

MANUEL ORTELLS RAMOS

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (ESTUDI GENERAL DE VALÈNCIA)



**ESTUDIOS
DE DERECHO PROCESAL**

PROCESO PENAL I (1978-1994)

© Manuel Ortells Ramos

<https://www.bubok.es/libros/187480/>

ISBN: 978-84-614-1753-7



**ESTUDIOS
DE DERECHO PROCESAL
PROCESO PENAL I**

1978_	La ausencia del imputado en el proceso penal. consideración especial de la incomparecencia	3
	_ Para una Sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal	50
1979_	Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 74 de la ley de enjuiciamiento criminal	92
1984_	El proceso penal en la ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre	145
1987_	Eficacia probatoria del sumario en el juicio ante el Jurado	186
1989_	El nuevo procedimiento penal abreviado. Aspectos fundamentales	193
1990_	Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica	214
1991_	Correlación entre acusación y sentencia. Antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales.	240
	_ Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia	260
1992_	Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado. (Diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)	282
1993_	Jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH en el proceso penal. (La doctrina de la "noción autónoma de materia penal". Derechos a un tribunal independiente e imparcial y que la causa sea oída equitativamente. Presunción de inocencia)	307
1994_	Competencia de los órganos jurisdiccionales y proceso penal abreviado	336
	_ Juicio rápido en la instrucción, introducción y génesis del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Incoación en diligencias en Juzgado de Guardia. Confeción de diligencias policiales. Requisitos procesales del art. 789.5.5. Solicitud y reconocimiento de hechos. Alcance y posibles modalidades	350
	_ La adecuación del procedimiento en el proceso penal abreviado	360
	_ La instrucción por el Ministerio Público (Reflexiones sobre el estado de la cuestión en derecho español)	380

**LA AUSENCIA DEL IMPUTADO EN EL PROCESO PENAL. CONSIDERACIÓN ESPECIAL
DE LA INCOMPARECENCIA (*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Profesor Adjunto interino de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

*Al Profesor Fairén,
en el trigésimo aniversario
de su cátedra universitaria.*

S U M A R I O

I. LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA. A) Los supuestos de ausencia según la doctrina española. B) Criterios para la clasificación de los supuestos de ausencia a) Criterios de carácter subjetivo. b) Criterios de carácter objetivo. C) Clasificación de los supuestos de ausencia a) *Ausencia del imputado en paradero desconocido: desaparición y rebeldía. b) Ausencia del imputado en paradero conocido. a') Con paradero conocido en territorio español: incomparecencia. b') Supuesto base de la solicitud de extradición.*— II. LOS SUPUESTOS DE INCOMPARECENCIA. A) Requisitos generales de los supuestos de incomparecencia a) *La citación válida. b) La no justificación de la incomparecencia. a') Requisitos de la causa justificativa. b') Alegación de parte o estimación de oficio del impedimento. c') Plazo para hacer valer el impedimento.* B) Requisitos especiales de algunos supuestos de incomparecencia a) *La citación personal para la vista del acusado, en los procesos de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción. b) La existencia o inexistencia de suficientes elementos de juicio.* C) Consecuencias jurídicas de la incomparecencia respecto al acto procesal en que se produce: suspensión o interrupción de la vista del juicio. a) *Procesos ordinario y de urgencia de competencia de la Audiencia provincial. b) Proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción. c) Juicio de faltas.* D) Consecuencias jurídicas de la incomparecencia respecto a la situación personal del imputado. E) La separación de procedimientos en los casos de pluralidad de acusados. a) *Proceso ordinario y procesos de urgencia. b) Elementos que permiten el enjuiciamiento separado.*

(*) Publicado en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Núm. II-III, Abril-septiembre, 1978, pp. 433-492

I. LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA

Con la expresión «ausencia del imputado»¹, se hace referencia al hecho negativo de su falta de presencia durante el proceso penal en el que es parte. Ahora bien, legalmente no existe un «supuesto de ausencia del imputado en el proceso penal», que pueda ser definido de forma tan simple.

Las normas procesales establecen o toman en consideración varios supuestos de ausencia del imputado, que se distinguen por dos clases de factores. La primera, los distintos elementos de mero hecho y jurídicos que cualifican el hecho de la falta de presencia y, como consecuencia, lo diversifican². La segunda, las consecuencias jurídicas que deben producirse cuando concurren los diversos supuestos³. Con base en estos dos tipos de factores puede sistematizarse la materia de la ausencia del imputado en el proceso penal español y determinarse, con claridad, cada uno de los supuestos normativos de ausencia⁴.

A) Los supuestos de ausencia según la doctrina española.

En las obras generales se observa una cierta tendencia a sistematizar la materia de la ausencia, pero sus resultados son muy incompletos, pues quedan limitados a establecer cierta conexión entre el tratamiento de la rebeldía y el de la extradición activa⁵.

¹ El término "imputado" se utiliza aquí en sentido amplio: no designa una de las situaciones por las que atraviesa el "sujeto pasivo" del proceso penal —así en VIADA, C., ARAGONESES, P., *Curso de Derecho procesal penal*, I, Madrid, 1974, pág. 148—, sino, globalmente, todas aquellas situaciones —en este sentido lo utiliza también SERRA DOMÍNGUEZ, M., *El imputado*, en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1969, pág. 674—.

² Con referencia, en general, a los elementos que integran la base de los supuestos normativos, CORDERO, F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, págs. 37-38.

³ CONSO, G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, págs. 7-9. Siguiendo a LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1960 (trad. Gimbernat Ordeig, E.), pág. 171, entendemos que "es recomendable..., para evitar cualquier malentendido, evitar la expresión "efecto jurídico" y hablar solo de "consecuencias jurídicas"; pues a la idea de un "efecto" se vincula inmediatamente la de una "causa productora del efecto". Es claro que el posible malentendido al que alude el autor es el de una interpretación. naturalista del fenómeno jurídico. Véase KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960, (trad. Nilve, Moisés), págs. 15-50.

⁴ La utilización del concepto de supuesto normativo, que corresponde al concepto de *fattispecie*, véase CONSO, Giovanni *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, págs. 1-15, CORDERO, Franco, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, págs. 33 y ss., y bibliografía allí citada por ambos, la adoptamos por considerar que conduce a un más riguroso control metodológico, pues obliga a basarse en las normas positivas, véase MESSINA, Salvatore, *Sull'utilità della nozione di "fattispecie"*, en *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, págs. 592-593.

⁵ FENECH, M., *Derecho procesal penal*, I, Barcelona, 1952 (cuando no se cite el año de edición, se está utilizando la edición de 1960), págs. 419-427; HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal* (con G. ORBANEJA), Madrid, 1975, páginas 373-381; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, I, cit., págs. 172-178.

VIADA, que ha dedicado al tema una limitada atención monográfica⁶, distingue los supuestos de incomparecencia, desaparición -«imputado en domicilio desconocido y que no puede ser citado»-, ausencia... situación del que está en ignorado paradero, o sea, en la situación de ausencia legal... —y rebeldía «cuando consta la voluntad de eludir la acción de la justicia»-⁷. Ahora bien, cuando este autor se refiere al Derecho positivo⁸, califica en general como regulación de la *ausencia* la de los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal, engloba bajo la denominación de «requisitos subjetivos de la declaración de rebeldía» los supuestos del artículo 835 entre los que, según la terminología por él propuesta, existen supuestos de ausencia y desaparición (art. 835-1.º) y supuestos de rebeldía (art. 835-2.º, y 3.º), y todo ello aunque reconoce implícitamente que el supuesto de rebeldía exige declaración judicial, cuyo sentido no es, precisamente, el de constatar la voluntad de eludir la acción de la justicia. Resulta aún más desconcertante su referencia al juicio de faltas⁹, pues el autor olvida en este caso los supuestos de ausencia y desaparición, y parece calificar supuestos que según su terminología serían de rebeldía como de incomparecencia.

La enumeración del profesor FAIRÉN¹⁰, no resulta clarificadora por calificar de materia de rebeldía una serie de supuestos disimiles entre sí, hasta el punto de que la concurrencia de uno excluye la de otro¹¹, como sucede con los miembros C y D de la enumeración del citado profesor —verificado el supuesto C, el D no puede, normativamente, darse, aunque sí a la inversa—.

Tampoco puede afirmarse, como lo hace HERCE QUEMADA¹², que en el procedimiento de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción «se sigue el mismo sistema» que en el ordenamiento procesal penal de la Ley del automóvil —en su redacción de 24 de diciembre de 1962—. Salta a la vista la diferencia entre el artículo 29 de aquella Ley y el 791, regla 8.ª, par. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, pues si en la primera la continuación del procedimiento en rebeldía (art. 29, par. 4)¹³ era posible «en caso de no haberse personado el acusado o de hallarse en el extranjero o en ignorado paradero» (art. 29, par. 2) debiendo mandarse «publicar por el medio más rápido e idóneo..., la correspondiente cédula (de citación)» (art. 29, par. 2), en la segunda solo se permite la continuación cuando, teniendo el acusado domicilio conocido, consta habersele citado *personalmente* para el juicio.

⁶ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, *La ausencia del acusado en el proceso penal*, en RDPriberoam-
filip., 1962.

⁷ VIADA, *La ausencia del acusado...*, cit., págs. 575-576.

⁸ VIADA, *La ausencia del acusado...*, cit., págs. 580-583.

⁹ VIADA, *La ausencia del acusado...*, cit., págs. 583-584.

¹⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El "encausado" en el proceso penal español*, en "Temas del Ordenamiento Procesal", II, Madrid, 1969, págs. 1.263-1.265; también en *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, páginas 64-65.

¹¹ Constatación particularmente evidente en el procedimiento de urgencia de competencia del Juzgado de Instrucción: contrástense art. 791, regla 7.ª, párrafo 1.º y el mismo artículo regla 8.ª, párrafo 2.º.

¹² HERCE QUEMADA, Vicente (Con GÓMEZ ORBANEJA, Emilio), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1975, pág. 374.

¹³ Denominación que no compartimos porque esta continuación del procedimiento, no estaba precedida por las actuaciones del artículo 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Y tampoco es más afortunada la afirmación de GÓMEZ ORBANEJA quien, para fundamentar la necesidad de la presencia del acusado en el acto del juicio oral, dice: «nuestro derecho, para el proceso penal común, no admite el juicio en rebeldía»¹⁴. Y no es que tal proposición sea falsa, sino que no es congruente con lo que el autor pretende demostrar, pues lo que hubiera debido indicar es que el juicio oral no puede celebrarse si el acusado no comparece, débase esta incomparecencia a su rebeldía --en el sentido de los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal-- o trátase de la incomparecencia de un acusado que, por no haber actuado los supuestos del artículo 835 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ni debe ser llamado y buscado por requisitoria ni, por tanto, declarado rebelde.

Estas referencias ponen de manifiesto, a mi modo de ver, que en el tema de la ausencia existe, en primer lugar, una cierta confusión terminológica, consistente en designar con el término de «rebeldía» supuestos de ausencia muy diversos. En segundo lugar, y en cierto modo como consecuencia de lo anterior, los supuestos de ausencia distintos; de la rebeldía propiamente dicha, o no son considerados por la doctrina o son calificados de «especialidades» respecto al régimen común de la rebeldía. En esta contribución al estudio de la ausencia pretendemos superar el enfoque parcial que, hasta ahora, se ha venido haciendo de la misma -centrando toda la atención en la rebeldía y en artículos muy determinados de la Ley de Enjuiciamiento criminal-, delimitar cada uno de los supuestos que la Ley de Enjuiciamiento criminal contiene y estudiar, en particular, uno de ellos -la incomparecencia-.

B) Criterios para la clasificación de los supuestos de ausencia.

Para clasificar los supuestos de ausencia puede atenderse, alternativamente, a dos clases de criterios. Los criterios de carácter subjetivo conducen a distinguir los supuestos de ausencia, según ésta sea una conducta voluntaria o involuntaria del sujeto que incurre en ella. La adopción de criterios de carácter objetivo supone atender, fundamentalmente, a los elementos de la situación en la que se ha plasmado la ausencia del imputado, prescindiendo de si aquella situación es debida o no a su voluntad.

a) Criterios de carácter subjetivo.

Indica el profesor FAIRÉN que «procede distinguir —...— entre el 'ausente', que no conoce ni siquiera la existencia de un proceso contra él, y el 'contumaz' o verdadero rebelde, que conoce el proceso y sus posibles consecuencias desfavorables, pero que desobedece las intimaciones judiciales de comparecer», y califica, después, de «rebeldía propia» a la ausencia voluntaria¹⁵.

También VIADA sitúa el criterio de la voluntariedad en la base de las clasificaciones de los supuestos de ausencia¹⁶.

¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (con HERCE QUEMADA), *Derecho...*, cit., página 237.

¹⁵ FAIRÉN, El "encausado"..., en "Temas...", II, cit., pág. 1.263.

¹⁶ VIADA, *La ausencia...*, cit., págs. 575-576.

A mi modo de ver, hay que distinguir dos planos en el estudio de la ausencia del imputado en el proceso penal, para determinar la utilidad de la adopción del criterio subjetivo: el análisis de los supuestos de ausencia regulados por la ley ordinaria y el enjuiciamiento de estas regulaciones a la luz del principio «nadie puede ser condenado sin ser oído», recogido en el artículo 19 del F. E.^{16 bis}.

En el primer plano, el criterio subjetivo como básico para la distinción y clasificación de los supuestos de ausencia, conduce a resultados inseguros y distorsionantes. Inseguros, en cuanto no es posible determinar en varios supuestos de ausencia, si ésta es expresión o no de una conducta voluntaria, salvo que esta apreciación pretenda fundarse en presunciones que, en muchos casos, están alejadas de la realidad¹⁷. Distorsionantes, porque conduce a quebrar la unidad de supuestos de ausencia que reciben, legalmente, el mismo tratamiento: en el artículo 835 hay casos de -ausencia voluntaria (números 2.º y 3.º) y casos en que puede ser voluntaria o involuntaria (número 1.º); no obstante, las consecuencias jurídicas de todos ellos, antes y después de declarada la rebeldía, son idénticas.

Aún no admitiéndolo como criterio clasificatorio, advertimos que el criterio subjetivo es importante para la interpretación teleológica de algunas normas sobre la ausencia.

En el plano del estudio de la constitucionalidad de las normas reguladoras de la ausencia, el criterio subjetivo es determinante. La norma constitucional reconoce y protege el derecho de autodefensa, de audiencia en la terminología del F. E.¹⁸. Ese derecho, aun siendo irrenunciable, es libremente ejercitable¹⁹. La voluntad de no ejercitar el derecho de autodefensa, puede manifestarse de forma expresa -acusado que se niega a declarar o a hacer uso del derecho a la «última palabra»- o de forma tácita, a través de la voluntaria ausencia en el acto en el cual aquel derecho podía ejercitarse. El

^{16 bis} Al corregir pruebas, ya contamos con el texto del proyecto de Constitución aprobado por el Congreso (B. O. de las Cortes, núm. 135, de 24 de Julio de 1978). su artículo 24-2 reconoce el derecho "a la defensa y a la asistencia de letrado". La dualidad de defensa y asistencia letrada, corresponde con la de audiencia y defensa del artículo 19 del F. E.

¹⁷ El supuesto del artículo 791, 8.ª, 2, no se caracteriza porque la ausencia sea voluntaria, aunque, dados los requisitos de la norma, pueda presumirse con bastante probabilidad que lo es. La determinación de la voluntariedad o no en el caso del n.º 1.º del artículo 835, debería conducir, a un análisis particularizado de cada caso concreto, que la norma no exige. El componente voluntario del supuesto de rebeldía y del de incomparecencia a juicio verbal de "faltas previa citación por edictos, debería igualmente apreciarse mediante presunciones, relativas a la efectividad del llamamiento por requisitorias o por edictos para producir, en el caso concreto, el conocimiento del destinatario.

¹⁸ Por autodefensa se entiende aquella actividad que realiza en el proceso personalmente el imputado, para desvirtuar la imputación y posterior acusación que se dirige contra él; sobre ella véase, FOSCHINI, G., *L'autodifesa dell'imputato*, en "L'imputato", Milano, 1956, págs. 25-45; FAIRÉN, V., *El "encausado"...* en "Temas ...", II, pág. 1.256; SERRA, M., *El imputado*, en "Estudios cit. págs. 695-698; MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso penal*, Pamplona, 1958, págs. 65-66; GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI F., *Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal*, en RDPriberoam, 1973, pág. 772. Sobre el sentido de los términos "audiencia, y "defensa" en el artículo 19 del F. E., véase MARAVALL, J. A., *El proceso judicial penal como garantía política*, en "Información jurídica", 1947, n.º 49, págs. 11-12; MONTERO, J., *La ausencia del imputado en el proceso penal*, en RDPriberoam., 1977, págs. 587-589, según el cual defensa significa defensa técnica y audiencia, autodefensa.

¹⁹ PANSINI, G., *La contumacia nel diritto processuale penale*, Napoli, 1963, páginas 48-49; CARULLI, N., *La difesa dell'imputato*, Napoli, 1974, págs. 71-72.

problema de la validez constitucional de la norma que no establezca la suspensión del juicio oral por la ausencia del acusado, queda centrado en sí, dada la modalidad de citación —susceptible de producir conocimiento del acusado sobre la realización del juicio— y la inexistencia de impedimentos— que no obstaculicen la determinación libre de la conducta—, la ausencia puede considerarse como una conducta voluntaria²⁰. No es, pues, correcto desdeñar, como por algunos se ha pretendido²¹, la valoración del componente voluntario de las conductas de ausencia, aunque la sistemática de los supuestos recogidos en la ley ordinaria no pueda basarse sobre aquélla.

b) Criterios de carácter objetivo.

La Ley de Enjuiciamiento criminal se ocupa de la ausencia del imputado en varios artículos²². La construcción de los supuestos normativos de ausencia se ha de realizar mediante una interpretación de los mismos. El resultado de una primera aproximación a dichos preceptos es que las normas procesales penales establecen supuestos de ausencia muy diferentes entre sí. Inmediatamente se descubre, por ejemplo, que aun siendo igualmente ausente el procesado que carece de paradero conocido y el que reside en territorio extranjero, existe entre ambos supuestos el hecho diferencial del desconocimiento, en un caso, y en el otro no, del paradero del procesado; consecuentemente la Ley de Enjuiciamiento criminal vincula consecuencias distintas a los supuestos distintos: mientras, en el primer caso, dispone su llamamiento y busca por requisitoria (art. 835 y concordantes), en el segundo, ordena al órgano jurisdiccional que pida su extradición (art. 829 y concordantes).

Los artículos 569, par. 2 y 585 se refieren a dos supuestos también distintos de ausencia. El primer dato a apuntar —diferencial respecto a los supuestos anteriores— es que la ausencia se toma, ahora, en consideración cuando afecta a un acto procesal concreto, la entrada y registro en lugar cerrado y la apertura y registro de correspondencia, respectivamente. La Ley de Enjuiciamiento criminal distingue los dos supuestos en ambos casos: las actuaciones que prescribe podrán realizarse tanto si el procesado está en rebeldía (art. 585) o no ha sido habido (art. 569, par. 2), como si, citado al efecto, no quisiera concurrir al acto (art. 569, par. 2) o presenciarlo (art. 585). Los supuestos son estructuralmente distintos, pues si en el primer caso se desconoce el paradero del procesado, en el segundo únicamente se constata la no presencia del procesado en el acto concreto. Y si en estos preceptos a estos supuestos distintos se vinculan las mismas consecuencias, no siempre es así: el artículo 587 distingue

²⁰ PANSINI, *La contumacia...*, cit., págs. 52, 240-242; TORRACA, S., *Appunti in tema di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 501, 2.º comma, c. p. p. e sospensione del dibattimento per impedimento sopravvenuto*, en Arch. pen., vol. XXVII, part. II, pág. 168; CHIAVARIO, M., *Rapporti tra valutazione della prova dell'impedimento a comparire e diritto di difesa del contumace*, en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1963, pág. 86.

²¹ AMODIO, E., *Sul c. d. principio di cristallizzazione dell'accusa nel procedimento contumaciale*, en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1965, págs. 623-625; SABATINI, G., *Latitanza e irreperibilità*, en Giust. Pen., 1956-III, col. 200.

²² Se refieren a la ausencia los artículos 132, 160, 174, 175, 176, 178, 255, 256, 333, 336, 487, 488, 490-6.º, y 7.º, 504, 512, 534, 535, 569, par. 2, 585, 587, 664, par. 2, 687, 746-5.º, 785-8.ª h, 791-7ª pars. 1 y 2, 791-8.ª par. 2, 792-5.ª, 801, 824 y siguientes; 834 y siguientes, 850-2.º, 814, 971, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento criminal; disposición adicional 2.ª, de la Ley de 8 de abril de 1967; art. 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

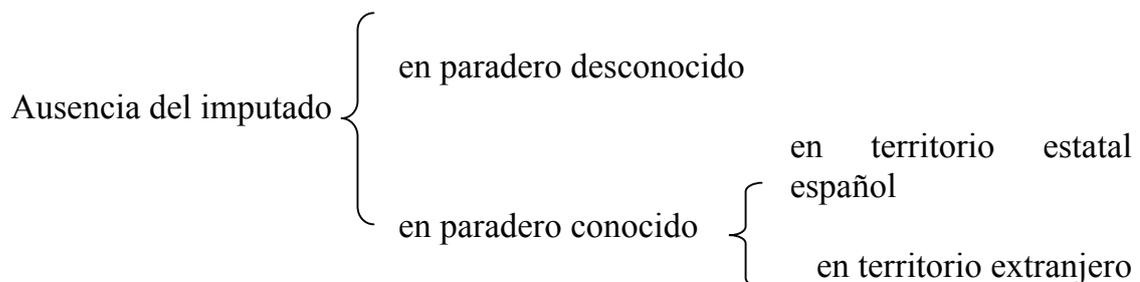
claramente las consecuencias de uno y otro supuesto, pues mientras sí concurre el segundo supuesto la correspondencia que no sea de interés puede devolverse al procesado, y así lo dispone el par. 1 del artículo 587, a la presencia del primero tal entrega no es posible, por lo que el artículo 587, pars. 2 y 3 dispone medidas especiales.

Otra base normativa para la diversificación de los supuestos quizás de mayor interés que la anterior, la ofrece el artículo 791, regla 7.a. Esta vez con referencia a una fase del procedimiento, la del juicio oral, la Ley de Enjuiciamiento criminal distingue: «... si el acusado no tuviera domicilio conocido o se hallare en ignorado paradero...» se le llamará y buscará por requisitoria y, en su caso, se le declarará rebelde (art. 791-7.^a, par. 1), pero «Si los designados como acusados... tuvieren domicilio conocido...», si no comparecen se les nombran abogado y procurador de oficio y puede ordenarse su detención. Puede observarse aquí no sólo la diferencia de ambos supuestos sino también que la reacción del ordenamiento es adecuada y proporcionada a la particular estructura de cada supuesto.

Estos artículos revelan que, al regularse los supuestos de ausencia, se atiende a las características objetivas de la situación de ausencia, fundamentalmente al factor de ser o no conocido el paradero del imputado. Y, siendo ello así, el criterio objetivo se muestra como el más idóneo para determinar y sistematizar los supuestos de ausencia que la ley recoge.

C) Clasificación de los supuestos de ausencia.

Aceptando el criterio objetivo, los supuestos de ausencia pueden clasificarse del modo siguiente:



Desarrollaremos someramente esta clasificación, determinando los supuestos de ausencia que se incluyen en cada uno de sus apartados.

a) Ausencia del imputado en paradero desconocido: desaparición y rebeldía.

Un primer acercamiento interpretativo a los supuestos del artículo 835 nos revela que dicho artículo contempla la ausencia del procesado en ignorado paradero. Es evidente dicha constatación en el número 1.º del artículo que ordena el llamamiento y busca por requisitoria del que no *tuviera domicilio conocido* y del que, teniéndole, se hubiera ausentado de él *ignorándose su paradero*.

La cuestión no resulta tan clara respecto a los dos números restantes, porque siempre cabe la posibilidad —sobre todo, y yo diría que únicamente, en el caso del número 3.º— de que, a pesar de haber realizado el procesado las acciones descritas por la norma, su paradero sea conocido por el órgano jurisdiccional. A mi modo de ver, frente a las conclusiones de la interpretación literal de estos preceptos, deben prevalecer los resultados de la interpretación sistemática de los mismos. Entiendo que la infracción de las obligaciones impuestas en el auto de libertad provisional está considerada en dos supuestos normativos. El del artículo 835-3.º cuya consecuencia jurídica es el llamamiento y busca por requisitoria. El otro supuesto, configurado por el artículo 539 en relación con el 504, implica que la no comparecencia del procesado en libertad provisional tiene como consecuencia jurídica 'la reforma del auto de libertad provisional, decretándose la prisión del procesado. Estos supuestos normativos entran en juego de modo sucesivo cuando se produce la incomparecencia del procesado, en el sentido de que, en primer lugar, debe decretarse la prisión y, si en la ejecución del mandato «el presunto reo no fuera *habido en su domicilio y se ignorase su paradero*» (art. 512), deben expedirse requisitorias para su llamamiento y busca (art. 512).

A estas situaciones de ausencia del procesado en ignorado paradero, cuya consecuencia es el llamamiento y busca por requisitorias, las denominamos supuesto normativo de desaparición²³. Sin abordar el estudio del mismo, nos interesa destacar su carácter de supuesto de ausencia autónomo. Los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal Pueden, a primera vista, inducir a pensar que las situaciones del artículo 835 solo son presupuestos de un procedimiento orientado a declarar la rebeldía, uno de cuyos actos sería el llamamiento y busca por requisitoria²⁴. No es aceptable esa opinión porque, precisamente como resultado de una de las consecuencias del supuesto de desaparición —el llamamiento y busca por requisitorias—, la rebeldía puede no llegar a declararse. Es necesaria, además, la distinción entre desaparición y rebeldía, para precisar desde qué momento deben realizarse las consecuencias jurídicas de la rebeldía con respecto al proceso y para determinar las consecuencias de la desaparición que, salvo el llamamiento y busca por requisitorias, no se establecen de modo explícito en la Ley de Enjuiciamiento criminal²⁵.

El segundo supuesto normativo genéricamente encuadrable en la ausencia del imputado en ignorado paradero, pero suficientemente especificado, es la rebeldía del procesado. Este supuesto puede definirse así: el procesado que no comparece o es habido en el plazo fijado en la requisitoria debe ser declarado rebelde con las consecuencias jurídicas previstas por la ley.

La distinta estructura de este supuesto aparece por dos tipos de razones. En primer lugar es más compleja que la del supuesto anterior, dado que incluye su

²³ El verbo desaparecer es utilizado en el artículo 945 del Código de Justicia Militar, para designar la acción del procesado que incurrió en los casos del artículo 938 del mismo Código y aun no ha sido declarado rebelde.

²⁴ Así para VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, cit., I, pág. 175; y VIADA, *La ausencia...*, cit., pág. 581, el artículo 834 contiene los requisitos subjetivos para la declaración de rebeldía.

²⁵ La distinción entre desaparición y rebeldía adquiriría un valor fundamental respecto a la Ley de 2 de diciembre de 1963 (art. 9, 1, b), pues la continuación del proceso dependía de la declaración de rebeldía, no del mero hecho de la ausencia en ignorado paradero.

consecuencia jurídica (llamamiento y busca por requisitoria) y un hecho jurídico adicional (que el procesado no comparezca o no sea habido)²⁶. En segundo lugar es necesaria una declaración judicial (la declaración de rebeldía) para que las consecuencias jurídicas deban producirse²⁷.

