principios se pretende que informen la futura modificación de la LECrim. (DF 4.^a LJ).

1. El Pleno del Congreso aprobó la LJ, sin la introducción de las enmiendas aprobadas por el Senado, al no obtener éstas votos favorables suficientes, por ausencia de algunos diputados. Esto obligó a presentar una nueva proposición de LO para introducir las enmiendas del Senado. De ahí que la LO de 22 de mayo fuera modificada a los pocos meses por la LO 8/1995. Hay que tener en cuenta, también, que la DF 2.^a de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el nuevo CP, modifica el apartado 2.º del art. 1 LJ, adaptándolo al nuevo Código Penal.

El retraso de casi dieciséis años en el cumplimiento del mandato constitucional se debió, fundamentalmente, a diversas razones. Entre otras, a las discrepancias existentes en torno a si el Jurado mejoraría o no nuestra Administración de Justicia. En segundo lugar, a la negativa influencia del recuerdo del fracaso del Jurado en nuestra experiencia histórica y, también, las dudas sobre el tipo de Jurado a implantar². El modelo de casi todos los países de nuestro entorno es el del Jurado escabinado compuesto por ciudadanos legos y jueces profesionales, que se pronuncian conjuntamente en torno a los hechos y la aplicación del derecho (Alemania, Francia, Italia y Portugal). Sin embargo, el legislador español optó por el Jurado puro o anglosajón, en el que los ciudadanos se pronuncian sobre hechos y el Juez profesional recoge en la sentencia el veredicto de los ciudadanos jurados e impone, en su caso, la pena. Otro aspecto importante de nuestro sistema de jurado es que no nos concede la posibilidad de elegir entre ser juzgado por el Tribunal del Jurado o por Jueces profesionales (opción que es posible en otros países).

El procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado se resiste a ser clasificado como un procedimiento ordinario o como un procedimiento especial ya que, en realidad, la LJ introduce un procedimiento distinto de los ordinarios y de los especiales en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal. Sin embargo, dada su naturaleza y el ámbito de su aplicación debe ser estudiado junto con el proceso por delitos graves, el abreviado y el de faltas.

Este nuevo sistema de enjuiciar, que el legislador pretende generalizar, introduciéndolo también en la LECrim. en una próxima reforma (DF cuar-

2. El Jurado, al que se hacía mención en el Estatuto de Bayona (art. 106.2) y en la Constitución de Cádiz (art. 307), fue instaurado, con competencias limitadas, por la Ley de Imprenta de 1820 y adicional de 1822. La vigencia de estos textos legales concluyó al final del llamado trienio liberal. Posteriormente, durante la Primera República se procede a un nuevo reconocimiento legal del Jurado, a través de las Leyes de 23 de junio de 1870 y 22 de diciembre de 1872, atribuyéndosele competencia para delitos de imprenta, delitos políticos y delitos comunes más graves. El Jurado resultó un fracaso, y su regulación legal fue suspendida por D. de 3 de enero de 1875. Algunos años más tarde, el Jurado se restableció por la Ley de 20 de abril de 1888, volviendo a suspenderse por D. de 4 de febrero de 1907. Finalmente con la Segunda República se restableció el Jurado por D. de 27 de abril, 18 de junio y 22 de septiembre de 1931 y la Ley de 27 de julio de 1933, procediéndose a la suspensión de estas disposiciones por D. 8 de septiembre de 1936 del Presidente de la Junta de Defensa Nacional.

ta LJ), no ha sido bien acogido por la mayor parte de la doctrina procesal. No se ha criticado sólo que el legislador no se haya limitado a establecer especialidades en la fase de juicio oral (que es cuando interviene el Jurado), sino el procedimiento en su totalidad. Las disposiciones sobre el procedimiento y las instituciones procesales desde la incoación hasta la sentencia –se ha dicho– constituyen la parte más acientífica de la LJ, ante su complejidad y enrevesamiento en muchos casos desde el punto de vista conceptual, en otros la falta de técnica procesal respecto a su redacción literal y lo que se quiere decir exactamente.

El primero de los artículos de la LJ que se refiere al procedimiento establece que regirá supletoriamente la LECrim. (art. 24.2 LJ), sin especificar si serán aplicables las normas del procedimiento por delitos graves o las del procedimiento abreviado. La Circular 4/1995 de la FGE señala que cuando la LJ remite a la LECrim. hay que entender que lo hace a las normas generales, sin perjuicio de que ante alguna cuestión no contemplada en el procedimiento ordinario, pero sí en el abreviado, pueda plantearse la procedencia de acudir a la regulación específica del procedimiento abreviado.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO.

2.1. Competencia objetiva.

La competencia objetiva del Tribunal del Jurado se determina por la naturaleza o clase de delito *ratione materiae*, enumerando incluso los correspondientes preceptos del CP, a los efectos de evitar dudas de remisión (art. 1.2.º LJ). Así cuando resulte del escrito de denuncia o querrela, la imputación de un delito de los enumerados en el art. 1 LJ, deberá seguirse el procedimiento específico previsto en dicha Ley, según dispone el art. 24 LJ. Conforme a lo previsto en el art. 1.1.º y 2.º LJ, el Tribunal del Jurado tendrá competencia para conocer de los siguientes delitos:

A) Delitos contra las personas: a) homicidio (art. 138 CP), b) asesinato (arts. 139 y 140 CP).

B) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos: a) infidelidad en la custodia de presos (art. 471 CP), b)

infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 a 415 CP), c) cohecho (arts. 419 a 426 CP), d) algunas formas de malversación de caudales públicos (arts. 432 a 434 CP), e) fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438 CP), f) negociaciones prohibidas a funcionarios (arts. 439 y 440 CP), g) tráfico de influencias (arts. 428 a 430 CP), h) se excluye expresamente el delito de prevaricación (art. 5.2 LJ).

C) Delitos contra el honor: Aunque el apartado 1 del art. 1 LJ incluye esta rúbrica, después el apartado 2 no recoge ninguna de estas infracciones. Consecuentemente, por el momento, no se atribuye competencia al Tribunal del Jurado para conocer de estos delitos.

D) Delitos contra la libertad y la seguridad: a) omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196 CP), b) allanamiento de morada (arts. 202 y 204 CP), c) amenazas de causar un mal que constituya delito, hechas en forma condicional (art. 169.1.º CP).

E) Delitos de incendios (arts. 352 a 354 CP).

La determinación de la competencia se hará atendiendo al presunto hecho delictivo, cualquiera que sea la participación o el grado de ejecución atribuido al acusado, salvo en el caso de los delitos contra las personas (homicidio y asesinato), de los que únicamente conocerá el Jurado si, efectivamente, se ha consumado el delito; es decir, se ha producido la muerte de una persona (art. 5.1 LJ).

El juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial y, en su caso, en el de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento del acusado³, quedando sólo excluidos de la competencia del Jurado los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional (art. 1.3 LJ).

3. Según la Circular 3/1995, de la FGE, con relación a los aforamientos de la Constitución, sus arts. 102.1 y 71.3 no pueden verse modificados por la LJ. Por tanto, cuando el aforado sea el Presidente o un miembro del Gobierno, un Diputado o un Senador, no podrá ser enjuiciado por el Tribunal del Jurado, sino a través del procedimiento que corresponda, atribuyendo el enjuiciamiento a la Sala Segunda del TS. Respecto a otros problemas que suscitan los aforamientos, vid. MARCOS AYJON, "Los problemas que suscitan los aforamientos en la Ley del Tribunal del Jurado", *La Ley* (9 mayo 1996).

2.2. Reglas complementarias de competencia objetiva. Tratamiento de la conexión.

El Tribunal de jurado conocerá de los delitos expresados en el art. 1.2.º LJ cuando éstos concurren con otros en un concurso de delitos –real o ideal– (art. 5.2.º LJ). Con esta regla, la Ley se limitó a recoger los mismos supuestos de conexión que los previstos en el art. 17 LECrim., salvo el previsto en su apartado 5.º, referente a la conexión subjetiva, que es el de naturaleza más amplia y que contempla los delitos que se imputan a una misma persona cuando tengan analogía o relación entre sí y no hubieran sido hasta entonces sentenciados.

En este sentido, dispone el art. 5.2.º párr. I LJ, la competencia del Tribunal del Jurado se extenderá, por regla general, al enjuiciamiento de delitos conexos (aunque sean competencia de los Juzgados y Tribunales ordinarios), siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los siguientes supuestos⁴: a) Que dos o más personas reunidas cometan simultáneamente los distintos delitos (ver art. 17.1º LECrim.). b) Que dos o más personas cometan más de un delito en distintos lugares o tiempos, si hubiese precedido concierto para ello. c) Que alguno de los delitos se haya cometido para perpetrar otros, facilitar su ejecución o procurar su impunidad.

Pero no podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación o aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa (art. 5.2º.2º LJ). A estos supuestos debe, también, añadirse el previsto en el art. 5.1º LJ, referente a la exclusión de la competencia del Jurado de los delitos de homicidio no consumado.

En la práctica forense este conjunto de normas sobre conexión han producido importantes divergencias interpretativas, en especial las referentes a la conexión subjetiva de varias causas (art. 17.5.º LECrim.)⁵.

4. Serán conexos todos aquellos delitos que se hubieran cometido en un mismo tiempo o lugar por una o más personas, o bien cuando persigan un mismo propósito u obedezcan a un mismo plan preconcebido.

5. La conexión del n.º 5 del art. 17 LECrim., aunque excluida por la LJ, puede crear problemas en aquellos supuestos en que una persona cometa dos o más delitos

Según se interpreten estas normas, podrán dar lugar a que se enjuicie cada delito por separado o bien que se agrupen diversas causas en un sólo proceso. Además, en este último supuesto, tampoco es pacífico el criterio de la competencia a favor del Tribunal de Jurado o bien a favor de la Audiencia.

Existe, en primer lugar, una norma general, que no es discutible, contenida en el art. 5.2.º y 5.2.º.2.º LJ, en la que se dispone que si existe conexidad entre delitos que son competencia del Jurado con otros que no lo son, se podrán enjuiciar por separado por tribunales distintos, *siempre que no se rompa la continencia de la causa*.

De lo expuesto, podrían diferenciarse, como reglas complementarias sobre competencia objetiva, las siguientes:

1º) Cuando se impute a un acusado la comisión de dos delitos contra las personas (homicidio o asesinato), uno consumado y otro intentado conocerá la Audiencia Provincial, conforme con el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo fecha 5 de febrero de 1999⁶.

El problema se planteaba porque el art. 5.1 LJ atribuye competencia al Tribunal de Jurado sólo para conocer de los delitos de esta índole que hayan sido consumados. En consecuencia, cada uno de estos delitos debería ser enjuiciado por separado: el consumado por el Tribunal de Jurado y el intentado por la Audiencia, con lo que se produciría la división de la continencia de la causa, prohibida por el art. 5.3.º LJ.

2º) Cuando se imputen a una persona diversos delitos, que guarden analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal conocerá la Audiencia Provincial (art. 17.5.º LECrim.). Cuando no exista el riesgo de división de la causa, se enjuiciarán los delitos cometidos por una persona por cada Tribunal competente.

conexos, que no sean todos competencia del Tribunal del Jurado. Cfr. al respecto CFGE 3/1995.

6. El contenido de este Acuerdo del TS dispone: "En los problemas de determinación de la competencia entre el Tribunal de Jurado y la Audiencia Provincial en aquellos casos en los que se imputan a una persona dos delitos contra las personas, uno consumado y otro intentado, con el riesgo de romper la continencia de la causa, el enjuiciamiento corresponderá a la Audiencia Provincial".

La justificación de este criterio se encuentra, según el TS, en la necesidad de tutelar la institución del Jurado, evitándole el enjuiciamiento de supuestos muy complejos y diversos, que dificultaría su funcionamiento. Se pretende con ello favorecer el buen funcionamiento del Jurado, impidiendo por la vía de la conexidad su desbordamiento, aun cuando ello signifique una disminución de sus intervenciones⁷.

Este criterio restrictivo fue también sustentado por la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/1995, de 27 de diciembre [apartado VI, letra a)]. En la misma se argumenta que cuando los delitos estén tan íntimamente relacionados con su comisión que su enjuiciamiento por separado rompería la continencia de la causa, entonces deberá conocer conjuntamente de ellos la Audiencia o Juez de lo Penal, ya que no es competente el Jurado por haberse excluido la conexidad subjetiva de su ámbito⁸.

3.º) Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos, si uno de ellos compete al Jurado, conocerá éste de todos aquéllos (art. 5.3 LJ).

En este supuesto se recoge el denominado concurso ideal propio, ya que se refiere al supuesto de que con una sola acción (no varias, como ocurre con los supuestos de conexión), se hayan cometido dos o más infracciones diversas, sin diferenciar entre la gravedad de los delitos, a los efectos de determinar la competencia. La imposición de penas se hará conforme a lo previsto en el art. 77 CP.

4.º) Cuando diversas acciones y omisiones constituyan un delito continuado que figure en el catálogo del art. 1 LJ, será competente el Jurado (art. 5.3.2 LJ). Se trata de una regla congruente con la general

7. Esta doctrina reiterada del TS, apoyada por un gran sector de la doctrina, ha sido discutida en alguna sentencia, que no ha sido tenida en cuenta en otras posteriores. Véase en este sentido la STS de 29 noviembre 2000 (Ponente Martín Pallín [RAJ 9950]).

8. El criterio de “*división de la continencia de la causa*” es genuino del proceso civil, aunque puede aplicarse al proceso penal evitando de ese modo el enjuiciamiento separado de delitos conexos, que pudieran dar lugar a sentencias contradictorias. O bien que la dictada en un proceso pudiera vincular al Juez del otro proceso, por el efecto de cosa juzgada. Sin embargo, al no delimitar su contenido y alcance se ha dejado su aplicación a una interpretación casuística, con la evidente disminución de la seguridad jurídica que esto implica.

establecida en el apartado 2.º de este mismo precepto, referente a la ampliación de la competencia objetiva por conexión. La imposición de penas se hará conforme a lo previsto en el art. 74 CP.

5.º) El Tribunal de Jurado también conocerá de las faltas incidentales o conexas, que hayan sido cometidas por el autor del delito, cuyo enjuiciamiento corresponda a aquél. Esta competencia no se prevé expresamente en la LJ, pero resulta de la aplicación analógica de los arts. 142.5 y 742 LECrim., amén de los principios de economía procesal y de la indivisión de la continenencia de la causa.

2.3. Competencia territorial.

La competencia territorial del Tribunal del Jurado se ajustará a las normas generales (art. 5.4 LJ), celebrándose los juicios en el ámbito de las Audiencias Provinciales (arts. 1.3 LJ y 83 LOPJ). Estas normas se examinan en el Cap. II, Secc. 4ª, donde se estudian los distintos fueros aplicables, previstos en los art. 14 y ss. LECrim.

2.4. Competencia funcional.

Cuando el juicio del Jurado se celebre en el ámbito de la AP, la instrucción de las causas corresponde a los juzgados de instrucción [art. 87.1.º a) LOPJ y art 14.2.º LECrim.]. Cuando se celebre en el ámbito del TSJ o del TS, instruirá un Magistrado de la Sala correspondiente, conforme a un turno preestablecido (arts. 57.2.º, 61.2.º y 73.4.º LOPJ).

El conocimiento y fallo, en todo caso, corresponde, obviamente, al Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la AP, del TSJ o del TS.

Las sentencias dictadas en el ámbito de la AP, y en primera instancia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, así como los autos resolutorios de cuestiones previas, serán apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la correspondiente Comunidad Autónoma [art. 846.bis a) LECrim.].

La Sala de lo Penal del TS conocerá del recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ (art. 847 LECrim.).

2.5. Tratamiento procesal de la competencia.

El control de la correcta aplicación de las reglas sobre competencia objetiva, territorial y funcional corresponde, necesariamente, a los tribunales, que deberán realizarlo de oficio, por su carácter de imperativas. Las partes, también, podrán denunciar la infracción de estas normas a través de los siguientes medios:

a) Competencia objetiva y funcional: La primera posibilidad de denunciarlas será en el momento de la comparecencia prevista en el art. 25, en el que se da traslado a las partes de la imputación. Una nueva posibilidad se prevé en la celebración de la audiencia preliminar, regulada en los arts. 31.3 y 32.4 LJ. También podrá alegarse como cuestión previa al tiempo de personarse ante el Tribunal de Jurado, según permite el art. 36.1.a) LJ.

b) Competencia territorial: Aun cuando la LJ no prevé ninguna norma de impugnación de este tipo de competencia durante la fase de instrucción, a nuestro entender, cabe esta denuncia conforme al régimen general previsto en el art. 19 LECrim. En particular, podrá denunciarse en la comparecencia prevista en el art. 25 LJ y en la audiencia preliminar del art. 31 LJ. Si está previsto expresamente su planteamiento como cuestión previa en el art. 36.1.a) LJ. Esta única referencia no debe llevar a interpretar que la ausencia de su regulación durante la fase instructora obedezca a una voluntad del legislador de posponer su denuncia hasta una vez trasladada la causa al Tribunal de Jurado, dado el carácter estrictamente procesal de esta materia.

3. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL DEL JURADO, ESTATUTO JURÍDICO Y DESIGNACIÓN DE LOS JURADOS.

3.1. Composición del Tribunal del Jurado.

El Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados (y dos suplentes, para el caso de que algún jurado titular no pudiera asistir al juicio por causa justificada) y un Magistrado de la Audiencia Provincial, que lo presidirá (art. 2.1 LJ). El Magistrado será el que por turno corresponda.

Si por razón del aforamiento del acusado, el juicio del Jurado debe celebrarse en el ámbito del TS o de un TSJ, presidirá el Tribunal del Jurado un Magistrado de la Sala de lo Penal del TS o de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ (art. 2.2 LJ).

3.2. Estatuto jurídico de los jurados.

La función de los jurados es emitir veredicto declarando o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya declarado como tal, así como aquellos otros que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación de aquél. También deberán proclamar la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos respecto a los cuales el Magistrado-Presidente hubiese admitido acusación (art. 2.1 y 2 LJ).

Los jurados participan, por tanto, en la función jurisdiccional. De ahí que en el ejercicio de sus funciones deban actuar con arreglo a los principios de independencia, sumisión a la ley y responsabilidad, a los que se refiere el art. 117 de la Constitución para los miembros del Poder Judicial (art. 2.3 LJ). Los jurados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia podrán dirigirse al Magistrado-Presidente para que les ampare en el desempeño de su cargo (art. 3.4 LJ).

Los jurados incurrirán en responsabilidad cuando abandonen sus funciones sin causa legítima, persistan en su negativa de jurar el cargo o en su negativa de votar el veredicto. En estos casos podrán ser condenados a pena de multa de 600 a 3.000 euros. Los que incumplan con la obligación de guardar secreto de lo deliberado incurrirán en la pena de arresto y multa de 600 a 3.000 euros (Disposición adicional segunda de la LJ).

En el estudio del estatuto personal de los jurados hay que distinguir los siguientes aspectos:

a) Derecho y deber de jurado. La función de jurado no sólo es un derecho para aquellos ciudadanos en los que no concurra motivo que lo impida, sino que también se impone como un deber para quienes no estén incurso en incompatibilidades, prohibiciones o excusas (art. 6 LJ).

b) Requisitos (art. 8 LJ). Son requisitos para ser jurado, los siguientes: 1.º) Ser español mayor de edad. 2.º) Encontrarse en el pleno ejerci-

cio de sus derechos políticos. 3.º) Saber leer y escribir. 4.º) Ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido. 5.º) No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de jurado.

c) Incapacidades (art. 9 LJ). Están incapacitados para ser jurado: 1.º) Los condenados por delito doloso, que no hayan obtenido la rehabilitación. 2.º) Los procesados y aquellos acusados respecto de los cuales se hubiera acordado la apertura de juicio oral y quienes estuvieren sufriendo detención, prisión provisional o cumpliendo pena por delito. 3.º) Los suspendidos, en un procedimiento penal, en su empleo o cargo público, mientras dure dicha suspensión.

d) Incompatibilidades. Serán incompatibles para el desempeño de la función de jurado los sujetos referidos en el art. 10 LJº.

9. A saber: 1.º) El Rey y los demás miembros de la Familia Real Española incluidos en el Registro Civil que regula el Real Decreto 2917/1981, de 27 de noviembre, así como sus cónyuges. 2.º) El Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes, Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios, Directores generales y cargos asimilados. El Director y los Delegados provinciales de la Oficina del Censo Electoral. El Gobernador y el Subgobernador del Banco de España. 3.º) Los Presidentes de las Comunidades Autónomas, los componentes de los Consejos de Gobierno, Viceconsejeros, Directores generales y cargos asimilados de aquéllas. 4.º) Los Diputados y Senadores de las Cortes Generales, los Diputados del Parlamento Europeo, los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y los miembros electos de las Corporaciones locales. 5.º) El Presidente y los Magistrados del Tribunal Constitucional. El Presidente y los miembros del Consejo General del Poder Judicial y el Fiscal General del Estado. El Presidente y los miembros del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, y de los órganos e instituciones de análoga naturaleza de las Comunidades Autónomas. 6.º) El Defensor del Pueblo y sus adjuntos, así como los cargos similares de las Comunidades Autónomas. 7.º) Los miembros en activo de la Carrera Judicial y Fiscal, de los Cuerpos de Secretarios Judiciales, Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, así como los miembros en activo de las unidades orgánicas de Policía Judicial. Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de Defensa y los Auxiliares de la Jurisdicción y Fiscalía Militar en activo. 8.º) Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en las Autonomías de Ceuta y Melilla, los Delegados insulares del Gobierno y los Gobernadores civiles. 9.º) Los letrados en activo al servicio de los órganos constitucionales y de las Administraciones Públicas o de cualesquiera Tribunales, y los abogados y procuradores en ejercicio. Los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal. 10.º) Los miembros en activo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 11.º) Los

e) Prohibiciones. Concorre causa de prohibición para formar parte de un Tribunal de Jurado las personas en las que concurren las siguientes circunstancias (art. 11 LJ): 1.º Sea acusador particular o privado, actor civil, acusado o tercero responsable civil. 2.º Mantenga con quien sea parte alguna de las relaciones a que se refiere el artículo 219, en sus apartados 1 al 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determinan el deber de abstención de los Jueces y Magistrados. 3.º Tenga con el Magistrado-Presidente del Tribunal, miembro del Ministerio Fiscal o Secretario Judicial que intervenga en la causa o con los abogados o procuradores el vínculo de parentesco o relación a que se refieren los apartados 1, 2, 3, 4, 7, 8 y 11 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 4.º Haya intervenido en la causa como testigo, perito, fiador o intérprete. 5.º Tenga interés, directo o indirecto, en la causa.

f) Excusas (art. 12 LJ). Podrán excusarse para actuar como jurado: 1.º Los mayores de sesenta y cinco años. 2.º Los que hayan desempeñado efectivamente funciones de jurado dentro de los cuatro años precedentes al día de la nueva designación. 3.º Los que sufran grave trastorno por razón de las cargas familiares. 4.º Los que desempeñen trabajo de relevante interés general, cuya sustitución originaría importantes perjuicios al mismo. 5.º Los que tengan su residencia en el extranjero. 6.º Los militares profesionales en activo cuando concurren razones de servicio. 7.º Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado.

g) Retribución y efectos laborales y funcionariales. El desempeño de la función de jurado será retribuido e indemnizado en la forma y cuantía que reglamentariamente se determine (art. 7.1 LJ)¹⁰. Por otra

funcionarios de Instituciones Penitenciarias. 12.º Los Jefes de Misión Diplomática acreditados en el extranjero, los Jefes de las Oficinas Consulares y los Jefes de Representaciones Permanentes ante Organizaciones Internacionales.

10. Vid. RD 385/1996, de 1 de marzo (BOE, día 14), por el que se establece el régimen retributivo e indemnizatorio del desempeño de las funciones del jurado. De acuerdo con esta disposición, las cantidades a percibir por los candidatos jurados y por los Jurados responderán a los conceptos de retribuciones e indemnizaciones, y serán revisadas periódicamente. Así, la retribución de un jurado será actualmente la de 60,70 euros diarios (la retribución única de candidatos no seleccionados como Ju-

parte, el desempeño de la función de jurado tendrá la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal a efectos del ordenamiento laboral y funcionarial (art. 7.2 LJ).

3.3. Designación de los jurados.

El sistema selectivo de los jurados se caracteriza, según la Exposición de Motivos de la LJ: a) por la sucesión de etapas que permiten garantizar la presencia de candidatos en número adecuado para evitar suspensiones en los señalamientos; b) por la transparencia y publicidad del proceso selectivo, y c) por el sorteo a partir de las listas censales como sistema coherente con el fundamento mismo de la participación.

Las etapas del sistema selectivo o designación de los jurados son las siguientes:

a) Listas de candidatos jurados (art. 13 LJ).

Las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral efectuarán un sorteo por cada provincia, dentro de los quince últimos días del mes de septiembre de los años pares, a fin de establecer la lista bienal de candidatos jurados¹¹. El número de candidatos a jurados a sortear es el solicitado por los Presidentes de las AP. Dicho número se calculará multiplicando por 50 el número de causas que se prevea vaya a conocer el Tribunal del Jurado¹².

rado 30,35 euros), y sus indemnizaciones comprenden: a) gastos de viaje (por uso de motocicleta 0,07 euros por Km., por automóvil 0,17 euros por Km.); b) gastos de alojamiento y manutención (58,90 euros por alojamiento incluido desayuno y 18,33 euros por cada comida y por cada cena).

11. El sorteo de los candidatos a jurado se realizará utilizando medios informáticos, mediante el llamado método sistemático con arranque aleatorio, conforme al RD 1398/1995, de 4 de agosto (BOE, día 5), modificado por el RD 2067/1996, de 23 de septiembre (BOE, día 14).

12. Antes del 15 de octubre, la AP resolverá, por resolución motivada no susceptible de recurso, comunicando lo decidido a la Delegación de la Oficina del Censo Electoral, la cual elevará posteriormente la lista de candidatos a la AP, quien la remitirá a los Ayuntamientos y al BOP. Por su parte, el Secretario de la AP notificará por correo a cada candidato su inclusión en la referida lista, indicándole las causas de incapacidad, incompatibilidad y excusa, y el procedimiento para su alegación.

b) Reclamaciones contra la inclusión en las listas (arts. 14 y 15 LJ)

Durante los quince primeros días del mes de noviembre, los candidatos a jurados que entendieren que concurre en ellos la falta de requisitos para serlo, o una causa de incapacidad, incompatibilidad o excusa, podrán formular reclamación ante el Juez decano del partido. También podrá formular reclamación, al respecto, cualquier otro ciudadano¹³.

c) Comunicación y rectificación de las listas definitivas (art. 16 LJ).

Ultimada la lista definitiva por cada provincia, la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral la enviará al Presidente de la AP, quien remitirá copia al Presidente del TSJ correspondiente y al Presidente de la Sala de lo Penal del TS. Asimismo remitirá copia a los Ayuntamientos, para que la lista quede expuesta durante los dos años de vigencia. Durante estos dos años, cualquier ciudadano o el Alcalde del Ayuntamiento podrá comunicar a la AP las causas de incapacidad o incompatibilidad en que pueda incurrir el candidato a jurado. La AP, tras practicar diligencias informativas y oír al interesado no reclamante, resolverá motivadamente. El TC ha entendido que no cabe plantear recurso de amparo hasta que uno sea designado formalmente candidato en una causa.

d) Relación de causas, designación de candidatos a jurados para cada causa y citación de los designados con entrega de un cuestionario (arts. 17, 18 y 19 LJ).

Las AP y, en su caso, los TSJ y el TS, 40 días antes al período de sesiones correspondiente, efectuarán un alarde de las causas señaladas para juicio oral en las que deban intervenir jurados¹⁴. Se deberá proceder después a realizar

13. Por su parte, los Secretarios de los Ayuntamientos remitirán al Juez decano del partido la relación de personas que, incluidas en la lista de candidatos a jurados, pudieran estar incursas en falta de requisitos o causa de incapacidad o incompatibilidad. El Juez decano, tras dar traslado de la reclamación o advertencia al interesado no reclamante y practicar, en su caso, diligencias informativas, dictará resolución motivada antes del 30 de noviembre... El TC ha entendido que no cabe oponerse a la condición de jurado, mediante el planteamiento de un recurso de amparo, hasta que un candidato sea designado formalmente jurado en una causa (STC 216/1999, de 29 noviembre).

14. Al respecto, se determinan los siguientes períodos de sesiones: 1) desde el 1 de enero al 20 de marzo; 2) desde el 21 de marzo al 10 de junio; 3) desde el 11 de junio al 30 de septiembre; 4) desde el 1 de octubre al 31 de diciembre.

un sorteo, de entre los candidatos a jurados de la lista de la provincia, de 36 candidatos a jurado para cada causa señalada en el período de sesiones. Este sorteo se realizará por el Secretario, con anticipación de al menos 30 días hábiles al señalado para la primera vista de juicio oral, en audiencia pública y habiendo citado a las partes.

3.4. Alegación de excusas o advertencias por parte de los candidatos a jurados a través del cuestionario y recusación por el MF y las demás partes (arts. 20 a 23 LJ).

Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del cuestionario, los candidatos a jurados lo devolverán, debidamente cumplimentado, acompañando en su caso las justificaciones documentales que estimen oportunas. Los cuestionarios cumplimentados se entregarán al MF y a las demás partes, para que puedan formular, dentro de los cinco días siguientes, recusación, por concurrir en algún candidato a jurado la falta de los requisitos previstos, o cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición. En el supuesto de que se formule recusación, o de que resulte excusa o advertencia de algún candidato a jurado a través de la devolución del cuestionario, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado señalará día para la vista, practicará las diligencias que se propongan y resolverá.

Si al estimarse alguna recusación, advertencia o excusa, la lista de candidatos a jurados quedase reducida a menos de 20, el Magistrado-Presidente dispondrá que el Secretario proceda al inmediato sorteo (de igual forma que el inicial) para completar el número hasta 36. Estos nuevos candidatos deberán ser citados de la misma forma que los iniciales, y el Magistrado deberá resolver, en su caso, en torno a sus excusas y advertencias, o en torno a su recusación.

4. FASE DE INSTRUCCIÓN.

La fase de instrucción de las causas ante el Tribunal del Jurado se denomina en la LJ incoación e instrucción complementaria regulando únicamente las especialidades propias de este procedimiento: limitar la iniciativa del Juez de Instrucción, potenciando al MF e incrementar

la contradicción y la oralidad de una fase del proceso penal que en la LECrim. se caracteriza, como es sabido, por ser predominantemente escrita.

4.1. Incoación del procedimiento.

Como regla, la fase de instrucción, sea cual sea el origen de la *notitia criminis*, empezará incoándose diligencias previas, pero en el momento en que exista imputación de un delito cuyo enjuiciamiento venga atribuido al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, el Juez de Instrucción, previa valoración de su verosimilitud, dictará resolución de incoación del procedimiento de la LJ (art. 24.1 LJ). No obstante, si en la querella o denuncia se cumple ya estos presupuestos, el Juez, previa valoración de su verosimilitud, acordará la incoación inmediata de este procedimiento.

Para incoar el procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado es imprescindible: a) que alguien ajeno al Juez formule una imputación contra una persona determinada. b) que el Juez valore como verosímil la imputación¹⁵.

El concepto de imputación verosímil carece de precedentes en nuestro ordenamiento procesal penal. Atendiendo a su significado etimológico debe interpretarse que la imputación debe tener apariencia de verdadera. En principio, no debe entenderse que exija una mayor y más profunda ponderación de los hechos que la exigida para el proceso por delitos graves o para el abreviado, según se desprende de los arts. 269 y 313 LECrim., con relación al trámite de admisión de la denuncia o querella. Esta interpretación viene avallada por la utilización de esta expresión por el TC, en su STC 186/1990, de 15 de noviembre, que resolvió la cuestión de constitucionalidad planteada frente al art. 790.1 LECrim. (que parece ser la fuente inspiradora de este art. 24).

15. No parece que verosimilitud pueda equipararse a indicios racionales de criminalidad. Según la Circular 4/1995 FGE, lo que deba entenderse por verosímil no es cuestión fácil de precisar, pues estamos ante un nuevo término judicial. La cuestión ha de resolverse atendiendo al caso concreto, procurando mantener un equilibrio entre lo que será la precipitada incoación del proceso y su indebida postergación a un momento avanzado de la investigación.

En su FJ 5.º expone que debe garantizarse el acceso al proceso penal ordinario de toda persona a quién se le atribuya, *más o menos fundadamente*, un acto punible, y acaba afirmando que: “Por ello, tan pronto como el Juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción”.

El Juez instructor está facultado para practicar, en todo caso, aquellas actuaciones inaplazables a que hubiera lugar (art. 24.1, *in fine*, LJ). Dentro de este grupo de actuaciones deben entenderse incluidas las previstas en el art. 13 LECrim., dado el carácter general de este precepto. Cuando se estime necesario, podrá, también, acordarse el secreto de las actuaciones, conforme a lo previsto en el art. 302 LECrim. y 232 LOPJ y a la doctrina sentada por las STC 13/1985, de 31 enero y 176/1988, de 4 octubre. Esta declaración de secreto no impedirá que el imputado, asistido de Abogado, pueda solicitar la realización de la diligencias que estime pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, con la salvedad de lo declarado secreto. En el procedimiento de Jurado esta declaración de secreto podrá provocar un retraso justificado en la convocatoria y celebración de la comparecencia prevista en el art. 25 LJ, a fin de preservar el objetivo perseguido con el secreto de las actuaciones.

La resolución judicial por la que se acuerde o deniegue la incoación del procedimiento de jurado adoptará la forma de auto. Si bien el art. 24 no prevé la posible impugnación de esta resolución, sí la contempla el art. 309 bis 2.º LECrim. En este precepto se establece que las partes podrán instar del juez que dicte auto de incoación de este procedimiento, quien deberá resolverlo en el plazo de una audiencia. Si no lo hiciere o desestimare la petición, las partes podrán recurrir directamente en queja ante la Audiencia Provincial, sin necesidad de previa reforma. Este recurso de queja deberá resolverse en el plazo de ocho días, recabando previamente informe del Juez instructor por el medio más rápido. Igual recurso cabrá cuando el auto denegatorio se

haya dictado sin petición expresa de parte. Cuando el auto sea estimatorio no cabrá recurso y podrá impugnarse la inadecuación de procedimiento en los trámites de la comparecencia (art. 25) o de la audiencia preliminar (art. 30), o cuando así resulte de las diligencias practicadas (art. 28). También podrá alegarse en el escrito de calificaciones (art. 29.5) o bien podrá acordarse de oficio la transformación del procedimiento (art. 32.4).

4.2. Comparecencia de imputación.

Dictado auto incoando el procedimiento, el Juez de Instrucción citará, en el plazo de cinco días, al MF y a todas las partes a una comparecencia. Si hubiere ofendidos o perjudicados no personados se les citará también, instruyéndoles al ser citados del derecho que les asiste a ejercitar las acciones penales y civiles que procedan. Al imputado, con la citación se le dará traslado de la denuncia o querrela, si tal traslado no se hubiese efectuado con anterioridad¹⁶.

La comparecencia, a la que concurrirán el MF y las partes asistidas de letrado (al imputado se le designará de oficio, en su caso) tiene por objeto comunicar y concretar formalmente la imputación. Se podrá también solicitar, en su caso, la práctica de diligencias de investigación

16. El plazo de cinco días no incidirá en la posibilidad de recurso prevista en el art. 309 bis 2 LECrim., ya que sólo será recurrible el auto denegatorio de incoación pero no el que lo acuerde. Otra cuestión es la posibilidad material de cumplir este plazo de cinco días por las partes, ya que muy difícil puede resultarles a los imputados con residencia fuera del término del Juzgado, o aquellos cuya dirección se ignora, o por la necesidad de nombrar abogado para asistir al acto (no se precisa intervención de Procurador). En consecuencia, deberá interpretarse este precepto en el sentido de que dentro del plazo de cinco días naturales después de dictado el auto o en el propio auto, se efectúe la convocatoria de la comparecencia, que deberá señalar un término prudencial para la celebración de aquélla, atendidas las circunstancias del caso y las personas afectadas. Mantener la rigidez del plazo único de cinco días puede conducir, de hecho, a la suspensión de numerosas comparecencias por ausencia de los afectados con nueva convocatoria; o a celebrarlas con los comparecidos y convocar una nueva para los ausentes. Ambas situaciones provocan más inconvenientes que ventajas procesales.

e impugnar la competencia. Se oirá en primer lugar al MF, después a los acusadores particulares y por último al imputado, quien, además de manifestar lo que estime oportuno para su defensa, podrá instar el sobreseimiento libre o provisional (art. 25 LJ).

4.3. Decisión sobre la continuación de procedimiento.

Oídas las partes, el Juez de Instrucción decidirá la continuación del procedimiento (resolviendo en tal caso sobre la pertinencia de las diligencias de investigación solicitadas) o el sobreseimiento si hubiera causa para ello (art. 26.1 LJ).

Si el MF y todos los acusadores hubieran solicitado el sobreseimiento, el Juez podrá acordar que se haga saber tal solicitud a los interesados en el ejercicio de la acción penal no personados, para que puedan personarse para defender su acción si lo estiman oportuno. Si no compareciesen, en el plazo prudencial que les señale, el Juez acordará el sobreseimiento. También podrá determinar el Juez de Instrucción, ante la solicitud de sobreseimiento, que se remita la causa al superior jerárquico del Fiscal, para que éste resuelva si procede o no sostener la acusación (art 26.2.I LJ).

El auto por el que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento será apelable ante la AP (art. 26.II LJ).

4.4. Diligencias de investigación.

Si la resolución del Juez de Instrucción hubiera sido la de continuar el procedimiento, ordenará la práctica, únicamente, de las diligencias que considere imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y no pudieran practicarse directamente en la audiencia preliminar, que se ha de celebrar posteriormente (art. 27.1 LJ). Además de estas diligencias solicitadas por las partes en la comparecencia de imputación, se prevé que éstas puedan solicitar la práctica de nuevas diligencias de investigación dentro de los cinco días siguientes al de la comparecencia o al de aquél en que se practicase la última diligencia de las ordenadas (art. 27.2 LJ). Podrá también ordenar el

Juez la práctica de otras diligencias de investigación, siempre que sean complementarias a las solicitadas por las partes y se limiten a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras (art. 27.3 LJ).

Si de las diligencias de investigación practicadas resultasen indicios racionales de delito distinto del que es objeto del procedimiento, o la participación de personas que no se hallaran imputadas, el Juez convocará una nueva comparecencia de imputación o, en su caso, incoará el procedimiento que corresponda al delito distinto (art. 28 LJ). Es decir, si de las investigaciones practicadas apareciese un nuevo delito, puede suceder lo siguiente: a) Si no comporta un cambio de procedimiento por ser el nuevo delito competencia del Jurado, el Juez convocará a una nueva comparecencia del art. 25 LJ; b) Si el nuevo delito es conexo con el que se está enjuiciando, se estará a lo expuesto a las reglas de competencia del art. 5 LJ (vid. *supra*); c) Si el nuevo delito no es competencia del Jurado, se procederá a la adecuación del procedimiento precedente; d) Si apareciesen como imputados nuevas personas, se convocará una nueva comparecencia, con arreglo a lo previsto en el art. 25 LJ.

5. FASE INTERMEDIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL.

La fase intermedia se sitúa después de la comparecencia de imputación o, en su caso, después de la práctica de las diligencias de investigación que se hayan considerado oportunas y tiene por finalidad valorar el fundamento de la acusación, aunque durante su sustanciación se pueden continuar practicando diligencias de investigación. Se inicia con el escrito de calificación y solicitud de juicio oral de las partes acusadoras. Finaliza, después de la audiencia preliminar, con el auto de sobreseimiento o de apertura del juicio oral.

5.1. Escritos de calificación provisional o de acusación y defensa.

Cuando el Juez considere suficientes las diligencias practicadas, aun cuando no hubiera finalizado la práctica de las ya ordenadas, dará nuevo traslado de la causa a las partes acusadoras, a fin de que en el plazo de cinco días insten la apertura del juicio oral, formulando escri-

to de conclusiones provisionales, en los siguientes casos (art. 27.4 LJ): a) Cuando ninguna de las partes haya solicitado diligencia alguna de investigación, ni en la comparecencia de imputación, ni en los cinco días siguientes a la misma. b) Cuando haya denegado la práctica de las diligencias instadas por las partes y no haya acordado ninguna de oficio. c) Cuando hayan transcurrido cinco días desde la notificación a las partes de la práctica de la última diligencia de investigación y no se haya solicitado ninguna otra. d) Cuando considere innecesaria la práctica de más diligencias, aun las ya acordadas, a la vista de las llevadas a cabo (art. 27 LJ y Circular 4/1995 FGE).

Sólo si las partes acusadoras pidiesen la apertura del juicio, formulando conclusiones provisionales, se dará traslado de las actuaciones a las partes acusadas (este traslado no se producirá si solicitan el sobreesiimiento de la causa). El escrito solicitando la apertura del juicio oral tendrá el mismo contenido que el escrito de calificación provisional de las partes acusadoras en el procedimiento ordinario por delitos (art. 29.1 LJ). De dicho escrito se dará traslado a la representación del acusado, para que califique, asimismo, provisionalmente los hechos, de un modo correlativo a la calificación de las partes acusadoras (art. 29.2.LJ).

En sus respectivos escritos, las partes, además de calificar, podrán: a) Presentar conclusiones alternativas, conforme prevé el art. 653 LECrim. Se trata de una facultad útil en la práctica, ya que permite al Jurado debatir sobre peticiones alternativas. b) Proponer diligencias complementarias para su práctica, en la audiencia preliminar, sin que puedan ser reiteradas las que ya hayan sido practicadas. c) Proponer la transformación del procedimiento y remisión, en su caso, al órgano competente, cuando entiendan que los hechos delictivos no corresponden al conocimiento del Tribunal del Jurado (art. 29.4 y 5 LJ). d) Proponer, mediante otrosí, los medios de prueba, que consideren pertinentes.

5.2. Audiencia preliminar.

Inmediatamente después de presentado el escrito de calificación de la defensa, pero con anterioridad a la convocatoria de la llamada audiencia preliminar, el Juez practicará las diligencias de investigación pertinentes, solicitadas por la defensa antes de su escrito de califi-

cación, que no hubieran sido practicadas (art. 30.1.ILJ). Practicadas estas diligencias, el Juez resolverá sobre la admisión y práctica de las diligencias interesadas por las partes en sus escritos de calificación para el acto de la audiencia preliminar y señalará el día más próximo posible para el acto de dicha audiencia preliminar (art. 30.1.ILJ)¹⁷.

La audiencia preliminar podrá ser renunciada por la defensa de los acusados, siempre que la renuncien todos, aquietándose con la apertura del juicio oral (art. 30.2 LJ). En el caso de que el Juez no acordara la convocatoria de la audiencia preliminar, las partes podrán acudir en queja ante la AP (art. 30.1.II LJ).

La audiencia preliminar se iniciará con la práctica de las diligencias propuestas por las partes en sus escritos de calificación y con la de las que propongan para que se practiquen en el acto. El Juez denegará la práctica de toda diligencia que no sea imprescindible para la adecuada decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral (art. 31.1 y 2 LJ). Terminada la práctica de las diligencias admitidas, se oirá a las partes: a) Sobre la competencia del Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento. b) Sobre su petición de apertura de juicio oral, cuyos términos podrán ser modificados, siempre que no se introduzcan nuevos elementos que alteren el hecho justiciable o la persona acusada (art. 31.3 LJ).

5.3. Auto de sobreseimiento o de acomodación a otro tipo de procedimiento.

Antes de resolver sobre el sobreseimiento o apertura del juicio oral, el Juez podrá ordenar la práctica de alguna diligencia complementaria (art. 32.3 LJ). De no haber sido imprescindible la práctica de alguna diligencia complementaria, concluida la audiencia preliminar, o dentro de los tres días siguientes, el Juez dictará auto por el que de-

17. Cuando el Juez resuelva denegar la práctica de las diligencias solicitadas, la parte solicitante podrá interponer contra el auto recurso de reforma y posterior de queja, conforme al régimen general de recursos. La celebración de la audiencia debería quedar aplazada hasta la resolución de los recursos interpuestos, ya que de lo contrario, debería volverse a repetir aquella.

cidirá la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art. 32.1 LJ). La resolución que acuerde el sobreseimiento es apelable ante la AP.

También, en su caso, el Juez podrá ordenar la apertura del juicio oral, acomodando el procedimiento al previsto para los delitos graves o al abreviado, y ordenando la remisión de la causa a la AP o al Juzgado de lo Penal (art. 32.4 LJ).

5.4. Auto de apertura de juicio oral.

El auto de apertura de juicio oral tiene como función que el Juez instructor realice sobre los hechos que son objeto de acusación la correspondiente valoración jurídica, conducente a determinar la procedencia de su enjuiciamiento por el Tribunal de Jurado. Este auto, por el momento procesal en que se dicta, obliga a considerar que no debe ser objeto del mismo la calificación jurídica penal de los hechos objeto de acusación. La tipificación de los hechos dentro de un determinado delito deberá hacerse, posteriormente, en el auto de hechos justiciables, regulado en el art. 37 LJ (vid. *infra*). El auto de apertura de juicio oral expresa, en definitiva, que se celebrará el juicio oral por los hechos que en el mismo se exponen, frente a las personas que aparecen en él como acusadas¹⁸.

18. Véase el AAP de Barcelona de 20 marzo 2001 (nº orden 32/2000; procedimiento nº 4/99-G; Magistrado-Presidente Tomás Andreu), F.J. Primero: "... El Auto de apertura de juicio oral (art. 33) significa el control jurisdiccional de la imputación formulada, de modo que, sobre los hechos que son objeto de acusación, y sólo sobre ellos, el Juez de Instrucción debe realizar la correspondiente valoración jurídica sobre la procedencia de su enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado. Así se expresa claramente cuando el precepto, en su apartado a) dice, textualmente, '... determinará: a) El hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación...'. De los arts. 32 y 33 LOTJ se deduce inmediatamente que, celebrada la audiencia preliminar y practicadas en ella las diligencias, a salvo de las que con el carácter complementario puedan ordenarse, el Juez puede acordar: a) la no apertura del juicio oral, esto es, el sobreseimiento o la acomodación al procedimiento que corresponda; b) la apertura del juicio oral, bien sea –en el supuesto de considerar que los hechos deben conocerse a través del procedimiento abreviado– ante el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, en cuyo caso abre el juicio ante el órgano que

El auto de apertura del juicio oral tendrá, formalmente, el siguiente contenido: a) El hecho o hechos justiciables, de entre los que han sido objeto de acusación y respecto a los cuales se estime procedente el enjuiciamiento. b) La persona o personas que podrán ser juzgados como acusados o terceros responsables civilmente. c) La fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio con indicación de las disposiciones legales aplicables. d) El órgano competente para el enjuiciamiento.

En la misma resolución el Juez acordará (art. 34 LJ): a) que se deduzca testimonio de: los escritos de calificación de las partes, la documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser rati-

corresponda (*'... para que prosigan el conocimiento de la causa en los términos de los artículos 792 y siguientes...'* Nótese que no se refiere al artículo 790, puesto que el juicio oral ya esté abierto), o bien sea porque los considera de la competencia del Tribunal del Jurado, en cuyo caso el Auto se sujeta a los contenidos del art. 33 LOTJ; c) También puede acordar el sobreesimiento parcial o, debe deducirse, la 'acomodación parcial' si valora que entre los hechos que correspondería enjuiciar a otro Tribunal y los que correspondería enjuiciar al Tribunal del Jurado no se cumplen las normas de conexidad del art. 5 LOTJ. La valoración jurídica que al respecto debe realizar el Juez tendrá, naturalmente, en cuenta la calificación jurídico-penal de los hechos; pero otra cosa es el valor de tal calificación y aún más distinto es que deba o no exponer en la parte dispositivo del Auto qué concreto tipo delictivo considera aplicable. El art. 33.c) LOTJ se refiere a *'... la fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio, con indicación de las disposiciones legales aplicables'*. El momento procesal en que se da tal resolución y los efectos que produce conduce a la consideración de que la falta de toda mención expresa a la calificación jurídico-penal de los hechos no es un olvido del legislador, sino que —al margen de la motivación de la resolución— expresamente deja el control jurisdiccional sobre tal calificación a un momento posterior: el del art. 37 LOTJ, por el Magistrado-Presidente. Así, el juicio oral se abre respecto de unos hechos, que han sido objeto de acusación y respecto de una persona respecto de la que el Juez ha apreciado —como resultado de la audiencia preliminar— indicios racionales de participación culpable en aquéllos; pero no respecto de un determinado tipo delictivo que resulte de consideración obligada e inamovible. En otras palabras, se abre el juicio oral porque los hechos revisten caracteres de delito sometido al conocimiento del Tribunal del Jurado, ha sido imputado a personas determinadas y el Juez valora que existen indicios de participación —culpable a título de dolo— de dichas personas, pero no abre el juicio oral por asesinato u homicidio. El Auto de apertura de juicio oral significa o resuelve que 'habrá juicio oral' por los hechos que expone y en, él serán acusadas las personas que indica".

ficadas en el juicio oral y del auto de apertura del juicio oral (art. 34.1 LJ)¹⁹. b) que se remitan al Tribunal de Jurado el testimonio, efectos e instrumentos del delito ocupados, y demás piezas de convicción. No se remite toda causa para que el Tribunal no pueda dejarse influenciar por el contenido de las diligencias de investigación practicadas durante la fase de instrucción. c) emplazar a las partes para que se personen dentro del plazo de 15 días ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento (art. 35.1.º LJ).

6. FASE DE JUICIO ORAL.

El juicio oral es la fase esencial del proceso penal y, específicamente, de este procedimiento al desarrollarse ante el Tribunal del Jurado (arts. 35.2 y ss. LJ).

6.1. Designación y funciones del Magistrado Presidente.

Recibidas las actuaciones en la AP, se designará al Magistrado, que por turno corresponda, para presidir el Tribunal del Jurado (art. 35.2 LJ). Las funciones del Magistrado-Presidente son diversas durante la tramitación del procedimiento. Dispone el art. 4 LJ que éste, además de otras funciones, dictará sentencia en la que recogerá el veredicto del Jurado e impondrá, en su caso, la pena y medidas de seguridad que correspondan y decidirá sobre la responsabilidad civil.

Además de esta función esencial, pueden distinguirse éstas otras: 1. Anteriores al juicio oral: a) Resolución de las cuestiones previas (art. 36LJ); b) Auto de hechos justiciables (art. 37 LJ); c) Constitución del Tribunal de Jurado (art. 38 LJ). 2. Durante la celebración del juicio oral: a) Forma de celebración (art. 43 LJ); b) Admisión de nuevas pruebas (art. 45 LJ); c) Suspensión del juicio (art. 47 LJ); d) Disolución anticipada del jurado (art. 49 LJ). 3. Posteriores al juicio oral: a) Determinación del objeto del veredicto (art. 52

19. Las partes podrán pedir, en cualquier momento, los testimonios que les interesen para su ulterior utilización en el juicio oral (art. 34.3 LJ).

LJ); b) Instrucciones a los jurados (art. 54 LJ); c) Devolución del acta al jurado (art. 63 LJ); d) Sentencia (art. 70 LJ).

6.2. Planteamiento de cuestiones previas.

Al tiempo de personarse ante el Tribunal de Jurado las partes podrán alegar cuestiones previas ante el Magistrado-Presidente. Estas son las siguientes: a) Plantear alguno de los artículos de previo pronunciamiento previstos en el art. 666 LECrim. o alegar lo que estimen oportuno sobre la competencia o inadecuación de procedimiento. b) Alegar la vulneración de algún derecho fundamental. c) Interesar la ampliación del juicio a algún hecho respecto del cual hubiese inadmitido la apertura del juicio oral el Juez de Instrucción. d) Pedir la exclusión de algún hecho sobre el que se hubiera abierto el juicio oral, si se denuncia que no estaba incluido en los escritos de acusación. e) Impugnar los medios de prueba propuestos por las demás partes y proponer medios de prueba.

Las cuestiones previas se sustanciarán a través de los trámites previstos en la LECrim. para los artículos de previo pronunciamiento (art. 36.2 LJ), sin intervención de los jurados, pues el Tribunal del Jurado no se constituye hasta el día y hora señalados para el juicio (art. 36.1 LJ). Presentado el escrito interponiendo las cuestiones previas, se dará traslado a las demás partes, para que en el plazo de tres días puedan instar por escrito su inadmisión (art. 36.1.II LJ). Resolverá el Magistrado-Presidente por auto contra el que cabe recurso de apelación [art. 846 bis a) LECrim.]. Las partes no podrán reproducir en el juicio oral las cuestiones previas desestimadas, sin perjuicio de poder alegarse al recurrir la sentencia (art. 678.2 LECrim.).

6.3. Auto de hechos justiciables, procedencia de prueba y señalamiento de día para la vista del juicio oral.

Personadas las partes y resueltas, en su caso, las cuestiones previas propuestas, el Magistrado-Presidente dictará el auto de hechos justiciables. La finalidad de este auto es facilitar la acusación y defensa, y la

posterior tarea de los jurados (art. 37 LJ). En el auto de hechos justiciables se contendrán, con una redacción precisa y clara, los hechos objeto de acusación y de defensa. Se hará constar la calificación acusatoria, determinando el tipo de delito cometido y su grado de ejecución, participación de los acusados y las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad. En este auto se delimita lo que va a constituir el objeto del juicio oral y la prueba que se va a practicar. Frente al auto de apertura del juicio, cuya función es ordenar que se celebre el juicio, este auto de hechos justiciables no es una mera repetición de aquél, sino una delimitación de lo que va a ser objeto de debate en el juicio oral²⁰.

20. Véase AAP de Barcelona de 20 marzo 2001, antes citada, FJ Primero: “1º) El Auto previsto en el art. 37 LOTJ no puede ser considerado como una mera repetición —esta vez por el Magistrado-Presidente— del Auto de apertura de juicio oral del art. 33 LOTJ en lo referente a los hechos y a la calificación jurídica de los mismos. El Auto de apertura de juicio oral (art. 33) significa el control jurisdiccional de la imputación formulada, de modo que, sobre los hechos que son objeto de acusación, y sólo sobre ellos, el Juez de Instrucción debe realizar la correspondiente valoración jurídica sobre la procedencia de su enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado. Así se expresa claramente cuando el precepto, en su apartado a) dice, textualmente, ‘... determinará: a) El hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación...’ El Auto de apertura de juicio oral significa o resuelve que ‘habrá juicio oral’ por los hechos que expone y en, él serán acusadas las personas que indica. 2º) Lo dicho anteriormente es así porque da sentido al Auto del Magistrado-Presidente que prevé, el art. 37 LOTJ en cuanto, en primer lugar, como hechos justiciables deben recogerse ya no sólo los hechos objeto de acusación, sino también objeto de defensa. No sólo deben precisarse los hechos en que se basa una determinada calificación acusatoria, sino también los que determinan el grado de ejecución, la participación del acusado y aun las circunstancias modificativas de la responsabilidad, siempre apreciado todo ello en los hechos objeto de acusación y defensa que resultan de los expuestos por Acusación y Defensa. Pero, aquí sí, no es suficiente con la fijación de los hechos que serán objeto de debate, también determinará el delito o delitos que dichos hechos constituyan. La distinción entre uno y otro Auto no es gratuita y el hecho de que apartado c) del art. 37 LOTJ fuera introducido específicamente por la aprobación de enmienda en el Senado pone de manifiesto la importancia de la distinción. El Auto de hechos justiciables ya no significa que ‘habrá juicio oral’, sino sobre qué hechos delictivos versarán los debates, incluyendo, obviamente, la participación de los acusados y las circunstancias excluyentes o modificativas de la responsabilidad; y la determinación de todo ello se deja al Magistrado-Presidente”.

El contenido de este auto será el siguiente: a) Precisaré en párrafos separados el hecho o hechos justiciables, sin que puedan incluirse en cada párrafo términos susceptibles de ser tenidos por probados unos y por no probados otros. Se incluirán tanto los hechos alegados por las acusaciones como por la defensa, aunque si la afirmación de uno supone la negación del otro, sólo se incluirá una proposición. b) Seguidamente se expondrán, también en párrafos separados, los hechos que configuren el grado de ejecución del delito y el de participación del acusado, así como la posible concurrencia de exención, agravación o atenuación de responsabilidad criminal. c) A continuación, determinará el delito o delitos que dichos hechos constituyen. d) Asimismo, resolveré sobre la propuesta de medios de prueba y sobre la anticipación de su práctica. e) También señalaré día y hora para la vista del juicio oral, ordenando citar a peritos y testigos, y disponiendo que los imputados que se hallen en prisión sean citados y conducidos a la cárcel de la población donde deba celebrarse el juicio.

El auto de hechos justiciables no es susceptible de recurso alguno, aunque si deniega la práctica de algún medio de prueba, cabrá formular oposición o protesta, a efectos de ulterior recurso [art. 37.d.) 2.º LJ].

6.4. Constitución del Tribunal del Jurado.

Los 36 candidatos a jurado para cada causa, designados y citados para el día señalado para la vista del juicio oral, deberán concurrir este día ante el Magistrado-Presidente y el Secretario, con presencia de las partes.

Concurriendo al menos 20 de los convocados, se abrirá la sesión. Inmediatamente, el Magistrado-Presidente interroga a los candidatos, por si en ellos concurrieran falta de requisitos o alguna causa de incapacidad, incompatibilidad o excusa. Igual facultad de interrogar tienen las partes (art. 38.1 y 2 LJ). Después del interrogatorio, las partes pueden recusar a aquéllos en quienes afirmen que concurre alguna causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición. Las recusaciones se resolverán por el Magistrado-Presidente en el mismo acto, sin que quepa recurso alguno, aunque sí protesta a efectos del recurso que pueda ser interpuesto contra la sentencia (art. 38.3 y 4 LJ).

Si al acto de constitución hubieran concurrido menos de 20 candidatos, o resultasen también menos de este número como consecuencia del interro-

gatorio y recusaciones, se procederá a un nuevo señalamiento dentro de los 15 días siguientes. Se citará al efecto a los comparecidos, a los ausentes y a un número no superior a ocho, que serán designados en el acto, mediante un sorteo entre los de la lista bienal (art. 39.1 LJ)²¹. Si en la segunda convocatoria tampoco se obtuviera el número mínimo de 20 candidatos a jurado se procederá de igual manera que en la primera convocatoria: es decir, se procederá a sucesivas convocatorias y sorteos complementarios hasta obtener el número de 20 candidatos (art. 39.3 LJ)²².

Una vez se haya obtenido el número mínimo de 20 candidatos, sea en la primera o en posteriores convocatorias, se procederá a un nuevo sorteo para seleccionar a los nueve jurados que formarán parte del Tribunal y otros dos más como suplentes (art. 41.1 LJ). Introducidos los nombres de los candidatos en una urna, serán extraídos uno a uno por el Secretario, quien leerá en alta voz el nombre de cada jurado titular (art. 41.2 LJ). Leído el nombre, las partes podrán interrogar al nombrado y recusarlo, sin alegación de motivo alguno, hasta cuatro de los nombrados por las acusaciones y otros cuatro por las defensas (art. 40.3 LJ)²³.

21. Si las partes alegasen respecto a los sorteados alguna causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición, que fuese aceptada por el Magistrado-Presidente, sin protesta de las demás partes, se completará el sorteo hasta obtener la cifra de ocho candidatos complementarios (art. 39.1 LJ).

22. Al candidato a jurado que no comparezca a la primera citación, ni justifique su ausencia, se le impondrá la multa de 150 euros. Si no compareciese a la segunda citación, la multa será de 600 a 1.500 euros (art. 39.2 LJ).

23. Si hubiere varias partes acusadoras o varias partes acusadas deberán actuar de mutuo acuerdo. El actor civil y los terceros responsables civiles no pueden formular recusación (art. 40.3 LJ). Para evitar un uso abusivo y arbitrario de esta recusación que impida el buen funcionamiento del sistema del Jurado, como ocurrió con la Ley de 1888, se ha limitado a cuatro el número de estas recusaciones posibles por cada parte –art. 40.3 LJ–. A nuestro entender, existe una tendencia en la práctica forense, a interrogar a cada candidato a medida que van resultando designados, debiendo cada parte decidir, en el acto, si lo recusa o no. Así podrá haberse agotado su cupo, ignorando el perfil de los restantes, que puede ser incluso peor para sus intereses que los anteriormente recusados. Mucho más racional resulta la otra vía posible: una vez designados los once Jurados, cada parte formulará sus preguntas a cada Jurado, debidamente aislado de los demás. Una vez finalizado el interrogatorio a todos los jurados, cada parte estará, entonces, en disponibilidad de recusar hasta un máximo de cuatro. Ésta es la forma adecuada y que responde al fin de esta institución.

La recusación efectuada en este trámite procesal no requiere de causa objetiva²⁴. Sirve para excluir a aquellos candidatos que hubieren pasado los anteriores controles de capacidad, compatibilidad y objetividad pero que, a juicio del acusador o de la defensa, revelen una proclividad predeterminada. Las partes penales –no el actor civil ni los responsables civiles– les someten a un interrogatorio informal con el fin de conocer datos u opiniones suyos, que puedan influir en su debida imparcialidad o bien que revelen actitudes presuntamente mediatizadas²⁵. La doctrina que defiende esta institución entiende que también sirve para armonizar el resultado aleatorio de un sorteo, al poder éste provocar una composición excesivamente homogénea, susceptible de orientar el veredicto en un determinado sentido. Así, puede resultar un Jurado de personas excesivamente jóvenes, o excesivamente maduras, o mayoritarias de un determinado sexo²⁶. Con este tipo de recusación se podrá reequilibrar la composición final del Tribunal, ya que es prácticamente imposible que la Ley contemple toda la pluralidad posible de causas objetivas de recusación, que deben tener siempre carácter de *numerus clausus*. Por el contrario, esta recusación perentoria –peremptory challenge, se le denomina en inglés– no está sujeta a limitación alguna. El problema que puede plantearse en la práctica es que se intente buscar un Jurado propicio a los intereses del Fiscal, o del defensor, más que un Jurado justo. En todo caso, a nuestro entender el Magistrado-Presidente deberá aplicar un criterio amplio y flexible en la admisión de preguntas, aun cuando, en ocasiones invadan esferas personales, sentimientos, prejuicios, creencias, experiencias, etc. Sin duda, estas preguntas constituyen un valioso instrumento en manos del Fiscal y del Abogado para garantizar la imparcialidad de los jurados.

24. La recusación podrá ser de dos tipos: la recusación objetiva, o fundada en motivos legalmente tasados (amistad íntima, enemistad manifiesta, tener interés en el asunto, vínculo de parentesco, etc.) y la recusación sin causa o perentoria, que no exige motivación por el interesado. Ésta última es la ejercitable en este momento de la constitución definitiva del Tribunal del Jurado, presentes ya los veinte candidatos para ser sorteados de entre ellos los once que resultan necesarios –nueve Jurados y dos suplentes– (art. 40 LJ).

25. A título ilustrativo algunas de las preguntas del interrogatorio podrían ser: a) En un caso de violación, si debe darse más credibilidad al testimonio de un hombre o al de una mujer; b) En un caso de homicidio por un drogadicto, si considera a este tipo de personas enfermos o delincuentes; c) En un caso de cohecho a un policía, si tiene algún pariente policía o guardia civil; d) En un homicidio, si justifica algún tipo de violencia, si pertenece a algún tipo de movimiento social o político, etc.

26. Es usual la recusación de las mujeres cuando la víctima es también de este sexo; o de personas de colectivos marginados, para determinados tipos de delitos.

A continuación se procederá de igual manera para la designación de los jurados suplentes. Cuando sólo resten dos para ser designados suplentes, no se admitirá la recusación sin causa (art. 40.4 LJ). Finalizado el sorteo, del que levantará acta el Secretario, se constituirá el Tribunal del Jurado (art. 40.5 LJ).

Una vez el Tribunal se haya constituido, se procederá a recibir juramento o promesa a los seleccionados para actuar como jurados. Quien se negase a prestar juramento o promesa será conminado con el pago de una multa de 300 euros, que se impondrá en el acto, y si el conminado persiste en su negativa, se deducirá el oportuno tanto de culpa y, en su lugar, será llamado el suplente (art. 41 LJ).