La regulación de los supuestos de ausencia en ignorado paradero —desaparición y rebeldía—, contenida en los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento criminal, tiene carácter común a todos los procesos por delitos, que carecen de especialidades notables en este punto²⁸. La colocación sistemática, de estos preceptos en la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872 y en la Compilación de 1879²⁹, reflejaba su carácter común mejor que el lugar que ocupan en la sistemática de la Ley de Enjuiciamiento criminal vigente. La general aplicación a todos los procesos por delitos de los artículos 834 y siguientes, se demuestra además por la expresa o tácita remisión que efectúan a los mismos, diversos artículos reguladores de los procesos de urgencia, concretamente los artículos 784, par. 3, 4.^a, 785, 8.^a, h, par. 2, 791, 7.^a, par. 1. Si esto es así, la disposición del artículo 791, 8.^a, par. 2 no puede considerarse, como se ha hecho por la mayoría de los autores³⁰, como una especialidad en la regulación de la rebeldía. Una verdadera especialidad en tema de rebeldía, contenían los artículos 9, 1, b y 10 de la Ley de 2 de diciembre de 1963, actualmente derogada por Real Decreto-Ley 2/1977, de 4 de enero. La creación de la Audiencia Nacional y de los Juzgados centrales de instrucción por Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, no introduce modificaciones en este punto, pues, según el artículo 4-1 del citado Real Decreto-Ley, estos nuevos órganos actúan «sin especialidad alguna en cuanto al procedimiento que en cada caso corresponda».

Los artículos 834 y siguientes no son de aplicación al procedimiento por faltas. En primer lugar, las referencias de aquellos artículos al procesado, al delito, al sumario y al juicio oral revelan que no están destinados a aplicarse al proceso por faltas. En segundo lugar, las consecuencias de la ausencia del acusado respecto al proceso, son distintas en el juicio de faltas (arts. 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952) y en los procesos por delito (art. 841 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). En tercer lugar, y ésta es la razón fundamental, el acusado de una falta puede ser citado por edictos a juicio verbal, como se deduce del artículo 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y ello demuestra que su ausencia en paradero desconocido no da lugar a su llamamiento y busca por requisitorias.

Existe pues, en el proceso por faltas, el supuesto de desaparición, aunque tiene consecuencias distintas al que puede verificarse en los procesos por delitos. Incluso

²⁶ Sobre la categoría de la *fattispecie complessa*, véase CONSO, *I fatti giuridici...*, cit., págs. 115-116.

²⁷ Véase FENECH, *Derecho...*, I, cit., pág. 343; HERCE QUEMADA, *Derecho...* (Con GÓMEZ ORBANEJA), cit., pág. 374; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *El imputado*, en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1969, pág. 690.

²⁸ La única especialidad, de carácter no esencial, tiene lugar en los procesos de urgencia y se refiere a la comunicación y publicación de las requisitorias (art. 784, par. 3, regla 4.^a).

²⁹ En la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872 se incluían en el capítulo IX del título preliminar referido a las "Disposiciones generales"; en 1,1 Compilación General, integraban el capítulo VIII del título II ("Disposiciones generales relativas al Enjuiciamiento criminal").

³⁰ FAIRÉN, *El "encausado"...*, en "Temas...", II, cit., págs. 1.263-1.264; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, I, cit., pág. 178; HERCE, *Derecho...*, (con G. ORBANEJA), pág. 374.

habría que precisar que, aun siendo el supuesto de desaparición, por concurrir la característica del desconocimiento del paradero, solo adquiere relevancia como supuesto de ausencia cuando el imputado desaparecido no comparece en el juicio verbal; de ahí que, formalmente, pueda hablarse de incomparecencia. El supuesto de rebeldía está, en todo caso, excluido en el proceso por faltas³¹.

b) Ausencia del imputado en paradero conocido.

La situación de ausencia en paradero conocido puede dar lugar a dos supuestos de ausencia distintos, según el imputado tenga su paradero en territorio nacional o lo tenga en territorio extranjero.

a') Con paradero conocido en territorio español: incomparecencia.

Los supuestos normativos de este grupo muestran, en su estructura, una característica necesaria: se trata, en todo caso, de una ausencia puesta en relación con actos o conjuntos de actos procesales concretos, en los que el imputado puede o debe o es necesario que intervenga.

Debemos, ahora, referirnos a la distinción efectuada por MANZINI y, posteriormente, por FENECH. Entiende el autor italiano³² que «la presencia del imputado en el proceso puede ser real o ficticia (jurídica)». Esta llamada «presencia jurídica» comprendería tanto el supuesto de que el imputado estuviera a disposición del órgano jurisdiccional sin que alguna norma requiriera su asistencia a algún acto procesal³³, como los supuestos de ficción de presencia -en los que el estar o no a disposición del Juez o Tribunal, pasa a segundo plano-³⁴.

FENECH³⁵ aclara que por presencia real debe entenderse la asistencia de una persona física a un acto procesal. Estima que, en el ámbito de nuestro Derecho, para considerar presente al imputado durante todo el proceso, basta con su presencia jurídica -en situación de detención, prisión o libertad provisional-, excepto para el debate oral del por él llamado «proceso decisorio» en el que el acusado ha de estar realmente presente.

Importa efectuar dos precisiones respecto a la opinión de FENECH. En primer lugar, indica este autor que la presencia real es necesaria en el acto del debate oral³⁶, lo que, sin duda, es cierto, pero ello no debe llevar a concluir que la presencia real no ha sido dispuesta por la Ley en otros actos procesales, como, por ejemplo, en la apertura y registro de correspondencia (art. 587. par. 1), en la prueba pericial practicada en el sumario (art. 476) y en la testifical anticipada (art. 448). En segundo lugar, no solamente basta la llamada «presencia jurídica» para todos los actos del procedimiento -con excepción del debate oral-³⁷, sino que, más propiamente, ni siquiera se requiere tal modalidad de presencia, como se deduce, en general, de los artículos 840 y 845 de

³¹ No estando regulado el supuesto de desaparición como en los procesos por delitos no puede declararse la rebeldía por no concurrir los presupuestos de esa declaración.

³² MANZINI, VICENZO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, II, Buenos Aires, 1951 (trad. Sentís Melendo, S. y Ayerra Redín, M.), pág. 392.

³³ MANZINI, *Tratado...*, II, pág. cit.

³⁴ MANZINI, *Tratado...*, II, págs. 392-393.

³⁵ FENECH, *Derecho...*, I, pág. 341.

³⁶ FENECH, *Derecho...*, I, cit., pág. 341.

³⁷ FENECH, *Derecho...*, I, cit., pág. cit.

la Ley de Enjuiciamiento criminal, y de algunas disposiciones específicas de la misma Ley (arts. 585, 587, par. 2).

Teniendo en cuenta las anteriores correcciones, la distinción doctrinal resulta de interés en un doble sentido: cuando no exista la llamada presencia jurídica nos encontraremos ante el supuesto normativo de ausencia en ignorado paradero; la concurrencia del hecho de que el imputado este a disposición del órgano jurisdiccional con su falta de presencia en un acto procesal concreto, determinará el supuesto normativo de incomparecencia.

El término que puede adoptarse para denominar la falta de presencia real en un acto procesal concreto, es el de incomparecencia³⁸.

El supuesto normativo de incomparecencia ofrece una extraordinaria diversificación. Podemos formular una distinción inicial entre incomparecencia a los actos procesales distintos de la vista del juicio oral e incomparecencia en la vista del juicio oral. El último supuesto se diversifica, a su vez, en tres:

1) Incomparecencia a la vista del juicio oral del proceso ordinario y del de urgencia de competencia de la Audiencia Provincial. Este supuesto carece en la Ley de Enjuiciamiento criminal de una regulación específica y particularizada. No obstante puede adelantarse que la regulación que se determine como aplicable afectará a los dos procesos enunciados, dado que, contra lo que sucede en el procedimiento de urgencia de competencia del Juzgado de Instrucción y en el procedimiento por faltas, no existe en ninguno de ellos una norma susceptible de modificar una posible regulación general.

2) Incomparecencia a la vista del juicio oral del procedimiento de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción, cuyos requisitos y consecuencias jurídicas se determinan en el artículo 791, regla 8. a, par. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

3) Incomparecencia al juicio verbal del procedimiento por faltas, con dos supuestos distintos según el acusado resida o no en la circunscripción del juzgado competente, regulados en los artículos 970, 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y, con mayor claridad, en los artículos 5, 8 y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

Particular interés reviste un supuesto especial de ausencia en paradero conocido: la incomparecencia del imputado, protegido por el principio de especialidad de la extradición³⁹, en actos del proceso por delito distinto al que motivó la

³⁸ Para participar en un acto procesal concreto, al imputado se le cita o emplaza para que concurra (art. 175, par. 2, números 4.º y 5.º) o comparezca (art. 175, par. 3 y art. 176), cuando no lo hace no debe hablarse de ausencia o rebeldía, sino, propiamente, de incomparecencia.

³⁹ Véase QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, Madrid 1957. Según este autor, ob. cit., pág. 202, el principio de legalidad extraditacional se desenvuelve en varios principios, uno de los cuales es el de especialidad, que se formula, ob. cit., pág. 183, como que "el extraditado no podrá ser perseguido ni juzgado por otra infracción que no sea la que motivara la entrega".

extradición. Según IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, la posición del imputado protegido por el principio de especialidad, respecto a aquel proceso, debe quedar fijada por su declaración en rebeldía con su consecuencia de suspensión del proceso⁴⁰. La tesis de IBÁÑEZ no es aceptable por tres razones. La primera, que la situación de este imputado no es de ausencia en ignorado paradero, dado se encuentra a disposición del órgano jurisdiccional en el proceso por el delito que motivó la extradición. La segunda, que el llamamiento y busca por requisitorias, necesariamente previo a la declaración en rebeldía, puede impedir que el imputado abandone el país, una vez extinguida la pena o pronunciada absolución o declaración similar con relación al delito que dio lugar a la extradición. La tercera, y más importante, que el principio de especialidad no sólo supone la exclusión de la posibilidad de juzgar por delito distinto al que motivó la extradición y anterior a la demanda de la misma, sino que impide que se dirija, contra el protegido por dicho principio, un proceso penal, concretando subjetivamente en esa persona la instrucción -mediante el procesamiento- y el juicio oral -mediante la acusación-. Los términos utilizados en los tratados suscritos por España⁴¹ y en otros textos internacionales en materia de extradición⁴², confieren aquel alcance al principio de especialidad. En esta línea, la Fiscalía del Tribunal Supremo tiene ordenado a los funcionarios del Ministerio Fiscal que se abstengan de ejercitar la acción contra el sujeto pasivo de la extradición, por delito distinto al que motivó ésta⁴³. Partiendo de estas consideraciones sobre la virtualidad del principio de especialidad, hay que concluir que, la persona protegida por el mismo, no puede incurrir en ningún supuesto, de ausencia en el proceso por el delito que no motivó la extradición, dado que no puede ser imputado en ese proceso.

b') Supuesto base de la solicitud de extradición.

No pretendemos entrar a fondo en el tema de la extradición activa sino solo distinguir, con claridad, este supuesto normativo de ausencia⁴⁴. La residencia o el

El principio se recoge en el artículo 14 de la *Convention européenne d'extradition*, firmada en París el 13 de diciembre de 1957. Sobre el mismo puede verse la obra *Aspects juridiques de l'extradition entre Etatseuropéens*, Conseil mental de la *Convention européenne d'extradition*, págs. 41-42, SCHULTZ, Hans, de l'Europe, 1970, especialmente, dentro de esta obra, DUK, W., *Principes fondamentales. Les principes de droit d'extradition traditionnel*, págs. 20-21, y BENGT KARLE, M., *Quelques problèmes relatifs à l'application de la Convention européenne d'extradition*, págs. 66-67.

⁴⁰ IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, Miguel, *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1969, pág. 206.

⁴¹ "...no podrá ser encausado..." (art. 4.º Tratado con la Gran Bretaña); "...no podrán ser procesados..." (art. 9, Convenio con Portugal); "... no podrá ser juzgado..." (art. XXIII, Tratado con Venezuela); "... no podrá ser procesado ni juzgado..." (art. VI, Tratado con Grecia); "... no podrá ser... perseguido o condenado..." (art. 3, par. 3, Convenio con Italia); "... no podrá ser perseguido ni Juzgado ... " (art. VIII, par. 2, Convenio con Suiza).

⁴² Así el artículo 14 de la *Convention européenne d'extradition* de 13 de diciembre de 1957 -su texto puede hallarse en *Conventions et accords européens*, I, (1949-1961) Strasbourg, 1971, págs. 174-186 —dice en su número 1: "L'individu qui aura été livré ne sera ni poursuivi, ni jugé, ni détenu en vue de l'exécution d'une peine..."

⁴³ Consulta Fiscal de 16 de diciembre de 1910, citada por QUINTANO, *Tratado de Derecho penal*, II, cit., pág. 183.

⁴⁴ Sobre la extradición, en general, véase GELSI BIDART, Adolfo, *La extradición como instituto procesal*, en R. Arg. D. Pr., 1970, págs. 348 y ss.; SILVA MELERO, Valentín, *Extradición*, en NEJES, IX, Barcelona, 1958, TORRES CAMPOS, *L'extradition en Espagne*, en "Revue de Droit

paradero del procesado en territorio extranjero se distingue del supuesto de ausencia en ignorado paradero en que conociéndose, en el primer caso, el paradero del procesado, no es necesario acudir al procedimiento de llamamiento y busca, que es en esencia, una orden general e indiscriminada de busca y captura del desaparecido, bastando dirigir una concreta demanda de entrega al Estado en cuyo territorio el procesado se encuentra. Ahora bien, entiendo que no siempre debe considerarse con tanta simplicidad el supuesto normativo de ausencia con paradero conocido en territorio extranjero: junto al caso de que se conozcan todos los datos de la residencia del procesado, puede existir el supuesto de que aquellos sean desconocidos, aunque se tenga plena seguridad de que el procesado se encuentra en un territorio de Estado extranjero determinado⁴⁵. En el último supuesto debe igualmente solicitarse la extradición y no expedirse requisitorias de llamamiento y busca, pues el ámbito espacial en el que estas actuaciones deben dar lugar a sus consecuencias jurídicas, coincide con el de vigencia de la ley procesal pena, es decir, con el territorio soberano del Estado⁴⁶. Consecuentemente cuando la actividad de busca se ha de desarrollar *ex necesse* en territorio extranjero, se ha de recurrir a la demanda de extradición como medio para superar, mediante el auxilio prestado por el Estado requerido, la limitación del ámbito territorial de aplicación de la norma procesal⁴⁷.

La distinción del supuesto de este apartado con el de ausencia con paradero conocido en territorio estatal radica en que, en el primer supuesto, es necesario atraer al imputado al ámbito territorial de vigencia de la ley procesal penal del Estado requirente, lo que se consigue mediante la extradición⁴⁸.

International Privé", XXX (1903), páginas 533 y ss.; PECORELLA, G., *I presupposti della estradizione. Aspetti sostanziali e processuali* en "Rivista di Diritto Matrimoniale", 1968, págs. 352 y ss.; CASTORKIS, M, D. E., *Un traité-type d'extradition. L'arrestation provisoire*, en "Revue de Droit International Privé", 1928, págs. 67 y ss.; y bibliografía citada en este apartado.

⁴⁵ Los tratados de extradición firmados por España se refieren, sin duda, a esa posibilidad en los casos siguientes: art. 5, par. 2 del Tratado de extradición con Francia (14-diciembre-1877): "...acompañarán, en cuanto sea posible, las señas personales del reclamado..."; art. 11, par. 2. Tratado con Argentina (7-mayo-1881): "Estas piezas serán, siempre que fuese posible, acompañadas de las señas características del acusado... "; art. 6, a) Tratado con, Gran Bretaña (4-junio-1878): "A dicha demanda acompañará...si es posible, las señas de la persona reclamada..."; art. 4, Tratado con Portugal (25-junio-1867): "...añadiéndose, si fuese posible, las señas personales del reclamado... "; art. VIII, 2.º, Tratado con Venezuela (22-enero-1894): "Señas personales del encausado, en cuanto sea posible, a fin de facilitar su busca..."; en similares términos a los anteriores, art. IV, 2, Tratado con la Confederación Helvética (31-agosto-1883); artículo 9, par. 2, Tratado con Italia (3-junio-1868); art. 8-3.º, Tratado con Colombia (23-julio-1892); art. VIII-2.º, Tratado con Costa Rica (16-noviembre-1896), artículo IX, par. 4, Tratado con Grecia (7-20-mayo-1910).

⁴⁶ FENECH, *Derecho...*, I, cit., págs. 106-109; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (con HERCE), cit., págs. 29-31.

⁴⁷ QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, II, cit., pág. 193.

⁴⁸ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, *Derecho procesal penal*, II, Madrid, s. f., página 287; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal...*, II, cit., pág. 195. Sobre la naturaleza jurídica de la extradición se enfrentaron las tesis de VON LISTZ, que la concebía como acto de asistencia judicial internacional, y la de VON BAR, para quien era un acto de jurisdicción cosmopolita traducido en el ejercicio de la jurisdicción del Estado requirente en el territorio del Estado requerido; sobre ello véase ROLIN, Albéric, *Quelques questions relatives à l'extradition*, en "Recueil des Cours de l'Academie de Droit International", 1923-I, pág. 184, París, 1925; posteriormente MAGGIORE ha mantenido en *Principi di Diritto Penale*, I, Bologna, 1943, pág. 167, que es jurisdicción penal

II. LOS SUPUESTOS DE INCOMPARECENCIA

VIADA, que incluye el supuesto de incomparecencia en su clasificación de la inactividad procesal, no define sin embargo lo que debe entenderse por tal⁴⁹.

El concepto de incomparecencia debe deducirse de los preceptos de la Ley. En la Ley de Enjuiciamiento criminal se utilizan términos tales como «falta de comparecencia», «no comparecer», «no querer presenciar», «no querer concurrir» e, incluso, «estar ausente», para significar la falta de presencia de una persona --en nuestro caso, del imputado- en un acto procesal o conjunto de actos procesales concretos.

Algunos de estos actos -las sesiones del juicio oral- están regidos por los principios de oralidad e inmediación; otros -determinados actos realizados en la instrucción- aunque no están regidos por aquellos principios⁵⁰, sí que implican un contacto directo del órgano instructor con el imputado.

Sin embargo el término «comparecer», no siempre tiene aquel significado en la Ley de Enjuiciamiento criminal: basta referirse a los artículos 175, par. 3, 623, 791-7.^a, par. 2 y 859. Su sentido, en estos artículos, es el de actividad provocada por un emplazamiento⁵¹, actividad que -fundamentalmente en el proceso civil, pero incluso en el penal- se denomina también personación⁵² y se realiza en forma escrita⁵³, no requiriéndose, por tanto, la presentación en persona del interesado ante el órgano jurisdiccional.

Es incomparecencia la ausencia del imputado en un acto procesal determinado, para el cual fue citado, y respecto al cual tenía el deber o el derecho de concurrir en persona. Salvo en el proceso por faltas⁵⁴, es también característica necesaria de la

subsidiaria respecto a la del Estado requirente, tesis criticada por QUINTANO, *Tratado de Derecho Penal Internacional...*, cit., pág. 145, y también elementos en contra de la misma en MERCIER, André, *L'extradition*, en "Recueil des Cours", 1930-III, pág. 177.

⁴⁹ VIADA, *La ausencia del acusado...*, cit., pág. 575, dice: "a) Incomparecencia: si no existe obligatoriedad en la presencia, la voluntariedad o involuntariedad de la incomparecencia puede producir efectos en cuanto a los recursos que se conceden, y mayor o menor amplitud de los plazos". Sin embargo, cuando se ocupa de la desaparición, rebeldía... si que las define.

⁵⁰ Téngase en cuenta que los principios de oralidad e inmediación se configuran en relación con el órgano juzgador, CHIOVENDA, G., *Ensayos de Derecho procesal civil*, (trad. S. Sentís Melendo), II, Buenos Aires, 1949, pág. 254; CALAMANDREI, P., *Oralità nel processo*, en "Opere giuridiche", I, Napoli, 1965, páginas 452-453; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, en "Estudios de Derecho procesal", Madrid, 1955, pág. 265.

⁵¹ AGUILERA, *comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, IV, Madrid, 1913, pág. 503; ídem, II, Madrid, 1912 pág. 255; FENECH, *Derecho...*, II, cit., págs. 798-799.

⁵² Véase, para el proceso civil, PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1972, págs. 584-585; GUASP, Jaime, *Derecho Procesal civil*, II, Madrid, 1968, págs. 29-30; y, para el penal, el artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, AGUILERA, *Comentarios...*, IV, cit., pág. 503.

⁵³ MAJADA, Arturo, *Manual de formularios penales*, II, Barcelona, 1971, páginas 1.417-1.418.

⁵⁴ Recuérdesse que el único supuesto de ausencia jurídicamente relevante en este proceso, es el de incomparecencia a juicio verbal, aunque, cuando haya sido utilizado el procedimiento de citación por edictos, solo formalmente podrá hablarse de incomparecencia, tratándose, en realidad, de un supuesto de desaparición.

incomparecencia, como supuesto autónomo de ausencia, el conocimiento del paradero del imputado, al menos en el momento de practicarse la citación⁵⁵.

A) Requisitos generales de los supuestos de incomparecencia.

Por requisitos generales de los supuestos de incomparecencia entendemos aquellas circunstancias jurídicas o de hecho, positivas o negativas, que son relevantes para la producción de las consecuencias de cualquier supuesto de incomparecencia.

Estos requisitos son tres: falta de comparecencia, citación válida e inexistencia de una justificación de la incomparecencia.

El primero, como es comprensible, no vamos a analizarlo. Se trata del requisito esencial del supuesto de incomparecencia: la falta de presencia física ante el órgano jurisdiccional. No concurriendo esta circunstancia, es decir, presente el imputado, ningún supuesto de ausencia se verifica.

a) La citación válida.

La comparecencia del imputado en un acto procesal debe ir precedida por un acto de comunicación, más concretamente por un acto de intimación⁵⁶. En cuanto la conducta que se impone al imputado, es la de comparecer a presencia judicial en un momento determinado, se trata de una citación.

La realización de las consecuencias de la incomparecencia, depende, en cualquier caso, de que haya sido válido el acto de citación. Si el acto de citación es inválido no produce los efectos previstos por la Ley⁵⁷, específicamente, carece de virtualidad jurídica para provocar una comparecencia. La invalidez del acto de citación se transmite al acto por el que se modifica la situación personal de aquél, para conseguir coactivamente su presencia⁵⁸.

La validez de la citación depende, fundamentalmente, de la validez de la cédula y de la validez del procedimiento de notificación de la misma⁵⁹. Sin entrar en un estudio detallado de estas cuestiones, es necesario examinar cual es el procedimiento válido para la citación a juicio oral. Hay que distinguir entre proceso por faltas y proceso por delitos.

En el proceso por faltas, la citación a juicio verbal puede válidamente notificarse por cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley de Enjuiciamiento criminal (art. 972), comprendida la notificación por edictos, cuando se desconozca el paradero del imputado. Hay que insistir en que, en el caso de desconocimiento de paradero, las notificaciones al imputado no pueden hacerse en los estrados, en la forma del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento civil⁶⁰, porque las notificaciones en

⁵⁵ Lo contrario supondría que se ha verificado alguno de los casos del artículo 835 y, por consiguiente, el supuesto de desaparición.

⁵⁶ GUASP, J., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, I, Madrid, 1943, págs. 726-727.

⁵⁷ SERRA, M., *Actos procesales ineficaces*, en "Estudios...", cit., pág. 460.

⁵⁸ SERRA, M., *Actos procesales ineficaces*, en "Estudios...", cit., páginas 465-466.

⁵⁹ La citación es un acto de comunicación mixto, integrado por un acto de intimación (citación propiamente dicha) y por un acto de comunicación puro (notificación de la citación); véase GUASP, *Comentarios...*, I, cit., pág. 727

⁶⁰ La Ley I, título XXXVII, libro XII de la Novísima Recopilación -vigente en tema de rebeldía hasta la promulgación de la Ley 18-junio-1870 y completamente derogada por la Ley provisional de

estrados a las que se refiere el artículo 166, par. 2, de la Ley de Enjuiciamiento criminal, son, en todo caso, notificaciones personales⁶¹.

En los procesos por delitos está excluida la notificación por edictos al imputado, en cuanto, la situación fáctica que la haría admisible, integra el supuesto normativo de desaparición y da lugar al llamamiento y busca por requisitorias. Es válida, con la única excepción de que el imputado hubiera abandonado el domicilio ignorándose su paradero, la notificación domiciliaria⁶². No se requiere, por regla general, para que sea válida la notificación de la citación a juicio oral de] acusado, que sea personal; deberá serlo cuando el acusado se halle en su domicilio al practicar la notificación⁶³, en otro caso bastará que se entregue la cédula al receptor subsidiario indicado en la Ley (art. 172 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). No hay que olvidar este dato al acometer la interpretación del art. 791, 8.a, par. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

Una excepción tiene, a mi modo de ver, la no necesidad de notificación personal de la citación: se trata del caso de que el destinatario se halle detenido o preso. Aunque la Ley de Enjuiciamiento criminal no establezca una regla especial para el caso, ésta viene postulada por dos consideraciones: la primera, que todo sistema de notificaciones, y concretamente el de la Ley de Enjuiciamiento criminal como lo demuestra la subsidiariedad respecto al destinatario de los otros posibles receptores de la cédula (art. 173), tiene como primer objetivo que la notificación se entienda con la propia persona del destinatario⁶⁴, siempre que, por estar presente éste en el lugar donde la notificación deba practicarse, ello sea posible; la segunda, que el estado de detención o prisión del destinatario de la notificación, implica la permanente localización de éste a cualquier efecto, incluido el de las notificaciones⁶⁵.

No obstante, el artículo 172 de la Ley de Enjuiciamiento criminal se opone, prima facie a la obtención de la lógica consecuencia de aquellas consideraciones,

enjuiciamiento criminal de 22 diciembre-1872- disponía que las notificaciones se entendiesen con el rebelde "como si fuese presente". La práctica en torno a la misma es unánime en indicar que las notificaciones se hacían en estrados: véase, SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España*, II, Valencia, MDCCCIII, pág. 329; ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Biblioteca judicial*, II, Madrid, 1840, pág. 134; TAPIA, Eugenio de, *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos*, VIII, Valencia 1837, páginas 72-73.

⁶¹ Están dispuestas, preferentemente, para los representantes procesales; véase, HERRERO MARTÍNEZ, Mariano, *Ley de enjuiciamiento criminal, reformada, anotada y comentada...*, Valladolid, 1908, pág. 223; REUS, E., *Ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882, concordada y anotada*, I, Madrid, 1883, pág. 127; AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, II, Madrid, 1912, págs. 272-273.

⁶² Como equiparada a la notificación domiciliaria hemos de considerar la que se entiende con la persona designada, en el caso del artículo 785, 8.^a, h, la cual azume la obligación establecida en el artículo 173 -FERRER MARTIN, D., *La reforma procesal penal de la Ley 3/1967, de 8 de abril*, en "Pretor", 1967, página 532—.

⁶³ CAVALLARI, V., *Le notificazioni nel processo penale*, Milano, 1959, página 142, indica que la intervención de los otros receptores indicados por la ley, es, en todo caso, subsidiaria respecto a la del destinatario.

⁶⁴ CAVALLARI, *Le notificazioni...*, cit., pág. 142; BONETTO, *La conoscenza legale come scopo delle notificazioni processuali*, en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1962, págs. 316-317; AGUILERA, *Comentarios...*, II, cit., págs. 274-275; FENECH, *Derecho...*, II, cit., pág. 807.

⁶⁵ CAVALLARI, *Le notificazioni...*, cit., pág. 190, indica que tal estado del imputado lo convierte en "costantemente reperibile".

porque al disponer que la notificación se hará en el domicilio «cualquiera fuere la causa o el tiempo de ausencia» (del destinatario), parece establecer que, aunque el destinatario esté detenido, puede practicarse la notificación con entrega de la cédula a los receptores subsidiarios. No creo, sin embargo, que esta conclusión sea lógica ni acorde con otras disposiciones de la propia Ley de Enjuiciamiento criminal, por varias razones. La primera, que la obligación impuesta a los receptores subsidiarios de entregar la cédula al destinatario «Inmediatamente que regrese a su domicilio» (art. 173) carecería de sentido al conocer, tanto el receptor como el notificante, la imposibilidad de que el regreso se produzca voluntariamente y en el momento en que el destinatario lo decida. En segundo lugar, y quizás son los argumentos más decisivos, el párrafo segundo del artículo 506 dispone: «El incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias periciales en que le dé intervención esta Ley ...», luego el necesario acto de comunicación previo a la comparecencia en estos actos periciales, habrá de haberse entendido directamente con el destinatario pues, dado el estado de incomunicación, no le puede llegar por otro conducto; y el artículo 664 dispone: «El Tribunal dispondrá también que los procesados que se hallen presos sean inmediatamente conducidos a la cárcel de la población en que haya de continuarse el juicio, *citándoles* para el mismo ... », simultaneidad de actos (orden de conducción y citación.) de la que se desprende que ambos se cumplen en un mismo lugar (establecimiento de detención o prisión), lo que explica que el mismo artículo dedique inciso aparte a la citación del procesado en libertad provisional (« ... así como a los que estuvieren en libertad provisional. ... »).

Se puede concluir que toda notificación al imputado privado de libertad que no pueda realizarse a su representante procesal, deberá efectuarse en el establecimiento donde aquel se encuentre, pero no con entrega de la cédula a un funcionario del mismo, sino por lectura y entrega de la misma realizada por el notificante al propio destinatario, según lo dispuesto en los artículos 170 y 173, par. 1 *a sensu contrario* de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y en el artículo 88, par. 2, del Reglamento del servicio de Prisiones (redacción por Decreto de 2 de febrero de 1956, no afectada por las posteriores reformas).

b) La no justificación de la incomparecencia.

La concurrencia de un impedimento que haya imposibilitado o dificultado gravemente la comparecencia, constituye un elemento obstativo de la totalidad de las consecuencias de la incomparecencia o de parte de ellas, según los supuestos. Esto supone la introducción de la valoración del componente voluntario de la conducta en los supuestos de incomparecencia.

Al impedimento y su eficacia se refieren varias disposiciones legales⁶⁶.

Estudiamos, seguidamente, sus aspectos sustanciales -requisitos del impedimento para que excluya las consecuencias de la incomparecencia- y formales -forma y tiempo para hacerlo valer en el proceso-.

⁶⁶ En artículo 487 se dice: "... ni *justificare causa legítima que se lo impida* (comparecer)..."; en 504: "no hubiese comparecido sin motivo legítimo... "; en 534 y 537: "...*justificar la imposibilidad* de hacerlo (comparecer)"; en 792-8.^a, par. 2: "...*la ausencia injustificada*... "; art. 966 (y art. 4 D. 21-noviembre-1952): "...aleguen *justa causa* para dejar de hacerlo (comparecer)... ".

a') *Requisitos de la causa justificativa.*

La configuración legal de los requisitos del impedimento es, en unos casos, muy sintética (ausencia *injustificada*, en art. 791, 8.^a, par. 2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), y, en otros, más detallada (causa legítima que impida comparecer, en art. 487 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; absoluta imposibilidad de comparecer por legítimo impedimento, en artículo 9, 1, b, par. 1 de la derogada Ley de 3 de diciembre de 1962). Centramos el análisis en las expresiones más pormenorizadas de los requisitos del impedimento.

En torno a la exigencia de legitimidad del motivo o causa que impide comparecer, se han mantenido, en la doctrina italiana, dos tesis⁶⁷.

MANZINI mantuvo que impedimento legítimo es aquel que no ha tenido su origen en una causa contraria a la ley⁶⁸, de modo tal que, por ejemplo, si el imputado emigró al extranjero ilegalmente y no puede después volver al territorio estatal, aun por causa legítima, el impedimento debe entenderse ilegítimo⁶⁹.

La segunda tesis, que ha tenido más amplia acogida doctrinal, refiere el juicio de legitimidad al propio hecho constitutivo del impedimento y no al origen del mismo. En tal sentido se pronuncian PANSINI⁷⁰, TORRACA⁷¹ y BASSANO⁷².

A mi modo de ver es inaceptable la tesis de MANZINI por dos razones. En primer lugar, semejante interpretación parece bastante contraria a los términos estrictos de la norma⁷³. Más decisivo resulta el argumento de que supone un ataque frontal a la *ratio* de este requisito negativo. En efecto, es difícilmente rebatible que la finalidad de esta norma es impedir la producción de las consecuencias jurídicas (perjudiciales) de la incomparecencia cuando ésta no obedezca a la libre voluntad del

⁶⁷ Según el artículo 498, par. 1, del *Codice di procedura penale*, la "*assoluta impossibilità di comparire per legittimo impedimento*", excluye la realización del debate en *Contumacia*, institución que no cabe equiparar al proceso en rebeldía, sino a la vista del juicio oral en incomparecencia; véase PANSINI, *La contumacia...*, cit., *passim*.

⁶⁸ MANZINI, Vincenzo, *Tratado...*, IV, cit., pág. 463.

⁶⁹ MANZINI, V., *Tratado...*, IV, cit., pág. 463. En esa misma línea, la sentencia del Tribunal de Casación de 30 de octubre de 1968 ha indicado que el impedimento ha de entenderse ilegítimo cuando deriva de un comportamiento "contra ius" del propio imputado, no considerándose legítimo el impedimento que deriva del hecho de que el imputado se haya puesto "voluntariamente en la condición de sufrir la restricción de la propia libertad personal en dependencia de un comportamiento ilícito tenido en Estado extranjero". Esta sentencia puede verse en Giust. pen., 1970, III, cols. 428 ss.

⁷⁰ PANSINI, *La contumacia...*, cit. pág. 74, indica: "La legitimidad, es decir, la no diformidad respecto a la ley, debe valorarse con relación al hecho que constituye el impedimento y no a su génesis quizás lejana...".

⁷¹ TORRACA, S., *Brevi cenni in tema di legittimo impedimento a comparire dell'imputato detenuto all'estero*, en Giust. pen., 1970, III, en col. 430 dice: "El juicio de valor va, por contra, necesariamente emitido con relación al hecho que constituye el impedimento y no ya a la génesis del mismo".

⁷² BASSANO, Ugo, *Latitanza, contumacia e detenzione all'estero*, en Riv. pen., 1939, 11, pág. 1.096 manifiesta que impedimento legítimo es el que origina una imposibilidad objetiva que puede afectar aun a quien se encuentra en determinada situación por causa de un hecho contrario a la ley.

⁷³ El caso típico de impedimento ilegítimo por el origen es el de privación de libertad por la comisión de un delito o por la imputación del mismo, Es claro, pues, que esa privación de libertad es o debe presumirse impuesta conforme a Derecho (impedimento legítimo), mientras que resulta evidentemente *contra ius* la conducta tendente a superar el impedimento. Partiendo de ello se demuestra que la interpretación de MANZINI conduce a consecuencias radicalmente absurdas: para que el imputado pueda ejercitar su derecho a comparecer en el debate, el ordenamiento jurídico le impone la carga de actuar contra el propio ordenamiento jurídico.

imputado⁷⁴, pero, con la interpretación de MANZINI, se viene a excluir la aplicación de la norma precisamente cuando la comparecencia no depende de la libre voluntad de imputado⁷⁵, e incluso, cuando es contraria a su voluntad expresamente manifestada mediante la alegación del impedimento⁷⁶.

Ahora bien, tampoco es posible adherirse sin más a la segunda tesis. En primer lugar debe observarse que en muchos de los ejemplos aducidos por sus sostenedores la naturaleza del impedimento impide un juicio sobre la legitimidad o no del mismo⁷⁷. Pero es que, cuando PANSINI aduce el supuesto exacto de impedimento ilegítimo⁷⁸, sienta, a renglón seguido, la afirmación de que «... el deber que cada uno tiene de actuar *secundum legem* no puede conducir a hacer considerar no impedido, sino solo voluntariamente ausente, a quien se ha imposibilitado de comparecer por causa de un hecho contrario a la ley»⁷⁹.

Entiendo que la legitimidad del impedimento no es posible configurarla como un plus en la calificación del impedimento —a menos que se quiera seguir la tesis de MANZINI— sino como un calificativo que refuerza el auténtico significado que el término impedimento ya tiene por sí, con la finalidad de que no se atribuya el carácter de impedimento a lo que es una mera dificultad⁸⁰. Impedimento legítimo significa, pues, hecho con auténtica eficacia impeditiva u obstativa. Hasta tal punto es así, que la Ley de Enjuiciamiento criminal prescinde, al configurar en algunos casos el requisito

⁷⁴ TORRACA, S., *Appunti in tema di parziale illegittimità costituzionale dell' art. 501, 2.º comma c. p. p. e sospensione del dibattimento per impedimento sopravvenuto*, en Arch. pen., vol. XXVII, parte II, pág. 168; CHIAVARIO, M., *Rapporti tra valutazione della prova dell'impedimento a comparire e diritto di difesa del contumace*, en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1963, pág. 86.

⁷⁵ BASSANO, *Latitanza, contumacia...*, cit., págs. 1.096-1.097 Indica que el detenido en el extranjero no puede eludir el obstáculo que le impide estar presente en Italia, ni influir sobre la posibilidad o no de la concesión de la extradición, lo que constituye un dato objetivo que impide, incluso, investigar los propósitos del imputado de presentarse o no al juicio. TORRACA, *Brevi cenni in tema di legittimo impedimento...*, cit., col. 430, advierte que la detención en el extranjero debe plantearse del mismo modo que la detención en territorio estatal, pues la material posibilidad de participar en el juicio está condicionada a la correspondencia de la voluntad del Imputado y una actividad oportunamente realizada por los órganos estatales competentes; y, más adelante en col. 431, que ni siquiera puede aducirse el mecanismo de la *actio libera in causa*, dado que la falta de concesión tempestiva de la extradición es independiente de la voluntad del imputado y rompe el nexo causal.

⁷⁶ Indica TORRACA, *Brevi cenni in tema di legittimo impedimento...*, cit., cols. 431-432, que cuando el imputado alega el impedimento el problema del nexo causal se sitúa en un plano psicológico, produciéndose la ruptura (del nexo causal) al manifestarse la voluntad de comparecer. Véase, también, sobre ello CHIAVARIO, *Rapporti tra valutazione della prova dell'impedimento...*, cit., pág. 86.

⁷⁷ PANSINI, *La contumacia...*, cit., pág. 74 dice que es un hecho legítimo que constituye impedimento el no poder tomar tierra a causa del oleaje (ejemplo similar sería el de una aeronave que no pudiera aterrizar por las condiciones atmosféricas); pero a nadie se le ocurriría decir que los hechos de la naturaleza son legítimos o ilegítimos, sino que simplemente son, véase CONSO, Giovanni, *El concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1972, pág. 6.

⁷⁸ PANSINI, *La contumacia...*, cit., págs. 74-75 indica: "...debe considerarse ilegítimo el impedimento que derive de la prohibición de presentarse a la audiencia impuesto al afiliado a una banda criminal por el reglamento de ésta (hecho ilegítimo que constituye impedimento)...".

⁷⁹ PANSINI, *La contumacia...* cit., pág. 75.

⁸⁰ El término "legítimo" tiene, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, dos significados: 1. "Conforme a las leyes"; 2. "Cierto, genuino y verdadero en cualquiera línea". El significado es el segundo, en las normas que estudiamos.

negativo, de la referencia a la imposibilidad que el impedimento debe originar⁸¹, por entender que ello va implícito en la exacta delimitación del significado del término impedimento (o de los que utiliza como sinónimos) que realiza mediante la aposición del adjetivo «legítimo» o «justo».

Aquella causa o motivo, ha de impedir o hacer imposible la comparecencia.

MANZINI, tras afirmar que debe tratarse de «una imposibilidad actual que no pueda superarse en modo alguno», se ve obligado a matizar «o por lo menos sin tales sacrificios o peligros que no se puedan exigir razonablemente»⁸².

LEONE mantiene que «la absoluta imposibilidad para comparecer existe en todos los casos en que el imputado no haya podido, según las normas comunes que disciplinan la conducta humana en relación a sus personales condiciones, presentarse a la audiencia por motivos extraños a su voluntad: puede hacerse referencia al caso fortuito y a la fuerza mayor...»⁸³.

GALLIANO indica que «la absoluta imposibilidad de comparecer no w entiende en sentido literal sino en relación con las circunstancias de tiempo y lugar en que se verifica»⁸⁴.

PANSINI, partiendo de la configuración doctrinal de una categoría de los eximentes⁸⁵, entiende que la referencia a la imposibilidad absoluta es expresión de la autolimitación del ordenamiento en orden a la exigencia de la absolución de la carga de comparecer, excluyendo de la misma no sólo los casos en que el sacrificio sería de excepcional gravedad, sino también aquellos en los que sería de notable entidad⁸⁶.

En definitiva, es posible concluir que, específicamente la imposibilidad puede derivar de fuerza mayor y caso fortuito. Más en general, si el impedimento ha originado una auténtica imposibilidad vendrá determinado por el órgano jurisdiccional, ante quien el impedimento se alegue y acredite, con base, unas veces, a

⁸¹ Así el artículo 792, regla 8.^a, par. 2 ("...ausencia *injustificada*..."); artículo 504, par. 1 ("... no hubiese comparecido sin motivo *legítimo*..."); artículo 966, par. 1 ("... ni aleguen *justa* causa para dejar de hacerlo [comparecer]... "). En apoyo definitivo de nuestra tesis viene el par. 3 del artículo 202: "Se *reputará causa justa* la que *hubiere hecho imposible*..., *independientemente de la voluntad* de quienes...".

⁸² MANZINI, Tratado..., IV, cit., págs. 462-463. Entre ejemplos de imposibilidad absoluta, en ob. y loc. cit., incluye el de que el imputado haya sido víctima de una grave desgracia doméstica.

⁸³ LEONE, G., *Trattato di Diritto*..., II, cit., pág. 442. Ejemplos en ob. y tomo cit., págs. 446-448. Véase, también, BELLAVISTA, Girolamo, *Il procedimento contumaciale*, en "Studi sul processo penale", II, Milano, 1960, pág. 308.

⁸⁴ GALLIANO, Giuseppe, *Malattia dell'imputato e dichiarazione di contumacia*, en Riv. pen., 1959, 1, págs. 668-669. La valoración de la imposibilidad absoluta –dice este autor– se hace con cierta amplitud, con relación al sexo, a la edad, a la persona del imputado y a todas aquellas circunstancias que puedan conferir justificación o atendibilidad al impedimento deducido. Así, por ejemplo, debe considerarse imposibilitada de comparecer a una mujer en el noveno mes de gestación si debe realizar un largo viaje, pero no si vive en la localidad donde el Tribunal tiene su sede; un tuberculoso que atiende normalmente a sus ocupaciones, puede considerarse impedido de comparecer por las condiciones prohibitivas del tiempo (frío excepcional).

⁸⁵ PANSINI, *La Contumacia*..., cit., pág. 76 dice: "... ha sido individualizada la categoría de las llamadas excusantes, cuya nota esencial está en el hecho de que no representan una capitulación del ordenamiento ante el ilícito, sino una autolimitación (del ordenamiento): el ordenamiento, valorando la no exigibilidad del respeto al mandato -no en términos psicológicos sino desde el punto de vista de la norma– pone un límite a la aplicación de ésta; exige lo que es posible exigir".

⁸⁶ PANSINI, *La Contumacia*, cit., págs. 76-80, especialmente 77.

juicios estrictamente lógicos -regidos por las máximas de experiencia⁸⁷ o, las más, con base a juicios valorativos de los intereses en conflicto⁸⁸.

b') Alegación de parte o estimación de oficio del impedimento.

La primera cuestión en torno a la introducción del impedimento en el proceso para que excluya la producción de las consecuencias jurídicas de la incomparecencia, se plantea como una alternativa entre la necesidad de su alegación por la parte interesada o la existencia de un poder-deber del órgano jurisdiccional de estimarlo, si de algún modo, le consta, y de excluir *ex officio* aquellas consecuencias

La doctrina italiana, interpretando exactamente los términos del par. 1 del artículo 498⁸⁹, se ha inclinado unánimemente por la segunda solución.

Así PANSINI, siguiendo en lo fundamental a MANZINI⁹⁰, excluye, de una parte, la existencia para el imputado de una carga de la prueba (y alegación del impedimento), y de otra parte, la de un deber del órgano jurisdiccional de investigar la existencia o no del impedimento⁹¹, concluyendo que el órgano jurisdiccional debe estimar el impedimento solo con que resulte de los autos, e, incluso, cuando le conste como hecho notorio⁹².

Hay que admitir, en principio, que ciertos términos utilizados en la Ley de Enjuiciamiento criminal parecen rechazar esta interpretación, dado que se refieren a un acto del imputado (o de su defensa técnica) consistente en justificar (arts. 534, 537 y 487 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) o alegar (art. 966 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) el impedimento.

La interpretación literal, sin embargo, no puede ser decisiva, por varias razones⁹³, la más clara de las cuales deriva del artículo 747 de la Ley de

⁸⁷ Véase STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*, Pamplona, 1973 (trad. y notas de De la Oliva Santos, Andrés), págs. 33-34, 51-53; en página 52 dice: "... imposible es todo hecho que, bien absolutamente, bien bajo circunstancias dadas, no puede ser verdadero, porque su verdad entraría en contradicción con una máxima de la experiencia reputada como cierta".

⁸⁸ PANSINI, *La Contumacia...*, cit., págs. citadas.

⁸⁹ "... e non è probato che l'assenza è a assoluta impossibilità...".

⁹⁰ MANZINI, *Tratado...*, IV, cit., pág. 464. Debe advertirse que en la traducción de SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN, Buenos Aires, 1953, a la que nos referimos siempre en nuestras citas, se ha deslizado una errata (consistente en la supresión del adverbio "no", entre los términos "cuando" y "resulte") que convierte la frase en incoherente. Sirva, para su corrección, la cita de la edición italiana (Torino, 1952) del *Diritto processuale penale italiano*, IV, página 399: "La prova dell'assoluta impossibilità di comparire per impedimento legittimo deve essere fornita dall'imputato, quando non risulti manifesta dagli atti del procedimento".

⁹¹ PANSINI, *La Contumacia...*, cit., págs. 72-73.

⁹² PANSINI, *La Contumacia...*, cit., págs. citadas y, especialmente, nota 56 en pág. 72. También en favor de que la estimación del impedimento pueda producirse por su carácter de hecho notorio, LEONE, *Trattato...*, II, cit., página 441; GALLIANO, *Malattia dell'imputato...*, cit., pág. 672.

⁹³ Otros artículos de la Ley de Enjuiciamiento criminal (792, 8.^a, par. 2; 504, par. 1; 968) aluden a la relevancia procesal del impedimento sin referencia a una actividad de parte dirigida a alegarlo.

Quizás el argumento de más peso vendría dado por la aplicación del principio de oficialidad —como prefieren unos: así FAIRÉN, *Elaboración de una doctrina...*, cit., págs. 260-264, 268; FENECH, *Derecho...*, I, cit., págs. 73-74, 87-88; SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio oral* en "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona, 1969, págs. 759-760; MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 1976, pág. 217 o de legalidad --como dice GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios, ...*, I, cit., pág. 26— a esta facultad de dirección procesal —sobre el concepto de las

Enjuiciamiento criminal. Dispone este artículo que el Tribunal podrá decretar de oficio la suspensión del juicio oral (de la vista) cuando el procesado se hallare enfermo en términos de que no pueda estar presente en el juicio⁹⁴. Entiendo que la norma es aplicable, por analogía, a los casos en que resulte de los autos cualquier otro impedimento, aun distinto de la enfermedad⁹⁵.

Cuando el impedimento no resulte de los autos, el imputado o su defensor, además de alegarlo, deberá acreditarlo (art. 9, par, 1, 6, Ley de 2 de diciembre de 1963) o justificarlo (arts. 792, regla 8.ª, par. 2; 534; 537; 487). Los medios para realizar este acreditamiento y justificación son cualquiera de los admitidos en Derecho⁹⁶.

De los términos acreditamiento y justificación se desprende la idea de que, para estimar el impedimento, no es necesario que el órgano jurisdiccional haya quedado plenamente convencido de su existencia, sino que basta que haya llegado a concebir como más probable ésta última que el hecho de encontrarse ante una táctica dilatoria⁹⁷.

últimas véase FENECH, *Facultades procesales de dirección*, en "Estudios de Derecho Procesal" (con CARRERAS), Barcelona, 1962, pág. 243.

⁹⁴ Acertadamente indica AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., pág. 587, que la suspensión en los casos a los que se refiere el artículo 747 es "una necesidad procesal de orden legal y público que afecta a la válida sustanciación del juicio y que está sobre la voluntad de las partes. En su virtud, cuando ocurra alguno de los hechos que en tales casos motivan y hacen precisa la suspensión, la haya pedido o no la parte o las partes a quienes interese, deberá decretarla el tribunal, accediendo a dicha petición en el primero de ambos supuestos o acordándolo de oficio en el segundo de ellos".

⁹⁵ La enfermedad puede constar en autos, aun no alegada por la parte, por el justificante que debe entregar el Director del establecimiento, donde el imputado estuviera detenido o preso para aclarar su conducción (art. 33, par. 3, Reglamento de prisiones, Decreto 2-febrero-1956). El impedimento igualmente resultará de los autos cuando conste en estos el estado de privación de libertad del imputado y la no emisión de la oportuna orden de conducción o bien el aplazamiento de la extradición por estar el imputado sometido a proceso penal o privado de libertad en el Estado requerido.

En mi opinión el órgano jurisdiccional -debe estimar de oficio el impedimento, siempre que le conste como hecho notorio, bien por ser notorio en general o bien por conocimiento específicamente judicial; véase STEIN, *El Conocimiento privado...*, cit., págs. 185-218.

⁹⁶ MANZINI, *Tratado...*, IV, cit., pág. 464; PANSINI, *La Contumacia...*, cit., Página 73; GALLIANO, *Malattia dell'imputato...*, cit., pág. 672.

⁹⁷ La alternativa (impedimento-táctica dilatoria) en CHIAVARIO, *Rapporti tra valutazione della prova dell'impedimento a comparite...*, cit., pág. 86.

En favor de la distinción entre juicio de probabilidad y pleno convencimiento: SARACENO, P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940, págs. 107, 109, nota 1 en pág. 123 --con particular referencia a cuestiones procesales---; CALAMANDREI, P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1955, pág. 164-166, 186-187; GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (con HERCE), cit., pág. 260; CARRERAS LLANSANA, J., *Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*, en "Estudios..." (con FENECH), páginas 352-353; en contra, SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y en la Ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1963, págs. 53-54; MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, Barcelona, 1967, págs. 60-67.

Una excepción al mero juicio de probabilidad quizás podría encontrarse en los casos de enfermedad: el par. 2 del núm. 5 del artículo 746 impone al órgano jurisdiccional que ordene el reconocimiento del enfermo. Excepción justificada por la fácil utilización de este impedimento como táctica dilatoria, lo que constituye un problema al que nuestro ordenamiento ha dado una lógica solución -véase, en cambio, en Derecho Italiano, GALLIANO, *Malattia dell'imputato...*, cit., págs. 669-671- La sentencia de 11 de enero de 1973 de la A. P. de Zamora decidió, para el procedimiento de competencia de los Juzgados de Instrucción: " ... si el señor Juez no estimaba suficiente la mera aportación de un certificado médico, pudo y debió corroborar lo que en el escrito y manifestación

c') *Plazo para hacer valer el impedimento.*

El plazo, normal y lógico, para producir la alegación y acreditamiento del impedimento, es el que media entre la citación para el acto en que se deba comparecer y el momento en que la comparecencia deba producirse.

De los artículos 792, regla 8.^a, par. 2 y 968 de la Ley de Enjuiciamiento criminal se deduce que la justificación de la ausencia (*rectius* incomparecencia) o el motivo legítimo deben constar antes de la celebración de la vista^{98 99}.

El problema, sin embargo, se plantea inmediatamente sobre la relevancia de una alegación y acreditamiento del impedimento en un momento posterior a aquel. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que pueden existir impedimentos susceptibles, no sólo de imposibilitar la comparecencia, sino también de obstar la propia alegación en el momento en que la comparecencia deba producirse¹⁰⁰ o, incluso, durante un período de tiempo más o menos largo. El problema está resuelto, con mayor o menor acierto¹⁰¹, en el Codice di procedura *penale*, por la disposición del par. 3 del artículo 498: «La prueba del impedimento legítimo producida después de la publicación de la sentencia no invalida el juicio contumacial»¹⁰².

facultativa se expresaba, utilizando incluso el medio a su alcance de valerse del médico-forense, para aseverar cuanto se alegaba en base de la suspensión pedida..."

⁹⁸ El problema que vamos a estudiar debe ser puesto necesariamente en relación con las consecuencias jurídicas de la incomparecencia según el acto procesal en que se produzca. Cuando éstas solo consistan en la modificación de la situación personal del imputado, no hay duda de que la alegación extemporánea del impedimento puede impedir que aquellas consecuencias se produzcan, porque en la adopción de medidas cautelares el órgano jurisdiccional tiene un amplio margen de apreciación discrecional de los supuestos —fundamentalmente del *periculum in mora* (art. 504)- El problema se plantea, sin embargo, cuando la incomparecencia tiene la consecuencia jurídica de suspensión del acto pero solo si se debe a legítimo impedimento: ¿es relevante el impedimento (originario) alegado y acreditado después de iniciarse (e, incluso haberse concluido) el acto?

⁹⁹ También la doctrina italiana sitúa el incidente contumacial (en el que se alega el impedimento) en la fase de formalidades de apertura del debate, así LEONE, *Trattato...*, II cit., pág. 443; MANZINI, *Trattato...*, cit., IV, página 465; CHIARA, Aldo, *La formalità di apertura del dibattimenti penali*, Milano, 1965, págs. 59-60; o bien, como prefiere PANSINI, *La Contumacia...*, cit., páginas 95-100, en el momento en que deba procederse al interrogatorio del imputado (inmediatamente después de las formalidades de apertura, artículo 400 cpp).

¹⁰⁰ (100) El ejemplo más plausible lo refiere GALLIANO, *Malattia dell'imputato...*, cit., pág. 683: el imputado sufre un accidente de tráfico en el momento en que se dirigía a la audiencia.