6.5. Disolución anticipada del Jurado.

Son varios los momentos procesales en los que puede disolverse anticipadamente el Jurado. Corresponderá adoptar la decisión, en todo caso, al Magistrado-Presidente mediante auto. Podrá tener lugar:

a) Disolución por suspensión del juicio oral. Cuando durante la celebración del juicio oral tuviera que suspenderse éste por cualquier motivo de los previstos en los arts. 746 y 788.1 y 4 LECrim., el Magistrado-Presidente deberá acordar la disolución del Jurado, si aquélla tuviera que prorrogarse por cinco o más días. Si el plazo fuese inferior será facultativa de aquél (art. 47 LJ). La brevedad del plazo y la rigidez de la norma pueden alentar la mala fe de alguna de las partes, cuando el Tribunal no le resulte satisfactorio, provocando la suspensión (inasistencia de testigos, hipotéticas enfermedades, medios de prueba, etc.). En este supuesto debería haber primado la discrecionalidad del Magistrado Presidente, a los efectos de ponderar en cada caso sobre la conveniencia o no de la disolución.

b) Disolución por ausencia de prueba de cargo. Procederá ésta, una vez concluidos los informes de la acusación, si de los debates resultase la inexistencia de prueba de cargo que permitiera fundar una condena del acusado (art. 49 LJ). Podrá acordarse de oficio o a instancia de la defensa. Se excluye a las partes acusadoras, ya que éstas deberían en este caso desistir en sus informes de su petición de condena. En todo caso, el

Magistrado, antes de adoptar su decisión, podrá solicitar a la parte acusadora un mayor esclarecimiento de los hechos concretos de prueba y de su valoración jurídica, según establece el art. 788.3 LECrim. para el procedimiento abreviado.

La introducción de esta facultad debe entroncarse directamente con el derecho constitucional a la presunción de inocencia, que exige una mínima actividad probatoria de cargo para poder condenar. Carecería de sentido provocar la continuación del Jurado, una vez conocida la ausencia de prueba inculpatoria. En estos casos, se dictará sentencia absolutoria en el plazo de tres días, susceptible de recurso de apelación. Si existiesen varios acusados y el juicio debiera continuar frente a los restantes, deberá abrirse una pieza separada en el supuesto de recurso de aquélla, a la que se incorporará testimonio de todas las actuaciones, tramitándose ambas causas por separado.

c) Disolución por conformidad de las partes. Este supuesto se produce cuando el acusado se manifiesta conforme con el escrito de calificación que solicite la pena de mayor gravedad o con el escrito suscrito por todas las partes, en el que no deberán incluirse nuevos hechos ni una calificación más grave. En ningún caso podrá exceder la pena conformada de seis años (art. 50 LJ).

d) Disolución por desistimiento. También se ha previsto que, si todas las partes acusadoras personadas manifestaren en sus conclusiones definitivas o en cualquier momento anterior al juicio que desisten de su petición de condena, el Magistrado disolverá el Jurado y dictará sentencia absolutoria. En realidad, se trata de un supuesto de renuncia más que de desistimiento, quedando la acción juzgada con fuerza de cosa juzgada.

6.6. Conformidad del acusado.

En la LJ no se utiliza la expresión del ya derogado art. 793.3.1 LECrim. (introducido por LO 7/1988, de 28 diciembre), referente al procedimiento abreviado, que ordenaba dictar en estos casos “sentencia de estricta conformidad”. El vigente art. 787 LECrim., sustituto de aquél, ha suprimido también esta expresión y se limita a señalar que el Tribunal dictará sentencia de conformidad, si concurren los requisitos

establecidos en el propio precepto; en otro caso ordenará seguir el juicio (art. 787.3 LECrim.). Por su parte, el art. 50.1 LJ regula los requisitos que deben concurrir para la conformidad, y el art. 50.2 LJ, establece que si hay conformidad, el Juez dictará “la sentencia que corresponda, atendidos los hechos admitidos por las partes”. Es decir, la especialidad que presenta la LJ es que el Juez no queda vinculado con el objeto del proceso conformado, sino sólo con relación a los hechos admitidos, salvo que aquél entienda que no han sido los hechos perpetrados; que no lo fueron por el acusado; que no son constitutivos de delito; o que concurre alguna eximente o atenuante (art. 50.2 y 3 LJ).

En realidad, más que una conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, se trata de una conformidad con los hechos admitidos calificados con la pena de mayor gravedad por las partes. Esta precisión nos conduce a dos conclusiones: a) Si el Magistrado entiende que procede dictar sentencia condenatoria, dictará la que corresponda, que no podrá poner pena mayor que la conformada si entiende adecuada la calificación, en virtud del principio de congruencia penal; b) Si estimase procedente dictar sentencia absolutoria o disminuidora de responsabilidad por aplicación de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, de acuerdo con lo previsto en el art. 50.2 y 3 LJ, sin disolver el Jurado, ordenará proseguir el juicio. Es decir, la LJ dispone que este supuesto es competencia directa del Jurado.

De lo dispuesto en la LJ y en la LECrim., que rige como supletoria, se desprende que tres son los posibles momentos para expresar la conformidad del acusado y su defensa con la pena más grave solicitada por la acusación:

1.º) En la contestación al escrito de solicitud de apertura de juicio oral y de calificación de la parte acusadora (art. 29.2 LJ) (final de la fase de instrucción e inicio de la fase de juicio oral, en relación con el art. 655 LECrim.). En este supuesto, deberá la el acusado mostrar en aquella contestación su conformidad con el escrito de calificación provisional del acusador y también con la petición de apertura de juicio oral. Consecuencia de esta conformidad y de su aceptación de la apertura del juicio oral, el Juez Instructor la decretará sin más trámites, según dispone el art. 30.2 LJ, con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la Audiencia competente. Recibidas las actuaciones

en la Audiencia, se designará Magistrado-Presidente (art. 35 LJ). Planteada la conformidad en este momento procesal, se evitan todos los trámites de la constitución de un jurado, que no llegará a desarrollar actividad alguna. A nuestro entender, el principio de economía procesal, la complejidad, los costes personales y económicos y la inutilidad de la constitución del Jurado, justifican plenamente esta posibilidad de conformidad. Así el Magistrado-Presidente, después de oír a las partes sobre la concurrencia de los presupuestos legales exigidos, sobre la posible concesión de los beneficios de remisión condicional de la pena, y sobre la innecesariedad de constituir el Jurado, pasará a dictar sentencia. Así lo ha entendido la doctrina de las AP y de los TSJ.

2.º) Después del trámite de calificación provisional y antes de la constitución del Tribunal de Jurado. Con la misma motivación expresada en el apartado anterior, se puede sostener que, si antes del inicio del juicio oral es conocida la conformidad del acusado, pueda el Magistrado-Presidente dictar sentencia en los términos del art. 50 LJ, sin necesidad de constituir el Jurado y previa audiencia de las partes. Para ello bastará que todas las partes presenten ante Secretaría un escrito conjunto, solicitando, con carácter inmediato, sentencia de conformidad, debiendo reunir aquél los requisitos exigidos para tal fin (SAP Madrid, de 28 noviembre 1996).

3.º) Al inicio del juicio oral (art. 42.1 LJ, en relación con el art. 688 LECrim.). No existe problema en entender que la conformidad puede expresarse, una vez finalizada la fase instructora, en el momento de iniciarse el juicio oral, al amparo del art. 42.1 LJ, que remite para los trámites del juicio oral a los arts. 680 y ss. LECrim. El Secretario dará lectura a los escritos de calificación (art. 45 LJ). Después, el Magistrado-Presidente preguntará a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito que se haya imputado en el escrito de calificación y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por razón de daños y perjuicios (art. 688 LECrim.), según la calificación más grave y la cantidad mayor cuyo pago se solicite, si hubiese varias partes acusadoras (art. 689 LECrim.).

Si en la causa no hubiese más que un acusado y contestase afirmativamente —y además la pena conformada no excediere de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos—,

el Magistrado-Presidente preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestase negativamente, el Magistrado-Presidente disolverá el Jurado y dictará la sentencia que corresponda, atendidos los hechos admitidos por las partes (art. 694 LECrim., en relación con art. 50.1 y 2 LJ)²⁷. Cuando fuesen varios los acusados en la misma causa, y todos se hubieran conformado con pena que no exceda de seis años de privación de libertad, se procederá asimismo a la disolución del Jurado y a dictarse por el Magistrado-Presidente la sentencia que corresponda, a no ser que los defensores consideren necesaria la continuación del juicio (art. 697.1 LECrim., en relación con el art. 50.1 y 2 LJ). Si cualquiera de los acusados no se confiesa reo del delito que se le haya imputado en la calificación, o el defensor considera necesaria la continuación del juicio, se celebrará el juicio (art. 697.2 LECrim.)²⁸.

Hay que tener en cuenta, de todos modos, que la conformidad no siempre produce disolución del Jurado, ya que: a) Si el Magistrado-Presidente entendiese que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado, no disolverá el Jurado, y mandará seguir el juicio (art. 50.2 LJ). b) Si el Magistrado-Presidente entendiera que los hechos aceptados pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de alguna causa de exención o de preceptiva atenuación, no disolverá el Jurado y, previa audiencia de las partes, someterá a aquél por escrito el objeto del veredicto.

4.º) Después de practicada la prueba en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado, en la contestación al informe de las conclusiones definitivas de la acusación (art. 50 LJ). También en este supuesto corresponderá, previa disolución del Jurado, exclusivamente al Magistrado-Presidente dictar sentencia –art. 50 LJ–. Posibilidad ésta criticada por la

27. Si el acusado confesase su responsabilidad criminal pero no la civil o, aun aceptada ésta, no se conformase con la cantidad fijada en la calificación, el Magistrado-Presidente mandará que continúe el juicio, que versará sólo sobre la responsabilidad civil (art. 695 LECrim.). Ahora bien, como es función exclusiva del Magistrado-Presidente resolver sobre la responsabilidad civil del penado y/o del tercero civil responsable (art. 4.II LJ), se procederá a la disolución del Jurado.

28. Si el disentimiento fuese tan sólo respecto a la responsabilidad civil, el juicio continuará versando sólo sobre la responsabilidad civil, cuya resolución corresponde exclusivamente al Magistrado-Presidente (art. 4.II LJ) Consecuentemente, se disolverá el Jurado.

doctrina, ya que propicia que el acusado sólo pida la conformidad al final del juicio oral si la prueba le resulta perjudicial, con un claro fraude del fin de la institución. No obstante, no aparecen claras las ventajas para el acusado, ya que debe conformarse con la máxima pena a que podía ser condenado –principio de congruencia penal–, salvo que se hubiera pactado con la acusación la pena solicitada.

6.7. Celebración del juicio oral.

El juicio oral se sustanciará conforme con los principios de publicidad y contradicción. Aunque, el Magistrado-Presidente podrá decidir la celebración del juicio a puerta cerrada, previa consulta al Jurado y oídas las partes (art. 43 LJ). Es necesaria la asistencia del acusado y su abogado defensor. Si hubiese varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer, el Magistrado-Presidente, oídas las partes, podrá acordar la continuación del juicio para los que hayan comparecido (art. 44.I y II LJ). La ausencia injustificada del tercero civil responsable en debida forma no producirá la suspensión ni impedirá su enjuiciamiento (art. 44.III LJ). El juicio oral ante el Tribunal del Jurado tendrá para los letrados prioridad frente a cualquier otro señalamiento o actuación procesal (art. 44.I LJ).

Tras el juramento o promesa de los jurados, se dará comienzo a la celebración del juicio (art. 42.1 LJ), que se sustanciará durante las sesiones que fueren necesarias. Cuando hubiere de suspenderse el juicio oral, por alguna de las causas previstas en la LECrim., el Magistrado-Presidente podrá decidir la disolución del Jurado, y la acordará, en todo caso, siempre que dicha suspensión se haya de prolongar durante cinco o más días (art. 47 LJ). Una vez se haya procedido a dar lectura a los escritos de calificación por el Secretario (art. 45 LJ), podrán las partes mostrar su conformidad con la acusación ante el Tribunal, según se acaba de exponer. Inmediatamente después del trámite relativo a la conformidad, cuando el juicio deba proseguir ante el Jurado, el Magistrado-Presidente abrirá un turno de intervención de las partes, para que expongan al Jurado las alegaciones que estimen convenientes a fin de explicar el contenido de sus respectivas calificaciones y la finalidad de la prueba que han propuesto (art. 45 LJ). Con ocasión de este

turno, cada una de las partes podrá proponer nuevas pruebas para practicarse en el acto de la vista, resolviendo el Magistrado-Presidente, tras oír a las demás partes (art. 45.1 LJ).

El procedimiento de juicio oral ante el tribunal de jurado se sustanciará conforme con las normas generales previstas en la LECrim. en sede de procedimiento por delitos graves (art. 42.1 LJ), con las especialidades reguladas en la Ley de Jurado, sobre todo en materia de prueba. Estas especialidades, según el art. 46 de la LJ, son las siguientes:

1.º) Los jurados podrán preguntar por escrito sobre los hechos a testigos, peritos y acusados. 2.º) Los jurados examinarán los libros, documentos y demás piezas de convicción. 3.º) Para la prueba de inspección ocular, se constituirá el Tribunal en su integridad, con los jurados, en el lugar del suceso. 4.º) Los jurados podrán solicitar que se les exhiba la documentación de las diligencias de investigación no reproducibles, que deban ser ratificadas en el juicio oral que habían sido remitidas (remitidas por el Juez Instructor). 5.º) La prueba se debe practicar en el acto del juicio. Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados. Por tanto, no podrá darse lectura a las declaraciones previas prestadas en la instrucción de la causa. Aunque el MF y los letrados podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones entre lo que manifiestan en el juicio oral y lo que hubieran manifestado en la fase de instrucción²⁹. En este caso, se aportarán en el acto testimonio de las declaraciones previas³⁰.

Practicada la prueba las partes formularán sus conclusiones definitivas e informes, conforme a lo dispuesto en el procedimiento abrevia-

29. Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada o aquellas pruebas sumariales irreproducibles en el juicio oral, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados. Ahora bien, no podrá negarse valor probatorio al material recogido durante la fase de instrucción, si posteriormente es objeto de debate en el juicio oral.

30. Debe censurarse que no se autorice, en caso de contradicción, la lectura de las declaraciones de la fase de instrucción y sí en cambio se permita la incorporación de su testimonio. Hubiera sido más coherente permitir que se confrontaran las declaraciones contradictorias en la fase el juicio oral.

do por expresa remisión de la LJ (el art. 48 LJ remite al art. 793.6 y 7 LECrim.) (véase Cap. XIV). La única especialidad se produce en el supuesto de que las partes en sus conclusiones definitivas calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, en cuyo caso se prevé que el Tribunal continúe conociendo de la causa (lo que viene a significar, inconcebiblemente, que el Tribunal del Jurado podrá conocer de delitos que no están atribuidos a su competencia).

Cuando el MF y todas las demás partes acusadoras, en cualquier momento del juicio o en sus conclusiones definitivas, desistiesen de la petición de condena el Magistrado-Presidente disolverá el Jurado y dictará sentencia absolutoria (art. 51 LJ).

Por otra parte, el Magistrado-Presidente, de oficio o a solicitud de la defensa, una vez concluidos los informes, puede disolver el Jurado y dictar sentencia absolutoria, si estima que no existe prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado (art. 49.1 y 3 LJ). Si la inexistencia de prueba de cargo sólo afecta a algunos hechos o acusados, el Magistrado-Presidente podrá decidir que no ha lugar a emitir veredicto en relación con aquellos hechos o con aquellos acusados (art. 49.2 LJ).

7. EL VEREDICTO.

7.1. Determinación y objeto del veredicto.

Finalizado el juicio oral, donde se habrán practicado todas las pruebas, corresponderá al Magistrado-Presidente, según las reglas que fija el art. 52, determinar el objeto del veredicto. El veredicto del Jurado consistirá en la emisión de un juicio de culpabilidad o inculpabilidad, fundado en unos hechos declarados probados.

Los jurados emitirán veredicto, declarando probado o no probado el hecho justificable que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan incluir en su veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél (art. 3.1 LJ). También proclamarán la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por su participación en el hecho o hechos delictivos, respecto a los cuales el Magistrado-Presidente hubiese

admitido acusación (art. 3.2 LJ). Por tanto, la función del Jurado es fáctica, en cuanto declara probados o no los hechos enjuiciados y la participación de los acusados en los mismos. Al Magistrado Presidente, en cambio, le corresponde una función técnica, consistente en subsumir, en su caso, en un tipo penal los hechos enjuiciados y dictar sentencia.

El objeto del veredicto se determina mediante una serie de cuestiones, que deberán ser redactadas por el Magistrado-Presidente y sometidas a consideración del Jurado (art. 52 LJ). Ha señalado la doctrina que el éxito del modelo de Jurado, que ha regulado la vigente ley, depende en gran medida del acierto de este escrito. Al solicitarse del Jurado que se pronuncie sobre el hecho delictivo por el que el acusado debe ser declarado culpable o no culpable, es evidente que no se le exige sólo una declaración sobre un hecho histórico, sino también sobre la calificación jurídica propuesta por el Magistrado-Presidente, a la vista de las conclusiones de las partes. Se le pide que adjudique un *nomen iuris* a los hechos objeto del veredicto, previamente delimitado por el Magistrado. Con esta opción legislativa nuestro sistema de Jurado se aleja tanto de la forma mixta como de la pura.

Este escrito deberá confeccionarse mediante proposiciones –no meras preguntas–, que deberán redactarse en términos que provoquen una unidad de concepto en las contestaciones del Jurado. En cada proposición secuencial no podrán formularse cuestiones contradictorias o excluyentes. El contenido de este escrito delimitará el objeto del veredicto y recogerá los hechos alegados por las partes, diferenciando entre los que fueren contrarios al acusado y los que resultaren favorables.

La narración de estos hechos debe ser correlativa a la contenida en los escritos de conclusiones definitivas, de igual forma que debe existir correlación entre los hechos narrados en el auto de hechos justiciables y los alegados en los escritos de calificación de la acusación y defensa. No podrán en este escrito añadirse hechos de oficio por el Magistrado –art. 52.1 LJ–. Las instrucciones, a las que deberá ajustarse el Magistrado-Presidente para redactar este escrito, vienen reguladas de forma detallada en la Ley –art. 52 LJ–. Su infracción será denunciabile cuando pueda influir en el veredicto.

El escrito se confeccionará conforme a las siguientes reglas: a) Los hechos alegados por las partes que el Jurado deba declarar probados o

no, diferenciando entre los que fuesen contrarios al acusado y los que resulten favorables. b) Los hechos alegados que puedan determinar la estimación de una causa de exención de responsabilidad. c) Los hechos que determinen el grado de ejecución, participación o modificación de la responsabilidad. d) El hecho delictivo por el cual el acusado habrá de ser declarado culpable o no culpable. e) Si fuesen varios los delitos enjuiciados o varios los acusados, se efectuará la redacción separada y sucesivamente para cada delito y para cada acusado. f) El Magistrado Presidente, a la vista del resultado de la prueba, podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado, siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable ni ocasionen indefensión³¹.

El Magistrado-Presidente también podrá recabar el criterio del Jurado sobre la aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la pena y la petición o no de indulto en la propia sentencia (art. 52.2). La Ley no se refiere al carácter necesario o no del pronunciamiento del Jurado sobre la concesión de la remisión condicional y sobre el indulto³².

El legislador, consciente de la decisiva importancia de este escrito delimitador del objeto del veredicto para el buen funcionamiento del

31. Resulta discutible esta facultad del Presidente de añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado, a la vista del resultado de la prueba. Si esta facultad quedara circunscrita a la variación de la calificación jurídica —de un delito doloso se pasase a uno culposo—, respetando los hechos sustanciales, nada podría objetarse. Sin embargo, la facultad de introducir hechos nuevos puede suponer un elemento perturbador, que puede vulnerar el principio acusatorio, por no quedar aquéllos sujetos a los principios de contradicción y defensa.

32. El pronunciamiento sobre ambas cuestiones no es vinculante ni obligatorio para el Jurado. Aquél se limitará, en los casos que así lo decida el Tribunal, a manifestar su parecer sobre la concesión de estos beneficios, cuya concesión no debe olvidarse, dependerá de la concurrencia de unos requisitos objetivos en la remisión condicional y de una decisión política, en último término, en el supuesto del indulto. Así parece haberlo entendido, también, la Sentencia del TSJ de Andalucía de 5 de marzo de 1997, cuando niega que se produzca incongruencia en la sentencia, cuando ésta no se pronuncie sobre la petición de indulto y la aplicación de la condena condicional. Considera procesalmente correcto diferir para el trámite de ejecución de sentencia el pronunciamiento sobre estas cuestiones.

Jurado, quiso introducir dos mecanismos de control que garantizaran su correcta confección. Estos son: a) La audiencia e intervención de las partes y b) Las instrucciones a los jurados, que sirven para suplir el desconocimiento técnico de la Ley por los Jurados, sin que el Magistrado pueda extenderse a aspectos que requieran la espontaneidad de los Jurados. La importancia de estos instrumentos se resalta en la Exposición de Motivos de la Ley que advierte que de su correcta realización depende el éxito o fracaso del enjuiciamiento por Jurado.

a) Intervención de las partes (art. 53 LJ).

El Magistrado, antes de entregar aquel escrito al Jurado, deberá oír a las partes, que podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes. Aunque el art. 53 LJ, sólo prevé la inclusión en el acta que levante el Secretario de las peticiones denegadas, a efectos de recurso posterior, debe entenderse que en la misma se incorporarán todas las alegaciones de las partes. Dada la importancia de este trámite para la adecuada configuración del objeto de veredicto, el Magistrado deberá redactar nuevamente aquel escrito cuando se hubiesen formulado objeciones. Se integrarán en él las alegaciones aceptadas, que deberán ser congruentes con el resto del contenido del escrito, y se añadirán, como apéndice, las rechazadas, en aras de la sencillez del material que debe llegar al Jurado en toda su integridad.

En el caso de que las peticiones de las partes sean rechazadas, podrán formular protesta a efectos de posterior recurso. El escrito con el objeto del veredicto se incorporará al acta del juicio, haciendo constar todas las peticiones de las partes, en especial las que fuesen denegadas, entregando copia del acta a las partes y a cada uno de los jurados.

b) Instrucciones a los jurados.

Inmediatamente, el Magistrado-Presidente, en audiencia pública, antes de iniciar su deliberación, y en presencia de las partes, procederá a entregar a los jurados el escrito de petición de veredicto. El Magistrado deberá expresar a los jurados que deben emitir el veredicto sobre la base exclusiva de las pruebas practicadas en el juicio oral, con expresa exclusión de las pruebas declaradas ilícitas. Expondrá, también, de forma inteligible, con un lenguaje claro y sin tecnicismos legales, la naturaleza de los hechos enjuiciados, las circunstancias cons-

titutivas del delito imputado y las referentes a las causas modificativas de la responsabilidad. Se le prohíbe al Magistrado expresar su opinión sobre el resultado probatorio y se le indica que debe expresar a los miembros del Jurado que, en caso de tener dudas sobre el resultado de la prueba, deberán decidir en el sentido más favorable al acusado.

Así conforme al art. 54 LOTJ se les instruirá: a) Sobre la función que tienen conferida, reglas que rigen su deliberación y votación, y la forma en que deben reflejar su veredicto. b) Sobre los hechos en torno a los que deben emitir su veredicto, cuidando de no hacer alusión alguna a su opinión sobre el resultado probatorio, pero informándoles de que no deben atender a los medios probatorios que hayan sido declarados ilícitos o nulos. c) Sobre el deber de decidir en el sentido más favorable al acusado, si tras la deliberación no les hubiese sido posible resolver las dudas que tuvieran sobre el resultado de la prueba (art. 54 LJ).

7.2. Deliberación y votación.

El Jurado se retirará a la sala destinada para su deliberación y actuará aislado y de forma soberana. No les será permitida comunicación con persona alguna, hasta la emisión del veredicto (art. 56 LJ). Su primera actuación irá destinada a la elección de portavoz, al que le corresponderá la dirección de los debates y la redacción del acta de la votación. Será la persona encargada de contactar con el Presidente en caso de incidencias³³. A tal fin se constituirá la primera sesión, presidida por aquél cuyo nombre hubiese salido primero en el sorteo. La deliberación será secreta, sin que ninguno de los jurados pueda revelar lo en ella manifestado (art. 55 LJ). Si alguno de los jurados tuviere duda sobre cualquiera de los aspectos del objeto del veredicto, podrá pedir la presencia del Magistrado-Presidente para que amplíe instrucciones. En tal caso, la comparecencia de éste se hará en audiencia pública y en presencia del MF y de las demás partes (art. 57.1 LJ).

33. Existen estudios realizados en los Estados Unidos de América en los que se indica que los jurados no suelen invertir excesivo tiempo en la elección de su portavoz. Normalmente suele resultar elegida la primera persona que se ofrece para el cargo. Para su elección no reviste excesiva importancia el status profesional ni el sexo.

Cuando la deliberación, que se celebrará a puerta cerrada y en secreto, durase más de dos días, se permite que el Magistrado, potestativamente, convoque a los Jurados para impartirles aquellas instrucciones que tiendan a evitar una innecesaria prolongación de la deliberación que, según expresa la Exposición de Motivos de la Ley, afectaría al prestigio de la institución. A tal fin, el art. 57 LJ establece que si transcurridos dos días desde el inicio de la deliberación sin que los jurados hiciesen entrega del acta de la votación, el Magistrado-Presidente podrá convocarles a comparecencia, en audiencia pública y presencia de las partes, por si fuera necesaria la ampliación de instrucciones. Si en esta comparecencia ninguno de los jurados expresara duda alguna sobre cualquiera de los aspectos del objeto del veredicto, el Magistrado-Presidente les apremiará para que emitan el veredicto (apremio al que se atribuyen los mismos efectos que a la devolución del acta de votación por el Magistrado-Presidente al Jurado, cuestiones que expondremos más adelante) (art. 57.2 LJ).

La votación será nominal, en alta voz y por orden alfabético, votando en último lugar el portavoz (art. 58.1 LJ). Ninguno de los jurados podrá abstenerse de votar. Si alguno insistiera en abstenerse será sancionado disciplinariamente y si persistiera en su actitud incurrirá en responsabilidad penal³⁴. De todos modos, si se diera el caso, la abstención se entenderá como voto favorable a las tesis de la defensa del acusado. La votación versará sobre los hechos, sobre la culpabilidad o inculpabilidad y sobre la suspensión condicional de la pena y petición de indulto. Los hechos, tal como fueron propuestos por el Magistrado-Presidente en el escrito de petición del veredicto, se votarán para que sean estimados probados o no probados. Se exige la mayoría de cinco votos cuando fuesen favorables al acusado y de siete votos cuando fuesen contrarios (art. 59.1 LJ). En el caso de que no se obtenga la mayoría necesaria de votos para ser declarado probado un hecho relevante para la calificación del hecho principal se considerará no probado sin más.

Si no se obtuviesen las mayorías previstas en la Ley podrá someterse a votación el correspondiente hecho con las matizaciones que esti-

34. La sanción disciplinaria prevista es de 450 euros de multa (art. 58.2 LJ) y la penal de 600 a 3.000 euros de multa (DA 2.ª.1 LJ).

me pertinentes quien propone la alternativa, siempre que las matizaciones no supongan alteraciones sustanciales ni determinen la agravación de la responsabilidad (art. 59.2 LJ)³⁵.

Si se hubiese obtenido la mayoría necesaria en la votación sobre los hechos, se someterá a votación la culpabilidad o inculpabilidad de cada acusado por cada hecho delictivo imputado. Serán necesarios siete votos para establecer la culpabilidad y cinco votos para establecer la inculpabilidad (art. 60.1 y 2 LJ)³⁶. Por último, el criterio del Jurado sobre la aplicación al declarado culpable de la suspensión condicional de la pena, así como sobre la petición de indulto en la sentencia, requerirán el voto favorable de cinco jurados (art. 60.3 LJ).

35. En la práctica forense se han confeccionado unos modelos impresos, que se entregan a los Jurados, junto con el escrito que contiene el objeto del veredicto y el acta del juicio. A estos impresos se adjunta también una hoja de instrucciones para su redactado. Ciertamente este sistema evita problemas técnicos procesales pero encierra en sí mismo graves peligros. Basta sólo con analizar cualquiera de las actas de veredicto emitidas para comprobar que el Jurado se limita, en muchos casos, a rellenar con, prácticamente, monosílabos los espacios reservados al efecto. Esta realidad dista mucho del sistema que quería implantarse, según la Exposición de Motivos de la Ley, consistente en que el Jurado expresase su opinión motivada.

36. No se justifica técnicamente la distinción de mayorías, según se trate de hechos favorables o desfavorables al acusado, ya que supone un aumento en la carga de la acusación y una rebaja en la carga de la prueba de la defensa. En todo caso, la presunción de inocencia y el principio de *in dubio pro reo* exigiría que en caso de no obtener la mayoría, cualquiera que ésta fuese, para declarar probado un hecho desfavorable al acusado, se tuviese el hecho como no probado sin más. Fue el propio Consejo General del Poder Judicial, el que señaló, en su Informe sobre el Anteproyecto de esta Ley, que a la vista de los precedentes del Derecho Comparado, así como las modernas investigaciones de carácter psicológico y sociológico en cuanto al comportamiento de los jurados, el Consejo se mostraba decidido partidario de que la unanimidad debiera ser la pretensión inicial del Jurado, pues ésta es la que provoca una verdadera y auténtica deliberación, ya que con ella todos los jurados son conscientes de la importancia de su voto. Esta opinión del Consejo es totalmente ajustada a la realidad. El sistema de mayorías evita, normalmente, que se profundice en el análisis de los hechos y suele conducir a rápidos e inmediatos veredictos. Especialmente, ocurre cuando en la primera votación se detecta que ya existe una mayoría, lo que provoca el desinterés del equipo minoritario para imponer su criterio.

7.3. Acta de la votación. Motivación y lectura.

Una vez concluida la votación, se extenderá un acta de la misma, según señala el art. 61.1 LJ. Técnicamente no es acertada esta denominación de acta, ya que realmente no lo es, induciendo a errores innecesarios. Este precepto lo que en realidad regula es la redacción y contenido del veredicto debidamente motivado³⁷. No será necesaria una transcripción literal de las cuestiones formuladas por el Magistrado sobre los hechos.

La ley no ofrece ninguna previsión a seguir por el Jurado para pronunciarse sobre la valoración de la prueba, a pesar de reconocer en la Exposición de Motivos, que esta motivación obedece a un mandato constitucional. En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional, entiende que la apreciación en conciencia de la prueba debe hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda calificarse de cargo, de la que deberá deducirse lógicamente y racionalmente la culpabilidad del acusado –STC 174/1985, de 17 diciembre y 64/1986, de 21 mayo–. De acuerdo con la doctrina constitucional, deberá constar en el acta del veredicto el razonamiento que explique el valor que se otorga a la prueba practicada. De esta forma, constará que el Tribunal no ha actuado de modo arbitrario, y, en todo caso, permitirá a las partes argumentar fundadamente sus recursos. No será admisible, en ningún caso, una remisión genérica y sucinta al resultado de una prueba meramente enunciada³⁸.

37. Uno de los problemas que se ha planteado en muchas de las causas seguidas ante el Tribunal del Jurado ha sido la falta de motivación del veredicto, que exige el art. 61.1.d) LJ. Esta exigencia legislativa obedece a un mandato de nuestra Constitución. Aun cuando se expresa que el veredicto es el testimonio de la conciencia pública, la convicción pública del Jurado debe provenir de una libre, pero meditada valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral. Esta meditada valoración de la prueba debe plasmarse, por mandato de la Ley, en el acta del veredicto. Esta constancia si bien debe ser sucinta, como establece el citado precepto, los razonamientos tienen que ser lo suficientemente extensos para que puedan ilustrar sobre el curso argumental seguido a la hora de aceptar o no un hecho como probado. La labor que corresponderá al Magistrado Presidente será la redacción de la sentencia, en la que incorporará, además del veredicto, la motivación jurídica correspondiente; es decir, la subsunción del hecho delictivo en el tipo penal aplicable.

38. Así ocurriría si se hiciera constar en el acta de veredicto de un Tribunal de Jurado los siguientes términos: Los Jurados han atendido como elemento de convicción para hacer las precedentes declaraciones a las pruebas siguientes: “El testimonio de los testigos, las pruebas de los peritos y las pruebas materiales presentadas en la Sala”.