¹⁰¹ PANSINI, *La contumacia...*, cit., págs. 124-126, no duda en calificar de inconstitucional la disposición del par. 3 del artículo 498 del Codice. En *los Lavori preparatori del Codice* la formulación de la norma mereció una amplia oposición -véase PANSINI, *La Contumacia...*, notas 34 y 37 en págs. 124 y 125 respectivamente—, entendiendo la Comisión parlamentaria que "...la prueba del impedimento legítimo debería poderse ofrecer útilmente aun después de la publicación de la sentencia, cuando con tal prueba se demostrara que la incomparecencia fue debida a fuerza mayor..." -de la *Relazione al Re*, en *Lavori preparatori*, vol. XII, n.º 164, citado en LEONE, *Trattato...*, II, cit., nota 11, pág. 442—. La redacción actual de dicha norma viene justificada en el lugar citado de la *Relazione* del modo siguiente: "Por otra parte los casos en que no se puede presentar a tiempo ese impedimento son tan raros y excepcionales, que no vale la pena de que la Ley se ocupe de ellos".

¹⁰² Argumentando *a sensu contrario*, con base a este artículo, la doctrina ha concluido que la prueba sobrevenida del impedimento invalida el debate contumacial: Véase PANSINI, *La Contumacia...*, pág. 123; SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali...*, cit., pág. 236; GALLIANO, *Malattia dell'imputato...* cit., pág. 673.

Nuestro legislador no establece expresamente el plazo para la alegación del impedimento. Ello implica, en primer lugar, que no hay base normativa para afirmar que la iniciación del acto, sin haberse alegado el impedimento, precluye la posibilidad de hacerlo posteriormente. Una interpretación teleológica de las normas que establecen la relevancia del impedimento, conduce a rechazar aquella conclusión. Solo si la incomparecencia es voluntaria (sin impedimento) se da lugar a sus consecuencias jurídicas¹⁰³, lo que justifica que éstas pueden producirse en los casos de voluntaria no alegación del impedimento (perfectamente equiparables a los de incomparecencia voluntaria), pero, de ningún modo, cuando la no alegación sea también involuntaria.

*De lege data*¹⁰⁴, puede mantenerse que la alegación y acreditamiento sobrevenidos del impedimento originario, son admisibles siempre que se produzcan antes de la firmeza de la sentencia¹⁰⁵. Específicamente, como el problema solo se plantea en el juicio de faltas y en el proceso de urgencia de competencia de los juzgados de instrucción, puede producirse en el recurso de apelación¹⁰⁶. La estimación del impedimento implicará la declaración de nulidad de la vista realizada en incomparecencia (involuntaria) del acusado.

B) Requisitos especiales de algunos supuestos de incomparecencia.

¹⁰³ PANSINI, *La Contumacia...*, cit., pág. 52; FERRER MARTIN, *La reforma procesal...*, cit., págs. 686-687.

¹⁰⁴ *De lege ferenda* se propone la expresa regulación legal de estos supuestos concretada en tres puntos fundamentales: 1. Admisibilidad del acreditamiento sobrevenido del impedimento que originó la imposibilidad de comparecer al juicio oral siempre que se produzca inmediatamente o en breve plazo desde el momento en que el impedimento cesó. 2. Para el caso de que la sentencia hubiera adquirido firmeza, debe reconocerse al condenado el derecho de oponerse a la misma (por el motivo expresado en el número 1), configurando una pretensión impugnativa específica. véase FAIRÉN GUILLÉN, *El "encausado" en "Temas..."*, II, cit., págs. 1.265-1.267. En este sentido, en el D. comparado, téngase en cuenta la institución de Derecho procesal francés de la "opposition au jugement rendu par défaut", regulada en artículos 487-495 del *Code de procédure pénale*, sobre la que véanse: STEFANI, G., y LEVASSEUR, G., *Procédure pénale*, París, 1959, págs. 686-690; LARGUIER, Jean, *Droit pénal général et Procédure pénale* París, 1974, págs. 179-180; BRIÈRE DE L'ISLE, G., y COGNIART, P., *Procédure pénale*, II, París, 1972, págs. 254-258. Téngase en cuenta, además, que en el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento civil se admite la audiencia en rebeldía contra la sentencia firme, cuando el demandado emplazado en persona no hubiera podido comparecer desde el emplazamiento hasta la citación para sentencia que hubiera causado ejecutoria "por una fuerza mayor no interrumpida". 3. La estimación del impedimento debería dar lugar a la anulación del juicio oral en incomparecencia y a su subsiguiente reproducción.

¹⁰⁵ Contra la sentencia firme solo cabe el recurso (*rectius* proceso) de revisión por los motivos taxativamente fijados en el artículo 954, entre los que no se encuentra el caso que ahora estudiamos. Dudas sobre si el proceso de revisión puede instarse contra la sentencia firme dictada en juicio de faltas en GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (con HERCE, cit., pág. 302).

¹⁰⁶ Parece considerar un caso en el que el impedimento consta en apelación la sentencia de 23 de mayo de 1970 de la A. P. de Barcelona: "CONSIDERANDO que de la diligencia obrante al folio 99 vuelto de los autos, aparece que el acusado..., al ser citado para asistir al juicio oral..., se encontraba internado como penado en el Reformatorio de Adultos de Ocaña, del que, como es sabido, no puede salir sin orden judicial de traslado... y como dicha orden no consta se llevara a cabo, no hallándose el acusado en ignorado paradero, ni poderse estimar su ausencia injustificada..., procede decretar la nulidad de lo actuado...". Sin duda, de la sentencia se deduce con claridad el deber del Juez de instancia de estimar de oficio el impedimento si resulta de los autos y quizás porque el impedimento ya constaba con anterioridad no Podemos considerarlo como ejemplo afortunado del caso que estudiamos.

Si de los anteriores requisitos dependen las consecuencias de cualquier supuesto de incomparecencia, las consecuencias de algunos de estos supuestos vienen determinadas por requisitos específicos. Estos son: la citación, no sólo válida, sino estrictamente personal, y la existencia o no de suficientes elementos para juzgar al imputado que no comparece.

a) *La citación personal para la vista del acusado, en los procesos de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción.*

En el proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción, con relación a la vista del juicio oral, pueden verificarse dos supuestos de incomparecencia: el común a los procesos por delitos con los requisitos antes indicados, y uno especial de estos procesos, configurado en el artículo 791, 8.^a, par, 2, cuyas consecuencias -diferentes a las del supuesto común- dependen de unos requisitos también distintos a los generales.

El primero de los requisitos especiales es la exigencia de la citación personal. Sobre lo que debe entenderse por citación personal, se han mantenido opiniones dispares.

REYES MONTERREAL entiende que la citación personal «ha de darse por cumplida, no sólo cuando se hiciera la misma en la propia persona de los responsables, sino por cédula: es decir, que para nosotros la falta de aquella habrá de consistir en que se hubieran citado por edictos»¹⁰⁷.

Tesis similar es mantenida por la sentencia de 13 de julio de 1971 de la Audiencia provincial de Badajoz que, rechazando un recurso en el que se solicitaba la declaración de nulidad de actuaciones por defecto de la citación que no se hizo a la persona del acusado, declara: «...la intención del legislador ha sido, facilitando la ausencia, garantizar el conocimiento de los actos procesales por el encartado, y por eso *distingue ntre citación personal, en una persona, que puede ser la designada y no el propio interesado, y citación instrumental o realizada sin intervención directa y necesaria de persona que la reciba*, como son las practicadas por edictos en publicaciones oficiales o en cualquier otro medio de comunicación social de carácter general ... ».

En la misma línea, la sentencia de 20 de diciembre de 1972 de la Audiencia provincia de Zaragoza dice: «Considerando que al autorizar... que los encartados pueden ausentarse del territorio español, designando persona en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos... quedan comprendidas en estas diligencias todas las citaciones, *incluso las que la ley estima personales con carácter general...* y al no exceptuar ninguna citación el precepto mencionado, deben entenderse comprendidas todas ellas».

Los puntos débiles de estas resoluciones son evidentes. Es flagrante la violación del artículo 785-8.^a, h, par. 3 que dispone que «si el encartado (citado en la persona designada) no compareciere... se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en

¹⁰⁷ REYES MONTERREAL, José María, *La reforma procesal penal*, en RDPr., 1968-I, pág. 114, nota 27.

el artículo 843»¹⁰⁸. En segundo lugar parece muy forzada la interpretación del «personalmente» como «en una persona» ya que, a salvo lo que pudiera resultar de otros argumentos que la sentencia no expresa, en artículo 792-8.^a, par. 2, el término «personalmente» no se refiere a *una* persona, sino a *la* persona del acusado.

Para resolver la cuestión puede procederse por vía de exclusión. Existe acuerdo en que la citación por edictos no debe considerarse como citación personal. Tampoco debe ser tenida como tal la citación al procurador, porque no pueden entenderse con él las citaciones que la ley ordena que sean personales (art. 182. 1.º)¹⁰⁹.

No es necesario gran esfuerzo dialéctico para demostrar que la citación a la persona designada (en el sentido del art. 785-8.^a, h) no se considera citación personal. En efecto, si esta citación fuera considerada por la Ley de Enjuiciamiento criminal como personal, no se explicaría el párrafo 3 de aquel artículo que ordena, si el acusado extranjero no comparece, su declaración de rebeldía con la consiguiente suspensión del proceso. Al efecto es necesario reseñar la sentencia de 8 de agosto de 1968 de la Audiencia Provincial de Huelva: «Considerando que el párrafo segundo de la regla octava del artículo 791 de la expresada Ley determina que por la ausencia injustificada del acusado que tuviera domicilio conocido no se suspenderá la celebración del juicio siempre que conste habersele «citado, personalmente»...

Considerando que *citado el encartado en la persona del Cónsul de Alemania en Sevilla, porque ese era el domicilio señalado para recibir las notificaciones y citaciones pertinentes y celebrado el juicio sin su presencia, no hace falta insistir mucho en resaltar que el Juez infringió el precepto aludido, por motivos que tan a la vista saltan, que hacen inútil subrayarlos...*

Considerando además, que si bien es verdad que al amparo de la letra h) de la regla octava del artículo 785 de la Ley citada se autorizó al encartado para ausentarse del territorio español..., no obstante, tampoco lo es menos que conforme lo estipula el último párrafo del expresado precepto al no comparecer... se le declarará en rebeldía..., con lo que *también desde la terminante perspectiva del artículo que ahora se examina se llega a idéntica conclusión de la que se acaba de realizar*».

El dilema queda, pues, centrado en determinar si el «citado personalmente» debe entenderse como citación personal stricto sensu o como citación en el domicilio con entrega de la cédula a los receptores subsidiarios (del art. 172).

En la jurisprudencia de las Audiencias provinciales cabe registrar dos claros pronunciamientos sobre el tema. La sentencia del 11 de diciembre de 1972 de la Audiencia Provincial de Castellón declara:

«... apareciendo de las actuaciones que la citación para la vista del proceso *no se hizo personalmente al acusado, sino a su esposa*, el Juez «a quo» no pudo celebrar esta,... y produce la nulidad de lo actuado por *no tener eficacia legal la referida citación a fines de no suspensión... ».*

¹⁰⁸ Véase, para idéntico caso, la correcta interpretación de la sentencia de 8 de agosto de 1968 de la Audiencia Provincial de Huelva.

¹⁰⁹ En concreto la sentencia de 23 de noviembre de 1968 de la Audiencia Provincial de Madrid declara: "...en el caso de autos la citación del acusado no se hizo en su persona.... sino por media de su procurador..., es procedente..., dictar sentencia declarando..., la nulidad de las actuaciones...". Aunque la sentencia de 15 de octubre de 1970 de la Audiencia Provincial de Sevilla parece indicar que es admisible esta citación.

La sentencia de 9 de septiembre de 1969 de la Audiencia provincial de Málaga se pronunció sobre la cuestión, declarando:

«... cuando el acusado lo fue (citado) *no en su persona, sino en la de, su padre*, quien hizo ver la imposibilidad de que concurriera, es claro que el acordarse la continuación del juicio, pese a la incomparecencia de aquél, se infringió el precepto con indefensión de mismo...»¹¹⁰.

Entendemos que los términos «citado personalmente» solo pueden interpretarse en el sentido de requerirse que la citación se practique con lectura y entrega de la cédula al propio acusado, por varias razones.

En primer lugar, la citación personal del artículo 791, 8.^a, 2 es un caso incluido en el artículo 182-1.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Ello supone, partiendo de una correcta interpretación del artículo 182, que no sólo queda excluida la citación al procurador, sino también la citación notificada por cualquier otro procedimiento legal distinto del estrictamente personal, la cual estaría comprendida en el artículo 182, par. 2, 2.º.

En segundo lugar, el propio artículo 791, en el párrafo 1 de su regla 7 a, dispone el llamamiento y busca por requisitoria y la declaración de rebeldía, en su caso, con suspensión del proceso, tanto cuando el acusado careciera de domicilio conocido, como cuando, teniéndolo, no se hallara en él y se ignorara su paradero. En el segundo caso, la citación domiciliaria 110 estaría excluida y, si ésta fuera equiparable a la citación que exige el artículo 791, 8.^a, 2, no se comprendería la razón de la suspensión del proceso.

En tercer lugar, la Ley de Enjuiciamiento criminal no establece que la citación a juicio oral del acusado en los restantes procesos por delitos deba ser personal¹¹¹, ello es así porque su incomparecencia, cualquiera sea la modalidad de citación, da lugar a la suspensión del acto; la norma que estudiamos se ha establecido como excepción de aquella regla general¹¹² en el sentido de que no siempre la incomparecencia implica la suspensión, sino que el juicio puede celebrarse si -además de cumplirse otros requisitos- el acusado ha sido citado en persona.

El término «personalmente» carecería de sentido de no interpretarse como nosotros propugnamos. En efecto, ¿por qué la norma utiliza un término adicional («personalmente») con la —por algunos pretendida— única finalidad de disponer que la citación se practique en el domicilio, siendo así que toda citación a juicio oral del acusado en procesos por delitos debe practicarse, cuanto menos, en el domicilio? 0

¹¹⁰ Aún se podría argüir que la infracción del precepto se hace derivar de la falta de otro requisito (que la incomparecencia sea injustificada); pero es indudable que la sentencia también incide con claridad en la falta del requisito que nos ocupa.

Todas las sentencias sobre la materia declaran la nulidad si no se ha "citado personalmente" aunque no aclaran estos términos, así: 15-noviembre-1971, Audiencia Provincial de Sevilla; 6-marzo-1973, A. P. Sevilla; 5-mayo-1970, A. P. Valladolid; 8-agosto-1968, A. P. Huelva; 23-noviembre-1968, A. P. Madrid, 19-marzo-1970, A. P. Murcia.

¹¹¹ Véase artículo 664 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. La citación del acusado en libertad provisional podrá ser simplemente domiciliaria.

¹¹² FERRER MARTÍN, *La reforma procesal penal...*, cit., pág. 688; PASTOR LÓPEZ, *La reforma procesal penal...*, cit., págs. 169-170.

más claramente, ¿para qué una norma especial dirigida a excluir la citación por edictos si esta modalidad de citación ya la excluye la norma general?

b) La existencia o inexistencia de suficientes elementos de juicio.

El artículo 791, 8.^a, 2 y el artículo 971, subordinan las consecuencias de la incomparecencia, respectivamente, a que el Juez estime que existen elementos suficientes para juzgar y a que considere o no necesaria la declaración del acusado.

La incomparecencia del acusado en la vista conduce a una restricción de los elementos que han de servir al órgano jurisdiccional para formar su convicción. No pueden tener lugar ni reconocimientos por testigos, ni careos, ni la propia declaración del acusado.

La inexistencia de suficientes elementos de juicio, no impide juzgar, no excluye la sentencia sobre el fondo, dado que, prohibida por la Ley de Enjuiciamiento criminal la absolución de la instancia por falta de pruebas¹¹³, sean cuales sean los elementos de juicio de los que el juez disponga, siempre debe dictar sentencia, condenando o absolviendo libremente. Ahora bien, si la sentencia debe fundarse en un conocimiento de los hechos que el órgano juzgador considera incompleto, insuficiente para formarse la plena convicción necesaria para dictar una sentencia de condena, la sentencia que dicte será siempre de absolución, por aplicación del principio *in dubio pro reo*¹¹⁴. Para evitar que esto suceda, las consecuencias jurídicas de la incomparecencia, cuando el órgano jurisdiccional estime que carece de elementos de juicio, se orientan a obtener la concurrencia del acusado a la vista.

Con referencia a la formulación de este requisito en el artículo 791, 8.^a. par. 2, cabe efectuar algunas observaciones.

En primer lugar, si el juez, antes de la realización de la vista, afirma poseer suficientes elementos de juicio, necesariamente ha de haberlos obtenido en las diligencias previas y preparatorias. Siendo esto así, no cabe albergar duda alguna sobre el carácter inquisitivo -del proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción: la existencia de prejuicios en el juzgador se eleva, legalmente, a requisito de la no suspensión de la vista en incomparecencia del acusado¹¹⁵.

¹¹³ Téngase en cuenta el artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y el párrafo de la *Exposición de Motivos* en el que se afirma: "Es igualmente inútil decir que la absolución de la instancia, esta corruptela que hacía del ciudadano a quien el Estado no había podido convencer de culpable una especie de liberto de por vida, verdadero siervo de la curia marcado con el estigma del deshonor, está proscrita y expresamente prohibida por el nuevo Código...".

¹¹⁴ Sobre la función y alcance de este principio en el proceso penal, véase GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (con HERCE), cit., págs. 259-265; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *El principio "pro reo" en el Derecho y en el proceso penal*, en RDPr., 1966-11; MARTÍNEZ VAL, José María, *El principio "in dubio pro reo"*, en RGLJ, 1965, t. 200; BETTIOL, G., *La regola "in dubio pro reo" nel Diritto en el processo penale*, en "Scritti giuridici", I, Padova, 1966; SARACENO P., *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Padova, 1940; SENTÍS MELENDO, S., *In dubio pro reo*, en RDPrIberoam., 1971.

¹¹⁵ Véase GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...* (con HERCE), cit., pág. 37, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Presente y futuro...*, cit., pág. 84 y, en este mismo lugar, conclusión 2.^a de las III Jornadas de profesores de Derecho procesal; ALMAGRO NOSETE, José, *Sobre la naturaleza del nuevo proceso penal*, en "Anales de la Universidad Hispalense", vol. XXVIII, Sevilla, 1968, págs. 8-11; PASTOR

En segundo lugar, la decisión sobre la suficiencia de los elementos de juicio, sobre la base de lo recogido en la instrucción, puede verse alterada por el resultado de la prueba aun no practicada y, tal vez, ni siquiera propuesta (art. 800, 1.^a, par. 1)¹¹⁶.

Se ha dicho por la «pequeña» jurisprudencia¹¹⁷ y por algún autor¹¹⁸, que este requisito es eminentemente subjetivo en cuanto depende de una estimación del juez. En base a ello puede configurarse la primera limitación a la posibilidad de que el juez estime poseer los elementos de juicio suficientes: si acordó de oficio la práctica de un reconocimiento, careo o de la propia declaración del acusado y éste no comparece, no puede el juez ordenar la continuación de la vista sin contradecirse de modo palmario, pues, al acordar la práctica de aquellas pruebas, reconoció implícitamente carecer de elementos de juicio suficientes¹¹⁹.

De otro lado, por más subjetiva y discrecional que sea ésta facultad, las partes -y, especialmente, el Ministerio Fiscal¹²⁰- pueden solicitar la suspensión de la vista cuando la incomparecencia del acusado implique la imposibilidad de practicar pruebas que les fueron admitidas. Si el juez no acuerda la suspensión, podrán interponer recurso de apelación contra la sentencia definitiva por aquel motivo (art. 792, 2.^a, 1: prueba no practicada por causa no imputable a la parte que la propuso).

LÓPEZ, *La reforma procesal penal...*, cit., págs. 157-158; HERCE QUEMADA, Vicente, *Las últimas reformas parciales en el orden procesal civil y penal*, en RDPr., 1968-111, págs. 13-15.

¹¹⁶ Al efecto indica IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 412: "... en cuanto al requisito de que el Juez pueda estimar la concurrencia de elementos suficientes para juzgar, obliga a pensar que poca o ninguna importancia se quiere dar al acto de la vista oral cuando, antes de iniciarse, antes de saber si van a traerse nuevas pruebas, antes de conocer el resultado de estas o de las antiguas no practicadas, antes de las calificaciones definitivas y de las defensas orales, se puede tomar postura sobre la suficiencia o insuficiencia de los elementos para juzgar".

Es imposible determinar *a priori* la influencia del resultado de las nuevas pruebas en orden por ejemplo, a la desvirtuación de otras anteriores quizás consideradas, con error, fundamentales: véase ALTAVILLA, Enrico, *La fallacia delle prove ritenute fondamentali per la formazione del convincimento del giudice*, en Giust. pen., 1950-I, cols. 100-102.

¹¹⁷ La sentencia de 6 de marzo de 1973 de la Audiencia provincial de Sevilla califica el requisito de que "existan elementos suficientes en el proceso para juzgarlos, a juicio del juez como "facultativo y subjetivo". Las sentencias de 8 de agosto de 19168 de la Audiencia provincial de Huelva y de 5 de mayo de 1970 de la Audiencia provincial de Valladolid, se han referido al mismo indicando: "... pero coordinándose siempre con las funciones del Juez, que podrá admitir tal situación siempre que se estime suficientemente instruido para seguir adelante con las actuaciones, aun a falta de tan importante elemento".

¹¹⁸ REYES MONTERREAL, *La reforma procesal penal*, cit., pág. 114.

¹¹⁹ Si se hubiera presentado la defensa por escrito (art. 791, 8.^a, par., 3) y no se suspendiera la vista ante la incomparecencia del acusado por estimarse que existen elementos suficientes para juzgar, se correría el peligro de celebrar la vista sin ningún tipo de defensa: sin una defensa técnica congruente con las vicisitudes de la vista —FAIRÉN GUILLÉN, *El "encausado"...*, en "Temas ...", II, cit., págs. 1.254-1.255; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 413— y sin la defensa que de si mismo puede realizar el acusado al declarar o decir la última palabra.

La suspensión, por no existir suficientes elementos de juicio, entiendo que sería, en este caso, absolutamente necesaria.

¹²⁰ Véase el apartado III-3, letra b de la Circular 5/1967 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en LÓPEZ-MUÑOZ GORI, *Doctrina, jurisprudencia...*, cit., págs. 38-51.

C) Consecuencias jurídicas de la incomparecencia respecto al acto procesal en que se produce: suspensión o interrupción de la vista del juicio.

Las consecuencias jurídicas de la incomparecencia tienen lugar, generalmente, en un doble ámbito: respecto al acto o conjunto de actos procesales, en los cuales está legalmente prevista la presencia o participación del imputado; respecto a la situación personal de éste, determinando la adopción o modificación de medidas cautelares personales. Eventualmente, en los procesos de urgencia y en los casos de pluralidad de acusados, pueda parecer -si concurre el requisito especial que luego estudiaremos- una tercera categoría de consecuencias: la separación entre los procedimientos de los que hubieran comparecido y de los que no lo hubieran hecho.

Para determinar cuáles son las consecuencias de la primera clase, debemos partir de una distinción entre incomparecencia a la vista del juicio oral e incomparecencia en otros actos procesales. La Ley de Enjuiciamiento criminal no establece una regulación general de este extremo y, por lo tanto, hay que hacer un estudio particularizado de cada acto para determinar las consecuencias que la incomparecencia del imputado tiene respecto al mismo. Nosotros nos hemos limitado al estudio de las consecuencias de la incomparecencia en la vista del juicio oral, dado que éste es el supuesto de incomparecencia más importante.

Las consecuencias afectan —en unos supuestos, siempre; en otros, bajo ciertas condiciones— a la circunstancia del tiempo de la realización de la vista, determinando que sus sesiones no tengan lugar en los momentos previamente fijados.

La incomparecencia en la vista no es un supuesto de crisis procesal¹²¹ o, más específicamente, de paralización procesal¹²². En algunos casos, la actividad procesal continua, produciéndose, concretamente, los actos procesales del órgano jurisdiccional que ponen en práctica las consecuencias jurídicas de una incomparecencia injustificada o la renovación de actos anteriores nulos -relacionados con la incomparecencia, como puede ser la nueva citación en los casos de precedente citación inválida. En cualquier caso, la incomparecencia solo implica que, por causas diversas¹²³, la vista no tendrá lugar en el momento inicialmente previsto, sino en un momento posterior¹²⁴. Las consecuencias que la incomparecencia tiene respecto al acto procesal, a diferencia de las consecuencias de la rebeldía sobre el proceso, no reflejan una previsión legal de la imposibilidad jurídica de continuar el proceso, sino el mero retraso de un acto de aquel proceso; así se explica que ni deban devolverse las piezas de convicción, ni se reserve la pretensión civil para su ejercicio separado.

ALAMILLO CANILLAS entiende que debe distinguirse entre crisis del proceso y crisis del procedimiento. Entiende por la última, una paralización

¹²¹ CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho procesal civil*, IV, Buenos Aires, 1944 (trad. Alcalá-Zamora, N. y Sentís Melendo, S.), págs. 447 y ss.; MICHELI, G. A., *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1942-I, págs. 3-47; GUASP, J., *La paralización del proceso civil y sus diversas formas*, en RDPr., 1951, págs. 379-394; PÉREZ GORDO, A., *La suspensión del juicio ejecutivo*, Barcelona, 1971, págs. 3-32.

¹²² GUASP, *La paralización...*, cit., pág. 383.

¹²³ Imposibilidad de lograr inmediatamente la presencia, en todo caso; deber de esperar a la cesación del impedimento, cuando se trate de ausencia justificada.

¹²⁴ CARNELUTTI, *Sistema...*, IV, Cit., pág. 448.

momentánea o temporal del trámite principal del proceso por la concurrencia de un obstáculo que impide su continuación, pero que puede removerse dentro del proceso mismo por medio de un trámite incidental o accidental o, incluso, sin necesidad del mismo¹²⁵. La incomparecencia podría suponer, partiendo de aquel concepto, una crisis del procedimiento, en cuanto determina una paralización momentánea del procedimiento del proceso declarativo. Ahora bien, si el procedimiento (penal) es la forma externa de la actividad que se desarrolla en el proceso penal¹²⁶ cabría oponer similares objeciones a las anteriormente indicadas, solo con referirlas a la manifestación externa de la actividad procesal, en vez de a la actividad misma.

Consideramos, pues, que, en el supuesto de incomparecencia, ni hay paralización del proceso, ni del procedimiento, aunque si una dilación o retraso anormales en la realización de uno de los actos (la vista) que está integrado en aquellos. Esta anomalía temporal en la realización de la vista puede ser de dos clases, que son —según terminología acuñada por la doctrina, con base en la Ley de Enjuiciamiento criminal¹²⁷— la suspensión y la interrupción. La primera implica diferir la continuación de la vista, ya iniciada, a un momento posterior, en el cual se haya obtenido la comparecencia coactiva —caso de incomparecencia injustificada— o haya cesado el impedimento de la comparecencia —caso de incomparecencia justificada—. La segunda supone fijar un nuevo término para la iniciación de la vista, con anulación de la parte de ésta desarrollada precedentemente, cuando se prevea que la comparecencia no podrá producirse, ni, por, tanto, continuarse la vista, en un breve lapso de tiempo¹²⁸.

a) Procesos ordinario y de urgencia de competencia de la Audiencia provincial.

Respecto a la vista de los dos procesos indicados en el epígrafe, la consecuencia de suspensión o interrupción por incomparecencia del acusado, tiene lugar en todo caso. Haya sido nula o válida la citación, esté o no justificada la incomparecencia del acusado, ésta determina siempre la suspensión. No es que la validez de la citación y la existencia de impedimento sean irrelevantes, sino que solo influyen en la consecuencia de la incomparecencia que afecta a la situación personal del acusado.

La norma que establece la consecuencia de la suspensión de la vista en todo caso, no está formulada de modo expreso en la Ley de Enjuiciamiento criminal. Lo contrario sucede en el Código de Justicia Militar: su artículo 770-6.º dispone que corresponde al Presidente del Consejo de Guerra, acordar la suspensión del mismo cuando no concurra el procesado, dando cuenta a la Autoridad militar del motivo de la suspensión, para que adopte la resolución procedente respecto del que, indebidamente,

¹²⁵ ALAMILLO CANILLAS, F., *La teoría de las crisis del proceso, aplicada al proceso penal*, en RDP., 1951, pág. 437.

¹²⁶ MONTERO AROCA, J, *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 1976, páginas 200-207.

¹²⁷ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, (Con HERCE), Cit., pág. 244; FENECH, *Derecho...*, II, ed. 1952, págs. 349-356; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, I, páginas 386-388, aunque estos últimos autores los incluyen como crisis procesales, opinión que no compartimos.

¹²⁸ Por la propia naturaleza del supuesto de incomparecencia, que exige la ausencia física del imputado en el acto de que se trate, es imposible admitir que la incomparecencia dé lugar a la suspensión previa de la vista —sobre ella, FENECH, *Derecho...*, II, ed. 1952, pág. 350—, porque el imputado no puede no comparecer en un acto que aún no se ha iniciado.

no hubiera comparecido. Es decir, por lo que ahora interesa, la suspensión tiene lugar tanto si el procesado no compareció indebidamente, como si dejó de hacerlo debidamente.

Unánimemente la doctrina afirma que la presencia del acusado en la vista del juicio oral es necesaria¹²⁹, pero, sin embargo, no todos los autores deducen de esa afirmación la ineludible consecuencia: la incomparecencia del acusado, cualquiera sea la causa que la determine, debe dar lugar a la suspensión de la vista.

Una argumentación en tomo a la expresada consecuencia solo se encuentra en GÓMEZ ORBANEJA y en AGUILERA DE PAZ.

Dice el profesor GÓMEZ ORBANEJA: «Sin su asistencia física y moral el juicio no se abre, ni una vez abierto, puede seguir adelante (v. artículos 841...). Nuestro derecho, para el proceso penal común, no admite el juicio en rebeldía»¹³⁰.

AGUILERA indica que «...la incomparecencia de los procesados puede obedecer a tres motivos distintos que son: ... 3.º Por falta voluntaria de concurrencia de éste en el caso de que se hallare en libertad»¹³¹, y sigue: «En todos estos casos, llegada la hora designada para dar principio a las sesiones del juicio sin que hubieran comparecido los procesados o alguno de estos, ...el Tribunal deberá decretar de oficio la suspensión del juicio ... »¹³².

De entrada, la defensa de la tesis de la suspensión impone la superación de dos importantes escollos. El primero está constituido por el párrafo 2.º del artículo 664: «La falta de citación expresada en el párrafo anterior será motivo de casación si la parte que no hubiera sido citada no comparece en el juicio». Esta norma puede interpretarse, y así se ha hecho en alguna ocasión¹³³, en el sentido de que la incomparecencia del válidamente citado no constituye motivo de casación y, dando un paso más, que no procede la suspensión de la vista si no comparece el válidamente citado. No creo que sea ésta la correcta interpretación del artículo: en primer lugar, resulta bastante claro que la Ley de Enjuiciamiento criminal no tiene en cuenta en esa norma la consecuencia jurídica de la suspensión, porque, de ser así, hubiera expresado, al menos, el supuesto más claro: si la citación es nula o no se ha realizado y la parte no comparece, la vista debe suspenderse, en segundo lugar, en estricta lógica solo se deduce de la norma lo siguiente: si la parte válidamente citada no comparece, no podrá interponerse recurso de casación por falta de citación, lo que resulta obvio, pero no impide que el recurso de casación pueda interponerse por otro motivo, ni decide, desde luego, si la vista deberá suspenderse o no.

El segundo obstáculo lo constituye el número 5.º del artículo 746, al configurar como causa de suspensión la incomparecencia del acusado determinada por su enfermedad. Cabría deducir que la incomparecencia no justificada no da lugar a la suspensión. Pero ¿cómo interpretar, entonces, el párrafo 2.º de dicho número? ¿Sería admisible hacerlo en el sentido de que la vista no se suspende, y por lo tanto, se

¹²⁹ FENECH, *Derecho...*, II, cit., págs. 1.001-1.017; IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 381; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, II, cit., pág. 99; SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio oral*, cit., págs. 690-691.

¹³⁰ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...* (con HERCE), cit., pág. 237.

¹³¹ AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., pág. 567.

¹³² AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., págs. 567-568.

¹³³ REUS, *Ley de enjuiciamiento...*, I, cit., pág. 392; en AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., págs. 579-580, referencias a opiniones en este sentido aunque sin citar procedencia.

celebra, hasta que rindan su informe los facultativos nombrados para reconocer al enfermo? No, porque se produciría una completa desvirtuación de esta causa de suspensión, dado que, mientras se practica el reconocimiento, la vista habrá concluido en la mayoría de los casos. Es más satisfactorio ver en dicho párrafo 2.º una específica expresión de la regla general: si el acusado no comparece, el órgano jurisdiccional, con suspensión de la vista, comprueba si ello se debe o no a un impedimento; en el primer caso, mantiene la suspensión; en el segundo, ordena su conducción coactiva para su comparecencia en la vista.

La jurisprudencia se ha manifestado con claridad a favor de la suspensión cuando el acusado no comparece a la vista¹³⁴, revistiendo, en este sentido, particular interés la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1972: «CONSIDERANDO que el Ministerio Fiscal al amparo del artículo 850, número 2.º de la Ley procesal suscita el presente recurso, alegando que siendo el procesado súbdito de la República Federal alemana, en libertad, fue autorizado para ausentarse de España, en forma legal, y al señalarse el juicio fue citado y emplazado para el mismo en el domicilio y en la persona por él designada, pero no compareció, ante lo cual el Ministerio Fiscal pidió la suspensión, la acusación particular manifestó que se sometía a lo que resolviera la Sala y la defensa que no se oponía a celebrarlo sin la presencia del procesado, resolviendo la Sala la continuación del juicio, consignándose en el acta la protesta fiscal a sus pertinentes efectos de este recurso que ahora funda en que la comparecencia del procesado es trámite esencial para la validez del juicio cuando se trata como en este caso de un proceso de urgencia por delito cuyo conocimiento corresponde a la Audiencia Provincial; habiéndose infringido el artículo citado de la ley procesal, pues dentro de su texto debe encontrarse comprendido, no sólo la falta de citación para el acto del juicio, sino también cuando hay como en este caso una causa grave de nulidad radical del juicio, a tenor de la doctrina de esta Sala (sentencia de 17 de noviembre de 1965); recurso que infringe (sic) no solo el apotegma nadie puede ser condenado sin ser oído, sino el artículo 780 de la Ley procesal, referente a los procesos de urgencia, que dispone que tales procesos se acomodarán en general a las normas de Derecho común descrito en la Ley procesal y esta no permite la celebración del juicio sin la presencia del inculcado, y el artículo, 755 (¿quizás art. 785, 8.ª, h, par. 3?), párrafos penúltimo y último, que expresa que cuando el dicho imputado no comparezca a una citación cualquiera que sea su objeto, será declarado en rebeldía; el artículo 800 que da por supuesta la presencia del procesado; el artículo 801, número 3, que se refiere a la suspensión del juicio por la incomparecencia de algunos procesados, por lo que se desprende que igual debe acordarse cuando, como en este caso, se trate de procesado único;

CONSIDERANDO que son tan claras y evidentes las razones en que el Ministerio Fiscal funda su recurso que no precisan de mayor esclarecimiento, ya que en modo alguno puede autorizarse cosa alguna que vaya contra el principio «nadie puede ser condenado sin ser previamente oído», precepto no nulo en la legalidad vigente, sino en el espíritu y en la conciencia de nuestra civilización actual... »¹³⁵.

¹³⁴ Véanse *infra*, notas 143, 148, sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales interpretando los artículos 842 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

¹³⁵ Las posibilidades de que llegue al Tribunal Supremo, por la vía del recurso de casación, un caso como el contemplado en esta sentencia son en extremo escasas dada la regulación de la rebeldía en la

Justifica, pues, esta sentencia la consecuencia de la suspensión en el principio «nadie puede ser condenado sin ser oído mientras que otras resoluciones del Tribunal Supremo la deducirían del sistema de la Ley de Enjuiciamiento criminal¹³⁶ como, con anterioridad, habían hecho AGUILERA¹³⁷ y la Fiscalía del Tribunal Supremo en su Instrucción número 57 de 1883¹³⁸.

Conviene, sin embargo, profundizar en la base legal de esta consecuencia jurídica de suspensión y, para ello, es básico el análisis de los artículos 841, 731, 842 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento criminal.

En el artículo 841 no puede basarse, sin más, la consecuencia jurídica de la suspensión¹³⁹ por dos razones: la suspensión del artículo 841 no deriva de un supuesto de incomparecencia, sino de rebeldía; la suspensión de este artículo afecta a todo el proceso, mientras que la suspensión por incomparecencia solo se extiende a la vista del juicio oral. No obstante, para que pueda eficazmente aplicarse este artículo, es necesario que la vista se suspenda en caso de incomparecencia del acusado, porque ésta puede deberse a un supuesto de desaparición y dar lugar -previo llamamiento y busca por requisitoria- a la declaración de rebeldía-, y si la vista no se suspendió desde el primer momento el artículo 841 ya no podría aplicarse por haber concluido el juicio oral.

El artículo 731 dispone: «El Tribunal adoptará las disposiciones convenientes para evitar que los procesados que se hallen en libertad provisional se ausenten o dejen de comparecer a las sesiones desde que estas den principio hasta que se pronuncie la sentencia». El artículo ha sido puesto en relación con las consecuencias de la incomparecencia por AGUILERA¹⁴⁰ Y GÓMEZ ORBANEJA^{141 142}. La finalidad de

Ley de Enjuiciamiento criminal. Creo que la resolución transcrita ha desaprovechado una magnífica oportunidad de sentar una jurisprudencia de mejor calidad sobre la temática general de la ausencia.

¹³⁶ Así la sentencia de 18 de mayo de 1927 indica: "CONSIDERANDO que *nuestra Ley de enjuiciamiento criminal impone como necesaria la presencia en el juicio oral y público de los encartados* en el procedimiento cuya vista se celebra, y a tal fin exige en su artículo 688 que al dar comienzo el acto, el Presidente del Tribunal pregunte a los procesados si las penas contra los mismos solicitadas fueran de carácter correccional, si se declaran reos de los delitos de que se les acusa, y caso afirmativo, si se conforman con sufrir las penas contra ellos solicitadas; el artículo 664 obliga a la citación de todos los procesados, declarando motivo de casación el que no lo hubieran sido, ordenándose de igual modo en el número 5.º del 746 que el juicio se suspenda por indisposición de los encartados que no puedan estar presentes ...; siendo, por último, ordenamiento expreso, consignado en el artículo 739, que al terminarse las sesiones del juicio oral..., los Presidentes pregunten a los procesados si tienen algo más que alegar, y en el caso de contestar afirmativamente, les permite aducir todo aquello que sea de pertinencia...".

Y la sentencia de 10 de junio de 1910, aunque rechaza el recurso porque el acusado solo dejó de comparecer en el juicio de derecho pero no en el juicio ante el Jurado declara: "...con arreglo a la vigente Ley de enjuiciamiento criminal *es obligada la presencia de los procesados en el juicio...*".

¹³⁷ AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., págs. 580-581.

¹³⁸ Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1883, pág. 107. La citamos por POGGIO, Pedro y OYUELOS, Ricardo, *Circulares y consultas de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid, 1893, pág. 457.

¹³⁹ Como hace GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), cit., pág. 237; y, más matizadamente, AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., pág. 580.

¹⁴⁰ AGUILERA, *Comentarios...*, V, cit., pág. 507

¹⁴¹ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...* (con HERCE), cit., pág. 237.

¹⁴² En VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, II, Cit., pág. 99, se efectúa una referencia al mismo que produce cierta perplejidad: "... y hasta tal extremo se lleva este principio que la ausencia del acusado

este artículo no es imponer un reforzamiento de la efectividad de la libertad provisional en cuanto medida cautelar: ello no es más necesario en la etapa procesal a la que el artículo se refiere, que lo pueda ser durante la instrucción y, en definitiva, hasta que deba procederse a la ejecución de la sentencia (de ser firme y condenatoria); por otro lado, no solo la ausencia (desaparición) ha de evitarse —en cuanto impediría la ejecución de la pena privativa de libertad—, sino también la incomparecencia —que es la falta de participación en la vista—. Si la incomparecencia del acusado no implicara la consecuencia jurídica de suspensión de la vista, el artículo 731 carecería de sentido.

El artículo 842 solo permite la continuación del proceso respecto a los acusados presentes, una vez declarada la rebeldía de los ausentes. Si la ausencia de alguno de los acusados se manifiesta concretamente en el momento de la vista, como incomparecencia, la aplicación de aquel artículo implicará la suspensión de la vista, tanto para los que hubieran comparecido, como para los que no lo hubieran hecho¹⁴³.

Del artículo 801, par. 3, de la Ley de Enjuiciamiento criminal -aplicable en los dos procesos de urgencia- se deduce que la vista debe suspenderse por incomparecencia de algún acusado, en el caso de ser varios. La redacción de esta norma es tan desafortunada que ha permitido que se dude¹⁴⁴, e incluso que se afirme¹⁴⁵

determina la suspensión del juicio (núm. 5.º del art. 746), adoptándose a tal fin las prevenciones necesarias (art. 731)". En efecto, no parece muy necesario adoptar las prevenciones del artículo 731 para evitar que el acusado deje de comparecer durante las sesiones si éstas se han suspendido a causa de su enfermedad.

¹⁴³ La jurisprudencia se ha mantenido en esa línea interpretativa: la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1967 indica: "...al señalarse día para la vista no comparecieron los procesados J. M. T. y M. T., los -cuales al ser citados para el mismo no se encontraron en sus domicilios, y aunque el Fiscal solicitó la suspensión no fue acordada por el Tribunal, en razón de que siendo los delitos atribuidos a unos y otros procesados Independientes entre sí, podían ser juzgados separadamente, según los artículos 792 y 801 de la Ley Procesal, olvidando que los citados preceptos están dictados para el caso de seguirse la causa por el procedimiento de urgencia, pero no para el trámite ordinario..., que no consentía prescindir en modo alguno de algunos procesados, como en este caso prescindió el Tribunal de los dos antes citados, sin que fuera pretexto aceptable el no haber sido encontrados en el momento para la citación a juicio oral, porque en tal caso debió hacerse las diligencias necesarias para declarar previamente la rebeldía de los mismos". Una aplicación -aunque incorrecta porque debió aplicarse el artículo 801, par. 3- del artículo 842, en la sentencia de la Audiencia provincial de Tarragona de 17 de marzo de 1969: "...no habiendo comparecido el acusado N. R..., ni habiendo sido citado personalmente, es evidente que procedía la suspensión del juicio oral también para el acusado P. C. y el llamamiento por requisitorias del acusado N. R. y una vez declarada, en su caso, la rebeldía de éste es cuando hubiera procedido la celebración del juicio oral contra el acusado F. C...." *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1976, por el Fiscal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1976, págs. 308-312.

¹⁴⁴ El profesor FAIRÉN, *El "encausado"...* en "Estudios...", II, cit., página 1.264, la califica de "norma sibilina"; PRIETO-CASTRO, L., GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, pág. 351.

¹⁴⁵ Un procurador afirmó, en la sesión de Cortes de 28 de mayo de 1957, que la más destacada innovación de la Ley de 8 de junio de 1957 --en la que apareció la actual redacción del artículo 801-- era autorizar que el juicio oral pueda celebrarse sin la presencia del acusado, siempre que el Tribunal entienda que tiene elementos suficientes para juzgar y decidir sin tales presencias (CASTEJÓN CHACÓN, Carlos, *Acerca de la Ley de 8 de junio de 1957 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal, estableciendo un procedimiento de urgencia Para la represión de ciertos delitos*, en RGLJ, 1957, tomo 203, páginas 124-125, nota 52). Y la sentencia de la Audiencia provincial de Murcia de 19 de mayo de 1970 dice: "...y si bien es cierto, el segundo de los citados (art. 801) faculta al Tribunal colegiado -con expresa derogación de lo dispuesto en el Título citado en primer lugar (Título III, libro

que la misma establece la posibilidad de no suspender la vista por incomparecencia del acusado. Esta interpretación no es correcta por varias razones, entre las cuales destacamos dos. Primera: es ilógico que la no suspensión de la vista respecto al acusado no compareciente, se subordine a la existencia de elementos para juzgar con independencia a acusados presentes y ausentes, dado que, si la vista no se suspende respecto a ninguno, las conductas de todos ellos serán juzgadas en una única sentencia (en sentido formal)¹⁴⁶. Segunda: la *ratio* del artículo 801, par. 3, es evitar que la vista se suspenda respecto a los acusados presentes, hasta que se haya declarado la rebeldía de los ausentes, lo cual implica, de por sí, que respecto a los últimos la vista se suspende¹⁴⁷. El sentido del artículo 801, 3, es el siguiente: la incomparecencia de un acusado no da lugar a la suspensión de la vista respecto a los acusados que hayan comparecido, aunque sí respecto al primero¹⁴⁸.

Hay que observar, por fin, que ninguno de los artículos estudiados, de los que se deduce la consecuencia de suspensión de la vista, contiene una distinción entre incomparecencia justificada o injustificada; todos ellos se refieren, directa o indirectamente, al puro hecho de la incomparecencia.

b) *Proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción.*

Deben distinguirse, con base en el artículo 791, regla 8.a, par. 2, dos casos.

Cuando la citación hubiera sido domiciliaria, en el domicilio elegido o, por exclusión, cuando no hubiera sido personal, la consecuencia de suspensión de la vista

III, de la Ley de Enjuiciamiento criminal)— para celebrar los debates sin la presencia del acusado y sin someter tal acuerdo a la concurrencia de requisito alguno salvo el de incomparecencia...".

¹⁴⁶ Aunque la sentencia será formalmente única, en realidad habrá tantas sentencias como partes acusadas, pues estamos ante un fenómeno de acumulación de pretensiones y no de pluralidad de partes, MONTERO AROCA, J., *La intervención adhesiva simple*, Barcelona, 1972, pág. 62.

¹⁴⁷ Una disposición como la del artículo 801, 3, fue propugnada por COLMEIRO en 1888, *Estado de la Administración de Justicia y reformas que parecen convenientes. Memoria elevada al Ministro de Gracia y Justicia en la solemne apertura de los Tribunales, el día 15 de diciembre de 1888, por el Fiscal del Supremo*, en RGLJ, 1888, tomo 73, págs. 329-330. Recientemente, en la Memoria de 1976, cit., la Fiscalía del Tribunal Supremo ha solicitado su extensión al proceso ordinario.

¹⁴⁸ Así, en doctrina, IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 402; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel, *Doctrina...*, cit., pág. 511; FERRER MARTÍN, Daniel, *La reforma procesal penal...*, cit., págs. 717-718.

Además de las sentencias del Tribunal Supremo de 30-9-67 y 15-4-64, debe destacarse la de 28 de noviembre de 1969: "CONSIDERANDO que la Ley de 8 de junio de 1957, instauradora en nuestro ordenamiento adjetivo penal del denominado procedimiento de urgencia para determinados delitos, dio una nueva redacción al artículo 801 de la Ley de enjuiciamiento criminal, con posibilidad al amparo de sus normas de celebración del juicio oral, pese a la incomparecencia de alguno de los procesados si el Tribunal estimare que existen elementos para juzgar con independencia unos de otros, precepto que conjugado con el del número 2.º del artículo 850 de la misma Ley..., determina que si el Tribunal de instancia hace aplicación de la norma primeramente indicada y pese a la *incomparecencia de alguno o algunos de los procesados acuerda la prosecución del juicio oral exclusivamente contra los restantes que hayan comparecido*, carece de trascendencia a los fines casacionales tanto que se haya omitido la citación de los no comparecidos como que las citaciones adolezcan de algún vicio o defecto...". La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de abril de 1973, dice: "...pues si bien el juez no hizo constar expresamente tal situación se deduce tácitamente de la sentencia al hacer referencia al acusado rebelde lo que significa que estima suficientes los elementos de prueba para entrar en el juicio oral contra el acusado presente y sin que afecte a la sentencia el hecho de no haberse dictado auto de rebeldía del otro procesado".

por la incomparecencia se produce del mismo modo que en los procesos antes estudiados. Ello es así porque el artículo 791, regla 8.^a, par. 2 tiene el carácter de regla especial, no solo porque es únicamente aplicable en este tipo de proceso, sino también porque debe aplicarse exclusivamente cuando la incomparecencia ha sido precedida de una determinada modalidad de notificación de la citación. En otro caso, por el artículo 791, regla 8.^a, par. 1 y par. 1 del artículo 780, rige la normativa común¹⁴⁹.

Cuando la notificación de la citación para la vista ha sido personal, nos encontramos en el ámbito del supuesto especial de incomparecencia del acusado en la vista de este proceso de urgencia. Ello implica que la consecuencia de suspensión ya no deberá tener lugar en todo caso. Dependerá de la concurrencia de alguno de los requisitos especiales de este supuesto: de que la incomparecencia sea justificada o de que el órgano jurisdiccional estime que no existen elementos suficientes para juzgar al acusado sin que comparezca.

c) Juicio de faltas.

La incomparecencia en el juicio verbal no implica, por regla general, su suspensión (art. 9, Decreto de 21 de noviembre de 1952, art. 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

La consecuencia jurídica de suspensión solo debe producirse cuando la incomparecencia derive de una justa causa (art. 4, Decreto de 21 de noviembre de 1952, art. 966 de la Ley de Enjuiciamiento criminal) o de motivo justo (art. 6, Decreto de 21 de noviembre de 1952, art. 968 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Si el presunto culpable reside fuera de la circunscripción del juzgado competente, el juicio no se suspenderá, aunque haya dejado de comparecer por legítimo impedimento, si ha hecho uso de su derecho a presentar escrito de defensa o a apoderar a persona para que le represente en el acto (art. 8, Decreto de 21 de noviembre de 1952); en cambio, si ha manifestado su decisión de comparecer en persona y pedido la suspensión por estar

¹⁴⁹ Véase, en doctrina, FERRER MARTIN, *La reforma procesal penal...*, cit., págs. 686-687, 717; PASTOR LÓPEZ, *La reforma procesal penal...*, cit., pág. 169170; REYES MONTERREAL, *La reforma procesal penal*, cit., págs. 113-114. En jurisprudencia, especialmente, sentencia de 6 de marzo de 1973 de la Audiencia Provincial de Sevilla: "CONSIDERANDO que la posibilidad de la celebración de un juicio oral en proceso penal sin la presencia del acusado, frente al principio de derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído, consagrado con carácter general en nuestro ordenamiento penal, recogido en el artículo 664 de la Ley de enjuiciamiento criminal y protegido en su vigencia por el principio de legalidad que la preside..., viene establecida con carácter excepcional y limitada a los procesos de urgencia de que conocen los Jueces de Instrucción, en el artículo 791 del Cuerpo legal citado, condicionándola a dos presupuestos, indeclinable y objetivo el uno.. -, haciendo relación el primero a la necesidad de que conste haberse citado personalmente al acusado...". También, sentencia de 19 de mayo de 1970 de la Audiencia provincial de Murcia: "CONSIDERANDO que la Ley de Enjuiciamiento criminal, en el Título III, libro III, en armonía con los principios que la inspiraron, impone, de manera explícita y obligatoria, la presencia en los debates del juicio oral, de la persona del acusado; y únicamente por motivos de orden, el artículo 687, faculta al Presidente del Tribunal para decidir que las sesiones se celebren sin su presencia; que la regla 8.^a del artículo 791 de la citada Ley determina que el juicio Oral ante 108 Jueces de instrucción por delitos de su competencia, con las modificaciones establecidas el, 108 artículos 800 y 801..., es cierto que el párrafo 2.º de la regla 8.^a del repetido artículo 791, limita tal facultad (celebración del juicio en incomparecencia) de los Jueces de instrucción —...—a que conste la citación personal de los acusados...".

impedido, debe suspender el juicio, porque, aunque no esté obligado a comparecer (art. 8, Decreto de 21 de noviembre de 1952), tiene derecho a hacerlo.

El juicio también se suspende si el presunto culpable no comparece y el Juez considera necesaria su declaración (art. 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal)¹⁵⁰. El artículo 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 aparentemente restringe la posibilidad de que se ordene la suspensión en el caso de que el incompareciente resida en la circunscripción del juzgado. A mi modo de ver este artículo no ha derogado el 971 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y continúa siendo válida hoy la interpretación de AGUILERA¹⁵¹; solo que el artículo 9 no puede aplicarse, en la parte que dispone la conducción del acusado por la fuerza pública y la imposición de multa, al acusado que no reside en la circunscripción del juzgado, porque no está obligado a comparecer (art. 8, Decreto de 21 de noviembre de 1952).

IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO se pronuncia por la posibilidad de una suspensión indefinida mientras el acusado, cuya declaración se estima necesaria, no sea hallado¹⁵². Esta afirmación pugna con el régimen establecido, por vía general, para la citación del acusado a juicio verbal de faltas, ya que, al permitirse su práctica por edictos, implícitamente se excluye la suspensión por el simple hecho de hallarse el acusado en ignorado paradero. Pero cuando el Juez no puede formar su convicción sin la declaración del acusado, no puede afirmarse que la necesidad de esta última dependa de la disponibilidad o no de la persona del acusado; de modo que, si se entiende que la ley no permite mantener la suspensión indefinidamente hasta que se halle al acusado, el Juez, carente de un elemento de juicio que considera necesario, absolverá libremente, observando el principio «in dubio pro reo»¹⁵³.

D) Consecuencias jurídicas de la incomparecencia respecto a la situación personal del imputado.

Si la incomparecencia del imputado implica la suspensión de la vista, es lógico que el ordenamiento jurídico establezca, para los casos de incomparecencia injustificada, una nueva consecuencia que, incidiendo sobre la libertad del imputado, le sujete inevitablemente a comparecer e impida que la realización de la vista quede subordinada a su arbitraria voluntad.

Esta consecuencia consiste en la adopción *ex novo* o en la modificación de medidas cautelares personales respecto al imputado. Constituye opinión dominante en la doctrina española -y tema discutido entre autores extranjeros- que la finalidad de las medidas cautelares en el proceso pena], es tanto la de asegurar la ejecución, cuanto la de garantizar la presencia del imputado en el proceso¹⁵⁴. Efectivamente, como ahora se

¹⁵⁰ AGUILERA, *Comentarios...*, VI, cit., págs. 577-578; REUS, *Ley de enjuiciamiento...*, II, cit., pág. 136.

¹⁵¹ AGUILERA, *Comentarios...*, VI, cit., págs. 578-579: si no comparece el acusado que reside fuera de la circunscripción del Juzgado y su declaración se considera necesaria, el juicio se suspende y se le recibe declaración mediante exhorto.

¹⁵² IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 433.

¹⁵³ Véase nota 114.