La jurisprudencia del TS ha dado respuesta a esta cuestión, diciendo que tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado es obvio que no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional. Por ello, sólo les será exigible una sucinta explicación de las razones de su convicción, que serán motivadas jurídicamente por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal atento al desarrollo del juicio. A este respecto, debe diferenciarse entre la motivación sobre los hechos y la motivación sobre la aplicación del derecho. La motivación sobre los hechos supone la parte esencial de la exigencia motivadora en tanto es aquella por la que se conoce el proceso de convicción del órgano jurisdiccional sobre la culpabilidad de una persona, en el sentido de participación en el hecho delictivo imputado, la que justifica el ejercicio de la jurisdicción. Esta función sólo la puede realizar el órgano jurisdiccional que ha percibido la prueba con la inmediación derivada de la práctica de la misma.

El contenido del acta constará de los siguientes apartados: a) Un primer apartado en el que se indicarán los hechos que se han encontrado probados con expresión del resultado de los votos emitidos. b) Un segundo, donde constarán los hechos que se han encontrado no probados, indicando su correlativo en el escrito del objeto del veredicto y el resultado de los votos emitidos. c) En el tercero, se expresará la culpabilidad o no culpabilidad del acusado, en pronunciamientos separados por cada delito y acusado y, en su caso, el criterio en torno a la aplicación de la suspensión condicional de la pena y petición de indulto. d) En el cuarto, los elementos de convicción que se han tenido en cuenta con una sucinta explicación de las razones por las que se han declarado probados o no probados los hechos. e) En el quinto, los incidentes acaecidos en la deliberación, evitando toda identificación que rompa el secreto de ésta, salvo la del que se negare a votar (art. 61.1 LJ).

El acta será redactada por el portavoz, salvo que disienta del parecer mayoritario, en cuyo caso los jurados designarán al redactor. En todo caso, quien deba redactar el acta podrá ser auxiliado por el Secretario o por un oficial, siempre que solicite y obtenga la autorización del Magistrado-Presidente (art. 61.2 LJ). El acta será firmada por todos los jurados, haciéndolo el portavoz por el que no pueda hacerlo por sí. Si alguno se negara a firmar, se hará constar en el acta tal circunstancia (art. 61.3 LJ).

Extendida el acta, los jurados lo harán saber al Magistrado-Presidente, entregándole una copia. Éste, salvo que proceda la devolución del acta, convocará inmediatamente a las partes para que se lea el veredicto en audiencia pública por el portavoz del Jurado (art. 62 LJ). Leído el veredicto, el Jurado cesará en sus funciones. Hasta este momento los suplentes habrán permanecido a disposición del Tribunal en el lugar que se les hubiere indicado (art. 66 LJ).

7.4. Devolución del acta y disolución del Jurado.

El Magistrado-Presidente devolverá el acta al Jurado, no permitiendo la lectura del veredicto si, a la vista de la copia que se le ha entregado, apreciase alguna de las siguientes circunstancias: a) Que no se ha pronunciado sobre la totalidad de los hechos. b) Que no se ha pronunciado sobre la culpabilidad o inculpabilidad de todos los acusados y respecto de la totalidad de los hechos delictivos imputados. c) Que no se han obtenido en alguna de las votaciones las mayorías necesarias. d) Que los diversos pronunciamientos son contradictorios. e) Que se ha incurrido en algún defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación (art. 63.1 LJ).

En cambio, no se devolverá el acta que incluya cualquier declaración de probado de un hecho que, no siendo de los propuestos por el Magistrado, implique una alteración sustancial o determine una responsabilidad más grave que la imputada. Simplemente se tendrá por no puesta tal declaración (art. 63.2 LJ).

Antes de devolver el acta se procederá en la forma que se procedió antes de entregar a los jurados el escrito con el objeto del veredicto; es decir, se oirá a las partes para que puedan solicitar lo que estimen oportuno al respecto (art. 53.3 LJ). Al tiempo de devolver el acta, constituido el Tribunal y en presencia de las partes, el Magistrado-Presidente explicará las causas que justifican la devolución y precisará la forma en que se deben subsanar los defectos de procedimiento o los puntos sobre los que se deberán emitir nuevos pronunciamientos (art. 54 LJ).

Si después de una tercera devolución permanecieren sin subsanar los defectos denunciados o no se hubiesen obtenido las necesarias ma-

yorías, el Jurado será disuelto y se convocará juicio oral con un nuevo Jurado (art. 65.1 LJ).

Si celebrado el nuevo juicio, no lograra tampoco obtenerse un veredicto del segundo Jurado por las mismas causas, el Magistrado-Presidente deberá proceder a disolver el Jurado y a dictar sentencia absolutoria (art. 65.2 LJ).

8. SENTENCIA.

La sentencia la dictará el Magistrado-Presidente, debe ser motivada y estar en consonancia con el veredicto del Jurado. La soberana facultad conferida al Jurado para valorar las pruebas practicadas en el juicio oral y proclamar la culpabilidad o inculpabilidad del acusado no puede ser sometida a censura, comentario ni crítica alguna por el Magistrado Presidente en la sentencia (art. 70 LJ).

No puede exigirse a los ciudadanos que integran el Tribunal de jurado el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que debe exigirse al Juez profesional. La motivación del veredicto debe limitarse a los elementos de convicción que ha considerado para efectuar sus pronunciamientos fácticos, que es lo que impone el art. 61.1 d) de la LOTJ, como sucinta explicación. Por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado exige una “sucinta explicación de las razones...” [art. 61 d)] en la que han de expresarse las razones de la convicción, las cuales deberán ser complementadas por el Magistrado-Presidente que deberá motivar la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ (STS 29 de mayo de 2000).

Si el veredicto fuese de inculpabilidad, el Magistrado-Presidente dictará en el acto sentencia absolutoria del acusado, ordenando, en su caso, la inmediata puesta en libertad (art. 67 LJ). Cuando el veredicto fuese de culpabilidad, antes de dictar la sentencia condenatoria, el Magistrado-Presidente concederá la palabra al Fiscal y demás partes para que, por su orden, informen sobre la pena o medidas que debe imponerse a cada uno de los declarados culpables y sobre la responsabilidad civil. El informe se referirá, además, a la concurrencia de los presupuestos legales de la aplicación de la suspensión condicional de la pena, si el Jurado hubiese emitido un criterio favorable a ésta (art. 68 LJ).

La sentencia que dicte el Magistrado-Presidente será susceptible de recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de la correspondiente Comunidad Autónoma. Contra la sentencia que resuelva la apelación, cabrá recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Véase el epígrafe siguiente.

9. SISTEMA DE RECURSOS.

En esta materia debe distinguirse entre: – los recursos frente a las resoluciones interlocutorias dictadas por el Juez de Instrucción, por el Magistrado-Presidente; – los recursos frente a la sentencia definitiva: apelación y casación.

9.1. Recursos contra las resoluciones dictadas por el Juez de Instrucción.

Frente a las resoluciones dictadas por el Juez de Instrucción serán los de reforma, apelación y queja (arts. 216 y ss. LECrim.), salvo lo establecido específicamente en la LJ.

En muy pocos supuestos, la LJ establece específicamente cuál es el recurso procedente contra las resoluciones que dicte el Juez de Instrucción. Por tanto, como regla, se deberá acudir a la aplicación supletoria de la LECrim. (art. 24.2 LJ) y, concretamente, a las normas generales sobre recursos previstas en el procedimiento por delitos graves.

9.2. Recursos contra las resoluciones dictadas por el Magistrado-Presidente.

Contra las resoluciones interlocutorias dictadas por el Magistrado-Presidente cabe recurso de reforma. En ningún caso cabe recurso de súplica ante el Tribunal de Jurado porque este órgano no dicta este tipo de resoluciones. Contra los autos resolutorios de la reforma, cabe recurso de apelación, que resolverá el TSJ. También cabe la apelación directa contra los autos impugnables previstos en la LJ y en LECrim.

9.3. Recurso de apelación contra la sentencia definitiva y determinados autos.

Serán apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la correspondiente Comunidad Autónoma, constituida por tres Magistrados³⁹:

a) Las sentencias dictadas, en el ámbito de la AP y en primera instancia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado y b) Los autos dictados por el Magistrado-Presidente, que se dicten resolviendo cuestiones a que se refiere el art. 36 LJ, así como en los casos señalados en el art. 676 LECrim. [art. 846 bis a) LECrim.]⁴⁰.

Pueden interponer el recurso de apelación, dentro de los 10 días siguientes a la última notificación de la sentencia: a) El MF, el condenado y las demás partes. b) El declarado exento de responsabilidad criminal, si se le impusiera una medida de seguridad o se declarase su responsabilidad civil. La parte que no haya apelado en el plazo indicado podrá formular apelación en el trámite de impugnación, pero este recurso quedará supeditado a que el apelante principal mantenga el suyo [art. 846 bis b) LECrim.].

El recurso de apelación deberá fundamentarse en alguno de los siguientes motivos tasados en el art. 846 bis c) LECrim.: a) Quebrantamiento de las normas y garantías procesales, incluyendo la violación

39. Se ha planteado el problema de la posible contaminación del Magistrado-Presidente por haber formado parte de la sección de la Audiencia que, en vía de apelación, hubiese resuelto sobre la prisión provisional del acusado, acordada en fase de instrucción, por constituir ello una infracción del derecho a un Juez imparcial. Sobre esta materia se ha pronunciado el TC –STC 85/1992, de 8 junio y 60/1995, de 17 mayo–, entendiéndose que sólo puede existir contaminación cuando el Tribunal tenga contacto con el acusado o con las pruebas; es decir, cuando realice actividades instructoras, pero no cuando se limite a adoptar medidas de ordenación del proceso, en virtud de las competencias otorgadas por Ley. En todo caso, la recusación debe plantearse al tiempo de personarse en la Audiencia, una vez designado el Magistrado-Presidente –art. 36 LJ–.

40. El recurso de apelación cabe, por tanto, contra los autos resolutorios de las cuestiones previas al juicio ante el Tribunal del Jurado (art. 36 LJ) y contra los autos resolutorios de la declinatoria y los que admitan, como artículos de previo pronunciamiento, la cosa juzgada, la prescripción del delito y la amnistía o indulto.

de derechos fundamentales, tanto en el desarrollo del procedimiento como en la sentencia, siempre que se haya producido efectiva indefensión y, además, se haya formulado protesta al producirse la infracción denunciada. Dentro de este apartado se incluye el supuesto de defectos en el veredicto⁴¹. b) Que la sentencia haya incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos, o en la determinación de la pena o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil. c) Que se hubiese solicitado la disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo y tal petición se hubiese desestimado indebidamente, siempre que además se hubiere formulado la oportuna protesta. d) Que se hubiere acordado la disolución del Jurado y no procediese hacerlo, habiéndose formulado la oportuna protesta. e) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, atendida la prueba practicada en el juicio [art. 846 bis c) LECrim.].

Deberán plantearse en el recurso de apelación todos los motivos alegables y sólo si son desestimados se podrá recurrir en casación. No se admitirá un motivo *per saltum* en casación si no se ha alegado antes en apelación (STS de 9 abril 2001 [RAJ 2117], entre otras).

Del escrito interponiendo recurso de apelación se dará traslado a las demás partes, las que, en un plazo de cinco días, podrán formular recurso supeditado de apelación. Si lo interpusieren se dará traslado a las demás partes [art. 846 bis d) I LECrim.]. Concluido el plazo de cinco días sin que se formule apelación supeditada o, si se formuló, efectuado el traslado a las demás partes, se emplazará a todas ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, para que se personen en el plazo de diez días [art. 846 bis d) II LECrim.].

41. El motivo referente a los defectos en el veredicto es uno de los que más recursos motiva. Cabe señalar que el precepto legal que lo regula —art. 846 bis c) a) LECrim.—, exige que aquéllos hayan producido indefensión. A nuestro entender, esta exigencia última no responde a una fundada reflexión, ya que pueden existir numerosos defectos en la proposición del objeto del veredicto que no producen necesariamente indefensión, sin que por ello pueda ser vedada la apelación. Igual sucede cuando se den, de forma incorrecta, las instrucciones a los Jurados por el Magistrado-Presidente, incurra o no éste en parcialidad. En estos casos, deberá sobreentenderse, en sentido finalista, la existencia de indefensión.

Personado el apelante, se señalará día para la vista del recurso, citando a las partes personadas y, en todo caso, al condenado y tercero responsable civil [art. 846 bis e) I LECrim.]. Si el apelante principal no se personare o manifestare su renuncia al recurso, se devolverán los autos a la AP, declarándose firme la sentencia y procediendo a su ejecución [art. 846 bis d) III LECrim.].

La vista se celebrará en audiencia pública, comenzando por el uso de la palabra la parte apelante, seguido del MF, si éste no fuese el que apeló, y demás partes apeladas [art. 846 bis e) LECrim.]. Si se hubiese formulado recurso supeditado de apelación, esta parte intervendrá después del apelante principal que, si no renunciase, podrá replicarle [art. 846 bis e) III LECrim.].

Dentro de los cinco días siguientes a la vista, deberá dictarse sentencia, la cual, si estimase el recurso por quebrantamiento de normas y garantías procesales o por disolución improcedente del Jurado, mandará devolver la causa a la Audiencia para la celebración de nuevo juicio. En los demás supuestos, la sentencia resolverá lo que corresponda [art. 846 bis f) LECrim.].

El Tribunal resolverá la apelación, conforme con el principio de congruencia en segunda instancia, en los términos de los recursos de las partes, sin que pueda examinar los autos con carácter ilimitado. Debido al ámbito restringido y revisorio de la apelación, no cabrá una nueva valoración de la prueba, salvo cuando se alegue la infracción del derecho a la presunción de inocencia porque atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

Más aún cabe señalar que el ámbito de conocimiento del Tribunal de apelación respecto a la revisión de la prueba practicada [art. 846 bis c) e) LECrim.] es más restringido que en la apelación ordinaria e, incluso, que en el recurso de casación por error en la apreciación de la prueba, ya que: a) En primer lugar, se exige que la condena carezca de toda clase de base razonable, en relación con la prueba practicada. Esta razonabilidad obedece a un concepto jurídico indeterminado, utilizado en el art. 5.3.º del Convenio Europeo de Derechos del Hombre, para conectar la duración de un proceso con el de la detención. Posteriormente este concepto ha sido utilizado por el Tribunal de Estrasburgo y por el TC. Su aplicación deberá hacerse de forma casuística en cada proceso. b) En segundo lugar, sólo podrá alegar este motivo el acusado condenado, que denuncie la violación de la presunción de inocencia. Esta

restricción impide a las partes acusadoras y a los acusados no condenados que puedan denunciar aquella violación con clara infracción del principio de igualdad de armas.

La razón de esta limitación en orden a la revisión de la prueba responde a la peculiaridad del juicio por Jurado en el que corresponde exclusivamente a éste, pronunciarse sobre los hechos probados con base en la prueba practicada ante él. Permitir una nueva valoración de la prueba y nuevas pruebas en segunda instancia ante un Tribunal técnico sería, en opinión de algunos autores, vulnerar el fin esencial del Jurado y desvirtuar la esencia de la participación popular en la Administración de Justicia.

De este modo, no puede afirmarse que el recurso de apelación contra la sentencia definitiva del Tribunal del Jurado colme el derecho a la doble instancia y cumpla suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal superior. En primer lugar, y fundamentalmente, porque un recurso de apelación con motivos tasados que, como veremos, no permite realizar un examen completo de los hechos y de la valoración de la prueba, no abre una segunda instancia. Después, porque tampoco se puede olvidar que el Tribunal superior, que conoce del recurso de apelación, no es un Tribunal del Jurado superior, sino las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ; es decir, más que un Tribunal superior, conoce otro Tribunal. Frente a estas objeciones, el TC ha dejado fuera de toda duda el carácter constitucional de este recurso y del Tribunal competente para conocer del mismo.

9.4. Recurso de casación.

Procede el recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ en única instancia (aforamientos) o en segunda instancia (art. 847 LECrim.), que se sustanciará conforme a las normas previstas en los arts. 847 y ss. LECrim. (véase el Cap. XIII).

No cabe plantear un recurso de casación por un motivo que antes no se hubiera alegado en el pertinente recurso de apelación. No se admitirá, por tanto, la casación *per saltum*. Se exige que exista congruencia impugnativa entre lo alegado en apelación y en casación, por lo que no es admisible el mantenimiento de posiciones contradictorias en ambas instancias.

CAPÍTULO XIX

PROCEDIMIENTOS CON ESPECIALIDADES POR RAZÓN DE LA MATERIA

1. PROCEDIMIENTO POR DELITOS DE CALUMNIAS O INJURIAS.

La LECrim. distingue entre el procedimiento por injurias y calumnias contra particulares que se realizan verbalmente o por escrito sin publicidad y las cometidas por medio de imprenta, grabado u otros que comporten publicación o difusión. El primero se regula en los arts. 804 y ss. LECrim., el segundo en los arts. 816 y ss. LECrim¹.

Con relación al régimen de perseguibilidad de los delitos expuestos, de conformidad con el art. 215 CP y la regulación de la LECrim., deben distinguirse los siguientes supuestos: a) Si estos delitos se cometen contra sujetos particulares, bien sea verbalmente o por escrito con o sin publicidad, incluso la realizada por medio de la imprenta, precisan de querrela de la persona ofendida o de su representante legal, no siendo parte el Ministerio Fiscal (art. 804 LECrim.). b) Cuando las injurias o calumnias se dirijan contra funcionarios públicos, Autoridad

1. Véanse los arts. 205 y ss. CP que regulan los delitos contra el Honor distinguiendo entre la calumnia (arts. 205 a 207 CP) y la injuria (arts. 208 a 210 CP) hechas con o sin publicidad (art. 21 CP); y la Consulta 7/1997, de la Fiscalía General del Estado sobre la legitimación del Ministerio Fiscal en procesos penales por los delitos de calumnias e injurias.

o Agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, bastará la denuncia. Se trata de delitos semipúblicos, puesto que no podrá iniciarse el proceso hasta tanto no se presente la oportuna denuncia por el afectado. Una vez deducida la misma, el Fiscal podrá intervenir como parte en el proceso penal (art. 810 CP). c) Si se hubieran producido en juicio, para proceder será necesaria la autorización del Juez o Tribunal ante el cual se hubieran inferido –arts. 805 LECrim. y 215. 2 CP–².

El acto de conciliación previo será necesario tanto para las injurias realizadas por escrito como en las verbales, con la excepción de las inferidas por medio de la imprenta, grabado y otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros medios similares (arts. 278 y 804 LECrim.)³. Para su acreditación se presentará, junto con el escrito de querrela, certificación de haberse realizado.

El procedimiento aplicable será el abreviado que es el que corresponde por razón de la pena que llevan aparejados esta clase de delitos, que habrá de seguirse con las especialidades establecidas para estos delitos (véase STS 24 de enero de 1994 [RAJ 591]).

1.1. Procedimiento por delitos de injurias y calumnias verbales o por escrito contra particulares.

Cuando se tratase de injurias o calumnias inferidas verbalmente, una vez admitida la querrela, el Juez instructor mandará convocar a juicio verbal al querellante, al querellado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos. A tal fin señalará día y hora para la celebra-

2. Se excluyen del ámbito de procedimiento especial las injurias y calumnias cometidas contra la persona del Rey, ascendientes o descendientes y demás personas comprendidas en el art. 490.3 CP o determinadas Instituciones del Estado tipificadas en los arts. 496, 504 y 505 CP. En estos supuestos, se trata de delitos públicos, perseguibles de oficio que se sustancian por los procedimientos ordinarios ya expuestos.

3. El acto de conciliación tendrá lugar ante el Secretario judicial conforme con lo previsto en el art. 456 LOPJ.

ción del juicio (art. 808 LECrim.)⁴. El juicio preliminar se celebrará en el seno de las Diligencias previas, a los efectos de que el Juez instructor pueda resolver posteriormente, conforme a lo previsto en el art. 779.1 LECrim. El acto se ajustará a lo regulado y se recogerá en un acta, que firmarán los concurrentes que supieren –art. 815 LECrim.–. Se excluyen los testigos de referencia –art. 813 LECrim.–, siendo limitados los medios de investigación destinados a la comprobación del hecho, con la excepción de que fuera posible la justificación de la *exceptio veritatis* –art. 810 LECrim.–; en cuyo caso podrán solicitarse la práctica de prueba sobre dicho extremo, de conformidad con lo previsto en los arts. 207 y 210 CP (véase sobre esta cuestión el epígrafe siguiente).

Si las injurias o calumnias hubieran sido realizadas por escrito, sin publicidad, se presentará, siendo posible, el documento que las contenga, que deberá ser reconocido por el responsable. Tras la acreditación de su responsabilidad, se darán por concluidas las diligencias previas incoadas –arts. 806 y 807 LECrim.–. Asimismo, deberá comprobar si ha existido o no la publicidad prevista en el art. 211 CP. Otorgado el perdón, de conformidad con lo dispuesto en el art. 215 CP, se dictará auto de archivo (779.1.1^a LECrim.). No habiéndose otorgado el perdón, se seguirán las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado, adoptando alguna de las resoluciones previstas en el citado art. 779.1 LECrim. Realizados estos trámites dará el Juez por concluida la fase de instrucción, de acuerdo con lo previsto en el art. 779 LECrim. (art. 807 LECrim.), prosiguiendo el procedimiento según las normas establecidas para el procedimiento abreviado (arts. 780 LECrim.), del que conocerá en su fase de juicio oral el Juez de lo Penal –arts. 785 y ss. LECrim.–.

El juicio oral se sustanciará sin más especialidades, con excepción de las previstas en los arts. 214 y 216 CP, con relación a la imposición de la pena. El primero dispone que en el supuesto de reconocimiento en el acto del juicio oral de la falsedad de los hechos o de la falta de certeza de las imputaciones se aplicará la pena inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación. En ese caso, se entregará testimonio de la retractación al ofen-

4. Debe entenderse vigente la celebración de este juicio verbal. Vid. en este sentido la conclusión 3.^a de la Consulta a la Fiscalía General del Estado 2/1994, de 28 de noviembre (suplemento al BIMJ, n.º 1732, p. 26).

dido que podrá solicitar que se publique en el mismo medio en que se verificó la calumnia o injuria. En cuanto al art. 216 CP establece que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado, oídas las partes.

1.2. Procedimiento por delito de injurias o calumnia cometidos por medios mecánicos de publicación o difusión.

La Ley regula este procedimiento en los arts. 816 y ss. LECrim. Igualmente resulta de aplicación la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, con sus sucesivas modificaciones, entre ellas la aprobada por la LO 2/1984, de 26 de marzo, sobre el derecho de rectificación. Estas normas se refieren únicamente a determinadas especialidades procesales, siendo de aplicación el procedimiento el abreviado, con base en las razones expuestas *supra*. La competencia territorial vendrá determinada, según constante jurisprudencia, por el lugar donde se edite la publicación y no por el lugar de residencia del presunto agraviado ni de su autor.

La querrela se formulará en el modo legalmente establecido en los arts. 270 y ss. LECrim., sin necesidad de acto de conciliación previo. Además, la jurisprudencia exige que se aporte justificación de la falta de veracidad de las afirmaciones que se reputan injuriosas. Aunque este requisito cabe referirlo a hechos que permitan una fácil demostración de su falsedad.

Interpuesta la denuncia o la querrela, cuando fuese procedente por la naturaleza de los delitos (p.ej. para los delitos de injurias o calumnias cometidos por estos medios), habrá de resolverse sobre su admisión. A continuación se acordará, si fuere procedente y así se solicitare, el secuestro de los ejemplares del impreso o de la estampa o moldes, y a averiguar la autoría real del escrito (art. 816 LECrim.). Estas dos son las principales finalidades de la instrucción de este procedimiento especial, que sirven para proporcionar celeridad a la tramitación de la investigación sumarial, mediante la averiguación de su autor y unión del impreso, grabado u otro medio mecánico utilizado. De esta forma quedarán ya concluidas las diligencias (art. 823 LECrim.), con la ex-

cepción de que siendo admisible la *exceptio veritatis* (en supuestos de injurias y calumnias contra funcionarios) pueda justificar que las afirmaciones vertidas eran falsas (arts. 207 y 210 CP)⁵.

A estos efectos, se reclamará el impreso o grabado original de cualesquiera personas que lo tuvieren a su disposición –art. 817.2 LECrim.–. Éstas, en su caso, si no lo tuvieren en su poder pondrán en conocimiento del Juez la persona a la que se lo hayan entregado. Ha de notarse que solamente se consideran como instrumentos o efectos del delitos los ejemplares impresos del escrito o estampa o el molde de ésta –art. 822 LECrim.–.

La determinación del responsable criminal deberá realizarse conforme a lo dispuesto en el art. 30 CP. Es decir, se determinará en forma escalonada, excluyente o subsidiaria, aplicando los siguientes criterios: – Quienes hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo; – Los directores de la publicación o programa en que se difunda; – Los directores de la empresa editora, emisora o difusora, y, – Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. Cuando no pudiere averiguarse quién es el autor real del escrito, se dirigirá el procedimiento contra las personas subsidiariamente responsables (arts. 819 LECrim. y 30.3 CP). Cuando hubiese recaído ya sentencia firme contra éstos, no podrá ya perseguirse a quien fuera realmente su autor. No será bastante la confesión del supuesto autor de los hechos para establecer su responsabilidad, para lo que deberán ser practicadas todas las diligencias que se estimen indispensables para su esclarecimiento (art. 820 LECrim.). Si durante la causa apareciera persona criminalmente responsable, según el orden de preferencia señalado, se sobreeserá la causa respecto al posterior (art. 821 LECrim.).

Concluida la investigación de los hechos la sustanciación posterior del procedimiento se ajustará a las normas del procedimiento abreviado (arts. 757 y ss. LECrim.), con base en las razones expuestas *supra*, en el epígrafe anterior.

5. La regulación de la *exceptio veritatis* es una muestra del principio de inocencia a la víctima de la calumnia que establece que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y que la carga de la prueba de dicha demostración no pesa sobre quien resulta acusado sino sobre quien efectúa la acusación. Pero aunque carezca de pruebas de la verdad de la afirmación, no por ello se producirá la necesaria condena del acusado, ya que corresponde a la acusación el elemento subjetivo del delito.

2. OTRAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES.

2.1. En delitos cometidos por bandas armadas y elementos terroristas.

El art. 55.2 CE estableció la posibilidad de que, por medio de Ley Orgánica, pudieran quedar suspendidos, en forma individual, con la necesaria intervención judicial y adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en sus arts. 17.2 CE (libertad individual) y 18.2 y 3 CE (inviolabilidad de domicilio y secreto de las comunicaciones), en relación con las investigaciones correspondientes a actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes. Nótese, que no se precisa declaración del estado de excepción o sitio, sino que en situación de normalidad democrática, por la especial naturaleza de los delitos, se prevén especialidades procesales respecto a los derechos y libertades fundamentales establecidas en la CE que, en la actualidad, han quedado incorporadas a la LECrim.

En desarrollo de esta previsión se promulgó la Ley 1 de diciembre de 1980, derogada por la LO 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas en desarrollo del art. 55.2 de la CE que, posteriormente, tras la estimación parcial de inconstitucionalidad por la STC 199/87, de 16 diciembre, fue modificada por LO 4/1988, de 25 de mayo, incorporando las oportunas excepciones en los arts. 384 bis, 504 bis.1 y bis.2 y 520 bis LECrim. y modificaciones en los arts. 553, 579 y 779. 3 LECrim. Asimismo, debe tenerse presente que la STC 71/1994, de 3 marzo, estimó la constitucionalidad de los arts. 384 bis y 504 bis.2, introducidos por la LO 4/1988, y la inconstitucionalidad del art. 504 bis.1 por cuanto "...viene a privar al detenido o preso de la garantía de intervención judicial...", con suspensión de la excarcelación durante el plazo de un mes en tanto la resolución no sea firme, si interpusiera recurso el Ministerio Fiscal.

La competencia para el conocimiento de estos delitos viene atribuido para su instrucción a los Jueces Centrales de Instrucción (arts. 88 LOPJ y 14.3 LECrim.). El enjuiciamiento corresponderá a los Jueces Centrales de lo Penal y a la Audiencia Nacional (art. 65 y 89 bis.3.º LOPJ y 14.3 y 4 LECrim.), sin que pueda cuestionarse su carácter de Juez ordinario y predeterminado por la Ley. En el caso que se trate de

Menores corresponderá el enjuiciamiento al Juez Central de menores (art. 96.2 LOPJ)⁶.

Las especialidades del procedimiento respecto a los delitos cometidos por las bandas armadas, son: a) Relativas a la detención y situación de incomunicación (art. 520 bis LECrim.). b) Registros domiciliarios e intervención de comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (arts. 553 y 579.4 LECrim.). c) Suspensión de cargo público (art. 384 bis) y clausura de medios de difusión (art. 129.2 CP).

2.2. Delitos de contrabando.

La LO 12/1995, de 12 diciembre, de represión del contrabando, promulgada con posterioridad al CP, viene a adaptar la normativa anterior desarrollada por la LO 7/1992, de 13 julio, a la nueva situación creada por la Unión Europea que ha traído consigo la libertad de circulación de mercancías sin sometimiento a controles, como consecuencia de la supresión de las fronteras interiores. En este sentido, nótese que la aduana española ha dejado de actuar como frontera fiscal para el tráfico con otros Estados miembros de la Unión.

La LO 12/1995, regula junto a determinadas infracciones administrativas, un catálogo de infracciones tipificadas en el art. 2 cuya pena establece su art. 3: “La responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado se extenderá en su caso al importe de la deuda aduanera y tributaria defraudada”.

Como especialidades del procedimiento se establecen: 1) Comiso de los bienes, efectos o instrumentos del contrabando (art. 5). 2) Intervención y enajenación anticipada de bienes (arts. 6 a 9).

6. El concepto de “banda armada” no debe ceñirse a unas eventuales actuaciones susceptibles de ser configuradas como “terroristas”, sino ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos en las que se pretenda difundir una situación de alarma o de inseguridad social como consecuencia del carácter sistemáticamente reiterado y muy frecuentemente indiscriminado de actividad delictiva, sin incluir, exclusivamente, aquéllas que tengan objetivo político. No rige, como sucedía con la Ley 9/1984, un criterio formal para la fijación de la materia, según el tipo delictivo, sino por su catalogación como banda armada; es decir, como conjunto o pluralidad de personas que con idea de permanencia y estabilidad se enfrentan al orden sociológico y jurídico organizado.

No existen especialidades en orden a la competencia de los Juzgados de Instrucción, atribuyéndose a cualesquiera de aquéllos donde se hayan encontrado pruebas materiales de su comisión, dentro del territorio nacional, en aplicación del denominado principio de relatividad; sin perjuicio de que si son cometidos por bandas armadas lo sea de los Juzgados Centrales de Instrucción.

2.3. Delitos contra la propiedad intelectual.

La propiedad intelectual o derecho de autor viene regulado por el RDL 1/1996, de 12 de abril (LPI), que armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia, modificadas por la Ley 5/1998, de 6 de marzo (que incorpora una Directiva Comunitaria sobre protección jurídica de base de datos). En cuanto a la propiedad industrial se regula en la Ley de patentes 11/1986; y la Ley 17/2001, de Marcas.

Los delitos contra la propiedad industrial o intelectual son perseguibles a instancia de parte, lo que determinaba la dificultad de la actuación preventiva de la policía. Por esta razón, el art. 282.2 LECrim., modificado por la Ley 38/2002, establece que la ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de ésta los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.

El procedimiento a seguir, teniendo presente las penas previstas en la ley, será el abreviado o el de enjuiciamiento rápido cuando el delito sea flagrante, conforme con el art. 95.1.2.h) LECrim. (véase sobre enjuiciamiento rápido Cap. XV). Las especialidades procedimentales son: 1) Medidas cautelares patrimoniales (art. 143 LPI). 2) La sentencia condenatoria podrá ser publicada en un periódico oficial a costa del infractor. La responsabilidad civil comprenderá tanto el cese de la actividad ilícita como la indemnización de daños y perjuicios, de conformidad con el art. 272 CP en relación con los arts. 139 y 140 LPI (cierre temporal, con un límite de 5 años, o definitivo de la industria o establecimiento del demandado –art. 271 CP–). El aseguramiento de estos pronunciamientos queda preservado con la adopción de las cautelas referidas que habrán de ser, en todo caso, proporcionadas a la infracción cometida, con la finalidad de procurar el cumplimiento y efectividad de la sentencia condenatoria que pudiera dictarse.