¹⁵⁴ En la doctrina española FAIRÉN, V., *La detención antes del juicio*, en RDPrIberoam, 1971, pág. 775; FENECH, *Derecho...*, II, cit., pág. 815; HERCE QUEMADA, *Derecho...*, cit.: (con G. ORBANEJA), págs. 189-190; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, I, cit., págs. 283-285; para IBÁÑEZ

verá, en nuestro Derecho, la prisión y la libertad provisionales cumplen ambas funciones-, solo en dos supuestos se hace referencia a medidas de carácter coercitivo (art. 731 de la Ley de Enjuiciamiento criminal -de contenido indeterminado- y artículo 9 Decreto de 21 de noviembre de 1952 -conducción por la fuerza pública-), que garantizan solo la intervención en un acto procesal y, en modo alguno, la ejecución de la sentencia¹⁵⁵.

En el ámbito de los procesos por delitos, la incomparecencia injustificada del imputado da lugar a la adopción o modificación de medidas cautelares en base a diversas normas cuya *ratio*, sin embargo, es única.

Si el imputado se halla en libertad provisional y deja de comparecer cuando ha sido citado¹⁵⁶, la consecuencia jurídica consistirá en la revocación del auto de libertad provisional y emisión de auto de prisión, con base al artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Este artículo constituye la expresión normativa del principio *rebus sic stantibus* aplicado a las medidas cautelares, el cual hace referencia a la variabilidad de la medida en función de los presupuestos¹⁵⁷. La libertad provisional se acuerda cuando el peligro de que el imputado se sustraiga al proceso no existe¹⁵⁸. De las normas de la Ley de Enjuiciamiento criminal sobre la prisión provisional, se deduce que la Ley entiende que existe el *periculum in mora* siempre que el delito que se impute tenga señalada pena superior a prisión menor (art. 503-2.^a)¹⁵⁹; sin embargo,

Y GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 198, en principio, solo aseguran el proceso cognitorio y no el de ejecución.

En la doctrina italiana la tesis de la doble finalidad es mantenida por MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, III (trad. Sentís Melendo, Ayerra Redín), Buenos Aires, 1953, pág. 554; VASALLI, G., *Osservazioni sulla custodia preventiva*, en "Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini", Padova, 1954, págs. 486, 492-493; CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, págs. 145-146. Entienden, en cambio, que las medidas cautelares solo aseguran la posibilidad práctica de ejecución de la pena, DE LUCA, G., *Lineamenti della tutela cautelare penale, La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, pág. 15; FOSCHINI, *Sistema del Diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, pág. 446; DE MARSICO, A., *Diritto processuale Penale, Napoli*, 1966, pág. 215.

¹⁵⁵ Con base a esto es necesario un replanteamiento del problema, a un doble nivel: a nivel teórico, deberá estudiarse hasta qué punto las medidas cautelares personales no tienen dos funciones, sino que la detención prisión y libertad provisionales cumplen dos finalidades: una cautelar y otra de coerción Procesal; en un nivel práctico —y como propuesta *de iure condendo*—, es necesario regular medidas de coerción personal (puras), dado que el ineludible recurso a la prisión provisional puede resultar desproporcionado respecto al fin que se persigue -véase, en este sentido, DE MARSICO, A., *Diritto processuale penale*, cit., pág. 215-.

¹⁵⁶ La incomparecencia en la vista del juicio oral se encuadrará, generalmente, en este supuesto porque, incluso en el proceso de urgencia de competencia de los jueces de instrucción -donde pueden no haberse adoptado medidas cautelares personales durante la instrucción (art. 790, 3^a, par. 1, in *fine*)- (art. 790, 3^a, par. 3), la situación cautelar personal del imputado en el momento de la vista, se habrá concretado bien en la prisión o bien en la libertad provisional.

¹⁵⁷ FAIRÉN GUILLÉN, *La detención antes de juicio*, en RDPrIberoam., 1971, págs. 755, 766.

¹⁵⁸ La adopción de la prisión provisional o de la libertad provisional no depende de un diferente *fumus boni iuris*, sino de un mayor o menor, respectivamente, *periculum in mora*. La inexistencia de *fumus boni iuris* da lugar a la extinción de toda medida cautelar personal: véase DE LUCA, G., *Lineamenti...*, cit., págs. 88-89; GUARRINIELLO, R., *La discrezionalità del giudice in tema di mandato di cattura o di libertà provvisoria*, en Riv. Dir. Proc., 1966, pág. 525.

¹⁵⁹ Cuando mayor sea la pena amenazada mayores serán los deseos de eludirla: véase VASALLI, G., *Osservazioni sulla custodia preventiva*, en "Onore Manzini", Padova, 1954, pág. 490; FOSCHINI,

la norma no es de aplicación automática¹⁶⁰, pues el artículo 504, par. 2, prevé que el órgano, jurisdiccional valore las circunstancias concurrentes en el caso concreto y, si de aquellas resulta la inexistencia del *periculum*, puede acordar la libertad provisional¹⁶¹. Cuando el delito imputado está incriminado con pena de prisión menor o inferior, se invierten los términos del mecanismo antes expuesto: la Ley de Enjuiciamiento criminal, en abstracto, excluye la prisión provisional (art. 503-3.ª) pero el juez puede acordarla si, específicamente, existen datos que revelen el riesgo de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia (art. 503-3.ª, segundo inciso, art. 504, par. 1), uno de los cuales es la incomparecencia sin motivo legítimo.

La incomparecencia injustificada del imputado en libertad provisional será índice revelador de la existencia en concreto del *periculum in mora* y, en base a ello, se revocará la libertad provisional y acordará la prisión¹⁶².

En el proceso de urgencia de competencia de los Juzgados de Instrucción, la consecuencia jurídica estudiada se deberá producir, en todo caso, siempre que el Juez haya acordado la suspensión por estimar que carece de suficientes elementos para juzgar sin la comparecencia del acusado. Si la vista no se suspende por no estar justificada la ausencia y existir suficientes elementos de juicio, aún deberá acordarse la prisión si el Juez la considera necesaria si no para asegurar la comparecencia en la vista, sí para garantizar la ejecución de la pena privativa de libertad que pueda imponerse (función cautelar *stricto sensu*).

El hecho de que la consecuencia jurídica de la incomparecencia que incide sobre la situación -personal del imputado sea, precisamente, la emisión del auto de prisión, revela la autonomía de este supuesto normativo incluso en cuanto a esta clase de consecuencias. En efecto, es suficiente en estos casos que se dicte auto de prisión porque, en principio, el órgano jurisdiccional Conoce el paradero del imputado. Ese auto de prisión, cuya ejecución se encomienda, si no a un solo funcionario de la policía judicial (art. 505, par. 1), sí a un círculo reducido de estos funcionarios determinado en relación con el lugar de paradero del imputado, se podrá ejecutar inmediatamente, siempre y cuando el paradero actual del imputado continúe siendo el

Sistema di Diritto processuale penale, I, Milano, 1965, pág. 507; GÓMEZ DE LA SERNA, *De la prisión preventiva*, en RGLJ, 1857, págs. 214-215 y GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Telesforo, Detención y prisión preventiva*, en RGLJ, 1865, pág. 45.

¹⁶⁰ (160) En la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento criminal en ningún caso se imponía al órgano jurisdiccional, impidiéndole una apreciación discrecional del *periculum in mora*, dictar un auto de prisión. El auto de prisión obligatorio -siempre que exista *fumus boni iuris*-- ha sido introducido en nuestro proceso penal por los D-L 22-marzo-1957 (incorpora el par. 1 del núm.- 4.º del art. 503), 23-nov.-1.957 (incorpora el par. 2 del mismo artículo y número) y la Ley de 2 de diciembre de 1963 (art. 9-1, a): la prisión tiene, en estos casos, una función cautelar muy secundaria, pasando a primer plano una (espúrea) función preventiva (evitar que el imputado libre pueda impedir la normalización de la situación alterada por el delito). Para una crítica, véase FAIRÉN, *Notas sobre jurisdicciones especiales*, cit., págs. 8-11; AMODIO, E., *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo* en Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1967, págs. 864-865, 881. El n.º 4.º del artículo 503 Lecrim, ha sido derogado por Ley 10/1978, de 20 de febrero.

¹⁶¹ Sobre esta apreciación discrecional del *periculum in mora*, FAIRÉN, *La detención...*, cit., pág. 762; AGUILERA, *Comentarios...*, IV, Cit., pág. 201; FENECH, *Derecho...*, II, cit., pág. 826; SOTO NIETO, F., *La prisión y la libertad provisionales vistas por un juez*, en RDPr., 1955, págs. 583-585.

¹⁶² Sobre si, Posteriormente, podrá o no de nuevo acordarse su libertad Provisional, véase SOTO NIETO, *La prisión y libertad provisionales...*, cit., página 588.

que era conocido. Por esa razón no es aceptable la tesis mantenida por la Fiscalía del Tribunal Supremo en la Memoria de 1883¹⁶³ que, basándose en una aplicación automática del número 3.º del artículo 835 y sin interpretarlo sistemáticamente en relación con los artículos 505 y 512, atribuye a la incomparecencia en la vista del juicio oral del procesado en libertad provisional, la inmediata consecuencia de su llamamiento y busca por requisitorias. La orientación que deriva de esta Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo es teóricamente incorrecta y prácticamente inadecuada. Lo primero porque se basa en una confusión entre dos supuestos de ausencia distintos: atribuye a la incomparecencia las consecuencias de la desaparición. Lo segundo porque resulta desproporcionado utilizar, para obtener la presencia ante el órgano jurisdiccional de un imputado cuyo paradero, en principio, es conocido, un medio como el llamamiento y busca por requisitorias, cuyas características están en función de una finalidad más compleja —obtener la presencia del imputado cuyo paradero se desconoce—.

En los procesos por faltas, la consecuencia jurídica de la incomparecencia que afecta a la libertad personal del acusado no está totalmente excluida. Inicialmente, la producción de esta consecuencia se subordina a que la incomparecencia sea injustificada y haya dado lugar a la suspensión —por considerarse necesaria la declaración del acusado—. En tal caso, se debe distinguir: a) si el acusado reside fuera de la circunscripción territorial del Juzgado que conoce el juicio, el Juez no puede ordenar la conducción coactiva de aquél, debiendo limitarse a recibirle la declaración mediante exhorto o carta-orden (arts. 967, 970, Ley de Enjuiciamiento criminal: arts. 5 y 8 Decreto de 21 de noviembre de 1952¹⁶⁴; b) si el acusado reside en la circunscripción de aquel Juzgado, el Juez lo hará conducir a su presencia por la fuerza pública (art. 9, Decreto de 21 de noviembre de 1952)¹⁶⁵.

E) La separación de procedimientos en los casos de pluralidad de acusados.

Cuando la ausencia del imputado tiene como consecuencia jurídica la suspensión del proceso o de algún acto del mismo, se plantea el problema, en el caso de que exista una pluralidad de imputados que sean enjuiciados en un solo procedimiento, de si y hasta qué punto la suspensión debe afectar también a los imputados presentes.

¹⁶³ Instrucción número 43, recogida en extracto en POGGIO y OYUELOS, *Circulares y consultas...*, cit., págs. 344-345.

¹⁶⁴ AGUILERA, *Comentarios...*, VI, cit., págs. 578-579; REUS, *Ley de enjuiciamiento...*, II, cit., págs. 136-137: en el modo expresado en el texto se compaginan, vienen a indicar estos autores, la no obligación de comparecer con la necesidad de recibir la declaración.

¹⁶⁵ Esta consecuencia no se formulaba de modo expreso en los artículos de la Ley de Enjuiciamiento criminal reguladores del juicio de faltas. Debe llamarse la atención sobre dos puntos: la medida del artículo 9 D. 21-nov.-1952, constituye un caso de medida coercitiva no cautelar, no considero necesario —contra lo que parece deducirse de la redacción del artículo que comentamos— que se cite por dos veces al acusado (la citación a juicio verbal y una nueva citación cuando, dada la incomparecencia, el Juez haya ordenado la suspensión por considerar necesaria la declaración), dado que la obligación de comparecer se le impone, por residir en la circunscripción del Juzgado, con la primera citación y no especialmente cuando se considera necesaria su declaración.

La suspensión o al menos la suspensión por tiempo indefinido del proceso respecto a los imputados presentes, no es jurídicamente necesaria y existen razones fundamentales para -rechazarla.

En primer lugar, la suspensión no es jurídicamente necesaria porque, en el proceso penal, no puede producirse un litisconsorcio pasivo necesario. El litisconsorcio necesario en el proceso civil, es una categoría procesal correlativa a determinada estructura jurídico-material de ciertas relaciones jurídicas¹⁶⁶. En los supuestos de litisconsorcio propiamente necesario, en el proceso se deduce una única pretensión con pluralidad necesaria de sujetos que piden -activo- o frente a los que se pide -pasivo-¹⁶⁷. La falta de participación de todos aquellos sujetos en el proceso, da lugar a una sentencia ineficaz, no susceptible de producir modificaciones en la relación jurídico-material¹⁶⁸, razón por la cual es preciso que el contradictorio venga instituido —inicial o posteriormente¹⁶⁹— en su plenitud en lo que se refiere a la pluralidad necesaria de sujetos, que deben ser parte en el proceso. Partiendo de estas premisas, cae por su base la admisión del litisconsorcio pasivo necesario en el proceso penal propugnada por VIADA¹⁷⁰ y MASSA¹⁷¹, porque, en el proceso penal, incluso cuando la pluralidad de imputados no se debe a la acumulación de procesos por delitos distintos entre sí conexos sino a la participación en diversos grados en un único delito, no se ejercita una pretensión única frente a varias personas, sino tantas pretensiones como procesados existan. Ello es lógica consecuencia del principio de responsabilidad penal individual, fundamento del ordenamiento penal vigente¹⁷², cuya repercusión, en el plano procesal, es que el proceso penal tiene el fin de establecer si una persona concreta ha realizado un hecho y si, por ello, esa persona ha incurrido en responsabilidad criminal¹⁷³. No existiendo litisconsorcio pasivo necesario, la suspensión del proceso respecto al imputado ausente no debe extenderse al presente, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia¹⁷⁴.

¹⁶⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Sobre el litisconsorcio en el proceso civil*, en "Estudios...", cit., pág. 317; MONTERO AROCA, Juan, *La intervención adhesiva simple (Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil)* ... Barcelona, 1972, págs. 72-73; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Concepto y regulación positiva del litisconsorcio*, en RDPrIberoam., 1971, págs. 584-585

¹⁶⁷ MONTERO, *La intervención...*, cit., págs. 69-76.

¹⁶⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, *Concepto y regulación positiva...*, cit., páginas 583-584, 585, 589-599.

¹⁶⁹ Sobre las dificultades, en nuestro Derecho positivo, para la integración del contradictorio posterior a la presentación de la demanda, véase FAIRÉN, *Sobre el litisconsorcio...*, cit., págs. 138-113; MONTERO, *La intervención...*, cit., págs. 20-23.

¹⁷⁰ VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., *Litisconsorcio pasivo necesario en el delito de adulterio*, en RDPr., 1947, pág. 58: "... existe litisconsorcio pasivo necesario en el delito de bigamia, en el adulterio, y en general, en todos los casos de coautoría..."; seguido por MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado...*, cit., pág. 57, nota 61.

¹⁷¹ MASSA, *L'effetto estensivo dell'impugnazione nel processo penale*, Napoli 1955, págs. 36-40.

¹⁷² GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, II, cit., pág. 274.

¹⁷³ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, II, cit., pág. 282.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 27-junio-1968: "CDO.: que en igual línea interpretativa, la añeja resolución de esta Sala de 16 de enero de 1875, estableció no poder acogerse la alegación de que la rebeldía de coautor de adulterio, impedía la condena de la mujer casada infiel, confirmando la sanción impuesta a ésta por la ausencia procesal de aquél, siendo exacta esta doctrina y digna de continuar manteniéndose, puesto que, si conocidos los adúlteros, se dirige la querrela contra ambos, queda cumplida la exigencia única que establece el artículo 450 del Código Penal, y si en el curso del procedimiento uno de ellos se coloca en voluntaria situación de rebeldía procesal, el precepto aplicado

En segundo lugar, la suspensión indefinida del proceso respecto a los imputados presentes pugnaría con el posible interés de estos en una pronta resolución de la causa, en abandonar la insegura y perjudicial situación que origina el estar sometido a proceso penal¹⁷⁵, y, al mismo tiempo, dicha suspensión no estaría justificada en la protección del derecho, constitucionalmente reconocido al imputado, a ser personalmente oído.

Sin embargo, la continuación del proceso respecto a los imputados presentes y la consiguiente separación de procedimientos no está exenta de problemas, porque hay que pensar que la acumulación de procesos en un único procedimiento está al servicio de determinados fines —evitación de sentencias contradictorias, logro de una mayor eficacia en la actividad jurisdiccional, etc.—¹⁷⁶, difíciles de alcanzar cuando la acumulación se quiebra.

El legislador, teniendo en cuenta las consideraciones apuntadas en el párrafo anterior y tratando de salvar en la medida de lo posible —es decir, sin llegar a establecer una suspensión indefinida del proceso respecto a los imputados presentes— la finalidad perseguida mediante la acumulación de procesos, ha regulado especialmente las repercusiones de la incomparecencia de algún acusado a la vista del juicio oral sobre la realización de ese mismo acto con respecto a los acusados comparecientes.

a) *Proceso ordinario y procesos de urgencia.*

Las consecuencias de la incomparecencia de algún acusado sobre la realización de la vista del juicio oral respecto a los acusados presentes, son distintas en el proceso ordinario y en los de urgencia.

En el proceso ordinario no existe una norma que regule de modo expreso este supuesto, pero ello no implica que el supuesto no esté regulado. Se trata —una vez más— de que la normativa de la Ley de Enjuiciamiento criminal, solo se ocupa expresamente de un supuesto de ausencia —la rebeldía—, por lo que es necesario ir más allá de los términos literales de las disposiciones para desvelar la regulación de los restantes

es el 842 de la Ley de Enjuiciamiento criminal..., con solución justa que no puede ser cohibida en ningún caso, ni por lo tanto en el adulterio, ya que la norma penal antes citada no exige que el juicio se celebre contra los dos, sino que contra ellos se entable la querrela, ni la técnica penal impone en su alianza con la procesal, una coautoría indivisible con efectos paralizadores de la acción, lo que tendría que determinarse por norma expresa inexistente, por contrariar el derecho de persecución y punición, y podría prestarse a voluntarios subterfugios contrarios a la finalidad de actividad y decisión a que tiende todo proceso penal, sin que represente la condena de uno de ellos la sanción del ausente, porque además de no imponerse en el proceso criminal ordinario, en el que sea habido, ha de ser juzgado con todas las garantías y con independencia de criterio, sin limitaciones que provengan de la resolución anterior.

En Idéntico sentido, Sentencia del Tribunal Supremo 20-marzo-1970.

¹⁷⁵ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios...*, V, cit., pág. 788: "... el mero buen sentido impone la continuación en cuanto a ellos por el derecho indiscutible que les asiste para salir cuanto antes y sin demora de la situación indefinida que entraña el procesamiento, absolviéndoselos o condenándoselos a fin de que no se les cause indebidos e innecesarios perjuicios con la suspensión injustificada del procedimiento". memoria de la F. T. S. de 1976, cit., págs. 309-310.

¹⁷⁶ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, I, Barcelona, 1947, págs. 436-437; DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972 págs. 77-84.

supuestos de ausencia. De una interpretación *a contrario sensu* del artículo 842, se deduce la regulación del caso.

En el artículo 842 se dispone que la continuación del proceso respecto a los acusados presentes, en procedimiento separado del de los ausentes, se realizará sobre el presupuesto de la declaración de rebeldía de los últimos. De lo cual se deduce que mientras no se haya efectuado la declaración de rebeldía y siempre que esté pendiente el juicio oral -si ;-1 proceso está en fase de sumario no hay suspensión-, la -suspensión afecta tanto a los ausentes como a los presentes. Producida, pues, la incomparecencia se suspende respecto a todos los acusados, para continuar cuando se consiga la presentación del incompareciente -bien como resultado del auto de prisión o de la requisitoria- o, solo contra los acusados presentes, cuando se declare la rebeldía del ausente.

La Fiscalía del Tribunal Supremo en su Memoria de 1888¹⁷⁷ y, muy recientemente, en la de 1976¹⁷⁸, ha pretendido desconocer la indudable base normativa que tiene la suspensión de la vista respecto a todos los acusados por incomparecencia de alguno de ellos, considerando que ello obedece a una mera práctica de los tribunales. La tesis de la Fiscalía es incorrecta. A nuestro entender, la argumentación anterior, basada en el artículo 842, es impecable¹⁷⁹. Además, si se tratara de una simple práctica, no hubiera sido necesario establecer, por vía legislativa, una regulación distinta del supuesto para los procesos de urgencia, que constituye un argumento más en apoyo de nuestra tesis. Tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como en las sentencias de las Audiencias provinciales, se mantiene que, en el proceso ordinario, la incomparecencia de un acusado implica la suspensión de la vista respecto a todos¹⁸⁰, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1967, en cuyos considerandos se lee: « ... pero al señalarse día para la vista no comparecieran los procesados J. M. J y M. T., los cuales al ser citados para el mismo no se encontraran en sus domicilios, y aunque el Fiscal solicitó la suspensión no fue acordada por el Tribunal, en razón de que siendo los delitos atribuidos a unos y a otros procesados independientes entre sí, podían ser juzgados separadamente, según los artículos 792 y 801 de la Ley Procesal, olvidando que los *citados preceptos están dictados para el caso de seguirse la causa por el procedimiento de urgencia, pero no para el trámite ordinario*, según el cual se siguió la causa a que este procedimiento se refiere, que no consentía prescindir en modo alguno de algunos de los procesados, como en este caso prescindió el Tribunal de los dos antes citados, sin que fuera pretexto aceptable el no haber sido encontrados en el momento para la citación del juicio oral, porque en tal caso *debió hacerse las diligencias necesarias para declarar previamente la rebeldía de los mismos*».

¹⁷⁷ COLMEIRO, Manuel, *Estado de la Administración de Justicia y reformas que parecen convenientes*, Memoria elevada al Ministro de Gracia y Justicia en la solemne apertura de los Tribunales, el día 15 de septiembre de 1888, por el Fiscal del Supremo, D. Manuel COLMEIRO, en RGLJ, 1888, tomo 73, páginas 329-330.

¹⁷⁸ *Memoria...*, 1976, cit., págs. 308-309.

¹⁷⁹ En la Memoria de 1888, el artículo 842 ni se cita, y, en la de 1976, se interpreta mal porque se confunden los supuestos de rebeldía y de incomparecencia y, tras aquella confusión, el artículo 842 es reclamado en apoyo de la tesis de la Fiscalía.

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 28-noviembre-1969; sentencias Audiencia Provincial de Zaragoza de 16-abril-1973, Audiencia Provincial de Tarragona de 17-marzo-1969.

Para los procesos de urgencia existe regulación expresa del supuesto en el artículo 801, par. 3. La diferencia entre esta regulación y la del proceso ordinario, consiste en que no en todo caso la incomparecencia de algún acusado da lugar a la suspensión de la vista respecto a todos los acusados. La suspensión de la vista a la separación de procedimientos con realización de la vista respecto a los acusados comparecientes, dependen de la apreciación que, en el caso concreto, haga el órgano jurisdiccional sobre la inexistencia o existencia de elementos que permitan el enjuiciamiento separado de los acusados.

El problema reside en determinar qué debe entenderse por «elementos para juzgar con independencia a unos de otros», a cuya resolución dedicamos el siguiente epígrafe.

b) Elementos que permiten el enjuiciamiento separado.

Por existencia de «elementos para juzgar con independencia a unos de otros (acusados)» puede entenderse, en primer lugar, la concurrencia de fuentes de prueba suficientes para juzgar a algunos acusados, prescindiendo de las declaraciones de los co-acusados ausentes. Así, efectivamente, en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1976 se mantiene que «el co-enjuiciamiento de los co-reos... (es) útil cuando la presencia de los otros acusados puede ser utilizada para un mejor conocimiento de la participación de cada uno de los sujetos activos del delito juzgado»¹⁸¹. Aunque esta interpretación no puede descartarse, el sentido del presupuesto para la separación de procedimientos establecido en el artículo 801, par. 3, excede de la finalidad de conseguir una prueba más completa y perfecta.

A mi modo de ver, con la expresión «elementos para juzgar con independencia a unos de otros», se hace referencia, fundamentalmente, a que los hechos imputados a cada uno de los varios acusados sean, en cierto modo, autónomos, de modo que el juicio sobre alguno de ellos, en el plano lógico¹⁸², ni dependa del juicio sobre otro, ni lo predetermine. Se trata, en definitiva, de evitar que, dados los hechos objeto del proceso, la separación de procedimientos implique un grave riesgo de que sean dictadas sentencias contradictorias¹⁸³.

No en todos los casos de pluralidad de acusados, existe riesgo de contradicción entre sentencias si los procedimientos se separan.

En los casos de pluralidad de acusados por delitos conexos (en cualquiera de las formas de los cuatro primeros números del art. 17), la separación de procedimientos no será susceptible de dar lugar a contradicciones entre la sentencia dictada en el proceso contra los presentes y la que, en su caso, llegue a dictarse respecto a los incomparecientes. Y ello porque estas sentencias se fundarán, para condenar o absolver, en el carácter delictivo o no que, por si mismo -es decir, sin relación con los

¹⁸¹ Memoria..., 1976, cit., pág. 309.

¹⁸² Sobre los conceptos de prejudicialidad lógica y prejudicialidad técnica -inexistente en el proceso penal, porque la cosa juzgada penal carece de efecto positivo-, DE LUCA, G., *Il limiti della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, págs. 208-214, 220-221.

¹⁸³ Este riesgo, en el proceso penal, solo puede ser conjurado eficazmente mediante la acumulación de los procesos contra los varios acusados en un único procedimiento, dado que la sentencia emitida en el proceso respecto a un acusado, carece de efecto prejudicial respecto a las sentencias de los procesos contra los otros acusados; véase GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, I, cit., pág. 429.

hechos atribuidos a otros procesados-, tiene el hecho imputado a un procesado determinado¹⁸⁴.

Frente a los supuestos de conexión con pluralidad de procesados, en los casos de participación de varias personas en un solo hecho delictivo, el enjuiciamiento separado de sus conductas en procedimientos diversos, da lugar a problemas de extraordinaria gravedad.

En todos los supuestos en que la responsabilidad criminal da una persona—en concepto de coautor de los números 2.º y 3.º del artículo 14 del Código Penal, de cómplice o encubridor— se determina accesoriamente, en relación con la afirmación respecto al autor —directo y principal— de la comisión del delito o de determinados elementos del mismo, el enjuiciamiento, separado y previo, de las conductas de algún modo accesorias, puede dar lugar a sentencias contradictorias con respecto a la que se dicte al enjuiciar, posteriormente, la conducta del autor principal.

Por otra parte, en delitos pluripersonales o de participación impropia o necesaria, como el adulterio y el amancebamiento, en los que la participación de dos personas es requisito del propio tipo penal, pueden surgir similares problemas.

La condena de una persona como autor por inducción, presupone la previa atribución al autor directo de la realización, cuanto menos, de un hecho típicamente antijurídico¹⁸⁵. Si, posteriormente se absuelve al autor directo por no haber realizado el hecho o por mediar una causa de justificación, las sentencias son contradictorias en cuanto a los elementos objetivos de los que hacen derivar la responsabilidad criminal. En todo caso el inductor sería responsable como provocador, pero no como autor del artículo 14-2.^o¹⁸⁶.