CAPÍTULO XX

**PROCEDIMIENTOS CON ESPECIALIDADES
POR RAZÓN DEL SUJETO**

1. ESPECIALIDADES EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO.

1.1. Ámbito de aplicación de la LO 1/2004.

La Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género pretende proporcionar medidas de carácter global al problema específico de la violencia doméstica o de género, según la nueva denominación legal. Esta clase de violencia se produce por la comisión de determinados actos, constitutivos de delito o falta, dirigidos frente a determinadas personas¹.

1. Hasta la presente LO 1/2004, de violencia de género, el legislador se había referido a este tipo de delitos como de violencia doméstica, en los que no se distinguía el sexo de agresor y víctima. A este respecto, el art. 57 CP, que regula las agravantes en los delitos de violencia doméstica se refiere a la violencia ejercida entre quienes sean, o hubieren sido, cónyuges o personas unidas por relación de pareja, sin más distinción. En principio, la conceptualización de la violencia como “de género”, según la nueva regulación, supone una continuación de ese criterio, ya que el concepto género referido a masculino y femenino puede incluir violencia de hombre a mujer y viceversa. Sin embargo, el art. 1 LO 1/2004 acota el ámbito de la Ley, que se aplica únicamente en la violencia ejercida por un género (masculino) sobre otro (femenino). Por si hubiere dudas los nuevos juzgados que crea la LO 1/2004 se denominan de: “violencia contra la mujer”, lo que supone una definitiva delimitación subjetiva del objeto de la Ley.

La LO 1/2004, se aplicará cuando se produzcan los siguientes actos, constitutivos de delito o falta: violencia física o psicológica, agresión sexual, amenazas, coacciones o privación arbitraria de libertad (art. 1.3 LO 1/2004). Esta relación se completa con la establecida en el art. 14.5 LECrim. que establece que los Juzgados de Violencia sobre la mujer son competentes para conocer de la instrucción de los delitos, y por tanto pueden ser constitutivos de violencia de género, los referentes a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad y delitos contra la integridad. El ámbito subjetivo viene delimitado con relación al agresor y la víctima. A este respecto, las previsiones de la LO 1/2004 se aplicarán a los delitos y faltas fundados en los actos expuestos siempre que éstos se produzcan de hombre a mujer, y cuando exista o hubiere existido relación matrimonial, de pareja, o relaciones similares de efectividad, aun sin convivencia (arts. 1.1 LO 1/2004 y 14.5 LECrim.). También se incluye en el concepto de violencia de género la que se produce sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género (art. 87 ter LOPJ). Es decir, la violencia frente a las personas señaladas, distintas a la mujer, únicamente tendrá la consideración de violencia de género cuando hubiere existido un acto simultáneo o coetáneo de violencia contra la mujer relacionado con el primero.

La Ley establece normas de distinta naturaleza y ámbito de aplicación, lo que resulta lógico dada la pretensión integral de la Ley de ofrecer una protección integral en materia de violencia de género. Así, se regulan normas referentes a la tutela penal y civil, así como a los derechos que se otorgan a las víctimas con incidencia en distintas regulaciones legales.

La investigación preprocesal se encomienda a los Fiscales y a la Policía judicial con las siguientes especialidades: 1.º Los arts. 70 y 71 LO 1/2004, anuncian el nombramiento de un Fiscal contra la violencia sobre la mujer, que elaborará los informes y coordinará las actuaciones en esta materia (arts. 18.1 y 18 quáter Ley 50/1981). 2.º Se anuncia en la Ley la creación de unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado especializadas en la prevención de la violencia de género (que también tendrán competencia para el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas). En esas tareas cooperarán las Policías Locales, en el marco de su colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. A ese respecto, la Comisión de Se-

guimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica aprobó con fecha de 10 de junio de 2004 el Protocolo de actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género. También se anuncian planes de colaboración entre las Administraciones sanitarias, Administración de Justicia, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad, para desarrollar los protocolos de actuación necesarios de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a violencia de género o en riesgo de padecerla (art. 32 LO 1/2004).

1.2. Competencia penal de los Juzgados de violencia sobre la mujer.

Una de las novedades de la LO 1/2004 consiste en la creación de los denominados Juzgados de Violencia sobre la mujer, previstos en el art. 87 bis LOPJ, según la redacción dada por el art. 43 LO 1/2004, a los que se atribuye competencia en el orden penal para conocer de la instrucción de los procesos que se sigan para exigir responsabilidad penal por delitos que puedan calificarse de violencia de género, la adopción de medidas cautelares y el enjuiciamiento y fallo de las faltas en esta materia (arts. 87 ter LOPJ y 14 y 17 bis LECrim.).

Con más concreción, el art. 14 LECrim. dispone que los Jueces de violencia sobre la mujer serán competentes: a) de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior. c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia. d) Del conoci-

miento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

Los Juzgados de Violencia sobre la mujer tienen ámbito de partido judicial, al igual que los de primera instancia e instrucción. A este respecto, el art. 87 bis LOPJ dispone que en cada partido habrá uno o más Juzgados de esta clase que extenderán su jurisdicción en todo su ámbito territorial, sea por vía de especialización, de reconversión o compatibilización. Así lo prevén los arts. 15 bis y 46 ter Ley 38/1988, de Demarcación y planta judicial².

La competencia para conocer de la instrucción de estos delitos vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de que el Juez del lugar de comisión de los hechos pueda adoptar medidas cautelares o de protección (art. 15 bis LECrim.). Nótese que de este modo se intenta favorecer los derechos de la víctima “*atrayendo*” el procedimiento hacia el lugar donde vive, en lugar de aplicar el fuero ordinario en el proceso penal que es el del lugar de comisión del delito.

La competencia para conocer de los juicios orales en las causas instruidas por los Jueces de Violencia contra la mujer en esta materia corresponde a los Juzgados de lo Penal, Audiencia Provincial y Tribunal de Jurado, sin especialidad alguna. Sin embargo, el art. 82.1 LOPJ establece la especialización de Secciones de la Audiencia Provincial para conocer de los recursos que se interpongan frente a las resoluciones dictadas por los Juzgado de Violencia sobre la mujer.

2. La ley prevé distintas posibilidades: a) Que haya más de un Juzgado de Violencia contra la Mujer en el partido judicial; b) Que un Juzgado de Violencia contra la Mujer extienda su jurisdicción a más de un partido judicial dentro de la misma provincia; c) Que se atribuya a un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, o únicamente de instrucción, de los que existan en el partido el conocimiento de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Violencia..., ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias. Esta atribución la acordará el CGPJ previo informe de las Salas de Gobierno. d) En los partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Violencia sobre la mujer (art. 87 bis LOPJ).

1.3. Competencia civil de los Juzgados de violencia sobre la mujer.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer también tienen competencia, exclusiva y excluyente, en el orden civil en ciertas materias y con la concurrencia de determinado presupuestos.

Respecto a las materias, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer pueden conocer en el orden civil de los procedimientos civiles no dispositivos regulados en Libro IV de la LEC a los que se refiere el art. 87 ter LOPJ. A saber: a) filiación, maternidad y paternidad. b) nulidad del matrimonio, separación y divorcio. c) relaciones paterno filiales. d) la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. e) sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. f) la necesidad de asentimiento en la adopción. g) la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Para que un Tribunal de Violencia conozca de aquellos procedimientos deben producirse hechos, con carácter penal, de los denominados de violencia de género; de los que sean, respectivamente, víctima y autor, inductor o cooperador necesario los que sean o deban ser parte en los referidos procedimientos. Producido el supuesto de hecho (de la existencia de actos de violencia de género), e iniciado el procedimiento penal, por delito o falta, o bien cuando se hubiere adoptado una orden de protección por estos hechos, el Tribunal de Violencia contra la Mujer conocerá: a) de la instrucción del delito, b) o del enjuiciamiento de la falta, c) de los procedimientos civiles citados que puedan plantearse entre el agresor y la víctima (art. 87 ter.3 LOPJ).

Una vez atribuida la competencia al Juez de Violencia contra la mujer, éste conocerá del procedimiento civil de que se trate conforme con las reglas procesales previstas en la LEC dictando a tal efecto las resoluciones que procedan. Frente a aquéllas caben los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la LEC. La única excepción se halla en la posibilidad de que, según el número de asuntos existentes, se designen una o varias secciones especializadas de conformidad con lo previsto en el art. 98 LOPJ (art. 82.4 LOPJ).

1.4. Especialidades en materia de medidas cautelares.

La LO 1/2004 establece normas sobre medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas que se regulan de modo complementario a las previstas en los procesos civiles y penales.

Estas medidas las podrá adoptar el Juez de oficio o a instancia de parte (art. 61 LO 1/2004), mediante auto motivado y con pleno respeto a los principios de audiencia y contradicción. En este sentido, lo ordinario será adoptar las medidas cautelares necesarias en el marco de una orden de protección tras celebrar la audiencia prevista en el art. 544 ter.4 LECrim. En la citada orden pueden incluirse medidas de carácter penal y civil. Con la particularidad de que las de carácter civil, a las que se refiere el art. 544 ter LECrim., tienen una vigencia temporal de treinta días, transcurridos los cuales decaen. Salvo que se inicie un proceso civil, del que conocerá el Juez de violencia sobre la mujer, conforme con el art. 87 ter LOPJ. Ahora bien, con la finalidad de garantizar un marco de protección adecuado la LO 1/2004 regula determinadas medidas de protección con relación a los hijos y la vivienda, que se pueden adoptar de oficio y que son independientes de la existencia de un proceso civil de separación o divorcio, que debe iniciarlo, obviamente, el interesado.

a) Medidas de carácter penal. Se regulan en la LO 1/2004 siguiendo las normas previstas en la LECrim. De este modo, conforme con el art. 544 bis y 64 LO 1/2004 el Juez podrá adoptar las siguientes medidas cautelares de carácter penal: a) La prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. b) La prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas. c) La prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas (víctimas, familiares o terceras personas directamente relacionadas con los delitos cometidos). A las citadas, la LO 1/2004 añade la medida cautelar referente a la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas con la obligación de depositarlas (art. 67 LO 1/2004).

Aunque las novedades de mayor interés que introduce la LO 1/2004 se refieren a una mayor especificación del alcance de cada una

de estas medidas; así como a las consecuencias de su quebrantamiento. En este sentido, el 544 bis LECrim. se refiere a la prohibición de comunicar, norma que el art. 64 LO 1/2004 también regula, pero incluyendo mayores especificaciones como las referentes a que la prohibición lo es a acercarse a la misma: “*en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella*”. También se regula la posibilidad de utilizar instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento. Norma que abre la vía de poder “*adosar*” u obligar al inculpado a llevar consigo aparatos de localización. Finalmente, el Juez deberá establecer una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal. Precisamente, las consecuencias del quebrantamiento de las medidas cautelares adoptadas por el Juez conllevarán la comisión de un delito autónomo tipificado en el art. 468 CP y castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Además podrán adoptarse medidas cautelares de mayor restricción, v.g. la prisión provisional, al amparo del art. 544 bis *in fine* LECrim.

b) Medidas de carácter civil. El Juez de violencia contra la mujer también podrá adoptar medidas de carácter civil cuando conozca de los procesos civiles de familia, a los que se refiere el art. 87 ter. En el marco de este proceso el Juez podrá adoptar cualquier clase de medida de esa naturaleza que esté prevista en la LEC. Además el art. 64 LO 1/2004 regula una específicas medidas cautelares, que son las siguientes: 1) La salida obligatoria del domicilio por parte del inculpado y la prohibición de volver al mismo. Además, el Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar a que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen. 2) la suspensión de la patria potestad; la guardia y custodia de menores; o la suspensión de visitas.

Como puede observarse el legislador ha incluido nuevas medidas de carácter civil que intentan ofrecer soluciones a los graves problemas que se plantean a las víctimas de esta clase de delitos. Además la modificación legal

incluye la posibilidad de que el Juez adopte estas medidas de oficio, mientras que al amparo del art. 544 ter LECrim. el Juez puede adoptar medidas de naturaleza civil, pero a instancia de parte, y con una vigencia temporal limitada a 30 días (véase el siguiente apartado sobre la orden de protección).

c) La Orden de protección. Constituye un procedimiento judicial sumario, que tiene por finalidad otorgar un especial estatuto de protección a las víctimas de los delitos o faltas contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual o la seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal (arts. 13 y 544 ter LECrim.); y concretamente a las víctimas de la violencia de género (art. 62 LO 1/2004). Véase sobre esta materia Cap. IX en sede de medidas cautelares.

1.5. Especialidades en materia de ejecución de las penas dictadas por delitos de violencia de género.

Los arts. 33 a 35 LO 1/2004 establecen especialidades en materia de suspensión y sustitución de las penas, dirigidas a someter la posibilidad de otorgar esos modos, más beneficiosos, de cumplimiento de la pena al cumplimiento de determinadas condiciones.

1.º En materia de suspensión: La regulación se halla en el art. 83 CP, que el art. 33 LO 1/2004 modifica para exigir un nuevo requisito para la suspensión, además de los que ya estaban previstos. En este sentido, la anterior redacción del citado art. 83 CP exigía como requisitos para la suspensión la prohibición dirigida al condenado de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima, o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos (art. 83.1.1 y 2 CP). A éstos se añade ahora la exigencia de que el condenado en materia de violencia de género: “Participe en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”. Todos estos requisitos deben cumplirse para que el Juez pueda decretar la suspensión de la pena, su incumplimiento determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 84 CP).

2.º En materia de sustitución de pena: La LO 1/2004 modifica la regulación del CP únicamente para adoptar la redacción del art. 88 CP a la nueva

denominación de esta materia como de violencia de género. Por lo demás, al igual que ya estaba previsto, la pena de prisión únicamente podrá ser sustituida por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y no por la de multa como se permite para el resto de penas que no superen el año, y excepcionalmente hasta dos años.

Finalmente, se establece una norma de garantía de las medidas cautelares, de seguridad y penas dictadas en los procesos en esta materia, imponiendo, en todo caso, pena de prisión de seis meses a un año a los que quebranten una pena de las previstas en el art. 48 CP: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena; la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual— (art. 173.2 CP).

2. PROCEDIMIENTOS PENALES CONTRA AFORADOS.

2.1. Senadores y Diputados.

El art. 71 CE, pfs. 1 a 3, completado por los arts. 10 a 14 del Reglamento del Congreso de los Diputados y por los arts. 22 y 23 del Reglamento del Senado, regulan las prerrogativas procesales de los miembros de las Cortes Generales. Esta normativa viene completada por la LECrim., que en sus arts. 750 a 756 la desarrolla, aunque de forma inadecuada. Será preciso, en todo caso, acudir a la Ley de 9 febrero 1912, sobre competencia y procedimiento, para conocer de las causas contra Senadores y Diputados.

Las prerrogativas de estos parlamentarios son: 1) Inviolabilidad (art. 71.1 CE): Supone la irresponsabilidad por las opiniones manifestadas y los votos emitidos en las Cámaras legislativas, que continúa, aun después de haber cesado en el cargo, por las vertidas durante su mandato. Se extiende, igual-

mente, al margen de su actuación parlamentaria, si su actuación es “política”, pero decae su protección cuando los actos son realizados por su autor en calidad de ciudadano. 2) Inmunidad (art. 71.2 CE): Consiste en un especial reforzamiento de las garantías procesales, en relación con la actuación de los Tribunales y el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los mismos. Tiene un doble aspecto, que se mantiene sólo durante el ejercicio del cargo: En primer lugar, respecto a la detención, ya que no podrán ser detenidos, salvo caso de flagrante delito, excluyéndose el cuasi-flagrante. En segundo lugar, con relación a la inculpación o procesamiento. Para ello se precisa la concesión del suplicatorio previo de las Cámaras legislativas, extremo que les diferencia de los Parlamentarios de las Comunidades Autónomas. También gozarán de inviolabilidad e inmunidad, pero no aforamiento, los miembros del Parlamento Europeo³.

En la iniciación del proceso debe distinguirse: a) Si la querrela se dirige ya inicialmente contra un Senador o Diputado, la competencia es de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo que, según el Auto 7 noviembre 1991, debe admitirla siempre que sea órgano competente y los hechos en los que se funda sean constitutivos de delito⁴. b) Si los hechos han sido denunciados ante el Juez ordinario, acreditada la condición de Diputado o Senador, existiendo posteriormente indicios de responsabilidad contra éste, deberán remitirse los antecedentes necesarios a la Sala 2.^a a fin de que decida sobre su competencia. Por tanto, si una causa se instruye por un Juez de Instrucción, éste deberá elevar los antecedentes del caso juntamente con el suplicatorio, solicitando su resolución por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo⁵.

3. Véase el Acuerdo General sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa de 2 de septiembre de 1949 y, especialmente, el Protocolo sexto de 5 de marzo de 1996 que extiende la inmunidad de jurisdicción a los Jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4. El órgano judicial encargado de la instrucción de la causa y su enjuiciamiento será la Sala 2.^a del Tribunal Supremo –arts. 71.3 CE y 57.2.º LOPJ–. La LO 7/1988, de 28 de diciembre, añadió un segundo párrafo estableciendo que para la instrucción se designará a uno de los miembros de la Sala que no formará parte de la misma en el enjuiciamiento del ilícito.

5. La práctica forense había consagrado una fórmula de elevación de diligencias por medio del auto inhibitorio en favor del superior jerárquico. No obstante, el Tribunal Supremo en el Auto 21 marzo 1984 (RAJ 6750) ha venido a descalificar esta prác-

La Sala 2.^a decidirá, una vez recibido el anterior escrito y los anteriores, sobre su competencia. Resuelta esta cuestión en sentido favorable, remitirá orden al órgano inferior para que éste, a su vez, mande las diligencias originales. Con esta comunicación, el órgano inferior, tras unirla a los autos, deberá acordar por proveído la remisión al Tribunal Supremo de las citadas diligencias. En la misma resolución de admisión de la querrela o de su competencia, cuando se remita la causa por el Juez ordinario, se nombrará Magistrado Instructor y será, posteriormente, cuando se solicite el correspondiente suplicatorio.

El aforado podrá ejercitar su derecho de defensa plenamente sin perjuicio de la ausencia de suplicatorio (art. 118 bis LECrim.). Esta norma se introdujo por LO 7/2002, de 5 de julio con la finalidad de evitar la inculpación “*material*” que puede tener efecto por la primera instrucción que tiene lugar por el Juez que inicialmente conoce del asunto. De este modo se posibilita que el aforado tenga pleno conocimiento de la denuncia o querrela y tomar conocimiento de las actuaciones, así como declarar ante el Juez a fin de poder ofrecer su versión de los hechos y poner fin a la elevación del asunto al Tribunal Supremo de modo que se ponga fin a querrelas sin base ni fundamento alguno.

Para proceder contra un Diputado o Senador se precisa la concesión del pertinente suplicatorio, cuya tramitación se realizará por la Sala 2.^a del TS. Constituye un requisito de procedibilidad ante la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o alterar su posible composición, como han sostenido la SSTC 90/1985 y 206/1992, de 27 noviembre. La petición de suplicatorio comporta la paralización del procedimiento hasta tanto no se pronuncien el Congreso o el Senado, conforme dispone el art. 753 LECrim., sin perjuicio de adoptar las medidas oportunas para evitar la ocultación del delito o la fuga del presunto delincuente. Cuando se trate de supuestos de delito flagrante, será aplicable lo establecido en los arts. 751 LECrim. y arts. 2 y 5 de la Ley de 1912: proceder a su detención con comunicación inmediata al Cuerpo Legislativo correspondiente.

tica, ordenando que se cumpla lo previsto en los arts. 21, 22.3, 303.5 y 309 LECrim. Es decir, no procede que el órgano inferior jerárquico remita todos los autos, ni que decida sobre su competencia territorial, sino que deberá limitarse a remitir los testimonios y antecedentes que estime necesarios para que el superior jerárquico pueda resolver.

El momento para pedir este suplicatorio a las Cámaras Legislativas será desde el mismo instante en que aparezca alguna persona aforada como imputado o querellado. Se solicitará sin esperar a dictar auto de procesamiento o realizar la correspondiente acta de acusación en el procedimiento abreviado; sin perjuicio que sea necesario realizar una mínima actividad de investigación. A ese efecto el art. 118 bis LECrim. permite la defensa del investigado desde el primer momento en el que se inicien las diligencias de investigación.

En caso de denegación del suplicatorio procederá el sobreseimiento libre de las actuaciones (art. 754 LECrim. en relación con el art. 7 Ley de 9 de febrero de 1912), con efectos de cosa juzgada material y sin posibilidad de reapertura de diligencias. Si se concediera el suplicatorio se seguirá la tramitación de la causa, sin posibilidad de recurso, continuándose el procedimiento hasta que recaiga resolución o sentencia firme. Tampoco se paralizará si antes de dictarla fueren disueltas las Cortes a que pertenciere el Senador o Diputado objeto de enjuiciamiento, de conformidad con el art. 7 *in fine* de la Ley de 9 de febrero de 1912.

2.2. Agentes Diplomáticos, Consulares y afines.

El art. 31 del Convenio de Viena de 18 de abril de 1961, ratificado por España el 21 de noviembre de 1967, establece la inmunidad de los Agentes Diplomáticos en relación con la jurisdicción penal del Estado receptor. Es un fuero renunciable por el Estado acreditante —art. 32 Convenio de Viena—, puesto que como establece el Preámbulo del Convenio, se trata de beneficios que se conceden no a las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados.

2.3. Parlamentarios de las Comunidades Autónomas.

La configuración autonómica del Estado español ha dado lugar a nuevos fueros personales. Las personas que obtengan la condición de parlamentario en los respectivos Parlamentos Autonómicos gozarán de unas especiales prerrogativas, sin que puedan asimilarse a las de Dipu-

tados y Senadores, ni serles aplicado el procedimiento para concesión del suplicatorio previsto en la Ley de 9 de noviembre de 1912. Estas diferencias han sido deslindadas por el Tribunal Constitucional en STC 12 noviembre 1981, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley 2/1981, de 12 de febrero, del Parlamento Vasco que equiparaba sus prerrogativas a la de los Diputados y Senadores de las Cortes Generales.

Por tanto, sus prerrogativas son, según sus respectivos Estatutos: 1) Inviolabilidad por las opiniones y votos emitidos durante el período legislativo, y aun después de éste siempre que tuvieran relación con aquéllas. 2) Inmunidad relativa o fuero especial, ya que cualquier decisión sobre su prisión, inculpación o procesamiento, deberá ser adoptada por el Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, cuando los hechos fueran cometidos dentro de su ámbito territorial. Si tales hechos se cometiesen fuera de dicho ámbito, la competencia correspondería al Tribunal Supremo (Sala 2.^a), fenecciendo dicho fuero con el cargo.

Estas prerrogativas tienen dos finalidades. La primera, sustraer estas materias al régimen procesal común mediante la concesión de aforamiento. La segunda, atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de un cierto tipo de causas penales, esto es, delimitar o enmarcar la competencia de los mismos. Y sólo pueden establecerse por los Estatutos de Autonomía, siendo inconstitucional cualquier otra Ley autonómica que los declare, como se señalaba en la citada resolución.

2.4. Miembros del Ejecutivo de la Administración Central y Comunidades Autónomas. Delegados del Gobierno. Otras especialidades por razón del cargo.

– Administración Central. El art. 102 CE ha introducido profundas modificaciones respecto a los miembros del Ejecutivo de la Administración Central. Según este precepto, el conocimiento de las causas derivadas de la responsabilidad criminal del Presidente y demás miembros del Gobierno corresponde a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (la anterior regulación atribuía la competencia al Pleno de dicho Tribunal). No obstante, tratándose de traición o de delitos contra la seguri-

dad el Estado, cometidos en el ejercicio de sus funciones, la acusación sólo podrá plantearse por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso –art. 102.2 CE–. Este fuero se aplicará arts. 98.1.º CE y 8.1.º LO 10/1983, de 16 de agosto, el Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes y los Ministros.

Corresponde también al Tribunal Supremo el conocimiento de las causas criminales contra las autoridades que se indican en el art. 57.2.º LOPJ: Presidente y Magistrados del Tribunal Constitucional, Presidente y Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo y todos aquellos asimilados que se determinen en los Estatutos de Autonomía.

– Delegados del Gobierno. El art. 3 Ley 17/1983, de 16 de noviembre establece que el enjuiciamiento de las acciones u omisiones producidas en el ejercicio de sus cargos serán conocidas por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

– Autoridades locales, el art. 78 Ley de Régimen Local de 2 de abril de 1985 establece que la responsabilidad civil y penal por actos u omisiones realizados en el ejercicio de su cargo, serán enjuiciados por los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable. Posteriormente, nada se ha previsto ni desarrollado al respecto. En consecuencia, derogado el art. 385 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración Local, que establecía que el procesamiento de Alcaldes y Concejales, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, debía ser resuelto por la Audiencia Provincial, en la actualidad ha quedado sin vigor el fuero especial para el enjuiciamiento de las causas seguidas contra ellos, siguiéndose el procedimiento ordinario sin especialidad alguna.

– Miembros de los Ejecutivos Autonómicos: Los Estatutos de Autonomía adoptan diversas fórmulas en su articulado sobre la competencia de los Tribunales ordinarios. Teniendo en cuenta la peculiaridad de la función básicamente política de estos órganos, si bien carecen de la prerrogativa de la inviolabilidad, debe señalarse que su enjuiciamiento se realizará por los Tribunales Superiores de Justicia (Sala Pe-

nal) o el TS (Sala 2.^a), según las normas de los Estatutos de Autonomía aplicables⁶.

– Procedimiento.

La querrela o denuncia deberá ser interpuesta ante el Tribunal competente, entre los anteriormente enumerados. Para el caso de que el Juez de Instrucción estime, una vez iniciadas las diligencias, que se deduce de los hechos investigados alguna presunta responsabilidad contra un aforado, suspenderá sus actuaciones y de conformidad con el art. 23 LECrim. remitirá los antecedentes necesarios al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo, quienes resolverán de plano y sin ulterior recurso. Ello, sin perjuicio de que se sigan practicando las diligencias necesarias y de reconocida urgencia (arts. 22.2 y 23 *in fine* LECrim.)

Cuando la causa se siga contra aforados y no aforados la regla general será la de la aplicación de la conexidad con carácter restrictivo, lo que determina que sea necesario que el Juez de Instrucción individualice la conducta de aforados y no aforados, de modo que se agote la instrucción respecto a los hechos sin dirigir el procedimiento frente al aforado, solicitando a partir de ese mo-

6. En algunos casos se asimilan los fueros a los de los Parlamentarios respectivos (País Vasco, Cataluña). Así, los miembros del Ejecutivo tienen privilegios procesales respecto de los órganos competentes para su enjuiciamiento, por hechos cometidos en el territorio de la Comunidad Autónoma, no pudiendo ser detenidos ni retenidos, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión o procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia; defiriendo la competencia para los actos cometidos fuera de su territorio a la Sala 2.^a del TS. Otros Estatutos (Andalucía) siguen un régimen mixto, quedando sometido el Presidente a la Sala 2.^a del TS, mientras que en cuanto a los miembros de su Gobierno, se diferencia el lugar de comisión de los presuntos hechos delictivos. Por otra parte, en otros, únicamente se hace una remisión a las Leyes del Estado (La Rioja).

Algunos Estatutos habían introducido normas por las que, en forma incorrecta, se supeditaba la actuación de los Tribunales de Justicia, a la autorización de los órganos legislativos de la Comunidad Autónoma, con necesidad previa de concesión de suplicatorio. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, referida a la Comunidad Autónoma de Cantabria, dichas normas deben entenderse inaplicables. Así, la STS de 10 julio 1995 (RJ 5400) ha sostenido que ninguna norma constitucional o estatutaria permite fundadamente la tesis de que la responsabilidad criminal del Presidente y de los Consejeros del Gobierno cántabro se encuentre procesalmente supeditada a la autorización de la Asamblea Legislativa regional.

mento el correspondiente suplicatorio. En caso de enjuiciamiento conjunto, si se declarase exento de responsabilidad al aforado, la causa deberá nuevamente remitirse al Juez o Tribunal previsto en el art. 14 LECrim., con la excepción de que siguiéndose el procedimiento por delitos graves se hubiera ya dictado auto de procesamiento, de conformidad con el art. 7 Ley de 9 de febrero de 1912, aunque posteriormente el aforado pierda su condición. Igualmente sucederá para los casos en que el trámite seguido fuera el de procedimiento abreviado o el de juicio de faltas, y se hubiera procedido a la apertura de juicio oral. En principio el aforado no puede renunciar al fuero, manteniendo el cargo, ya que éste sigue a la función que desempeña mientras la ostenta. Ahora bien, ha de tenerse presente que existirán casos que no deberían quedar amparados por el fuero, debiendo ser críticos respecto a su aplicación en el enjuiciamiento de ilícitos que no inciden en su función “pública” o “política”.

En la fase de investigación, admitida la querrela o denuncia, en su caso, la Sala procederá a nombrar un instructor entre los miembros del Tribunal, de conformidad con los arts. 57.2, 61.2 y 73.4 LOPJ, que derogan el art. 303 LECrim. en dicho extremo. La precedente previsión, introducida por la LO 7/1988, con la finalidad de evitar la inconstitucionalidad de la LOPJ y de los Estatutos de Autonomía, plantea, no obstante, la cuestión acerca del contenido y facultades que tendrá dicho Instructor.

En la fase de juicio oral, el proceso continuará hasta que recaiga sentencia firme, como señala el art. 7 Ley de 1912. No presenta especialidad alguna si bien, firme la resolución e independientemente de la separación del cargo como efecto accesorio, deberá comunicarse al Cuerpo Legislativo, Ejecutivo o a aquél al que perteneciese, según establece el art. 9 de la Ley citada. Contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo (Sala 2.^a) no cabrá recurso alguno. Contra la dictada por el Tribunal Superior de Justicia podrá interponerse el de casación o la queja, caso de denegación del primero.

3. RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE JUECES, MAGISTRADOS Y FISCALES.

La responsabilidad penal de Jueces y Magistrados se exigirá conforme a lo previsto en la LOPJ (art. 405 LOPJ). Concretamente los

arts. 405 a 409 LOPJ se refieren al proceso que se iniciará por providencia del Tribunal competente, o por querrela del perjudicado u ofendido o mediante el ejercicio de la acción popular.

La única especialidad en el enjuiciamiento de Magistrados, Jueces y Fiscales se refiere al Tribunal competente para conocer de los delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos. A saber: – A la Sala 2.^a del TS le corresponde la instrucción y el enjuiciamiento por delitos y faltas cometidos por el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo y del Presidente y Magistrados de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, así como de los Jueces Centrales de la Audiencia Nacional. También del Fiscal General del Estado y Fiscales de Sala del Tribunal Supremo –art. 57.2 y 3 LOPJ–. – A la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la instrucción y fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que está atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

El procedimiento será el que corresponda en razón del delito, con la única especialidad contenida en el art. 410 LOPJ que prevé un mecanismo de garantía frente a las acusaciones infundadas, que puedan desvirtuar o menoscabar la función judicial. A este efecto, el citado precepto exige que en el caso de interponerse querrela frente a Juez o Magistrado, el instructor de la causa, con carácter previo a la admisión de la querrela, podrá recabar los antecedentes que considere oportunos a fin de determinar su propia competencia, así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación. La norma se refiere a la situación en la que la parte o interesado interponga querrela frente al Juez o Tribunal que deba resolver, pero cabe entender que se aplicará en el supuesto en el proceso en el que se produjo la infracción penal ya hubiere finalizado.

4. MIEMBROS DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE LA SEGURIDAD DEL ESTADO.

No se trata de aforamientos sino de determinadas reglas de competencia o de procedimiento especial, que difieren al enjuiciamiento de hechos ilícitos a Tribunales distintos de los normalmente compe-

tentes. Las mencionadas reglas de competencia se hallan reguladas en la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCSE).

La citada Ley establece, en su art. 8.1, con carácter general, que los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías Autonómicas y Locales, serán competencia de la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, con la particularidad de que si el hecho enjuiciado constituye delito será conocido por la Audiencia Provincial.

CAPÍTULO XXI

PROCESOS ESPECIALES

1. EL PROCESO DE “HABEAS CORPUS”.

El proceso de “habeas corpus” tiene por objeto velar por el derecho a la libertad personal frente a posibles arbitrariedades del poder público. Este procedimiento está previsto en el art. 17.4 CE que dispone que su finalidad consiste en la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente, como medio sustantivo del derecho de libertad. Por tanto, se limita a resolver sobre la legalidad de la medida adoptada, sin otras consecuencias que la terminación o modificación de la misma.

Se trata de un control judicial limitado a vigilar la regularidad o legalidad de una detención en el sentido dispuesto en el art. 5 pfs. 1 y 4 Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. Nótese que según la citada norma, en su pf. 5, se dispone que: “Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordenar su puesta en libertad si fuera ilegal”. El ámbito de este procedimiento, en consonancia con el principio de generalidad aplicable, alcanza a todas las detenciones que pudieran ser arbitrarias: detenciones gubernativas de extranjeros encaminadas a la expulsión de los mismos en ciertas condiciones, de menores, enajenados mentales y, en definitiva, cualquier clase de privación de libertad, incluido el arresto domiciliario.

El procedimiento se regula en la LO 6/1984, de 24 de mayo (LOHC). En esta Ley, el legislador ha establecido una serie de garantías frente a las eventuales detenciones no justificadas de ciudadanos. Por ello, se ha configurado mediante una comparecencia del detenido ante el Juez, a quien expone sus alegaciones contra la detención o las condiciones de la misma, para que el Juez, tras el acuerdo de denegación o incoación del procedimiento, decida, en caso de incoación, en el plazo de veinticuatro horas, sobre la legalidad o no de la misma. Todo esto se entiende sin perjuicio de los ilícitos que hubieran podido cometerse con motivo de la detención. El procedimiento se caracteriza por las siguientes características: a) sencillez y carencia de formalismos; b) celeridad, y c) generalidad, tanto respecto de las personas, como de los supuestos de detención. Se trata de un procedimiento judicial sumarísimo, cuyo único objetivo radica en que las detenciones ilegales o las detenciones mantenidas en condiciones ilegales finalicen teóricamente en un espacio de pocas horas desde que se produzcan.

La competencia objetiva y territorial corresponde al Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad. Si aquél no constare, el del lugar en que se produzca la detención; y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido –art. 2 LOHC–. No obstante, si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos del art. 55.2 CE o se produce en el ámbito de la jurisdicción castrense, la competencia será de los Jueces Centrales de Instrucción o del Juez Togado Militar de Instrucción, respectivamente (art. 2.2.º y 3.º LOHC).

El procedimiento se iniciará, salvo cuando se incoe de oficio, por medio de escrito o de comparecencia –art. 4 LOHC– no siendo preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador. Tras el dictamen del fiscal o simultáneamente al traslado efectuado, se examinarán los presupuestos de admisibilidad relativos al hecho de la privación de libertad denunciado, circunstancias personales del solicitante y a favor de quien se pide el amparo, lugar donde se encuentre y motivo por el que se solicita el “habeas corpus”. Seguidamente, se dictará el correspondiente auto denegando o acordando la incoación del procedimiento, que no será recurrible –art. 6 LOHC–. Se trata de un primer control sobre el fundamento o no de la petición deducida con la finalidad de que no se utilice de forma abusiva o torticera.

Si admite la petición, el Juez de Instrucción dirigirá el requerimiento de manifestación a la Autoridad (funcionario o persona) responsable de su custodia, quien deberá traerlo a su presencia, sin demora alguna, bajo sanción de incurrir en delito de desobediencia si incumpliere la orden. Sin embargo, de forma excepcional, cuando le conste la comisión de un ilícito (torturas...), podrá constituirse en el lugar de la detención (art. 318 LECrim.).

Posteriormente, se abre una fase de alegaciones (art. 7 LOHC) de todas aquellas personas que pudiesen esclarecer los hechos. Concluida la fase precedente, se abre otra fase sumaria para la prueba (art. 7.3.º y 4.º LOHC). La admisión de los medios que se propongan, sin limitación alguna, y su práctica, tiene un término perentorio de veinticuatro horas. Practicadas las actuaciones precedentes, se procederá a dictar la oportuna resolución que podrá ser: a) archivo de las actuaciones; b) puesta en libertad del detenido; c) su puesta a disposición de la Autoridad Judicial, si hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención, y d) continuación de la detención en establecimiento distinto o bajo la custodia de persona distinta. Contra la decisión judicial nada se dispone si bien, al no hallarse previsto el recurso de apelación, cabrá deducir recurso de queja ante la Audiencia Provincial, de conformidad con el art. 218 LECrim.

2. EL PROCESO CONTRA REOS AUSENTES.

La rebeldía no constituye un procedimiento especial, aun cuando reciba esta denominación en el Título VII, Libro IV LECrim., que regula esta materia. Por el contrario, la rebeldía supone una situación o estado jurídico que produce unas concretas consecuencias jurídicas determinadas en la Ley, por lo que precisa que sea declarado por medio de la correspondiente resolución judicial, que adoptará la forma de auto. Sin embargo, por razones sistemáticas, coherentes con la regulación legal lo examinamos dentro de los procesos especiales.

La declaración de ausencia de un reo se producirá cuando no comparezca ante el órgano jurisdiccional que conozca de la causa, en el plazo que se haya fijado en la requisitoria dictada al efecto. El legislador entendió que, no comparecido un inculpado citado en forma, no procedía declarar automáticamente su rebeldía. A este efecto, introdujo la llamada requisitoria cuya finalidad es localizar al inculpado como paso previo a su declaración de rebeldía (arts. 835, 836 y 837 LECrim.).

El procedimiento contra reos ausentes viene regulado en los arts. 834 a 846, 512 a 515, 784.4 y 791.4 LECrim. y se iniciará cuando concurra alguna de las situaciones previstas en el art. 835 LECrim. Así, se decreta cuando al procesado no pudiera serle notificada una resolución judicial por hallarse en ignorado paradero o no tuviese domicilio conocido; cuando se hubiera fugado del establecimiento en que se hallase detenido o preso; cuando hallándose en libertad provisional, deje de concurrir a presencia judicial cuando le correspondiere.

Inmediatamente que se constate por el órgano judicial alguna de las situaciones precedentes se mandará expedir las requisitorias para su busca y captura (art. 836 LECrim. y para el procedimiento abreviado, vid. art. 784.4 LECrim.). Las requisitorias son órdenes judiciales para la presentación, busca y localización del ausente en un plazo determinado. Éstas deben contener los extremos reseñados en los arts. 513 y 837 LECrim.; es decir, sus circunstancias personales y señas, delito cometido y territorio donde pudiere ser hallado, así como la situación que la ha originado y si se hubiera decretado la prisión el establecimiento donde hubiera de ser conducido (aunque ésta última circunstancia no suele observarse en la práctica). En igual modo se señala un lapso temporal para su presentación, bajo el apercibimiento de ser declarado en rebeldía. Transcurrido el plazo de la requisitoria sin que el reo haya comparecido, procede la declaración de rebeldía —art. 838 LECrim—. Esta resolución se lleva a cabo por testimonio en la pieza de situación y cuando es habido debe resolverse sobre el mantenimiento o no de la privación de libertad, dejando sin efecto la orden de busca y captura.

Son diversos los efectos que se producen según los autos se encuentran en fase de investigación sumarial o juicio oral. Así, no resulta indispensable la presencia del inculcado para la conclusión de la fase de diligencias previas o sumariales, ni durante la sustanciación del recurso de apelación o casación interpuesto contra la sentencia. En este sentido, debe distinguirse: a) Si la causa estuviere en sumario se continuará hasta que se declare terminado, con archivo posterior de la causa —art. 840 LECrim— y reserva de las acciones civiles —art. 843 LECrim—. Tras su comparecencia se ordena su posterior reapertura, de conformidad con lo dispuesto en el art. 846 LECrim. Si el procedimiento es el abreviado sólo procede la declaración de rebeldía cuando haya concluido la fase instructora, una vez se hayan deducido los escritos de acusación y abierto el juicio oral —art. 791. 4 LECrim—, y si existen varios encau-

sados se continuará respecto a los demás, suspendiéndose únicamente respecto al declarado rebelde –art. 793. 1 LECrim–. Ha de tenerse presente que la continuación de la fase sumarial sin su presencia resulta razonable y no produce incidencia sustancial en el derecho de la defensa, entendiéndose que es debida a su propia contumacia que por propia voluntad se coloca al margen del proceso (STC 149/1986, de 26 noviembre). b) Si el reo se hubiere fugado u ocultado después de notificada la sentencia, estando pendiente el recurso de casación, éste se sustanciará, nombrándose al rebelde Abogado y Procurador de oficio. La sentencia que recaiga será firme –art. 845 LECrim–.

En la fase de juicio oral, el principio acusatorio exige la forma contradictoria. Por tanto, si el acusado no se halla presente en dicho acto, deberá suspenderse aquél hasta que sea habido, salvo en el llamado procedimiento abreviado y en los juicios de faltas, que constituyen la mayoría de los procedimientos incoados. Concretamente en el procedimiento abreviado la ausencia injustificada del acusado, que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona que él mismo hubiese designado, no suspenderá la celebración del juicio oral siempre que el Juez o Tribunal estime que existen elementos suficientes para su enjuiciamiento, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la acusación, y tras oír a la defensa, y siempre que la pena no supere los dos años de prisión –arts. 786.1 LECrim–. En todo caso, se le permite ejercitar el derecho de defensa cuando fuera habido por los medios legales procedentes, y en su caso, por medio de los oportunos remedios rescisorios (art. 793 LECrim. sobre el recurso de anulación).

3. LA EXTRADICIÓN.

El instituto de la extradición es esencialmente un acto de asistencia jurídica internacional por el que se entrega un delincuente a otro Estado para su enjuiciamiento o para el cumplimiento de la pena impuesta. Comporta, por lo general, una actividad de los órganos judiciales del país que solicita la entrega (extradición activa) y otra en los del país en que se encuentra la persona reclamada (extradición pasiva). En derecho comparado existen diferencias de criterio sobre la naturaleza gubernativa o judicial del procedimiento, así en unos países, la decisión de acceder a la solicitud de extradición se atribuye a organismos del ejecutivo; en otros a judiciales, y en otros como España, en la decisión intervienen organismos administrativos y judiciales.

En nuestro ordenamiento jurídico puede distinguirse entre: a) la extradición activa, y b) la extradición pasiva¹. La primera consiste en que el Estado español reclame de otro Estado la entrega de un delincuente que se encuentre allí. La segunda consiste en que un Estado reclame al Estado español la entrega de un delincuente que se halle en territorio nacional.

La extradición activa viene regulada en la LECrim. (arts. 824 a 833) y la extradición pasiva se halla recogida en la Ley 4/1985, de 21 de marzo. El art. 88 LOPJ encarga la tramitación de los expedientes de extradición pasiva a los Juzgados Centrales de Instrucción, y a la Sala Penal de la Audiencia Nacional su enjuiciamiento (art. 65.4.º LOPJ). Asimismo, ha de tenerse presente lo convenido en los Tratados internacionales, ya que en esta materia cobra especial importancia el Derecho Internacional. Así lo ha recogido la CE en su art. 13.3.º, que establece que: “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un Tratado o de la Ley, atendiendo al principio de reciprocidad”. Así, el art. 1 de la Ley 4/1985, de extradición pasiva, señala que: “las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte”².

3.1. Extradición activa.

Los requisitos exigidos para la extradición activa se regulan en los arts. 825 a 828 LECrim. Sólo podrá pedirse o proponerse la extradi-

1. Además, la Ley también regula las extradiciones de tránsito (art. 20 LEP) –paso por territorio nacional de sujetos sometidos a extradición por tercer país– y la reextradición (art. 21 LEP) –entrega a otro Estado por el país al que ha sido inicialmente extraditado–.

2. En este sentido, son directamente aplicables todos aquellos preceptos referidos a la extradición, contenidos tanto en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (ratificado por España en 1982) y el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión europea de 10 de marzo de 1995; como en otros instrumentos multilaterales como el Convenio de Schengen de 1990 (aplicación del Acuerdo de 1985), ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1993, que entró en vigor el 26 de marzo de 1995.

ción de españoles que, habiendo delinquido en España, se refugiasen en país extranjero, o que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto del que delinquieron. También podrá solicitarse de los extranjeros que, debiendo ser juzgados en España, se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo (arts. 825 y 826 LECrim.).

Procederá la petición: 1.º En los casos que se determinan en los Tratados vigentes con el Estado en cuyo territorio se hallare el individuo reclamado. 2.º En defecto de Tratado, según el Derecho escrito o consuetudinario vigente en el territorio a cuya nación se pida la extradición, y 3.º En defecto de los dos casos anteriores, cuando la extradición proceda según el principio de reciprocidad (art. 827 LECrim.). En todo caso, debe haberse dictado auto de prisión o recaído sentencia firme contra los imputados cuya extradición se pretende.

El procedimiento se iniciará bien de oficio, bien a instancia de parte, debiendo informar siempre el Ministerio Fiscal (art. 829 LECrim.)³. La resolución que se dicte será motivada y susceptible de recurso de apelación, tanto si se acuerda como si se deniega la petición, si la hubiere dictado un Juez de Instrucción (art. 830 LECrim.). Firme el auto en el que se solicita la extradición, deberá elevarse el oportuno suplicatorio al Ministro de Justicia –art. 831 LECrim.– que lo remitirá por vía consular o diplomática. Se exceptúan los casos en que, de acuerdo con los convenios internacionales suscritos, puedan hacerse las peticiones directamente al país en cuyo territorio se halle el procesado (art. 276 LOPJ).

Todos los suplicatorios se elevarán por conducto del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia correspondiente. Ha de tenerse en cuenta que al suplicatorio se debe acompañar testimonio de todas las resoluciones, informes y preceptos mencionados en la parte dispositiva de la resolución anterior, no olvidando que el

3. El Juez o Tribunal competente puede pedir la detención preventiva por medio de la Interpol para, una vez detenida la persona reclamada, solicitar su extradición, o cuando se conozca el lugar de residencia, enviar los documentos de solicitud por vía diplomática. Los Fiscales pueden solicitar al Juez o Tribunal que proponga al Gobierno que solicite la extradición de los procesados o condenados por sentencia firme cuando sea procedente.

Secretario deberá certificar, como preceptos de aplicación, los del Código Penal relativos a la figura delictiva que se trate, los correspondientes al Tratado Internacional suscrito con las autoridades del país al que se solicita la extradición, si lo hubiere, y los de la LECrim. mencionados en el auto solicitando la extradición.

3.2. Extradición pasiva.

La Ley 4/1985, de 21 de marzo se dictó para acomodar esta institución a la Constitución y al Convenio Europeo de Extradición, sustituyendo a la anterior de 26 de diciembre de 1958.

Los principios generales y pautas para su aplicación son los siguientes: – Se concederá atendiendo al principio de reciprocidad por hechos que en España y en el país en cuestión se sancionen con penas privativas de libertad por más de un año, o con otras sanciones por más de cuatro meses (art. 2.1 LEP). – El hecho ha de ser punible por las leyes de ambos países, lo que la doctrina denomina doble incriminación o principio de identidad normativa. – No se concederá contra españoles ni contra extranjeros que deban ser juzgados por los mismos hechos por un Tribunal español (art. 3 LEP)⁴. – Mantenimiento de la regla de que la extradición es función del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de que su aspecto técnico, procesal y penal ha de resolverse por los Tribunales, con la intervención del Ministerio Fiscal. – Adecuación constitucional del tiempo de prisión provisional que se fija en 40 días ampliables a otros 40 (art. 10 LEP). – Regulación de dos fases procedimentales, una gubernativa previa y otra judicial.

La fase gubernativa previa de la solicitud de extradición se formulará por vía diplomática o por el Ministerio de Justicia. Se acompañará de la sentencia condenatoria, auto de procesamiento o prisión, o re-

4. Quedan excluidos los delitos establecidos en los arts. 4 y 5 de la LEP (entre otros, los delitos políticos, cuando el inculcado haya de ser juzgado por un Tribunal de excepción, cuando la responsabilidad criminal se hubiera extinguido, cuando la persona reclamada haya sido o esté siendo juzgada en España, cuando no se den garantías de que no va a ser ejecutada o sufrirá penas inhumanas o degradantes, y tampoco se concederá cuando encierre una persecución racial, religiosa, política o de semejante índole, ni a los menores de 18 años, ni a los asilados).

solución análoga según la legislación del país requirente, que contengan relación de los hechos imputados (art. 9 LEP)⁵.

Como medida de aseguramiento en la extradición podrá pedirse la detención como medida preventiva urgente. En ese supuesto deberá hacerse constar en la solicitud, que existe sentencia condenatoria o mandamiento de detención firmes, con expresión de la fecha, hechos, tiempo y lugar de la comisión de éstos y filiación de la persona cuya detención se interesa (art. 8.1 LEP). La solicitud se formulará bien por vía diplomática al Ministerio de Justicia, o por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal. También es posible solicitar la detención provisional, por medio de una descripción introducida en el Sistema de Información de Schengen (art. 64 del Convenio). Para estos casos de detención provisional deberá ponerse al detenido, en un plazo máximo de 24 horas, a disposición del Juzgado Central de Instrucción, pues el procedimiento de extradición en esta fase, aunque sigue teniendo carácter gubernativo, resulta necesaria la intervención judicial para mantener privado de libertad al reclamado más de setenta y dos horas, por imperativo del art. 17.2 CE. Esta medida restrictiva de libertad podrá ser sustituida por otras de aseguramiento o preventivas como la vigilancia domiciliaria, orden de no ausentarse, presentación periódica ante la autoridad, retirada del pasaporte, fianza; informando de ello al país solicitante. Decretada la prisión provisional, quedará ésta sin efecto si, transcurridos 40 días, el país requirente no hubiera presentado en forma la solicitud de extradición. Si se hubiese presentado dentro de dicho plazo, podrá ampliarse por otro plazo de 40 días (art. 10 LEP). Ello sin perjuicio de proceder a una nueva detención y/o posterior extradición, si posteriormente a dicho plazo llegara la solicitud de extradición.

5. El Ministerio de Asuntos Exteriores pasará al de Justicia la solicitud, y éste, en el plazo de ocho días, elevará al Gobierno propuesta razonada sobre si ha lugar o no a continuar el procedimiento en vía judicial. Si el acuerdo del Gobierno fuere denegatorio, se comunicará al Estado requirente por el mismo conducto. Cuando el Gobierno acuerde lo contrario, oficiará al Ministerio del Interior para la detención de la persona reclamada. Cualquiera de los dos acuerdos señalados se tomará en el plazo de quince días. El expediente de extradición se remitirá al Juzgado Central de Instrucción –art. 11– y se comunicará al Juzgado que tuviera al sujeto en prisión preventiva, y si no fuera ésta la situación personal, verificada la detención, la policía redactará el oportuno atestado y en el plazo de 24 horas lo entregará con el detenido y documentos, efectos o dinero, al Juzgado Central de Instrucción.

La fase judicial comienza con la inmediata comparecencia del detenido que deberá valerse de Abogado y en su caso de intérprete, además de la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (arts. 11 y ss. LEP). Una vez identificado, le invitará a que manifieste si consiente en la extradición o se opone a ella. En 24 horas, el Juez dictará auto en el que podrá acceder a la extradición, si la consintiere y no existen obstáculos legales (art. 12.2 LEP), o bien acordar la libertad o prisión del detenido, con elevación de lo actuado a la Sala Penal de la Audiencia Nacional. En la Audiencia Nacional se pondrá de manifiesto al Fiscal y al Abogado defensor por un plazo sucesivo de tres días, y se señalará día para la vista dentro de los 15 siguientes, en la que también podrá intervenir un representante del Estado requirente. Celebrada la vista, el Tribunal dictará auto en el plazo de tres días resolviendo sobre la procedencia de la extradición. Contra la resolución de la Audiencia cabe únicamente recurso de súplica ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sin que pueda ser designado ponente ninguno de los Magistrados que dictaren el auto suplicado –art. 15.2 LEP–.

El auto que concede la extradición no vincula al Gobierno, ya que éste podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, por razones de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y otros intereses nacionales, y esta resolución será irrecurrible (art. 18 LEP). El Ministerio de Justicia remitirá el auto concediendo o denegando la extradición al Ministerio de Asuntos Exteriores y éste lo notificará al representante diplomático del país reclamante (art. 17 LEP). Acordada la entrega, el Ministerio de Justicia lo comunicará al de Asuntos Exteriores para que sea puesto en conocimiento del país reclamante y al interesado, así como el lugar y la fecha de la entrega por agente español. Si el sujeto objeto de extradición cumple condena o está siendo juzgado en España, podrá aplazarse la entrega, y si ésta no fuera recibida, podrá el sujeto ser puesto en libertad en quince días, y necesariamente en treinta días (art. 19 LEP).

4. EL PROCESO DE MENORES.

La regulación del proceso de menores se encuentra desarrollada por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, modificada por las LO 7/2000, 9/2000 y 15/2003.

4.1. Principios generales.

La responsabilidad penal en la que incurrieran los mayores de 14 años y menores de 18 años por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal se exigirá de acuerdo con los establecido en la LO 5/2000. La Ley prevé su aplicación a los mayores de 18 años y menores de 21 en los términos expuestos en la Ley (arts. 1, 4 y DA 4.^a LRPM). Aunque, está posibilidad se halla, actualmente, en suspenso.

Los principios que inspiran la Ley pueden esquematizarse del siguiente modo:

a) El menor deberá ser informado por la policía, el Fiscal y el Juez de menores de los derechos que le asisten. Concretamente: 1) Designar abogado que le defienda o que se le asigne de oficio, con el que podrá entrevistarse reservadamente antes de prestar declaración (arts. 17, 22 LRPM). 2) Proponer y solicitar diligencias de instrucción y participar en las que se realicen (art. 26 LRPM); 3) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptarse cualquier resolución que le concierna personalmente (art. 22 LRPM); 4) Asistencia afectiva y psicológica en cualquier momento del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez autoriza su presencia (arts. 17 y 22 LRPM); 5) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de menores (arts. 22.1, y 27 LRPM).

b) Intervención del Ministerio Fiscal: El Ministerio Fiscal tiene atribuida por la Ley, con carácter general, la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento. A este efecto dirigirá personalmente la investigación de los hechos, e impulsará el procedimiento, sin perjuicio de dar cuenta de la incoación del expediente al Juez de menores (art. 6 LRPM) (véase sobre la intervención del Fiscal la Circular 1/2000, de 18 de diciembre).

c) Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento. La primera redacción de la Ley no autorizaba el ejercicio de acciones penales por los particulares ofendidos por el delito, que únicamente podían ejercitar acciones civiles. Aunque el derogado art. 25 LRPM permitía al ofendido interve-

nir en el procedimiento con determinadas facultades, en el supuesto de delitos atribuidos a mayores de 16 años cuando los hechos implicaran violencia, intimidación o con grave riesgo para las personas. Sin embargo, la realidad social ha demostrado un alto grado de insatisfacción en la ciudadanía impedida de comparecer en los procedimientos de menores, especialmente en el supuesto de delitos muy graves. Esta realidad condujo a la modificación del art. 25 LRPM por LO 15/2003 para permitir, con carácter general, la personación del perjudicado por el delito como acusación particular, con las facultades y derechos que derivan de ser parte procesal.

d) Separación de las funciones instructoras y decisoras, con vigencia del principio acusatorio.

e) Publicidad limitada de las actuaciones: La publicidad viene restringida por el interés del menor. Concretamente, la Ley establece que en interés del menor el Juez podrá acordar que las sesiones del juicio no sean públicas; y, en ningún caso, se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación (art. 35.2 LRPM). Respecto a la fase de instrucción, también cabe declarar, mediante auto motivado, el secreto del expediente, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, ya sea en su totalidad o parcialmente y durante toda la instrucción o sólo una parte de la misma. En cualquier caso, el letrado del menor deberá conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones (art. 24 LRPM).

f) Asistencia del equipo técnico en la tramitación del expediente: La Ley prevé la asistencia en el procedimiento de un equipo técnico que estará adscrito al Juzgado de menores y dependerá funcionalmente del Fiscal, con independencia de su dependencia orgánica. Esta asistencia trasciende de una función de mero asesoramiento, por cuanto la Ley otorga a este equipo técnico funciones de propuesta respecto a la situación del menor y la conveniencia o no de proseguir el procedimiento. Este equipo técnico se formará con los anunciados Cuerpos de psicólogos, educadores y trabajadores sociales Forenses, que la Disposición Final 3.^a.5.^a de la Ley prevé. Pero también podrán elaborar el informe del menor las entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de los menores y que conozcan la situación del menor aunque no sea la que esté adscrita de forma habitual a la Fiscalía correspondiente (art. 27 *in fine* LRPM).

g) Las medidas que pueden ser impuestas a los menores se prevén en el art. 7 LRPM. A este respecto, pueden imponerse las siguientes medidas: internamiento en régimen cerrado, semiabierto, abierto, o terapéutico; tratamiento ambulatorio; libertad vigilada; convivencia con persona, familia, o

grupo educativo; tratamientos educativos o formativos; prestaciones en beneficio de la comunidad; otras prohibiciones u obligaciones establecidas *ad hoc* siempre que no atenten contra la dignidad del menor; o la amonestación por el Juez de menores. No se podrá imponer una pena de privación de libertad de duración superior a la que se hubiere impuesto si el menor fuere mayor de edad y se hubiese impuesto una pena determinada en el Código Penal (art. 8.2 LRPM).

h) La comisión del acto delictivo que hubiere cometido el menor obliga a reparar los daños y perjuicios causados, según se establece en la Ley (art. 80 CP), y comprende tanto la restitución de la cosa, como la reparación del daño ocasionado, y la indemnización de perjuicios materiales y morales –art. 110 CP– (véase art. 62 LRPM). Cuando los hechos delictivos se hubieren cometido por un menor de edad (la Ley también se aplica a mayores de edad), responderán solidariamente éste y sus padres, tutores, acogedores, y guardadores legales o de hecho por este orden. No obstante, el Juez podrá moderar la responsabilidad de los padres o demás obligados solidarios cuando entienda que éstos no hubieren favorecido la conducta del menor (art. 61.3 LRPM). Respecto al procedimiento para determinar y atribuir la responsabilidad civil, la Ley regula un procedimiento singular que tiene éste único objeto. La acción para exigir la responsabilidad civil se ejercitará por el Fiscal. Ello a salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil, o se la reserve para ejercitarla ante la jurisdicción civil. También podrán personarse los que se consideren perjudicados, y las compañías aseguradoras, éstas últimas dentro del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad civil (arts. 22.3 y 64.1 LRPM).

4.2. Procedimiento.

El procedimiento se iniciará de oficio o por denuncia ante el Ministerio Fiscal de cualquier persona que tuviera conocimiento de la comisión de alguno de los hechos descritos como delito o falta en el Código Penal por un menor de dieciocho años. El Fiscal admitirá a trámite la denuncia si considera que los hechos son, indiciariamente, constitutivos de delito. Siendo así practicará las diligencias que estime pertinentes para la comprobación de los hechos y la responsabilidad del menor en su comisión, tras lo cual puede resolver el archivo de las actuaciones cuando entendiera que los hechos denunciados no constituyen de-

lito, o bien no existiera autor conocido. En caso contrario el Fiscal incoará el expediente que será notificado al menor y a quien aparezca como perjudicado desde ese mismo momento, y dará cuenta al Juez de menores que iniciará las diligencias de trámite que correspondan y la pieza separada de responsabilidad civil (art. 16 LRPM). Para el caso de que el conocimiento de los hechos no corresponda al Juzgado de Menores se remitirá directamente, por el Fiscal, al órgano competente (art. 21 LRPM).

La detención no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones precisas para el esclarecimiento de los hechos, debiendo ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas. Se deberá informar al menor de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, según lo dispuesto en el art. 520 LECrim. (art. 17.1 LRPM). Concretamente serán de aplicación todas las garantías constitucionales relativas a los derechos establecidos en el art. 520.2 LECrim., tales como los derechos de guardar silencio y no declararse culpable, la asistencia letrada, ser asistido por intérprete y reconocido por un médico forense. De forma inmediata se deberá notificar la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal, y si fuera extranjero a la autoridad consular (art. 17.1 LRPM). Al menor se le podrá tomar declaración en las dependencias policiales, pero será precisa la presencia de su letrado y de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor. No obstante, la Ley prevé que pudiera resultar contraproducente la presencia de los representantes del menor. En ese caso, así como cuando éstos no comparecieran por cualquier causa, la declaración se realizará en presencia de un representante del Ministerio Fiscal distinto al que deba ser instructor del expediente.

Corresponderá a los Juzgados de Menores el enjuiciamiento de los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delito o falta (arts. 97 LOPJ y 2 LRPM). Los Jueces de menores serán asimismo competentes para conocer de la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos por menores incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley. En el ámbito de la Audiencia Nacional existirá un Juzgado Central de menores que conocerá del enjuiciamiento de los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas como delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 CP, DA 4.^a LRPM). La competen-

cia para instruir el expediente de menores por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas se atribuye al Ministerio Fiscal (arts. 16 y 23 LRPM). Pero, al mismo tiempo, el Fiscal no pierde su naturaleza de especial garante de los derechos de los menores, a cuyo efecto practicará y vigilará las actuaciones que deban realizarse en su interés (art. 6 LRPM).

En la fase de instrucción corresponde al Ministerio Fiscal la investigación de los hechos ordenando a la policía judicial que practique las actuaciones pertinentes, impulsando el procedimiento y, caso necesario, solicitará del Juzgado de Menores, que resolverá por auto motivado, la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales que no puede efectuar por sí mismo (art. 23 LRPM). Asimismo, si resulta procedente, se solicitarán las medidas cautelares personales proporcionadas a las circunstancias del menor y de los hechos. También requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá del fiscal funcionalmente, para que realice informe sobre el menor (art. 27.1 LRPM).

Las medidas cautelares se adoptarán por el Juez de Menores a solicitud del Ministerio Fiscal, oído el letrado del menor, el equipo técnico, y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán sobre la adopción de la medida, que se resolverá teniendo en especial consideración el interés del menor. Entre las medidas que se pueden adoptar se hallan las consistentes en el internamiento en un centro en cualquiera de los regímenes previstos en la Ley (art. 9 LRPM), libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (art. 28.1 LRPM). En cualquier caso, debe observarse la necesaria proporcionalidad en la adopción de la medida, conforme a las circunstancias personales del menor y la infracción que se le imputa, sin olvidar las necesidades de la sociedad y el interés general. Si se solicitara el internamiento del menor, deberá celebrarse una comparecencia, a la que asistirán los anteriormente citados, que informarán sobre la conveniencia de la medida y, en su caso, propondrán los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes. Al efecto de adoptar el internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida (art. 28.2 LRPM). Estas medidas podrán mantenerse hasta el momento de la audiencia prevista en la Ley. Sin embargo, cuando se hubiere adoptado la medida de internamiento ésta durará el tiempo imprescindible, debiendo ser modificadas o ratificadas transcurrido el tiempo de duración máximo que será de

tres meses, prorrogables por otros tres, como máximo, mediante auto motivado (art. 28.3 LRPM).

Finalizada la instrucción el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente, notificándolo al letrado del menor (art. 30 LRPM). Si se hubiere personado el perjudicado, el fiscal le concederá un plazo de cinco días para que valore el conjunto de las diligencias practicadas y, en su caso, proponga las que deban realizarse en la fase de audiencia (art. 25 LRPM). Tras ello remitirá las actuaciones al Juzgado de menores junto con las piezas de convicción, y con un escrito de alegaciones en el que hará constar los siguientes extremos: 1) la descripción de los hechos; 2) la valoración jurídica de los mismos y el grado de participación del menor; 3) una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste; solicitando al Juez de menores que se abra la fase de audiencia, o bien el sobreseimiento de las actuaciones cuando entienda que concurre alguno de los motivos previstos en la LECrim. (art. 30 LRPM). En el supuesto de que entendiera que debe abrirse la fase de audiencia, además incluirá las siguientes alegaciones: 4) la proposición de la prueba de que intente valerse el Ministerio Fiscal para la defensa de su pretensión procesal; 5) la proposición de alguna de las medidas de las previstas en la Ley, con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen; 6) la proposición para que participen en el acto de la audiencia aquellas personas o representantes de instituciones públicas y privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos en interés del menor (art. 30 LRPM).