Idénticos planteamientos cabe hacer en los supuestos de cooperación necesaria (art. 14-3.º) y complicidad (art. 16), siempre partiendo de la base de que nuestro Código Penal sigue el principio de la accesoriedad limitada, en virtud del cual la responsabilidad de los partícipes se subordina a que la acción del autor directo y principal sea típicamente antijurídica¹⁸⁷.

El grado de accesoriedad en el encubrimiento del artículo 17 del Código Penal es discutido por la doctrina, a causa de los términos «hecho *punible*» que se utilizan en

¹⁸⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972, págs. 78-81.

¹⁸⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, I (Con CÓRDOBA RODA, DEL TORO MARZAL y CASABO), cit., pág. 856; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, I, Madrid, 1973, págs. 677-678.

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, I (con CÓRDOBA RODA, DEL TORO MARZAL y CASABO), pág. 856; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, I-2, Barcelona, 1971, pág. 639.

¹⁸⁷ En favor de la vigencia en el C. P., del principio de accesoriedad limitada, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, cit., I, págs. 674-675; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I-2, cit., pág. 628 —exceptuando el supuesto de encubrimiento, al que luego nos referiremos—; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, Madrid, 1949, págs. 421-422; QUINTANO RIPOLLÉS, *Complicidad*, en NEJES, Barcelona, 1952: «Cabe pues una responsabilidad de cómplice junto a la no responsabilidad de autor, en supuestos de inimputabilidad y aun ausencia de éste, pero no es imaginable tal forma de delincuencia cuando la infracción falta»; DEL ROSAL, Juan, *Derecho Penal Español (Lecciones)*, II, Madrid, MCMLX, pág. 119, defiende la existencia de una accesoriedad máxima, que exige la culpabilidad del autor principal.

el párrafo 1.º de aquel artículo¹⁸⁸. De seguirse, también aquí, el principio de accesoriad limitada, el problema quedaría planteado en idénticos términos que en los anteriores casos. La admisión, en este caso, de la accesoriad máxima, haría surgir el problema de la contradicción también cuando en la posterior sentencia se absolviera al autor principal por inimputable o no culpable.

En los delitos plurisubjetivos —como el de adulterio¹⁸⁹— el riesgo de contradicción entre sentencias que juzguen a los dos procesados separadamente, se sitúa a nivel de la propia conjugación del tipo penal.

U sentencia que condene a uno de los adúlteros por el hecho del «yacimiento» con el otro procesado ausente, será contradictoria con la que absuelva a éste por no existir el hecho del «yacimiento» con el procesado condenado, y la contradicción afectará al propio tipo penal, cuya conjugación exige la convergencia o encuentro de dos conductas¹⁹⁰.

En los casos de pluralidad de acusados no debidos a conexión de delitos, debe entenderse que no existen elementos para juzgarlos separadamente —tanto más si hubiera que juzgar previamente a los que no son acusados como autores o como autores directos— y, por lo tanto, no deberá acordarse la separación de procedimientos por la mera incomparecencia de algún acusado a la vista del juicio¹⁹¹.

Sin embargo, el no procederse a la separación de procedimientos por la incomparecencia, no permite evitar el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias si, por no tener éxito el auto de prisión dirigido contra el incompareciente ni la requisitoria que se expida después, llega a declararse la rebeldía. Entonces la separación de procedimientos es ineludible, en base al artículo 842.

¹⁸⁸ En favor de la accesoriad máxima —acción típicamente antijurídica culpable— ANTÓN ONECA, *Derecho Penal...*, I-2, cit., pág. 628; en favor de la accesoriad limitada; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal...*, Í, cit., página 698; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, I, cit. (Con CÓRDOBA, DEL TORO MARZAL y CASABO), págs. 901-903.

¹⁸⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel, *Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio (artículo 449 del Código Penal)*, en ADP, 1967, págs. 147 y ss.

¹⁹⁰ COBO, *Sobre la naturaleza pluripersonal...*, en ADP, cit., págs. 158159, indica: "En resumen, tenemos: no existen dos conductas, con diferente sujeto, que pueden generar ya desde ese momento, dos delitos unipersonales de adulterio, en cierto modo diferenciados, sino más bien dos conductas, con sus sujetos correspondientes, que se agrupan y enlazan por el plural empleado (cometen adulterio), y unificadas en categoría superior (tipo) que solo se dará en la medida que ambas necesariamente se verifiquen y encuentren en la forma antes afirmada".

¹⁹¹ Igual conclusión en SAEZ JIMÉNEZ, J., *Enjuiciamiento criminal. Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento criminal referidos a la Ley de Urgencia*, Madrid, 1962, págs. 946-947.

PARA UNA SISTEMATIZACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL (*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Profesor Adjunto interino de Derecho Procesal
en la Universidad de Valencia

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL TEMA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL PROCESO PENAL Y OTRAS MEDIDAS AFINES.
3. FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES; ESPECIALMENTE, EN EL PROCESO PENAL.
4. FUNCIONES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: A) FUNCIÓN CAUTELAR.
5. FUNCIONES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: B) FUNCIONES NO CAUTELARES.
6. FUNCIONES NO CAUTELARES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.
7. FUNCIONES DE LA LIBERTAD PROVISIONAL E INSTITUTOS AFINES; EN ESPECIAL DEL *CONTRÔLE JUDICIAIRE*.
8. CONCLUSIONES SOBRE LAS FUNCIONES DE LA PRISIÓN Y LIBERTAD PROVISIONALES Y PERSPECTIVAS DE REFORMA.
9. LA CARACTERÍSTICA DE INSTRUMENTALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.
10. DIFICULTADES EN LA CONCEPCIÓN DE LA INSTRUMENTALIDAD RESPECTO A ALGUNAS SUPUESTAS MEDIDAS CAUTELARES.
11. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: A) *EL FUMUS BONI IURIS*.
12. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: B) *EL PERICULUM IN MORA*.
13. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES: C) IMPOSIBILIDAD DE CONCURRENCIA DE *PERICULUM IN MORA* RESPECTO A ALGUNAS SUPUESTAS MEDIDAS CAUTELARES.
14. VARIABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN FUNCIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE SUS PRESUPUESTOS.
15. LAS MEDIDAS DE LOS ARTÍCULOS 731 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y 9 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952: SU ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO.
16. NATURALEZA JURÍDICA DEL SECUESTRO DE LOS INSTRUMENTOS Y EFECTOS DEL DELITO.
17. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ESTUDIADAS.

(*) Publicado en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1978, Nº 5, pp. 439-489.

1. INTRODUCCIÓN.

El estudio de las medidas cautelares en el proceso penal español no está, ciertamente, muy desarrollado¹. Este trabajo pretende ser una contribución al mismo.

Dos son los problemas fundamentales que afrontamos en estas notas: la posibilidad de aplicar la teoría general de las medidas cautelares a determinadas medidas que se adoptan en el proceso penal y la determinación de estas medidas, distinguiéndolas de otras que presentan algunos puntos de contacto con ellas.

El primero no es un problema artificial. Como luego veremos, algunos autores rehúyen, explícita o implícitamente, la aplicación de la teoría de las medidas cautelares al proceso penal. En principio, siguiendo a CALAMANDREI² y a FAIRÉN³, entendemos que es correcto, teóricamente, encuadrar determinadas actuaciones del proceso penal en la categoría de las medidas cautelares, inicialmente configurada en el ámbito del proceso civil. Ahora bien, esto debe ser demostrado por la vía de verificar si una determinada realidad normativa -algunas medidas que pueden acordarse en el proceso penal-, es susceptible de ser explicada mediante la teoría de las medidas cautelares. En este sentido, hay que indicar, previamente, que la solución puede variar en los diversos ordenamientos jurídicos: las diferencias en los presupuestos de la prisión provisional, pueden conducir a que, mientras en unos ordenamientos deba ser considerada como medida cautelar, en otros no tenga esta naturaleza o, al menos, no la tenga en todos los casos. Lo afirmado respecto a la prisión, podría aplicarse a la libertad provisional o medidas similares: las obligaciones que acompañan esta situación personal del imputado, pueden conferirle naturalezas jurídicas muy diversas.

El segundo problema se resuelve en función del primero. Concretadas las actuaciones que responden a los elementos esenciales de la teoría de las medidas cautelares, es fácil discriminar otras medidas que, aún coincidiendo parcialmente sus características con las de las primeras, no pueden encuadrarse en la categoría de las medidas cautelares. El conjunto de medidas cuya naturaleza hay que determinar, separando especialmente las cautelares, es amplio y confuso: medidas de privación o limitación provisionales de la libertad del imputado (detención, prisión y libertad

¹ Aparte del tratamiento del tema en las obras de carácter general, en alguna de las cuales no se adopta la denominación de medidas cautelares. podemos citar a FAIRÉN GUILLÉN, V., *La detención antes del juicio*, en «Revista de Derecho Privado Iberoamericano», 1971, págs. 755-769; GONZÁLEZ MONTES, J. L., *Las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento*, en «El sistema de medidas cautelares», Pamplona, 1974; SOTO NIETO, F., *La prisión y libertad provisionales vistas por un juez*, en RDPr., 1955, págs. 574-619; GIMENO SENDRA, J. V., *La detención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Anteproyecto de Reforma*, Separata de la RGD, Valencia, 1977. Otros estudios sobre el tema, no referidos al ordenamiento vigente, pero de interés: GÓMEZ DE LA SERNA, P., *De la prisión preventiva*, en RGLJ, 1857, tomo 10, págs. 209 y sigs.; GÓMEZ RODRÍGUEZ, T., *Detención y prisión preventiva*, en RGLJ, 1864, tomo 24, págs. 38 y sigs.

² CALAMANDREI, P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, págs. 145-146.

³ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Ideas para una teoría general del Derecho procesal*, en «Temas del Ordenamiento Procesal», I, Madrid, 1969, págs. 330-331.

provisionales, medidas de los artículos 731, Ley Enjuiciamiento Criminal y 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952), de privación del poder de disposición sobre determinados bienes (secuestro del artículo 338, 1, Ley Enjuiciamiento Criminal), constitución de garantías patrimoniales o imposición de gravámenes sobre los bienes (fianza de libertad provisional, fianzas y embargos en garantía de responsabilidades pecuniarias), medidas de privación provisional del ejercicio de determinados derechos o cargos (artículos 529 bis, 775, 2, de la citada Ley), de aseguramiento de la asunción de las pruebas (prueba anticipada) y de las fuentes de prueba (entrada y registro en lugar cerrado, registro de libros y papeles, detención y apertura de correspondencia). En esta enumeración, hay medidas que, no siendo cautelares, presentan características que las acercan a aquéllas: la prevención de un cierto *periculum in mora*, la urgencia de determinadas actuaciones y la provisionalidad de alguna de estas medidas que afectan a los mismos bienes jurídicos sobre los que puede recaer la ejecución. Esta parcial coincidencia de características explica que se haya atribuido, erróneamente a nuestro juicio, naturaleza cautelar a alguna de estas medidas.

2. TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL TEMA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL PROCESO PENAL Y OTRAS MEDIDAS AFINES.

Nuestra doctrina procesal penal aplica, generalmente, al proceso penal, la teoría de las medidas cautelares. Algunos autores anteponen a la exposición de las concretas medidas, los postulados fundamentales de aquella teoría⁴.

VIADA-ARAGONESES⁵ adoptan una terminología distinta: medidas coercitivas. Esta diferente terminología induce a pensar, en principio, que el conjunto de medidas contempladas por estos autores bajo la denominación de «coercitivas», es más amplio que el de aquellas que la mayoría de los autores consideran como cautelares. Realmente, la coacción es un medio que puede estar al servicio de diversos fines, y el fin cautelar sólo es uno de ellos. Pero, en realidad, se trata sólo de una diferencia terminológica, porque las medidas que aquéllos califican de cautelares y éstos de coercitivas, son las mismas.

Las medidas que se consideran cautelares suelen variar de uno a otro autor. Hay unanimidad respecto al conjunto de medidas llamadas, por algunos, cautelares personales: citación cautelar, detención, prisión y libertad provisionales. Respecto a las restantes medidas ya no hay acuerdo: PRIETO-CASTRO y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, incluyen los embargos y fianzas en garantía de las responsabilidades civiles que puedan declararse⁶; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO añade a las anteriores

⁴ FAIRÉN, *La detención...*, cit., pág. 755; GONZÁLEZ MONTES, *Las medidas cautelares personales...*, cit., pág. 168; HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal* (con GÓMEZ ORBANEJA), Madrid, 1975, pág. 189; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, M., *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1969, págs. 187-189.

⁵ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C.; ARAGONESES ALONSO, P., *Curso de Derecho procesal penal*, I, Madrid, 1974, págs. 281-289; también ARAGONESES, P., *Instituciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, págs. 225-230.

⁶ PRIETO-CASTRO, L.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, págs. 262-265.

el secuestro de cosas en la instrucción y la prueba anticipada⁷; FENECH y VIADA-ARAGONESES, excluyen la prueba anticipada y, el primero, el secuestro, pero añaden la entrada y registro en lugar cerrado y la detención y apertura de correspondencia⁸; HERCE considera medidas cautelares las fianzas y embargos en garantía de las responsabilidades civiles, los secuestros, la prueba anticipada y la detención y apertura de correspondencia⁹.

La doctrina italiana adopta, ampliamente, la teoría de las medidas cautelares, profundizando en la problemática que suscita su adaptación al proceso penal. Se pueden citar, como autores más significativos situados en esa línea, a CARNELUTTI¹⁰, DE LUCA¹¹, SANTORO¹², LEONE¹³, FOSCHINI¹⁴, VASALLI¹⁵ y AMODIO¹⁶. Sin embargo, entre estos autores, existen importantes divergencias sobre el modo de concebir determinados aspectos fundamentales de la teoría de las medidas cautelares, principalmente sobre cuál sea la finalidad que éstas tienen.

La aplicación de la teoría de las medidas cautelares al proceso penal tiene oponentes entre los autores italianos. FRISOLI la rechaza por entender que, en la actualidad, la fuga ya no es un medio seguro para frustrar la ejecución, por ser discutible que pueda privarse a una persona de su libertad antes de sentencia de condena irrevocable y porque no son exigibles contracautelas en garantía de la indemnización por una prisión provisional seguida de absolución¹⁷. SABATINI considera forzado el encuadramiento de la *custodia preventiva* en las medidas cautelares, por entender que la «presunción de no culpabilidad» impide establecer nexos entre la *custodia preventiva* y la pena, por no ser necesario asegurar la presencia del imputado en el proceso -dado que éste puede tener lugar en *contumacia*---, ni el resultado del proceso --dado que no existe seguridad de que vaya a condenarse a una pena privativa de libertad-¹⁸. Estas objeciones no son convincentes: no es esencial para la existencia de una medida cautelar que, para su adopción, deba constituirse una contracautela; las medidas cautelares no contradicen la llamada «presunción de no culpabilidad», porque las diversas restricciones que originan, no se fundan *exclusivamente* en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto

⁷ IBÁÑEZ, *Curso...*, cit., págs. 189-194.

⁸ FENECH, *Derecho procesal penal*, II, Barcelona, 1952, páginas 148-171; VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, I, págs. 286-289.

⁹ HERCE, *Derecho...*, cit. (con G. ORBANEJA), págs. 198-205.

¹⁰ CARNELUTTI, F., *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, s.f., págs. 57-89; del mismo, *Principios del proceso penal*, Buenos Aires, 1971 (trad. SENTÍS MELENDO, S.), pág. 189.

¹¹ DE LUCA, G., *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, *passim*.

¹² SANTORO, A., *Manuale di Diritto processuale penale*, Torino, 1954, págs. 485-507.

¹³ LEONE, G., *Trattato di Diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961, págs. 259-260.

¹⁴ FOSCHINI, G., *Sistema del Diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, págs. 499-538.

¹⁵ VASALLI, G., *Osservazioni sulla custodia preventiva*, en «Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini», Padova, 1954, páginas 485-508.

¹⁶ AMODIO, E., *Le cautele patrimoniali nel processo penale*, Milano, 1971, *passim*.

¹⁷ FRISOLI, P., *La custodia preventiva*, en «Atti del Convegno nazionale di alcune fra le più urgenti riforme della procedura penale», Milano, 1954, págs. 98-99.

¹⁸ SABATINI, G., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1954, pág. 434.

sometido a ellas¹⁹; la adopción de toda medida cautelar implica un riesgo, en el sentido de que nunca existe seguridad sobre sí, en la sentencia irrevocable, se impondrá la pena cuya ejecución pretendía asegurarse.

MANZINI no recurre a la teoría de las medidas cautelares. Las medidas que tienen este carácter, son incluidas por él, junto con otras, en una categoría más amplia, que denomina «coerción procesal». Su posición -a diferencia de la de VIADA ARAGONESES- es coherente. El planteamiento del autor es el siguiente: para el desenvolvimiento de la actividad procesal es necesaria o útil la presencia de determinadas personas (imputada, testigos, peritos, etc.) y la disponibilidad de determinadas cosas; en ocasiones, estas finalidades se consiguen mediante la imposición de un deber sancionado de comparecencia o exhibición, en otras, o cuando aquel deber originario se incumple, se logran a través de la imposición coactiva de la comparecencia o exhibición²⁰. Al radicar el criterio de sistematización más en la naturaleza del medio utilizado, que en la finalidad perseguida, el conjunto de medidas considerado comprende desde las propias medidas cautelares (custodia preventiva, libertad provisional), hasta medidas que indudablemente carecen de ese carácter (conducciones coactivas de testigos, peritos y del propio imputado), pasando por otras cuya naturaleza cautelar es dudosa (como las *perquisizioni domiciliari*).

La doctrina alemana se sitúa en línea similar a la de MANZINI. Bajo la denominación de *Zwangsmittel o Zwangsmassnahmen*, los autores incluyen una serie de medidas cuyo único común denominador es el de implicar el uso de medios coactivos²¹. Así se explica que la *Vorführungsbefehl*, cuyo sujeto pasivo puede ser tanto el imputado como el testigo²² y cuya naturaleza jurídica no es de medida cautelar, se alinee junto a la *Untersuchungshaft* -medida con acusadas, aunque no exclusivas, finalidades cautelares-, como medida de carácter coactivo que incide sobre la libertad personal.

3. FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES; ESPECIALMENTE, EN EL PROCESO PENAL.

Las medidas cautelares cumplen, por esencia, una función de aseguramiento; están destinadas a evitar que el peligro, que afecta a la práctica efectividad de una resolución judicial que --dado el orden del procedimiento- no pueda adoptarse y llevarse a efecto de modo inmediato, se convierta en daño real, impidiendo que dicha resolución produzca sus efectos en la práctica o los produzca en forma menos útil que la debida.

¹⁹ Sobre el tema, véase AMODIO, E., *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea del diritti dell'uomo*, en «Riv. It. Dir. Proc. Pen.», 1967, págs. 862-863. En el número 5, c, de este trabajo, volvemos sobre el tema.

²⁰ MANZINI, V., *Trattato di Diritto processuale penale italiano*, III, Torino, 1970, 6.ª edición actualizada por G. CONSO y G. D. PISAPIA, pág. 591.

²¹ KERN, E.; ROXIN, K., *Strafverfahrensrecht*, München, 1972, pág. 143; PETERS, K., *Strafprozess*, Karlsruhe, 1966, págs. 350-351; HENKEL, H., *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, págs. 273-274.

²² KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 161-163.

La doctrina no pone en tela de juicio la genérica finalidad de aseguramiento de las medidas cautelares, pero se divide a la hora de determinar respecto a qué resoluciones o actuaciones del proceso principal, las medidas cautelares cumplen aquella finalidad.

Según la postura que concibe de modo restrictivo la función de las medidas cautelares, sólo tienen la naturaleza de medidas cautelares, aquellas cuya función aseguradora está al servicio del proceso de ejecución, en el sentido de que garantizan que la resolución sobre el fondo dictada en el proceso principal pueda llevarse a la práctica de modo útil. Entre nosotros esta postura está representada por CARRERAS²³, SERRA²⁴ y GUTIÉRREZ DE CABIEDES²⁵; en la doctrina italiana, es mantenida por DE LUCA²⁶.

Según otra postura, las medidas cautelares no sólo están al servicio del proceso de ejecución, sino también del proceso de declaración. Esta es la postura mayoritariamente adoptada por la doctrina española²⁷ y por la italiana²⁸. La finalidad de aseguramiento con respecto al proceso de declaración, la cumplirían las medidas cautelares, de una parte, mediante la recogida de determinadas fuentes de prueba y su puesta a disposición del órgano jurisdiccional, para evitar que sean alteradas, desaparezcan o sean ocultadas²⁹; de otra parte, mediante la anticipación de la práctica de determinados medios de prueba, cuando existiera peligro de que fuera imposible o extremadamente difícil realizarla en el momento procesal normalmente establecido para ello³⁰.

A mi modo de ver, sólo es posible decidirse entre estas dos corrientes doctrinales, u ofrecer -en su caso- una tercera alternativa, después de haber

²³ CARRERAS LLANSANA, J., *Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de enjuiciamiento civil*, en «Estudios de Derecho procesal» (con FENECH, M.), Barcelona, 1962, págs. 571-572.

²⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Teoría general de las medidas cautelares*, en «Las medidas cautelares en el proceso civil» (con RAMOS MENDEZ, F.), Barcelona, 1974, págs. 15-18.

²⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares*, en «El sistema de medidas cautelares», IX Reunión de profesores de Derecho procesal de las Universidades españolas, Pamplona, 1974, pág. 12.

²⁶ DE LUCA, G., *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, págs. 10-11; del mismo, *Coercizione processuale penale*, en «Enciclopedia del Diritto», VIII, Varese, 1960, pág. 300.

²⁷ Véanse, además de los autores que citaremos en notas siguientes, PRIETO-CASTRO, L., *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1969, págs. 654-657; FAIRÉN GUILLÉN, V., *La reforma del proceso cautelar español*, en «Ternas...», II, pág. 907, nota 43; HERCE QUEMADA, V., *El proceso cautelar*, en RDPr., 1966-IV, págs. 11-17.

²⁸ Véanse, CALAMANDREI, *Introduzione...*, págs. 31-34; CARNELUTTI, F., *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1947, págs 57-59; SANTORO, A., *Manuale di Diritto processuale penale*, Torino, 1954, pág. 37; ALLEGRA, G., *Processo e procedimento di coercizione preventiva personale*, en «Riv. It. Dir. Proc. Pen.», 1949, págs. 531-532.

²⁹ CARNELUTTI, *Lezioni...*, II, pág. 58; FOSCHINI, G., *Sistema del Diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, págs. 512-513; FENECH, *Derecho...*, II, págs. 119-120; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., págs. 189-191.

³⁰ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., págs. 32-34; HERCE QUEMADA, V., *Derecho...* (con GÓMEZ ORBANEJA), págs. 198-199; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, págs. 192-194.

determinado qué medidas son propiamente cautelares, por responder a los elementos esenciales de una teoría general de las medidas cautelares suficientemente coherente.

En este orden de cosas, diversas consideraciones inclinan a mantener una concepción restrictiva de la finalidad de las medidas cautelares. Debe observarse que la teoría general de las medidas cautelares, ha sido elaborada teniendo en cuenta, específicamente, la función de aseguramiento de la ejecución³¹. Partiendo de esta base, la ampliación de la función y del ámbito de las medidas cautelares, se ha realizado sacrificando aspectos fundamentales de la teoría general: los conceptos de instrumentalidad y *periculum in mora* son distintos a los formulados en la teoría general³², se ha negado carácter provisional a la práctica anticipada de la prueba³³ y se ha mantenido que el presupuesto de *fumus boni iuris* no es relevante a los efectos de acordar la práctica anticipada de la prueba³⁴.

Si para calificar de cautelares determinadas medidas aseguratorias de actuaciones, del proceso declarativo, hubiera que renunciar a los elementos básicos de la teoría general, el intento no sería ni correcto, ni útil. Sin embargo, entendemos, y lo demostramos más adelante, que es posible configurar la instrumentalidad y el presupuesto de *fumus boni iuris*, de un modo homogéneo a como son formulados con respecto a las medidas cautelares que aseguran la ejecución, lo cual permite comprender, entre las medidas cautelares, los actos de práctica anticipada de la prueba.

No es posible, sin embargo, extender el calificativo de cautelar a las medidas de recogida de las fuentes de prueba en el sumario, porque no concurre el requisito esencial de la instrumentalidad. Sería necesario para considerar cautelares aquellas medidas, que la adquisición de las fuentes de prueba estuviera legalmente prevista para un momento posterior; entonces podría ser conveniente o necesario asegurar, previamente, una actuación que no puede producirse inmediatamente. No subsisten, sin embargo, la necesidad o conveniencia de aseguramiento, cuando la medida *principal* o *definitiva* puede adoptarse inmediatamente: la recogida de las fuentes de prueba debe tener lugar apenas descubierta su existencia como resultado de la investigación. Para evitar reiteraciones, nos vemos obligados a dejar sentadas estas afirmaciones con una argumentación incompleta, que desarrollaremos más adelante.

La función de las medidas cautelares es, pues, respecto al proceso de ejecución, asegurar la posibilidad práctica de ejecución de la sentencia firme; respecto al proceso de declaración, asegurar la práctica de determinados medios de prueba, cuyas fuentes están a disposición del proceso, pero corren peligro de desaparición o alteración.

4. FUNCIONES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

³¹ Véanse, CALAMANDREI, *Introduzione...*, págs. 9-27; FAIRÉN, *La reforma del proceso cautelar...*, en «Temas...», II, págs. 899-907.

³² Compárense en CALAMANDREI, *Introduzione...*, págs. 17-22 con págs. 31-34. Véase infra, núm. 10.

³³ CALVOSA, C., *La tutela cautelare (Profilo sistematico)*, Torino, 1963, pág. 235.

³⁴ CALAMANDREI, *Introduzione...*, pág. 59.

A) Función cautelar.

La prisión provisional y los institutos afines a la misma en los ordenamientos extranjeros (*Untersuchungshaft, détention provisoire y custodia preventiva*), no tienen todos las mismas funciones y, algunos de ellos, cumplen más de una finalidad. La práctica y la doctrina tienden, con base legal o sin ella, a atribuir a la prisión provisional una pluralidad de funciones.

Finalidad constante de la prisión provisional en todas las legislaciones, es la de evitar la fuga del imputado. La fuga o peligro de fuga constituyen, expresamente, motivos de prisión en el parágrafo 112, 2, números 1 y 2 de la Stpo y en el artículo 144, parágrafo 1, número 2, *in fine*, del *Code de procédure pénale*; mediante una interpretación teleológica de los artículos que establecen los requisitos para acordar la prisión y teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 282, 2 y 283, 1, del *Codice di procedura penale* y 504, 2, de la Lecrim, se llega a la misma conclusión en los ordenamientos italiano y español.

La finalidad de evitar la fuga del imputado es, ciertamente, la que más se acerca a la función cautelar de la prisión provisional. Ahora bien, evitando la fuga del imputado se puede, en realidad, estar persiguiendo dos fines distintos -aunque no excluyentes-: de una parte, mantener la presencia del imputado durante el proceso declarativo, para que pueda servir a necesidades probatorias y para evitar que el proceso deba suspenderse en el caso de que esté excluido realizarlo en rebeldía; de otra parte, asegurar su presencia para el momento en que, dictada sentencia firme, deba procederse a la ejecución de una pena corporal.