Recibido el expediente, las piezas de convicción, efectos y demás elementos procesales remitidos por el Fiscal, el Juez de menores los incorporará a sus diligencias que ya había abierto una vez se inició el expediente y dará traslado al menor a fin de que, en cinco días hábiles, formule escrito de alegaciones con el mismo contenido expresado respecto al del Ministerio Fiscal y proponga la prueba que considere pertinente; así como la práctica de aquellas diligencias de investigación que hubieran sido propuestas por el letrado del menor y denegadas por el Fiscal durante la fase de instrucción (arts. 26 y 31 LRPM). También puede expresar en ese escrito la conformidad con las peticiones del Fiscal, siempre que éstas no sean de internamiento.

A la vista de las alegaciones del Fiscal y del letrado del menor, si no hubiera existido conformidad, el Juez de menores adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1) la celebración de la audiencia; 2) el sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones; 3) el archivo de las actuaciones por sobreseimiento cuando así lo hubiere solicitado el Fiscal; 4) la remisión de las actuaciones al Juez competente cuando el Juez de menores se declare incompetente; 5) la práctica de las diligencias solicitadas por el letrado del menor, que hubieran sido rechazadas por el Fiscal en la fase de instrucción del expediente que fueren relevantes y no pudieran practicarse en el acto de la audiencia.

Acordada la continuación del expediente, el Juez de menores dictará auto de apertura de la audiencia, en el que acordará lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, y señalará el comienzo de la misma dentro de los diez días siguientes (art. 34 LRPM). Si, por el contrario, adoptara alguna de las otras resoluciones expuestas no dará lugar a la apertura de la audiencia. Concretamente, si acordara la práctica de diligencias de investigación, éstas se llevarán a cabo dándose traslado de su resultado al Ministerio fiscal y al letrado del menor que podrán presentar escrito de alegaciones en la forma expuesta. Contra las resoluciones adoptadas en este trámite caben los recursos previstos de reforma y apelación.

La audiencia se celebrará con asistencia del Fiscal, el perjudicado que se hubiere personado, el letrado del menor, un representante del equipo técnico, y el propio menor que podrá estar acompañado de sus representantes legales. La publicidad de esta audiencia tendrá carácter restringido, como ya se ha expuesto (art. 35 LRPM). La comparecencia se iniciará con la información por el Juez al menor, en forma clara y adaptada a su edad, de los hechos objeto de las diligencias. La Ley no lo establece de forma explícita pero cabe entender que el menor gozará de todos los derechos que asisten al acusado en el proceso penal. Así, el Juez deberá informarle, también, de su derecho a no prestar declaración y a no reconocerse autor de los hechos por los que se le acusa. A continuación el Juez preguntará al menor si presta su conformidad con los hechos y las medidas solicitadas. Si así lo hace, oído el letrado del menor, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado manifestara su disconformidad con la conformidad prestada por el propio menor,

el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia (art. 36.1.2 LRPM). El menor también puede prestar su conformidad con los hechos, pero no con la medida solicitada. En este caso, se sustanciará el trámite de audiencia, con el único objeto de determinar la medida a aplicar a los hechos previamente reconocidos (art. 36.1.3 LRPM).

Tras la lectura de los hechos y los derechos que asisten al menor se abrirá un trámite de cuestiones previas en el que las partes manifestarán lo que estimen conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas, que el Juez resolverá en el acto. También podrán alegar la vulneración de derechos fundamentales, que el Juez resolverá subsanando, o difiriendo la decisión hasta la sentencia (art. 37 LRPM). Seguidamente se practicará la prueba propuesta y admitida. Al no establecer la Ley norma alguna sobre los medios de prueba, cabrá practicar todas aquellas pruebas previstas en la LECrim. Concretamente, se deberá oír al equipo técnico sobre las circunstancias del menor. Practicada la prueba, el Ministerio Fiscal y el letrado del menor realizarán informe de conclusiones, que se referirá a la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas. También se oirá al equipo técnico con relación a la última de las cuestiones (art. 37 LRPM).

El procedimiento de menores finaliza por sentencia que podrá dictarse oralmente al término de las sesiones, sin perjuicio de su documentación posterior, o en el plazo de cinco días. Esta observará todos los requisitos que prevé la LOPJ (art. 39 LRPM); especialmente los relativos a su motivación, consignando los hechos que se declaren probados y la prueba de la que se derive la convicción judicial. El Juez está vinculado por el principio acusatorio de modo que el Juez no podrá imponer una medida que suponga mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la solicitada por el Fiscal (art. 8 LRPM). Además, en la elección de la medida adoptada el Juez de Menores deberá atender de modo flexible, a las circunstancias y gravedad de los hechos; la personalidad, edad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor y, en definitiva, al interés del menor según conste en los informes técnicos obrantes en la causa.

La sentencia dictada por el Juez de Menores es recurrible en apelación ante la Audiencia provincial, o la Audiencia Nacional. El recurso se interpondrá ante el mismo Juez de menores en el plazo de cinco

días. La Ley no dispone cuál sea el contenido de este recurso, aunque prevé que se podrá solicitar la práctica de prueba conforme a las reglas de la LECrim. De este modo teniendo en cuenta que la apelación frente a sentencia definitiva se regula en sede de procedimiento abreviado, cabe entender que el recurso se deberá fundamentar según los motivos previstos en el art. 790 LECrim.

Las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional son recurribles en casación ante la Sala Segunda del TS, siempre que se hubiere condenado a una medida de privación de libertad por tiempo superior a dos años según prevén los párrafos 4.º y 5.º del art. 9 LORPM (art. 42.1 LRPM). El recurso lo podrá interponer el Ministerio Fiscal o el letrado del menor, dentro de los diez días siguientes al de la notificación de la sentencia dictada en apelación. Teniendo en cuenta la finalidad de la casación, el recurso deberá contener una relación precisa de las sentencias contradictorias que lo podrán ser del mismo Tribunal Superior que dictó la sentencia impugnada; de otros Tribunales Superiores; o del Tribunal Supremo. Tratándose de un recurso extraordinario cabe su inadmisión cuando la parte recurrente hubiere incumplido de modo manifiesto e insubsanable los requisitos establecidos o cuando la pretensión carezca de interés casacional. En este caso el Magistrado ponente dará cuenta a la Sala de la causa de inadmisión que oirá al recurrente y al Ministerio Fiscal tras lo cual dictará auto de inadmisión contra el que no cabe recurso alguno (art. 42.6 LRPM).

La ejecución de las medidas acordadas en sentencia firme corresponderá a las Instituciones dependientes de las Comunidades Autónomas donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia (art. 45 LRPM). Esta ejecución se realizará bajo el control del Juez de menores que hubiese dictado aquélla, de acuerdo con las funciones que le vienen atribuidas en el art. 44 LRPM.

5. EL PROCESO PENAL MILITAR.

Las normas reguladoras del procesal penal militar vienen desarrolladas en la Ley Orgánica 4/1987, de 13 de julio de competencia y orga-

nización de la jurisdicción militar (LCOM) y en la LO 2/1989, de 13 de abril, de la Ley Procesal Militar (LPM). La especialidad de la jurisdicción militar tiene su origen en la misma génesis de los Ejércitos. Actualmente, la jurisdicción militar queda integrada en el Poder Judicial único como jurisdicción especial, conforme lo dispuesto en el art. 117.5 CE. El proceso militar, tras la reforma introducida por LO 2/1989, de 13 abril, se caracteriza por una acentuación de las garantías del justiciable y los perjudicados por el delito, conforme a los principios constitucionales.

La jurisdicción militar queda reducida al ámbito estrictamente castrense en situaciones de normalidad democrática, según la prevención desarrollada en los arts. 3.2 LOPJ y 12 ss. LCOM. El ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares (art. 2 LCOM). El ejercicio de esta función no es sino la aplicación específica de la plenitud jurisdiccional, consagrada en el art. 117.3 CE, para todos órganos integrados en el Poder Judicial⁶.

Las normas contenidas en la LCOM y la LPM, tras su adecuación a los principios constitucionales, son las reguladas en las reglas del enjuiciamiento criminal ordinario, con algunas especialidades. Así: a) Vigencia del principio de legalidad. El art. 1 LPM. establece que sólo podrán imponerse penas en virtud de sentencia dictada por el Juez o Tribunal competente y con arreglo al procedimiento establecido. b) Separación de las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento. La iniciación de la fase de investigación puede realizarse tanto a instancia de parte como de oficio (arts. 129 y ss. LPM). El art.

6. La organización de la justicia militar es, según la LCOM, la siguiente: – Sala de lo Militar del Tribunal Supremo integrada en este Alto Tribunal como Sala Quinta (art. 55.5 LOPJ). Su competencia y funciones se establecen en los arts. 22 y ss. LO 4/1987. – Tribunal Militar Central (arts. 32 y ss. LCOM), con competencia en todo el territorio nacional y sede en Madrid. – Tribunales Militares Territoriales (arts. 44 y ss. LCOM), cuya sede se establece conforme a la división territorial jurisdiccional militar, en las Capitanías Generales, desarrollada por la Ley 9/1988, de 21 de abril, de planta y organización territorial de la Jurisdicción Militar, y – De los Juzgados Togados Militares (arts. 53 y ss. LCOM). Les corresponde la instrucción de los procedimientos judiciales cuyo conocimiento sea competencia de la jurisdicción militar. La Fiscalía Jurídico Militar dependiente del Fiscal General del Estado, se organiza conforme a lo dispuesto en los arts. 87 y 93 ss. LCOM., quedando sus miembros integrados dentro del Ministerio Fiscal.

130 LPM diferencia entre la iniciación de oficio por el Juez Togado, por denuncia, a excitación del Fiscal Jurídico Militar o Tribunal Territorial, y también por querrela en el supuesto previsto en el art. 108 LCOM y por denuncia del agraviado en los delitos perseguibles a instancia de parte. c) Aplicación del principio acusatorio y la congruencia entre acusación y sentencia. Los arts. 87 a 89 desarrollan dicho principio en el ámbito militar, por lo que, solamente, podrá condenarse o absolverse en el fallo a quienes hubieren sido acusados y únicamente por los hechos que hubieran sido objeto de acusación en el procedimiento. d) Ejercicio del derecho de defensa, acusación particular y acción civil. Acumulación de la acción civil a la penal. Los arts. 102 a 117 LCOM desarrollan el derecho de defensa, la libre elección de defensor y la posibilidad de defensa por sí mismo del inculpado que sea Licenciado en Derecho. En el art. 125 se regula la defensa del inculpado, con excepciones para el ejercicio del cargo de defensor militar en el art. 126 LPM. e) Vigencia de los principios de oralidad, publicidad y contradicción. De los arts. 40, 68, 274 y 310 LPM se deriva que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales y públicas, salvo excepciones –arts. 70 y 295 LPM–. Toda persona a quien se le impute su participación en un hecho delictivo deberá ser oída, con asistencia de su defensor y el Fiscal Jurídico Militar (arts. 162 y ss. LPM). f) Libre valoración de la prueba. El art. 322 LPM establece que el Tribunal apreciará las pruebas y dictará sentencia con valoración en conciencia al modo establecido en el art. 741 LECrim. g) Medidas cautelares patrimoniales y personales. Las cautelas reales se regulan en los arts. 190 y ss. LPM, y las medidas personales en los arts. 199 y ss. LPM, con cierta similitud al procesal penal ordinario. Como especialidad tenemos la prisión atenuada en el art. 225 LPM, que se establece para circunstancias excepcionales no determinadas, frente a lo dispuesto en el art. 505 LECrim., prevista solamente por razones de enfermedad o grave peligro de salud. f) Gratuidad de la justicia militar. El art. 10 LCOM establece que la justicia militar se administrará gratuitamente.

Incoadas diligencias previas conforme disponen los arts. 141 a 143 LPM, 115 y 116 LCOM, cuando no sea posible determinar cuál debe ser el procedimiento aplicable, se practican las actuaciones esenciales para determinar el mismo y si el hecho es o no constitutivo de infracción criminal. Concluidas las mismas podrá acordar: – Si el hecho es constitutivo de delito competencia de la jurisdicción militar se mandará la formación de sumario (procedimiento ordinario) o de diligencias preparatorias (procedimiento con especialidades), según proceda. Y en tiempo de guerra, el procedimiento sumarísimo. – Si el hecho es cons-

titutivo de falta penal lo remitirá al Juez Togado para su enjuiciamiento, conforme lo dispuesto en los arts. 415 y ss. LPM. – Si el hecho corresponde a la Jurisdicción ordinaria se inhibirá a su favor. – Si de lo actuado se deduce que resultan méritos para proceder contra personas aforadas se remite testimonio para su enjuiciamiento al Tribunal que corresponda, que deberá sustanciar la causa conforme establecen los arts. 433 y ss. LPM. – Si estimare que constituye falta disciplinaria, dictará auto de archivo y lo remitirá a la Autoridad militar para la incoación del oportuno expediente.

El procedimiento ordinario para la sustanciación de las causas en el ámbito del proceso militar se denomina sumario y constituye el núcleo. Los demás procedimientos militares con especialidades se remiten a sus disposiciones como supletorias. Junto al proceso ordinario o sumario se establecen como procedimientos especiales: a) El denominado “diligencias preparatorias” (arts. 389 a 396 LPM). Se trata de un proceso específico en atención al objeto determinado por el ámbito de los delitos conforme al art. 384 LPM y de trámites simplificados. b) El procedimiento sumarísimo (arts. 397 a 406 LPM). Se incoa únicamente en tiempo de guerra en los supuestos establecidos en el art. 398 LPM.

También se contempla como procedimiento especial el incoado contra reos ausentes (arts. 407 a 414 LPM) que, como señalábamos, no se trata propiamente de un proceso especial, sino de la sustanciación de una causa en atención a la ausencia del imputado o procesado.

El juicio de faltas militares se regula en los arts. 415 a 431 LPM con simplificación de trámites por la especialidad de la materia y penalidad ínfima de las contravenciones. Se desarrolla ante el Juez Togado Militar Central o Territorial de la demarcación donde hubieren ocurrido los hechos, conforme los arts. 57.2 y 61.2 LCOM. La segunda instancia se desarrolla en los arts. 425 a 431 LPM. El recurso de apelación se interpone ante el mismo Juez Togado, con remisión de la causa ante el Tribunal militar superior del que dependa el Juzgado, tras el emplazamiento del Fiscal Jurídico Militar y del acusado. Posteriormente, se señala la vista y contra la sentencia dictada no cabe recurso alguno.

TERCERA PARTE
LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA
PENAL

CAPÍTULO XXII

LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL

La ejecución en el orden penal se incluye en el marco de la potestad de los Tribunales de justicia, como aquella actividad encaminada a dar cumplimiento de los pronunciamientos condenatorios penales y, en su caso, civiles de las resoluciones judiciales penales. Los conceptos de ejecución de sentencias penales y de ejecución de penas no son equivalentes, ya que en el proceso penal no solo se ejecutan las penas, sino, también, los pronunciamientos civiles de la sentencia penal. De este modo, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional los tribunales penales deben enjuiciar y dictar sentencia respecto de los hechos que las partes acusadoras le presentan como delictivos, resolviendo todas las cuestiones planteadas incluyendo las referentes a la responsabilidad civil *ex delicto* que hayan sido objeto del juicio. Además, por mandato constitucional y legal deben proceder a ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE, art. 2.1 LOPJ, arts. 984 y 985 LECrim.).

Las normas referentes a la ejecución penal adolecen de falta de uniformidad y sistemática, ya que se hallan en disposiciones de distinto rango legal y, en ocasiones, contradictoria. También debe señalarse la discusión doctrinal acerca de la naturaleza que cabe atribuir a la actividad de ejecución en el proceso penal, especialmente, la referida a las penas de prisión. Téngase en cuenta, que en la ejecución de esa clase de penas interviene, con una gran incidencia, la administración penitenciaria mediante distintos órganos destinados al control del condenado. De este modo, cabe concluir que en la ejecución material de los pronunciamientos de condena a prisión se produce una

actividad de naturaleza administrativa, y otra superior de naturaleza jurisdiccional. Esta última se manifiesta en la intervención del Tribunal sentenciador en la liquidación de la condena, la aprobación de la libertad definitiva, o en los incidentes de suspensión o sustitución de la pena. Además, el Juez de vigilancia penitenciaria será competente para las incidencias que surjan en el cumplimiento material de la pena, y para la salvaguarda de los derechos de los internos frente a la administración penitenciaria. Estas razones, sirven para poder considerar la ejecución penal de naturaleza sustancialmente jurisdiccional con matizaciones.

El título de ejecución es la sentencia condenatoria firme. La firmeza la declarará el Juez o Tribunal que la hubiere dictado, cuando ya no quepa contra la misma recurso alguno ordinario ni extraordinario (art. 988.1 LECrim.). Una vez firme la sentencia se procederá a su ejecución en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos (arts. 988.II, 989 y 794 LECrim.). La competencia para conocer de la ejecución se atribuye al Juez o Tribunal que hubiera dictado la sentencia en única o primera instancia. Es decir, los Juzgados de Instrucción o de Paz en juicios de faltas (art. 984 LECrim.), y los Juzgados de lo Penal o las Audiencias Provinciales en causas por delito (arts. 794, 985 LECrim.). En consecuencia, el órgano que conoció de la apelación o de la casación devolverá los autos originales al órgano competente con la certificación de la sentencia (arts. 984 a 986 y 794 LECrim.). En el supuesto de que el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución no pudiera practicar por sí mismo todas las diligencias necesarias (lo cual debe ser interpretado restrictivamente), comisionará al Juez del partido o demarcación en que deban tener efecto, el cual dará inmediatamente cuenta del cumplimiento de las mismas (arts. 987 y 997 LECrim.). Las competencias concretas respecto a la ejecución de la sentencia, que corresponden al Tribunal sentenciador, se expondrán a continuación con relación a las distintas penas establecidas en el Código penal.

Para la ejecución de las penas privativas de libertad, con reclusión del condenado en un establecimiento penitenciario, habrá en cada provincia uno o varios Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguar-

dar los derechos de los internos en los establecimientos penitenciarios, y corregir los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (arts. 94 LOPJ y 76.2, 97.1 LGP).

El Ministerio Fiscal también interviene en la ejecución penal, velando por el cumplimiento de las sentencias penales, en tanto que son resoluciones que afectan al interés público y social (arts. 3.9 EOMF). A tal fin, se da vista al MF de todas las diligencias que se realizan desde el inicio de la ejecución hasta el archivo de la causa. El Fiscal será parte en cuantos recursos se interpongan contra las resoluciones del Juez de vigilancia penitenciaria (DA 5ª LOPJ).

1. CLASES Y REFUNDICIÓN DE PENAS.

El Código Penal de 1995 adopta un criterio dualista para la defensa de la sociedad: las penas y las medidas de seguridad. Las penas sancionan las acciones y omisiones previstas como delitos o faltas (art. 1 CP). El Código Penal prevé, con carácter principal o accesorio, tres clases de penas: privativas de libertad, privativas de otros derechos, y multa (arts. 1 y 32 CP)¹. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad de un sujeto, declarado exento de responsabilidad criminal, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito

1. Las penas privativas de libertad previstas en el Código Penal son la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 35 CP). Las penas privativas de derechos son las inhabilitaciones y suspensiones (inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o cualquier otro derecho y la suspensión de empleo o cargo público), la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determinen el Juez o Tribunal y los trabajos en beneficio de la Comunidad (art. 39 CP). Las clases de penas se han modificado por LO 15/2003, que ha cambiado algunas de las previstas. Por ejemplo, se ha sustituido la pena de arresto de fin de semana por la localización permanente. Estas modificaciones entrarán en vigor en fecha de 1 de octubre de 2004.

(art. 6 CP). El Código Penal prevé medidas de seguridad privativas y no privativas de libertad (art. 96 CP)².

La pena de prisión puede dar lugar al procedimiento de refundición de penas en el supuesto de concurso real de delitos, cuando el culpable de varias infracciones penales hubiera sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieran ser objeto de uno solo —delitos conexos— (arts. 17 LECrim. y 76.2 CP). Cuando se diere este supuesto, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, o del condenado procederá a fijar el límite máximo del cumplimiento de las penas, conforme a los arts. 76 y ss. CP (art. 988 LECrim.). Con este fin, reclamará la hoja histórico-penal del Registro de Penados y Rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias. Previo dictamen del MF cuando no sea el solicitante, dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, y el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra el auto del Tri-

2. Respecto a las medidas de seguridad se aplican por el Juez o Tribunal, previos los informes convenientes, a las personas declaradas exentas de responsabilidad criminal que hubieren cometido un hecho previsto como delito. Además se exige que del hecho y las circunstancias del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de la comisión de nuevos hechos de aquella naturaleza (art. 95.1.2 CP). Las medidas de seguridad privativas de libertad son el internamiento en centros psiquiátricos, de deshabitación, o educativos especiales. Son medidas de seguridad no privativas de libertad: la prohibición, o la obligación de estancia en lugares determinados; la privación del derecho a conducir o de licencia de armas; la inhabilitación profesional; la expulsión del territorio nacional; la sumisión a tratamiento médico; la custodia familiar, etc. (arts. 96 y 105 CP). También respecto a estas medidas la LO 15/2003 ha modificado la relación de medidas de seguridad para introducir las referentes a la custodia familiar o la prohibición de aproximarse a la víctima. La ejecución de las medidas de seguridad se controlarán por quienes tengan la custodia del sometido a la medida, por lo general médicos o profesionales de distintas disciplinas. Por su parte, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, con base en los informes facultativos, elevará, al menos, anualmente un informe al Tribunal sentenciador una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida (art. 97 CP). Por su parte, el Tribunal sentenciador podrá, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria y en procedimiento contradictorio, decretar el cese de cualquier medida de seguridad cuando desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto; o dejar en suspenso la medida en atención al resultado de su aplicación condicionado a que el individuo no delinca (art. 97 CP).

bunal cabe recurso de casación por infracción de Ley, que podrán interponer el Ministerio Fiscal o el condenado (art. 988.3 LECrim.).

En cualquier caso, conforme a los arts. 76 y ss. del CP, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años.

2. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

2.1. Sustitución y suspensión de las penas privativas de libertad.

2.1.1. La suspensión condicional de la ejecución de penas privativas de libertad.

Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso las penas privativas de libertad no superiores a dos años atendiendo, fundamentalmente, a la no peligrosidad criminal del sujeto, así como la existencia, o no, de otros procedimientos penales que existan contra éste (art. 80.1 CP). La suspensión se acordará por los Jueces y Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena. El plazo de suspensión, según los criterios expuestos, será de 2 a 5 años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de 3 meses a 1 año para las penas leves (art. 80.2 CP). Específicamente, en los delitos que sólo puedan ser perseguidos, previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales, antes de conceder la suspensión de la ejecución de la pena, oirán al ofendido (art. 86 CP). La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 80.1 y 3 CP)³.

3. Las condiciones para dejar en suspenso la ejecución de la pena son las siguientes: 1) Que el condenado haya delinquido por primera vez. No se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el art. 136

Una vez declarada la firmeza de la sentencia, y acreditadas las condiciones para dejar en suspenso la pena, los Jueces y Tribunales se pronunciarán, en forma de auto, con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena (arts. 82.1 CP y 141 LECrim.). Contra el auto que decide la suspensión cabe recurso de súplica cuando lo haya dictado un órgano colegiado, y si se trata de un órgano unipersonal de reforma y ulterior queja.

La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo de suspensión fijado por el Juez o Tribunal. Si la pena suspendida fuese la de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de algunas obligaciones o deberes que se fijen entre las siguientes: 1) Prohibición de acudir a determinados lugares. 2) Prohibición de ausentarse, sin autorización del Juez o Tribunal, del lugar donde resida. 3) Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal o Servicio de la Administración que éstos señalen para informar de sus actividades y justificarlas. 4) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. 5) Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste. El control del cumplimiento de estos deberes o reglas de conducta corresponderá a los Servicios de la Administración competente (art. 83 CP). Estas condiciones serán de obligado cumplimiento en el caso de los delitos de violencia doméstica.

CP. Respecto a la cancelación de antecedentes delictivos véase el citado art. 136 CP, que dispone que para el reconocimiento del derecho de cancelación de antecedentes es necesario el transcurso sin delinquir de seis meses para las penas leves, dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes, tres años para las restantes penas menos graves, y cinco para las penas graves. Si se cumplieran los requisitos para la cancelación y ésta no se hubiere producido, el Tribunal, acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta los antecedentes (art. 136.5 CP). 2) Que la pena impuesta o la suma de las impuestas en una misma sentencia no sea superior a los 2 años de privación de libertad. Es decir, se puede tratar de penas de prisión, de arresto de fin de semana o de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. 3) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubiesen originado, salvo que el órgano sentenciador, después de oír a los interesados y al MF, declare la imposibilidad total o parcial de satisfacerlas (art. 81 CP).

Transcurrido el plazo de suspensión fijado, el Tribunal reclamará los antecedentes penales y, en su caso, el informe de los Servicios que controlen la observancia de las reglas de conducta impuestas. Si el sujeto no hubiera delinquido, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas, el Tribunal acordará la remisión de la pena con los mismos efectos que la libertad definitiva (art. 85.2 CP). Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la pena y ordenará su ejecución (arts 84.1 y 85.1 CP).

2.1.2. *Supuestos especiales de suspensión de la ejecución.*

Como casos especiales de suspensión de la ejecución de la pena, se establecen los siguientes:

a) La LO 8/2002 introdujo la posibilidad de que el Juez de Instrucción en funciones de Guardia pudiera, en determinados casos, dictar sentencia de conformidad sin necesidad de enjuiciamiento de los hechos (véase sobre este procedimiento § 3.4 Cap. X). Este supuesto se limita a penas privativas de libertad cuya suma no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión (art. 801.1.3.º LECrim.). De este modo se posibilita la suspensión de la ejecución de la sentencia, para lo cual deberán cumplirse los requisitos del art. 81 CP, con la salvedad de que bastará que el condenado asuma el compromiso de satisfacer la responsabilidad civil que se hubiere originado en el plazo prudencial que le fije el Juez de Guardia. Otra especialidad se refiere a la posibilidad de obtener la suspensión de la condena en el supuesto de personas que hubiesen cometido el delito a causa de su dependencia a sustancias tóxicas [véase punto e) de este apartado].

b) Cuando se trate de un penado que esté aquejado de una enfermedad muy grave, con padecimientos incurables, se podrá otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno, salvo que, en el momento de la comisión del delito, tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo (art. 80.4 CP).

c) En los supuestos de petición de indulto de oficio por el Tribunal sentenciador, en los supuestos expresados en el art. 4.4 CP.

d) En los supuestos de interposición del recurso de amparo, de oficio o instancia del recurrente, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad (art. 56 LOTC).

e) El Juez podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años, en el caso de penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos. A este fin se exige que se certifique suficientemente por un centro o servicio homologado que el condenado está deshabitado o sometido a tratamiento a tal fin, en el momento de decidir sobre la suspensión (art. 87.1 LECrim.). Aunque, en el caso del juicio de conformidad del art. 801 LECrim. únicamente se exige el compromiso del condenado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia le fije (art. 801.3 LECrim.). En todo caso, el Tribunal solicitará informe del Médico forense sobre los extremos anteriores⁴.

En este supuesto, no se exigirá que sea el primer delito, o que los cometidos estuvieran cancelados. En cambio, debe tratarse de reos no habituales. A estos efectos, el art. 94 considera reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello. Para realizar el cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad (art. 94.2 CP). No obstante, el art. 87.2 establece que, en el supuesto que se tratare de condenados reincidentes, el Tribunal valorará, motivadamente, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

4. La LO 15/2003 modificó las condiciones para la sustitución de la pena en el supuesto de penados toxicómanos permitiendo esta posibilidad para penas de hasta cinco años. Esta regulación es más acorde con la realidad del supuesto de hecho, ya que la pena por los delitos de tráfico de drogas es de tres a nueve años, por lo que con la regulación anterior únicamente era de utilidad cuando se producía una rebaja importante de la pena.

El plazo de suspensión será de tres a cinco años (art. 87.3CP), y se condicionará a que el reo no delinca. Además, en el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización. En caso de incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas el Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena... Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años (art. 87.5 CP).

2.1.3. *La sustitución de las penas privativas de libertad.*

Las penas privativas de libertad pueden ser sustituidas por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88 CP). La sustitución opera con carácter general cuando la pena de prisión no exceda de un año. Con carácter excepcional, cuando no excedan de dos años. La excepcionalidad se produce cuando, de las circunstancias del hecho y del culpable, se infiera que el cumplimiento de la pena habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. La sustitución tiene siempre carácter facultativo para el Juez o Tribunal que puede decidirla, siempre previa audiencia de las partes, en la misma sentencia o, posteriormente, en auto motivado, antes de dar inicio a la ejecución. En caso de quebrantamiento o incumplimiento, en todo o en parte, de la pena sustitutiva, se procederá a ejecutar la pena de prisión inicialmente impuesta, descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido conforme con las reglas de conversión.

El art. 89 CP establece un supuesto especial de sustitución de penas. Así, prevé que el Tribunal, a instancia del Ministerio Fiscal y oído el penado, pueda acordar la expulsión del territorio nacional de los extranjeros no residen-

tes legalmente en España, a los que se les hayan impuesto penas privativas de libertad inferiores a 6 años, o que hayan cumplido tres cuartas partes de una pena de prisión igual o superior a 6 años.

2.1.4. *Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad por demencia sobrevenida.*

La ejecución de la pena privativa de libertad se suspenderá cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, garantizando el Juez o Tribunal que el trastornado reciba la asistencia médica precisa (art. 60.1 CP). En este sentido, la LECrim. prevé que los confinados que se supongan en estado de demencia serán constituidos en observación, instruyéndose al efecto por el director del presidio un expediente informativo, en el que se consignarán el dictamen médico o la certificación de los facultativos que hayan examinado al presente demente (art. 991 LECrim.). Confirmado el estado de demencia, el director del establecimiento dará cuenta inmediatamente, con copia literal del expediente instruido, al órgano sentenciador (art. 992 LECrim.).

El Juez o Tribunal después de oír al Fiscal, al acusador particular, y al defensor del penado, comisionará al Juez de Instrucción del partido en el que se halle el confinado para que realice una instrucción más amplia sobre los hechos y el estado del paciente (art. 993 LECrim.). Una vez practicada la instrucción, el órgano sentenciador, tras la práctica de prueba pericial, dictará el fallo que corresponda. Si las partes no estuvieran conformes sobre el estado mental del penado, el Tribunal resolverá en juicio contradictorio. El fallo se comunicará al director del establecimiento penitenciario quien, si se hubiese declarado la demencia, trasladará al demente al establecimiento que corresponda, determinado por la resolución judicial (art. 994 LECrim.).

Este incidente previsto en la LECrim. para los supuestos de demencia sobrevenida se sustanciará en todos sus trámites cuando la pena privativa de libertad se esté cumpliendo en régimen ininterrumpido. Sin embargo, en los supuestos en que la demencia sobrevenga antes de iniciarse la ejecución o

cumpléndose una pena en régimen de arresto de fin de semana, deberá interpretarse que el incidente se sustanciará cuando el órgano sentenciador tenga conocimiento de la posible demencia (a través de las partes o del director del establecimiento donde se cumpla el arresto de fin de semana) y que no precisará el expediente informativo del director del establecimiento penitenciario. En todo caso, se deberán adoptar medidas necesarias para que el demente reciba la asistencia médica precisa, según prevé el art. 60.1 CP.

Restablecida la salud del penado, continuará el cumplimiento de la sentencia si la pena no hubiere prescrito. Ello sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena, o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente (art. 60.2 CP).

2.2. La ejecución de la pena de prisión.

La pena de prisión ha sido simplificada por el Código Penal de 1995, modificado en este punto por la LO 15/2003. Frente al tradicional sistema de nuestros Códigos Penales, que establecían diferentes penas de prisión otorgándoles distintos nombres (reclusión mayor y menor, prisión mayor y menor, arresto mayor y menor), se establece una única pena de prisión, con una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo supuestos excepcionales (art. 36 CP). A la vez, se prevé la duración de la prisión para cada delito que se castiga con esta pena.

Frente a esta simplificación de la pena de prisión, su ejecución continúa siendo una materia normativamente compleja. En primer lugar, porque la LECrim. dispone que las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código Penal y en los reglamentos (art. 990 LECrim.). De este modo, debe acudir al CP, a la LGP, al RP y a otras disposiciones reglamentarias, a fin de delimitar el ámbito de la ejecución de la pena de prisión, del de otras materias propiamente punitivas y penitenciarias. En segundo lugar, por la dificultad de determinar por vía de interpretación normativa, las atribuciones que corresponden al Juez que dictó la sentencia en única o primera instancia (a quien la LECrim. atribuía exclusivamente la ejecución de las sentencias), y las que corresponden al Juez de Vigilancia Penitenciaria (creado en el año 1979 por la LGP para hacer cumplir la pena impuesta y controlar la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias) (art. 76 LGP y art. 94 LOPJ).

La ejecución de la pena de prisión se realizará atendiendo las competencias que corresponden a los Jueces y Tribunales sentenciadores, y la atribuida a los Jueces de vigilancia penitenciaria.

Los tribunales sentenciadores son competentes para: 1) Dictar auto, declarando la firmeza de la sentencia (art. 988.1 LECrim.); 2) Adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado, en situación de libertad, ingrese en el establecimiento penitenciario destinado al efecto, a cuyo fin deberá requerir el auxilio de las autoridades administrativas, que se lo prestarán sin pretexto alguno (art. 990.2 LECrim.). 3) Una vez el penado fuese habido, o si se encontrase en situación de prisión provisional, el Juez o Tribunal sentenciador deberá remitir al establecimiento penitenciario mandamiento de penado, por duplicado, con el testimonio de la sentencia. En el caso de presentación voluntaria del penado, el director del establecimiento lo comunicará, inmediatamente, a la autoridad judicial y recabará el correspondiente mandamiento y testimonio de la sentencia (art. 15 LGP y arts. 15 y 16 RP). 4) Remitido el mandamiento de penado y el testimonio de la sentencia, corresponde al órgano sentenciador proceder a la liquidación de la condena. El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente (incluyendo el tiempo en que el delincuente haya estado privado de libertad en condición de detenido) se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión (art. 58.1 CP). 5) Practicada la liquidación de la condena por el Secretario judicial, el órgano sentenciador deberá aprobarla, previo informe del Ministerio Fiscal y audiencia del penado. El auto aprobando la liquidación de la condena deberá ser notificado al interesado, y se comunicará al establecimiento penitenciario.

Todas las demás incidencias que surjan en el cumplimiento de la pena de prisión serán competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, excepto la aprobación de la libertad definitiva, tras el cumplimiento de la condena, que es una actividad atribuida al órgano sentenciador (art. 17.3 LGP y arts. 24 y 55 RP). Así, el ingreso del condenado en departamentos o módulos especiales (art. 95.1 LGP), o en centros hospitalarios o psiquiátricos penitenciarios (art. 186.2 LGP), etc.

El cumplimiento de la pena de prisión comienza propiamente con el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario, y se ejecutará conforme a un sistema de individualización científica, separado en

grados, orientado hacia la reeducación y reinserción social del penado (art. 25 CE).

El primer grado corresponde a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia. Esta clasificación determina la aplicación de las normas del régimen cerrado de los establecimientos penitenciarios. El segundo grado se otorga a los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir por el momento en semilibertad. Esta clasificación implica la aplicación de las normas correspondientes al régimen ordinario de los establecimientos. El tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad. Este grado determina el régimen abierto en cualquiera de sus modalidades. El último grado es el de libertad condicional (vid. arts. 72 LGP y 100 y 55 RP). Tras el ingreso los internos se clasificarán en cualquiera de los grados, salvo en el de libertad condicional, si de la observación del interno resultare estar en condiciones para ello. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior, cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión. Pero, a la vez, procederá la regresión de grado cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución negativa.

La aplicación de este sistema de cumplimiento de la pena de prisión compete a la Administración penitenciaria, además de la dirección, organización y vigilancia del establecimiento penitenciario y todas las cuestiones relativas al tratamiento del condenado. Corresponderán al Juez de Vigilancia Penitenciaria competencias en dos órdenes distintos. 1.º Para hacer cumplir la pena impuesta y resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y en los reglamentos. 2.º Para salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que puedan producirse en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario (art. 76.1 LGP).

2.3. La libertad condicional.

La finalidad de la libertad condicional es abreviar la duración de la pena de prisión cuando ya no parece necesaria su continuación. Consiste en la excarcelación del condenado para que cumpla la pena, has-

ta el límite de duración que corresponda, fuera del establecimiento penitenciario.

Los requisitos para su concesión, modificados por LO 7/2003, se regulan en el art. 90 CP y son los siguientes: a) Que el condenado se encuentre en el tercer grado de tratamiento penitenciario. b) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta. c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Esta condición no se entenderá cumplida en la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el art. 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Sin embargo, la Ley prevé una normas especiales que restringen o flexibilizan los requisitos para la concesión de la libertad condicional según el supuesto.

1.º En el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo (arts. 571 y ss. CP) o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades (art. 90.1 *in fine* CP).

2.º De modo excepcional puede concederse la libertad condicional, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, a los condenados que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, estén en tercer grado, observado buena conducta y exista un pronósti-

co individualizado y favorable de reinserción social, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales. Quedan excluidos expresamente de esta posibilidad los condenados por delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 y ss. CP o cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 91.1 CP).

3.º El Juez de vigilancia penitenciaria, a propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Quedan excluidos los condenados por delitos de terrorismo previstos en los arts. 571 y ss. CP o cometidos en el seno de organizaciones criminales. A este fin se exigirá: que el interno esté en tercer grado, que haya observado buena conducta y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación (art. 91.2 CP).

4.º Se concederá la libertad condicional a los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional. El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 92 CP).

El expediente de tramitación de libertad condicional se tramitará por la Junta de Tratamiento, conforme a las reglas establecidas en el Reglamento Penitenciario, que lo elevará al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su concesión (arts. 193 y ss.). El Juez de Vigilancia Penitenciaria, al decretar la libertad condicional del penado, podrá imponerle la observancia de una o varias reglas de conducta, en concreto de las previstas en el art. 83 CP en sede de suspensión de la pena. A saber: Prohibición de acudir a determinados lugares, aproximarse a la víctima, o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos o de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida; Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas; Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación

vial, sexual y otros similares y cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. O en el art. 96.3 CP que regula las medidas de seguridad no privativas de libertad.

El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falta al penado para cumplir su condena. En el caso de que en dicho período delinquiera, o no observara las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad condicional concedida, y el penado reingresará en prisión en el grado que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional (art. 93 CP)⁵.

Frente a las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria sobre libertad condicional cabe recurso de apelación, que se tramitará con carácter preferente y urgente, y se sustanciará conforme con las normas previstas en el art. 766 LECrim. para el procedimiento abreviado. Cuando la resolución objeto del recurso de apelación pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedi-

5. El art. 93.2 y 3 CP modificado por la LO 7/2003 somete a un mayor grado de vigilancia a los condenados por delitos de terrorismo de los arts. 571 y ss. CP que estuvieren en libertad condicional. En este sentido, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Y si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda. Estas normas pueden entenderse con base en la gravedad de los delitos. Ahora bien, el art. 93.3 CP añade que en el caso que se revocara la libertad condicional el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional. No parece una regulación adecuada a los principios que rigen en esta materia, ya que la libertad condicional supone cumplimiento de la pena que se justifica por la concurrencia de los requisitos legales expuestos. Es decir, que el tiempo pasado en libertad condicional es tiempo de cumplimiento de la pena, por lo que su pérdida en caso de revocación supone una ampliación de la condena, o una nueva pena, sin una sentencia que lo justifique y le sirva de base.

rá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión. (DA 5.^a.5 LOPJ).

2.4. La ejecución de la pena de localización permanente.

La localización permanente es una pena de privación de libertad prevista en el CP como una pena leve impuesta con carácter principal (art. 33.4 CP). Tendrá una duración de hasta doce días y obliga al penado a permanecer en su domicilio o en el lugar que determine el Juez en la sentencia (art. 37.1 CP). Esta pena también puede imponerse como sustitutiva de la pena de multa, en cuyo caso no regirá la limitación de 12 días establecida en el art. 37.1 (art. 53.1 CP). Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren el tribunal, oído el Fiscal, podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada (art. 37.2 CP). Esta norma pretende que el cumplimiento de la pena no perjudique las obligaciones laborales, formativas o familiares del condenado. En caso de incumplimiento, el Juez o Tribunal sentenciador deducirán testimonio para proceder por un delito de quebrantamiento de condena (art. 37.3 CP).

La pena de localización permanente sustituye a la de arresto de fin de semana que se suprimió por la LO 15/2003, de modificación del CP. La supresión de la pena de arresto de fin de semana se justifica en la Exposición de motivos de la referida Ley orgánica 15/2003 por las dificultades prácticas que plantea. En este sentido, el arresto de fin de semana se cumplía en el Centro Penitenciario más próximo al domicilio del condenado o en depósitos municipales, lo que suponía una excesiva complejidad para tratarse de una pena leve. Por esa razón, con la pena de localización permanente se vuelve a las anteriores formas de arresto que se cumplían preferentemente en el domicilio del condenado o en otro lugar, que no tiene por qué ser un centro penitenciario u oficial. Debe tenerse presente, que el problema de control del cumplimiento de la pena que se plantean pueden quedar resueltos con el uso de los modernos sistemas electrónicos de seguimiento y control, a los que se refiere expresamente el art. 48.4 CP con relación a las penas de prohibición de acudir, aproximarse o comunicarse con la víctima.

3. LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE MULTA Y DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA EN CASO DE IMPAGO.

La pena de multa consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria, que el Código Penal de 1995 diferencia en dos sistemas: días-multa, y proporcional (art. 50 y 52 CP). En el supuesto que el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta quedará sujeto a responsabilidad personal subsidiaria, según se expone a continuación (art. 53 CP).

1) El sistema de días-multa (arts. 50, 51 CP). Se aplica cuando la Ley no dispone expresamente otra cosa. Consiste en la imposición de una sanción pecuniaria individualizada por su duración en el tiempo (días, meses, años), y por las cuotas diarias de dinero que deben pagarse al Estado. La extensión mínima de la pena de multa será de diez días y la máxima de dos años (a efectos de cómputo, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta días). La extensión máxima podrá superarse, cuando al imponerse la multa como sustitutiva de otra pena, su duración deba determinarse aplicando las reglas de sustitución de penas privativas de libertad, previstas en el art. 88 del Código Penal. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo (art. 50.5 CP).

El tribunal establecerá el modo de pago de la multa que podrá ser: en los plazos que determine o de una vez. También podrá, por causa justificada, autorizar el pago de la multa dentro de los dos años siguientes desde la firmeza de la sentencia (art. 50.6 CP). La cuota diaria, por su parte, tendrá un mínimo de 4 euros y un máximo de 400 euros. La determinación de la cuota se fijará, motivadamente, en la sentencia dentro de los límites legalmente establecidos en cada caso, así como el tiempo y forma del pago de cuotas. Las cuotas se fijarán teniendo en cuenta la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales. Si después de la sentencia el penado empeorase su fortuna, el Juez o Tribunal, excepcionalmente, y tras la debida indagación al respecto, podrá reducir el importe de las cuotas.

2) El sistema de multa proporcional (art. 52 CP). Este sistema se aplica en aquellos delitos caracterizados por la obtención de grandes beneficios económicos, en los que la multa por cuotas resultaría excesivamente leve y, por tanto, ineficaz⁶. Consiste en imponer la sanción pecuniaria en proporción al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo. En cualquier caso, para determinar la cuantía de la multa proporcional, dentro de los límites señalados por el tipo penal, los Jueces y Tribunales deben tener en cuenta, junto con las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren, así como la situación económica del culpable. A este efecto, si después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen.

En el supuesto de que después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago (arts. 51 y 52.3 CP).

Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio conforme a las normas de la LEC, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria que difiere según el tipo de multa impuesta: – Si se hubiere impuesto una multa por días se le impondrá un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente, sin que resulte de aplicación la limitación de 12 días prevista en el artículo 37.1 CP. También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo (art. 53.1 CP). – En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder,

6. Este tipo de multa se impone en el ámbito de los delitos societarios (arts. 291 y ss.), receptación (art. 305.1), contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 306 y ss.), tráfico de drogas (arts. 368 y ss.), falsificación de moneda (art. 386), tráfico de influencias (arts. 428 y ss.), etc.

en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.2 CP)⁷.

Pero, en cualquiera de los dos sistemas de multa, la responsabilidad personal subsidiaria no puede decretarse cuando la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia sea superior a cinco años (art. 53.3 CP), aunque se sobrepase este límite por acumulación de penas. Con el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria se extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna (art. 53.4 CP).

4. LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

Los trabajos en beneficio de la comunidad pueden imponerse como pena leve o grave por un período de uno a treinta días o de 31 a 180 días respectivamente (art. 33.3 y 4 CP), o como pena sustitutiva de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53.1 CP). Su peculiaridad consiste en que únicamente pueden imponerse con consentimiento del penado y su ejecución consistirá en la obligación de prestar el penado su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, interés social, y valor educativo. Su finalidad no estriba en el logro de intereses económicos, sino servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal (arts. 49 CP y 1 RD 609/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las cir-

7. La responsabilidad subsidiaria del condenado plantea un problema de justicia material que se produce como consecuencia de la prelación de responsabilidades pecuniarias establecida en el art. 126 CP. De acuerdo con este precepto, la multa es el último concepto al que se imputan los pagos que haga el penado. Esto supone que cuando los bienes del penado alcanzan la multa, pero no a las demás responsabilidades, como éstas deben satisfacerse previamente, se hace depender la responsabilidad personal subsidiaria (pena privativa de libertad) de la total solvencia del condenado. Por tanto, cabe dudar de la erradicación en nuestro Derecho de la prisión por deudas, como lo ha venido denunciando la doctrina procesal, a pesar que el TC en S. 54/1986, de 7 mayo, haya declarado la regularidad constitucional del orden de prelación del anterior art. 111 del CP reproducido por el actual art. 126 CP.

cunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad). En este sentido, podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas⁸.

La ejecución de la pena se hará efectiva por la Administración Penitenciaria, de acuerdo con lo que haya determinado el Tribunal, tras recibir el testimonio de la resolución y los particulares necesarios (art. 3 RD 690/1996). Tras la correspondiente entrevista y conformidad del penado con el trabajo que se le proponga, la Administración Penitenciaria elevará la propuesta al Juez o Tribunal (art. 4 RD 690/1996). La ejecución de la pena se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios (art. 49.1.º CP y art. 6 RD 690/1996).

La Administración Penitenciaria, por su parte, está obligada a comprobar el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto e informar al Juez de Vigilancia de las incidencias que puedan producirse. En todo caso deberá comunicar las siguientes conductas del penado: a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena. b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible. c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el respon-

8. El trabajo será facilitado por la Administración Penitenciaria que establecerá los convenios que fueren precisos con las Administraciones Públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública o social (arts. 49.3.º CP y 2.1 RD 690/1996). En caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas, el penado podrá proponer un trabajo concreto. Tras el oportuno informe de la Administración Penitenciaria, el Tribunal sentenciador adoptará la decisión que corresponda (art. 2.2 RD 690/1996). Estos trabajos, no pueden atentar contra la dignidad del penado (art. 49.2.º CP), y gozarán de la protección dispensada a los penados en materia de Seguridad Social, y por la normativa laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo (arts. 49.4.º CP y 11 RD 609/1996). Cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias y mínima de cuatro. El penado será indemnizado por los gastos de transporte y, en su caso, manutención (arts. 49 CP y 5 RD 690/1996).

sable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma. d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro. Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder, de conformidad con el art. 468, por un delito de quebrantamiento de condena (art. 49.6.º *in fine* CP).

5. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS.

Las penas privativas de derechos previstas en el Código Penal son las inhabilitaciones, las suspensiones, la privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (art. 39 CP). Las penas de inhabilitación, suspensión, y la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos son penas accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo (arts. 54 y ss. CP). Para la ejecución de estas penas, el Juez o Tribunal sentenciador dirige las oportunas comunicaciones a órganos administrativos, registros públicos, colegios profesionales, etc., para que den cumplimiento a lo dispuesto en la condena. Su contenido es el siguiente:

5.3.1. *La inhabilitación absoluta.*

La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Además, produce el efecto de incapacitar al condenado para obtener los mismos o cualquiera otros honores, cargos

o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena (art. 41 CP).

5.3.2. *La inhabilitación especial para empleo o cargo público.*

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público provoca la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayera y de los honores que le sean anexos. Además, el condenado queda incapacitado para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación (art. 42 CP).

5.3.3. *La suspensión de empleo o cargo público.*

La suspensión de empleo o cargo público priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena (art. 43 CP). La diferencia entre inhabilitación especial y suspensión está en que mientras la inhabilitación supone la pérdida de la condición de funcionario, la suspensión sólo priva del ejercicio del cargo, conservándose aquella condición.

5.3.4. *La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.*

La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho de ser elegido para cargos públicos (art. 44 CP). Se deberá remitir testimonio de la sentencia a la Junta Electoral Central.

5.3.5. *La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, o cualquier otro derecho.*

La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena (art. 45 CP).

5.3.6. *La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.*

La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento priva al penado de los derechos inherentes a la primera y supone la extinción de los demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena (art. 46 CP).

5.3.7. *La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.*

La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia (art. 47.1 CP).

5.3.8. *La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.*

La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia (art. 47.2 CP).

5.3.9. *La privación del derecho a residir en determinados lugares, acudir a ellos; aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas que el Tribunal determine.*

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que se haya cometido el delito, o aquél en que resida la víctima o su familia, si fueran distintos. En cuanto a las prohibiciones de comunicación o aproximación impiden tales actos durante el tiempo fijado por el Tribunal, que dependerá del tipo de delito (art. 48 CP).

5.3.10. *La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas.*

La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al

penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena (art. 48.2 CP). La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual (art. 48.3 CP). Se trata de penas que pueden imponerse con carácter principal, y que según su cuantía, pueden tener el carácter de graves (más de cinco años), menos graves (de seis meses a cinco años) o leves (de un mes a seis meses). También pueden imponerse como pena accesoria, necesaria o no.

En primer lugar, el Tribunal podrá, según su criterio, y a petición de parte adoptar una medida de prohibición, conforme con lo previsto en el art. 57 CP, en el caso de delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. La pena de prohibición se impondrá por un periodo de tiempo no superior a cinco o diez años según la clase de delito. También podrá imponerse esta pena accesoria por la comisión de las faltas contra las personas de los arts. 617 y 620, por un período de tiempo que no excederá de seis meses. A este fin el Tribunal valorará la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente presente. Si coincidiera la situación de prisión con la pena accesoria de prohibición las penas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

En segundo lugar, el Tribunal acordará en todo caso la prohibición de aproximarse a la víctima en los supuestos de los delitos mencionados en el párrafo anterior cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así

como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados (art. 57.2 CP).

Para el correcto cumplimiento de estas medidas el Juez o Tribunal podrá acordar que el control se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan (art. 48.4 CP).

6. LA EJECUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y DE LAS COSTAS.

6.1. El cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias.

La responsabilidad patrimonial declarada en la sentencia penal puede comprender la responsabilidad civil derivada de los hechos delictivos (incluso en los casos de exención de responsabilidad del art. 20 CP), las costas procesales y la multa (arts. 118 y 119 CP). El pago de las indemnizaciones, los intereses, y de las restantes responsabilidades pecuniarias declaradas en la condena se realizará por comparecencia del condenado en el Juzgado. Si el condenado acata la sentencia, haciendo frente a las responsabilidades determinadas en la misma y en la tasación de costas, la ejecución será innecesaria.

Si el responsable condenado no realiza el pago, se procederá a la ejecución de la responsabilidad civil determinada en la sentencia y, una vez practicada y aprobada la tasación de costas, a la ejecución de éstas. Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia del perjudicado, podrá fraccionar su pago señalando según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y las posibilidades económicas del responsable, el período y el importe de los plazos (art. 125 del CP). Esta posibilidad pretende evitar una ejecución infructuosa, aunque también cabe el fraccionamiento como consecuencia de que el metálico procedente de la ejecución sea insuficiente para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias.

Los pagos que se efectúen por el responsable se imputarán por el orden siguiente: 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de los perjui-

cios. 2.º A las costas del acusador privado, si se hubieran impuesto, cuando el delito hubiese sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte. 3.º A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa. 4.º A las costas del acusador particular cuando se impusiesen en la sentencia. 5.º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados. 6.º A la multa (art. 126 CP).

6.2. Ejecución de la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil derivada del delito comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La restitución consiste en la devolución a su legítimo propietario de la cosa de la que ha sido desposeído. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de un tercero y éste lo haya adquirido, legalmente y de buena fe. Queda a salvo el derecho del tercero de repetir contra quien corresponda y, en su caso, ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. Sin embargo, no procederá la restitución cuando el tercero hubiere adquirido el bien en la forma y con los requisitos legales para hacerlo irreivindicable (art. 111 CP).

La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable. También determinará si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa (art. 112 CP; vid. como supuestos concretos de reparación del daño los arts. 193 y 216 del CP).

Por último, la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado a sus familiares y a terceros.

La actividad de ejecución de la responsabilidad civil en el proceso penal sigue, en lo general, las normas de la LEC reguladoras de la ejecución de la sentencia civil, en concreto las normas sobre ejecución de

condenas pecuniarias y las normas sobre ejecución de condenas no pecuniarias. Sin embargo, una diferencia notable es que en el proceso penal la ejecución se iniciará sin necesidad de instancia o impulso de parte. Obsérvese, que la ejecución de responsabilidad civil más frecuente en el proceso penal es la destinada a obtener una cantidad de dinero del patrimonio del responsable y entregarlo al perjudicado. Este tipo de ejecución se regula en la LECrim. sobre la base de que, en la fase de instrucción del proceso, se han tramitado las piezas de responsabilidad civil, asegurando las responsabilidades pecuniarias, al amparo de las normas sobre ejecución de la responsabilidad civil (arts. 613 y 536 LECrim.), que se remiten en todo lo que no esté previsto a la LEC (arts. 614 y 989 LECrim.). En el supuesto de que no se hubiere procedido al aseguramiento cautelar de las responsabilidades pecuniarias, y resultase imprescindible embargar bienes del condenado, el Juez o Tribunal, de acuerdo con la remisión general del art. 614 LECrim. a las normas procesales civiles, procederá al embargo de bienes como primera actividad ejecutiva.

En el procedimiento abreviado el art. 794 LECrim. autoriza, expresamente, la liquidación de sentencias líquidas en trámite de ejecución. Dicha liquidación hasta entonces sólo era posible en el juicio de faltas por la remisión general a los trámites de ejecución del juicio verbal civil. En la actualidad, esta liquidación posterior es posible en todos los procedimientos penales, pues el art. 115 del CP permite, con carácter general, fijar la cuantía de los daños e indemnizaciones en la propia resolución o en el momento de su ejecución. También se permite, con carácter general, la ejecución provisional de los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil con arreglo a lo dispuesto en el (art. 989 LECrim.). De este modo, con base en el art. 794 LECrim., si en el fallo no se hubiese fijado la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su determinación. El Juzgado dará traslado del escrito a las demás partes para que, en el plazo de diez días, pidan por escrito lo que a su derecho convenga. A continuación se practicarán las pruebas propuestas referidas a las bases fijadas en la sentencia y el Juez o Tribunal rechazará las que no se refieran a aquéllas. Practicadas las pruebas, y oídas las partes por un plazo común de cinco días, se fijará mediante auto, en los cinco días siguientes,

la cuantía de la responsabilidad civil. El auto dictado por el Juez de lo penal será apelable ante la Audiencia respectiva.

6.3. La tasación de costas.

Corresponderá al Secretario Judicial del Tribunal o Juzgado competente en la ejecución de la sentencia practicar la tasación de costas procesales, una vez se le haya dado traslado por medio del correspondiente proveído. Practicada la tasación de costas, se dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes. A la vista de los informes y escritos de las partes, si se presentaren, se aprobará o reformará la tasación. Si alguna partida de honorarios fuera tachada de ilegítima o excesiva deberán pedirse, previamente, los informes pertinentes a dos personas de la misma profesión o a la Junta del Colegio Profesional respectivo (art. 244 LECrim.).

A continuación se aprobará por auto la tasación de costas y, una vez firme, se procederá a hacerlas efectivas, por la vía de apremio establecida en la LEC, con los bienes de los que hubiesen sido condenados a su pago (art. 245 LECrim.). Los diversos honorarios se satisfarán a las personas individuales correspondientes, mediante entrega normalmente de talón de la cuenta provisional de Consignaciones, que se hará constar además de en los autos, en dicho libro, que cada mes deberá firmar el Juez de Instrucción.

7. CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN.

7.1. Conclusión normal de la ejecución.

Concluida la ejecución de la sentencia en todos sus extremos posibles, se dictará resolución, previo informe de Ministerio Fiscal, archivando la causa, provisional o definitivamente. Procede el archivo definitivo cuando la sentencia ha sido cumplida en todos sus extremos. El archivo provisional se produce cuando penda de cumplimiento algún pronunciamiento, por ejemplo: a) No se hayan satisfecho todas las

responsabilidades civiles, manteniéndose en trámite la ejecutoria hasta que el penado venga a mejor fortuna. b) Cuando concedida la suspensión condicional por el plazo correspondiente, transcurra el precitado plazo, desarchivándola para cumplimiento de pena o para la remisión definitiva. c) Cuando al ser excesivamente dilatado el período de cumplimiento de una pena (por ejemplo, 10 años), no se considere pertinente su tramitación como pendiente, desarchivándose para la aprobación del licenciamiento definitivo.

A continuación, si procede, se dictará resolución que, por su importancia, es aconsejable adopte la forma de propuesta de auto, aunque en la práctica forense, en ocasiones, se dicta una providencia, archivando definitiva o provisionalmente la causa.

Respecto a la pena de prisión, el cumplimiento de la condena extingue la responsabilidad criminal (art. 130.2 CP). En consecuencia, procede la liberación del condenado para lo que será necesaria la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador, con intervención del MF y dándose vista al interesado (art. 17.3 LGP y art. 24.1 RP).

A estos efectos, con una antelación mínima de dos meses al cumplimiento de la condena, el director del establecimiento penitenciario formulará al Tribunal sentenciador una propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia (art. 24.2 RP). Si quince días antes de la fecha propuesta para la libertad definitiva no se hubiese recibido respuesta, el director reiterará la propuesta al Tribunal sentenciador, significándole que, de no recibirse orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta (art. 24.3 RP). Producida la liberación, en el expediente personal del penado se extenderá la oportuna diligencia de libertad definitiva, expidiéndose y remitiéndose certificaciones de libertad definitiva al Tribunal sentenciador y al Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 24.5 RP).

Con relación a la ejecución de la responsabilidad civil, una vez satisfechas las responsabilidades civiles se procederá a expedir los despachos de cancelación de las fianzas y embargos obrantes en las piezas de responsabilidad civil, que hubiesen sido constituidos durante la causa según la fianza adoptada (personal, pignoratícia o hipotecaria) (arts. 589 y ss. LECrim.). En su caso, se procederá a cancelar la fianza dine-

raria para garantizar la presencia en juicio de la pieza de situación, si tras aquél no se hubiese cancelado.

7.2. Otros modos de conclusión de la ejecución.

Son causas anormales de conclusión de la ejecución: la muerte del reo, la prescripción de la pena, el perdón del ofendido, la rescisión de la sentencia, y el indulto.

La muerte del condenado extingue la responsabilidad criminal y, en su caso, el cumplimiento de la condena (art. 130 CP). El mismo efecto produce la prescripción de la pena. El tiempo de la prescripción se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse (art. 134 CP).

El perdón del ofendido es una causa de terminación de la ejecución penal de las condenas dictadas respecto de los delitos privados, y de algunos de carácter semipúblico. Es decir, aquéllos perseguibles sólo a instancia de parte, o bien que exigen la previa denuncia del ofendido.

Así, respecto de los primeros (calumnia o injuria), el perdón del ofendido produce la exención de responsabilidad criminal del condenado (art. 215.3 CP). Respecto de los semipúblicos, el perdón del ofendido también produce la extinción de la pena impuesta. Así, el descubrimiento y revelación de secretos (art. 201 CP); los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a diez millones (art. 267 CP); y las faltas perseguibles a instancia de parte (art. 639 CP).

El perdón se otorgará de forma expresa antes de iniciada la ejecución de la pena impuesta. A este efecto, declarada la firmeza de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador oír al ofendido por el delito antes de ordenar la ejecución de la pena. El perdón del ofendido, dada la naturaleza de esta clase de delitos, tendrá plena eficacia. Sin embargo, cuando se trate de menores o incapacitados, el Tribunal, oído el Ministerio Fiscal y el representante del menor o incapaz, podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando el cumplimiento de la condena (art. 130 CP).

La rescisión de la sentencia puede producirse como consecuencia de la estimación del recurso de revisión o de amparo. La estimación del recurso de revisión produce la anulación de la sentencia y, en consecuencia, la ejecución de la sentencia concluye. Sin embargo, debe distinguirse según el motivo de revisión acogido en la sentencia. Así, en el supuesto del motivo 2.º del art. 954 LECrim. (condena como autor de homicidio de una persona cuya existencia se acredite posteriormente) se anulará la sentencia y se procederá inmediatamente a la puesta en libertad del condenado. Por el contrario, cuando el TS estime el recurso por los otros motivos del art. 954 LECrim., anulará la sentencia y devolverá la causa al órgano jurisdiccional competente para su instrucción y nuevo enjuiciamiento (art. 958 LECrim.). En este caso, el condenado tiene la consideración de inculpado y en esa calidad el Juez de instrucción adoptará las medidas cautelares oportunas en orden a la situación de libertad o prisión de aquél. En el supuesto del recurso de amparo, su estimación y otorgamiento del amparo conllevará, en su caso, la declaración de nulidad de la sentencia (vid. art. 55 LOTC), con los efectos previstos para los supuestos anteriores.

Por último, el art. 130 CP prevé que la responsabilidad criminal se extingue por el indulto, que se tramitará conforme a la Ley provisional de 1870, modificada por la Ley 1/1988, y las disposiciones del Código Penal. Obsérvese que no existe referencia alguna en el Código Penal a la amnistía, que ha sido descartada de nuestro ordenamiento, ya que el art. 62.i) de la Constitución establece que no podrán autorizarse indultos generales.

El indulto puede ser total o parcial (art. 4), y puede beneficiar a los condenados por cualquier clase de delito. Para poder solicitarlo el condenado debe estar a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena firme. No pueden beneficiarse de esta medida de gracia los reincidentes en el mismo o en otro delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme, excepto que el Tribunal sentenciador considere que existen razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles el indulto (art. 2). Las solicitudes de indulto se dirigirán al Ministerio de Justicia, por el Tribunal que dictó la sentencia, el fiscal, el propio interesado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre (art. 19 y 22). También lo puede solicitar el Juez de vigilancia penitenciaria, previa solicitud de la Junta de Tratamiento del Centro (art. 206 Reglamento Penitencia-

rio). Respecto al Tribunal, el art. 4.3 CP dispone que el Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la concesión de indulto cuando de la rigurosa aplicación de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

El Gobierno podrá también mandar formar el oportuno expediente, con arreglo a las disposiciones legales, para la concesión de indultos que no hubiesen sido solicitados por los particulares ni propuestos por los Tribunales de Justicia (art. 21). El art. 15 de la Ley establece como condiciones o requisitos que deben cumplirse para conceder el indulto las siguientes: 1.º Que no cause perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos; 2.º Que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiere sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte.

La solicitud o propuesta de indulto no suspende la ejecución de la pena, que continuará su curso en tanto no se resuelve la petición (art. 32). No obstante, mediando petición de indulto, si el Tribunal apreciara motivadamente que el cumplimiento de la pena puede vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la condena, en tanto no se resuelva la petición. Del mismo modo, suspenderá la ejecución cuando de ser ejecutada la sentencia no pudiera cumplirse la finalidad del indulto (art. 4.4 CP). La petición de indulto se tramitará con formación del oportuno expediente, e informe del Tribunal sentenciador, y del Centro penitenciario sobre la conducta del penado. El Tribunal hará constar las circunstancias personales del condenado, fortuna, méritos, antecedentes penales y circunstancias de los mismos. El indulto se acordará por Real Decreto del Gobierno, y se publicará en el BOE, extinguiéndose la responsabilidad criminal y el cumplimiento de la pena.