La mayoría de los autores mantienen que la prisión provisional está al servicio de aquellas dos finalidades. Ya CALAMANDREI ----en un brevísimos *excursus* sobre las medidas cautelares en el proceso penal- había indicado que tenía el objetivo de impedir el alejamiento del imputado, asegurando su presencia con finalidad probatoria y la disponibilidad física de la persona a los efectos de la ejecución³⁵, y gran parte de los autores italianos siguen afirmando esa doble finalidad³⁶. Igualmente, para la doctrina alemana, la *Untersuchungshaft* sirve para asegurar la presencia del imputado en el proceso y la futura ejecución³⁷. Para HÉLIE, la *détention préventive* constituye un *moyen d'instruction* para evitar que el imputado altere las pruebas y que se sustraiga a la participación en el proceso- y una *garantie de l'exécution du jugement*; sin embargo, los autores franceses más modernos tienden a resaltar el primer aspecto, olvidando, casi completamente, el segundo³⁸. Entre nosotros predomina, también, la

³⁵ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., págs. 145-146.

³⁶ MANZINI, *Trattato...*, III, cit., pág. 616; VASALLI, *Osservazioni...*, cit., pág. 486; FOSCHINI, *Sistema...*, I, pág. 526; LEONE, *Trattato...*, II, cit., págs. 259-260; PEZZATINI, P., *La custodia preventiva*, Milano, 1954, págs. 3-4; LOASSES, C., *Della libertà personale dell'imputato*, en *Giust. pen.*, 1952, III, col. 758; MACALUSO, G. B., *La protezione della libertà personale durante l'istruzione*, en «*Riv. Pen.*», 1954-I, pág. 337; GRANATA, L., *La tutela della libertà personale del Diritto processuale penale*, Milano, 1957, pág. 47.

³⁷ KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 145; PETERS, *Strafprozess*, cit., pág. 351.

³⁸ SOYER, J. C., *Droit pénal et procédure pénale*, París, 1975, págs. 292-29; CHARLES, R., *Liberté et détention*, París, 1972, páginas 40-44; LAROCQUE, M., *Le contrôle juridictionnel de la*

tesis de la doble finalidad³⁹, añadiéndose el nuevo argumento de que la prisión provisional asegura la presencia del imputado en el proceso para evitar la suspensión de éste por la rebeldía⁴⁰.

Desde posturas más radicales, se llega a afirmar que con la obstaculización de la fuga, que se consigue con la prisión provisional, se persigue únicamente, según unos, mantener la presencia del imputado en el proceso para fines probatorios y, según otros, asegurar la ejecución de la pena.

Así, para CARNELUTTI, «la custodia preventiva no puede ser dispuesta a otro fin que no sea el poner a disposición del juez la prueba constituida por la persona del imputado»⁴¹.

IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO entiende que, durante la instrucción y el juicio oral, la prisión provisional asegura la presencia en el proceso y no la ejecución, porque es incierto el contenido de la sentencia⁴².

Manteniendo la tesis contraria, DE LUCA⁴³ y otros⁴⁴, defienden que la única función de la *custodia preventiva* es la de asegurar la ejecución de una pena privativa de libertad⁴⁵.

Tras esta exposición, debemos considerar críticamente las diferentes posturas.

La tesis de la doble finalidad no es, a nuestro entender, completamente errónea. Desde un punto de vista práctico, puede afirmarse, sin más, que la prisión provisional cumple ambas funciones: si asegura la presencia del imputado para el momento en que, firme la sentencia, deba procederse a la ejecución de la pena, por el procedimiento de mantenerle privado de libertad *hasta aquel momento*, es evidente que asegura, de modo simultáneo, la presencia del imputado durante todo el proceso. Incluso, normativamente, esta tesis tiene sus bases en los artículos 504-1, 530 y 532 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el artículo 504-1, la prisión provisional se hace depender, entre otros presupuestos, de la incomparecencia a la primera citación del

détention préventive, en «Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel», Paris, 1971, pág. 142. BRIÈRE DE L'ISLE, G., y COGNIART, P., *Procédure pénale*, II, Paris 1972, pág. 127, hacen referencia a la finalidad de garantía de la ejecución.

³⁹ Véanse, FAIRÉN, *La detención...*, cit., pág. 755; SOTO NIETO, *La prisión y libertad provisionales*, cit., págs. 579-580; GONZÁLEZ MONTES, *Las medidas cautelares...*, cit., pág. 168.

⁴⁰ GONZÁLEZ MONTES, trabajo y lugar citados.

⁴¹ CARNELUTTI, *Principios del proceso penal*, cit. pág. 189; CONSO, G., *I fondamenti giuridici della libertà provvisoria e della scarcerazione sotto cauzione*, en Arch. pen., 1966-1, pág. 350, opina de forma parecida.

⁴² IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., pág. 198.

⁴³ DE LUCA, G., *Custodia preventiva (Diritto processuale penale)*, en «Enciclopedia del Diritto», XI, Varese, 1962, págs. 588-589.

⁴⁴ FERRANTE, V., *Brevi considerazioni in tema di libertà personale dell'imputato*, en Giust. pen., 1967, III, col. 791; PANSINI, G., *L'emissione del mandato di cattura nella fase del giudizio*, en «Riv. It. Dir. Proc. Pen.», 1970, pág. 62.

⁴⁵ Entre nosotros se defendió la tesis de la finalidad única, GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Detención y prisión preventiva*, cit., pág. 40.

órgano jurisdiccional, de lo cual se deduce que mediante la prisión se pretende evitar la falta de presencia del imputado en los actos del proceso. Los artículos 530 y 532, relativos a la libertad provisional -medida cautelar alternativa respecto a la prisión provisional-, demuestran que, mediante las obligaciones impuestas y la prestación de fianza, se persigue garantizar la comparecencia del imputado en actos del proceso para los que sea citado.

Ahora bien, el defecto de la tesis de la doble finalidad es el de no jerarquizar los dos fines que se persiguen mediante la obstaculización de la fuga del imputado. Para quienes sustentan dicha tesis, las dos funciones vienen colocadas a un mismo nivel, mientras que hay razones fundamentales para afirmar que únicamente la función de garantizar la ejecución justifica esencialmente la prisión provisional y que, también solamente aquella función, la justifica en forma permanente, es decir, a lo largo de todo el proceso y no sólo en alguna de sus fases.

La primera de aquellas razones es que, si pudiera asignarse a la prisión provisional la función autónoma de mantener al imputado a disposición del órgano jurisdiccional para satisfacer necesidades probatorias, no habría motivo para restringir esa medida al imputado -tanto menos en procesos de naturaleza acusatoria o mixta, en los que se tiende a no hacer del imputado fuente de prueba-, mientras que los habría sobrados para extenderla a los testigos y a las personas que tuvieran el carácter de fuentes para la prueba pericial⁴⁶. Sin duda nadie se atrevería a defender la aplicación de la prisión provisional a personas distintas del imputado, por más que su presencia resultara necesaria para una mejor averiguación de la verdad a través de la práctica de las pruebas. Y, en efecto, ningún ordenamiento -que nosotros sepamos- permite la adopción de esa medida, sino que se limita, como en el artículo 446 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a imponer al testigo la obligación de permanecer localizado para el órgano jurisdiccional. Si la prisión provisional tuviera una justificación autónoma en la función de garantizar la satisfacción de necesidades probatorias, habría que reconocer que su adopción respecto al imputado haría de ella un medio tan desproporcionado e injusto como lo sería su imposición a los testigos⁴⁷. Partiendo de estas consideraciones, si concurriendo una misma razón para imponer la prisión provisional a imputados y a testigos, la medida sólo es jurídicamente aplicable a los primeros, hay que buscar su justificación en una razón distinta, que, concurriendo en el caso de los imputados, no exista en el caso de los testigos. Esa razón no puede ser otra más que el aseguramiento de la ejecución de la pena, que no puede ser frustrada por la ausencia del testigo y sí, solamente, por la de la parte penal pasiva. En cuanto se adopta la prisión provisional para asegurar la ejecución, nada impide afirmar que, al mismo tiempo, se esté asegurando la presencia durante el proceso, pero este es un simple efecto práctico de la primera función, en todo caso, una función que puede atribuirse a la prisión provisional en cuanto está, al servicio, esencialmente, del aseguramiento de la ejecución.

⁴⁶ Sobre el concepto de fuentes de prueba, SENTÍS MELENDO, S., *Fuentes y medios de prueba*, en «R. Ar. D. Pr.», 1968-2.

⁴⁷ DE MARSICO, *Diritto...*, cit., pág. 215; DE LUCA, *Custodia preventiva*, cit., pág. 588.

La segunda razón es que la finalidad de mantener la presencia del imputado durante el proceso por necesidades probatorias y para evitar la suspensión de aquél por la rebeldía, no justifica la prisión provisional en todas las fases del proceso. Cuando el proceso entra en la fase de impugnación en casación, ya no hay prueba que practicar, ni posibilidad de suspensión por la rebeldía (artículo 845 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). A pesar de ello, puede continuar una situación de prisión provisional adoptada precedentemente e, incluso, acordarse *ex novo* en el auto en que se tenga por preparado el recurso de casación (artículo 861 bis a), párrafo 3, inciso primero). La única función que justifica la prisión provisional desde la instrucción a la fase de casación incluida, es el aseguramiento de la ejecución de la pena. No desvirtúa esta conclusión la objeción formulada por IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO de que, durante el sumario, se ignora si el juicio se celebrará y, más aún, el posible contenido de la sentencia⁴⁸, porque la prisión provisional, como medida cautelar, no se funda en la seguridad de una sentencia de condena de contenido determinado, sino en la probabilidad de la misma, constitutiva del presupuesto de *fumus boni iuris*.

Tras estas consideraciones podemos concluir, en primer lugar, que la prisión provisional no puede tener la función exclusiva de asegurar la presencia del imputado durante el proceso; en segundo lugar, que aquella función es accesoria respecto a la de aseguramiento de la ejecución y carece de justificación por sí misma; en tercer lugar, que función principal y constante de la prisión provisional, en cuanto obstáculo a la fuga del imputado, es la de aseguramiento de la ejecución.

La prisión provisional cumple, pues, inequívocamente, una función cautelar.

5. FUNCIONES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL:

B) Funciones no cautelares

Junto a la función cautelar de asegurar la ejecución, algunos ordenamientos atribuyen a la prisión provisional otras funciones. Ello impide que, en el ámbito de estos ordenamientos, pueda otorgarse a la institución de la prisión provisional, en su conjunto, la naturaleza de medida cautelar.

a) En los ordenamientos alemán y francés la *Untersuchungshaft* y la *détention provisoire*, respectivamente, constituyen un medio para evitar, con el aislamiento del imputado, que pueda ocultar o alterar las fuentes de prueba o ejercer influencia ilegítima sobre las fuentes personales de prueba.

Según el número 1.º del, artículo 144- del *Code de procédure pénale*, la *détention provisoire* puede acordarse o mantenerse: «Lorsque la détention provisoire de l'inculpé est l'unique moyen de conserver les preuves ou les indices matériels ou d'empêcher soit une pression sur les témoins, soit une concertation frauduleuse entre inculpés et complices».

⁴⁸ IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *curso...*, cit., pág. 198.

En el párrafo 112, 3, número 3 de la Stpo., se concreta el motivo de *Verdunkelungsgefahr*, del modo siguiente: «Ein Haftgrund besteht, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen...3. die Absicht des Beschuldigten erkennbar ist: a) Beweismittel zu vernichten, zu verändern, beiseite zu schaffen, zu unterdrücken oder zu fälschen; b) auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder, Sachverständige in unlauterer Weise einzuwirken, oder, c) andere zu solchem Verhalten zu veranlassen, und wenn deshalb die Gefahr droht, dass die Ermittlung der Wahrheit erschweren werde».

Hay que constatar, por otra parte, que algunos autores italianos, sin base suficiente en el Derecho positivo de su país, han entendido que el impedir al imputado la alteración de las fuentes de prueba, es uno de los fines de la *custodia preventiva*⁴⁹. Semejante postura han adoptado, entre otros, GARCÍA VALDÉS⁵⁰, JIMÉNEZ ASENJO⁵¹ y SOTO NIETO⁵².

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, no existe precepto alguno que permita afirmar que el impedir que el imputado adultere las pruebas es un fin que la prisión provisional puede perseguir de modo independiente. De los artículos 503 y 504, que fijan los presupuestos de la prisión y que, indirectamente, revelan la función de aquélla, sólo se deduce que con ella se pretende evitar el peligro de fuga y alcanzar determinados fines no cautelares (*infra*, núm. 6), entre los que no se encuentra el que aquellos autores pretenden⁵³. Cosa distinta es que, adoptada la prisión provisional en base a los presupuestos de los artículos 503 y 504, la situación de aislamiento a que aquélla da lugar, sea idónea para evitar que el imputado lleve a cabo cualquier acción perturbadora de la prueba o de la investigación sumarial. En este sentido, el ordenamiento faculta al órgano jurisdiccional para imponer al preso limitaciones en la comunicación (artículos 523 y 524) e, incluso, para decretar su incomunicación (artículos 506-511). Pero lo que no es admisible, habida cuenta de la formulación de los presupuestos de la prisión provisional, es decretarla con la *única* finalidad de limitar la comunicación del imputado o suprimirla.

Si ésta fuera una finalidad autónoma de la prisión provisional, no habría motivos para no extender la posibilidad de aplicación de esta medida a personas distintas del imputado que, igual que éste, pueden llevar a cabo una labor de ocultación o adulteración de las fuentes de prueba. Pero, jurídicamente, esta extensión sólo es posible en cuanto se dirija, contra esos terceros, una imputación por encubrimiento (artículo 17, 2.0 del Código Penal) o por otro delito que constituya su

⁴⁹ FOSCHINI, *Sistema...*, 1, cit., pág. 526, MACALUSO, *La protezione della libertà...*, cit., pág. 337; CORDA, *Sul fondamento della libertà provvisoria*, cit., págs. 445-446; LOASSES, *Della libertà personale...*, cit., pág. 758; PANSINI, *L'emissione del mandato di cattura...*, cit., pág. 63.

⁵⁰ GARCÍA VALDÉS, R., *Derecho procesal criminal*, Madrid, 1944 (con ALCALÁ ZAMORA, N.), pág. 273.

⁵¹ JIMÉNEZ ASENJO, E., *Derecho procesal penal*, II, Madrid, s. f., págs. 74-75.

⁵² SOTO NIETO, F., *La prisión y libertad provisionales...*, cit., págs. 581-582.

⁵³ Ya advirtió GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Detención y prisión...*, cit., pág. 41, que no podía afirmarse que la finalidad de la prisión fuera la de evitar la confabulación del imputado con los testigos de cargo, dado que este es un riesgo que existe en cualquier proceso -con independencia de la gravedad del delito- mientras que la prisión provisional sólo se autoriza por delitos que llevan aparejadas penas relativamente graves, susceptibles de excitar el deseo de fuga.

conducta, y con la finalidad de garantizar la ejecución de la pena que pueda imponérseles en el correspondiente proceso.

El impedir la adulteración de las pruebas, no es un fin que pueda justificar, por sí mismo, la prisión provisional. Incluso en la Stpo. se reconoce, en cierto modo, su carácter de función subordinada a la función cautelar (aseguramiento de la ejecución): en el párrafo 1 del parágrafo 113 se dispone que, cuando el hecho sea merecedor sólo de una pena privativa de libertad hasta seis meses o de una pena pecuniaria, separada o conjuntamente, no puede acordarse la *Untersuchungshaft* por motivo de *Verdunkelungsgefahr*. Esta limitación es muy significativa en cuanto supone que, cuando la necesidad cautelar es menos intensa -por ser las penas de menor gravedad y no excitar el deseo de fuga - el ordenamiento no permite que la *Untersuchungshaft* cumpla la función de impedir la adulteración de las pruebas, reconociendo, de ese modo, el carácter subordinado de esta función respecto a la función cautelar.

b) También en los ordenamientos alemán y francés, se atribuye a la prisión provisional la función de evitar que el imputado cometa nuevos delitos.

En el artículo 137 del *Code de procédure pénale* se establece que la *détention provisoire* puede ser ordenada «à titre de mesure de sûreté». En el artículo 144, 2.º, se establece que debe ser adoptada cuando sea necesaria para evitar la renovación de la infracción.

El legislador alemán, con la ley de reforma de la Stpo de 19 de diciembre de 1964, ha añadido un nuevo párrafo -el 3- al parágrafo 112 de la Stpo, introduciendo el peligro de repetición del delito (*Wiederholungsgefahr*) como motivo para la adopción de la *Untersuchungshaft*, aunque no opera en toda clase de delitos, sino exclusivamente respecto a determinados delitos graves contra la moral pública⁵⁴.

La acogida de esta función preventiva de futuros delitos por los autores franceses y alemanes, resulta muy desigual. Entre los primeros, que cuentan con antiguos precedentes en esta concepción de la prisión provisional⁵⁵, la función preventiva es plenamente aceptada. PRADEL entiende que una justificación de la *détention provisoire*, es la de facilitar, en una política de defensa social, la observación del imputado e, incluso la aplicación de un tratamiento médico o médico-sicológico⁵⁶.

La doctrina alemana, por el contrario, no recibió favorablemente la reforma introducida en 1964⁵⁷. KERN-ROXIN⁵⁸ y HENKEL⁵⁹ consideran que con el

⁵⁴ KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 147.

⁵⁵ HÉLIE, *Traité de l'instruction...*, IV, cit., págs. 748-749.

⁵⁶ PRADEL, *Procédure pénale*, cit., pág. 460. Sobre esta misma función de la *détention provisoire*, CHARLES, *Liberté et détention*, cit., pág. 45; LAROCQUE, *Le contrôle juridictionnel...* cit., pág. 120.

⁵⁷ Véase, sobre ello, PEDRAZ PEÑALVA, E., *La reforma procesal en la R. F. de Alemania de 1975*, en «R. D. Pr. Iberoam.», 1976, números 2-3, pág. 661, nota 59.

⁵⁸ KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 145- 147.

Wiederholungsgefahr se ha introducido un elemento anómalo en el sistema de presupuestos de la *Untersuchungshaft*, que conduce a que esta última se convierta en una *Vorbeugungshaft*, o *Sicherungshaft* (internamiento preventivo o de seguridad).

En cuanto la prisión provisional tenga la función de prevenir la comisión de ulteriores delitos por parte del imputado, adquiere, indudablemente, la naturaleza de medida de seguridad⁶⁰.

Esta utilización de la prisión provisional como medida de seguridad es totalmente criticable.

En primer lugar, porque supone una equiparación entre el imputado en un proceso penal y la persona cuya peligrosidad social hubiera sido declarada⁶¹. Esta equiparación no es admisible, en cuanto la prisión provisional no se adopta tras un procedimiento con las constitucionalmente imperativas posibilidades de contradicción, ni va precedida de unas actuaciones técnicamente adecuadas para determinar la peligrosidad de un sujeto y las medidas para corregirla⁶².

En segundo lugar, porque conduce al enjuiciamiento de la peligrosidad por un órgano jurisdiccional no especializado, mientras que la doctrina defiende que el enjuiciamiento de la peligrosidad debe atribuirse a órganos jurisdiccionales cuyos titulares estén específicamente preparados para desempeñar con eficacia aquella función y para asumirla con unos esquemas mentales diferentes a los del Derecho penal represivo⁶³.

En nuestro ordenamiento, la prisión provisional no cumple la función de evitar la comisión de nuevos delitos por parte del imputado -salvo en un caso que luego estudiaremos-, de modo que, si el juez instructor entiende que la conducta del imputado revela su peligrosidad, lo que debe hacer es remitir testimonio de los

⁵⁹ HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 278.

⁶⁰ PISAPIA, G. D., *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel proceso penale*, en «Riv. Dir. Proc.», 1965, pág. 77; PANSINI, *L'emissione del mandato di cattura...*, cit., pág. 62; AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato...* cit., págs. 874-875, 882.

⁶¹ DE LUCA, *Custodia preventiva*, cit., pág. 588.

⁶² El profesor FAIRÉN GUILLÉN, mantiene la necesidad de una diferente configuración de los procesos penal y de seguridad, para que sean adecuados a los distintos fines que con ellos se persiguen, *Problemas del proceso de peligrosidad sin delito*, Madrid, 1972, páginas 26-34; también, PASTOR LÓPEZ, M., *Aspectos orgánicos y funcionales de aplicación de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social*, en «Peligrosidad social y medidas de seguridad», Valencia, 1974, pág. 315.

⁶³ FAIRÉN, *Problemas del proceso por peligrosidad...*, cit., páginas 31, 89-103; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Principios generales de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social y de su reglamento*, en «Estudios de Derecho procesal», Pamplona 1974, págs. 554-558; PASTOR LÓPEZ, *Aspectos orgánicos y funcionales...* cit., págs. 311-315. Con la reforma de la Ley de peligrosidad, por Ley de 28 de noviembre de 1974, y con el Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1977, se establece la exclusiva dedicación a la materia de peligrosidad, de los jueces de peligrosidad (art. 8. p. 1, de la Ley en su nueva redacción) y de los magistrados que integren la Sala de apelación (art. 4-4, del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero).

antecedentes necesarios al juzgado de peligrosidad competente, para que éste incoe procedimiento y adopte las medidas adecuadas (artículo 13, párrafo 1, de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social).

c) Hay que hacer referencia, por fin, a la función que cumple la prisión provisional cuando se adopta en base a presupuestos tales como la alarma causada por el supuesto delito en el cuerpo social, o cuando debe acordarse simplemente por haber sido imputado un determinado delito.

De la primera nos ofrece ejemplo el artículo 504, párrafo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 144, 1.0 del *Code de procédure pénale* («*Lorsque cette détention est nécessaire pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction ...*»). Hay que recordar, también en esta línea, que la Novela nazi sobre procedimiento penal de 1935, estableció como motivo de prisión que el hecho hubiera causado *Erregung in der Öffentlichkeit*, siendo este motivo suprimido de la Stpo en 1945⁶⁴.

La adopción de la prisión por la alarma social causada por el hecho, puede estar fundada en algunos casos en la función preventiva de futuros delitos, pero este motivo de prisión puede aparecer, también, con total autonomía, como lo demuestra el que, en el número 1º. del artículo 144 del *Code*, coexista con el motivo de evitar la renovación de la infracción, y, en la citada Novela nazi de 1935, coexista con el motivo de *fortdauernde Gefährlichkeit*.

¿Cuál es la función de la prisión en cuanto se funda autónomamente, en la alarma social causada por el hecho? HÉLIE habla de «une première satisfaction donnée á la conscience générale»⁶⁵; MACALUSO afirma que la conciencia social reclama que las personas indicadas sean puestas inmediatamente bajo custodia⁶⁶; CHARLES es más explícito: «Se sabe que ciertos crímenes o delitos espectaculares, por su magnitud o por la receptividad de la opinión pública en el momento de su comisión, suscitan un trastorno social tal que una medida provisional de prisión puede resultar saludable por su carácter intimidativo o porque mantendrá el equilibrio de una ética popular fundada, quiérase o no, sobre el consensus general»⁶⁷. Es decir la función de la prisión, en este caso, es la de dar satisfacción inmediata a un «sentimiento social» -real o manipulado⁶⁸- de indignación por el hecho. Esta función de la prisión es absolutamente rechazable desde un punto de vista ético y también jurídico. Jurídicamente hay que observar que la persona sometida a prisión provisional, no es el culpable, sino una persona respecto a la cual ha podido afirmarse el presupuesto de *fumus boni iuris* y que, en consecuencia, la aplicación a aquella de una medida que, en el caso concreto, es sustancialmente una pena, es contraria a lo

⁶⁴ KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 146.

⁶⁵ HÉLIE, *Traité de l'instruction...*, V, cit., pág. 749.

⁶⁶ MACALUSO, *La protezione della libertd...*, cit., pág. 338.

⁶⁷ CHARLES, *Liberté et détention*, cit., pág. 45.

⁶⁸ Como advierten KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., página 146, «la necesaria *Erregung in der Öffentlichkeit* podía ser discrecionalmente ordenada desde posiciones políticas y demostrada a través de las organizaciones del NSDAP».

dispuesto en el artículo 19 del Fuero de los Españoles⁶⁹. La norma que autoriza dicha aplicación debe considerarse inconstitucional.

En algunos ordenamientos, la prisión provisional debe acordarse obligatoriamente cuando ha sido objeto de imputación un determinado delito. Es el caso del artículo 503, párrafo 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del artículo 253 del *Codice di procedura penale* y del párrafo cuatro del parágrafo 112 de la Stpo. Siempre que se pudiera afirmar, como indica PANSINI, que el *periculum in mora* presumido por el legislador en base a que, llevando aparejada el hecho una pena muy grave, estimula, en todo caso, el deseo de eludirla mediante la fuga⁷⁰, podría concluirse que, aun en estos casos, cumple la prisión provisional una función cautelar. Pero hay que advertir que no todos los delitos que, si se entienden cometidos, dan lugar al mandato de prisión obligatorio, implican penas muy graves⁷¹. Además, la redacción del parágrafo 112, 4, de la Stpo, deja muy claro que la *Untersuchungshaft*, en este caso, no depende de los motivos «normales» de prisión: «Contra el imputado, respecto al cual existen graves sospechas de haber cometido un delito contra la vida, de los parágrafos 211, 212 a 220 a, párrafo 1, número 1 del Código Penal, debe ordenarse la *Untersuchungshaft* incluso cuando no concorra un motivo del párrafo 2 (*Fluchtgefahr*) y 3 (*Verdunkelungsgefahr*).

La prisión provisional obligatoria, puede no estar justificada ni en una función cautelar, ni preventiva de futuros delitos, ni de protección de las fuentes de prueba. Al basarse exclusivamente en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del imputado, supone dar a este trato de condenado, previamente a la sentencia irrevocable de condena. AMODIO plantea el problema en estos términos: el único modo de hacer compatibles el reconocimiento constitucional de *la custodia preventiva* (artículo 13, Const.) y el de la presunción de no culpabilidad (artículo 27, Const.), es considerando que una afirmación de culpabilidad anterior a sentencia, no puede, por sí sola, dar lugar a efectos jurídicos⁷²; la *custodia preventiva* (en base a mandato de captura obligatorio), que se funde sólo en la afirmación de culpabilidad, es Inconstitucional⁷³. También en Alemania se planteó cuestión de constitucionalidad respecto al parágrafo 112, 4, de la Stpo: el Tribunal constitucional federal lo declaró conforme a la Constitución, por entender que no permite prescindir del *Fluchtgefahr* o del *Verdunkelungsgefahr* como motivos de prisión, sino que, tratándose de delitos muy graves, autoriza que se adopte la prisión aunque aquellos motivos tuvieran menor intensidad⁷⁴. Como advierten KERN-ROXIN, el Tribunal, más que interpretar el

⁶⁹ Norma constitucional aún vigente en el momento de elaborarse el trabajo.

⁷⁰ PANSINI, *L'emissione del mandato di cattura...*, cit., p. 64; VASSALLI, *Osservazioni sulla custodia...*, cit., p. 494, nota 17; GUARRINIELLO, R., *La discrezionalità del giudice in tema di mandato di cattura e di libertà provvisoria*, Riv. Dir. Proc., 1966, p. 524.

⁷¹ Así, concretamente, por lo que se refiere al art. 503, par. 2 de la Lecrim, se comprenden delitos con penas de prisión menor (arts. 147, 2, 162 C. P.).

⁷² AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato...*, cit., pp. 862-863.

⁷³ AMODIO, *La tutela della libertà personale...* cit., pp. 864-865.

⁷⁴ KERN-ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 148.

parágrafo 112,4, ha modificado su sentido, para no tener que declararlo inconstitucional⁷⁵.

⁷⁵ KERN-ROXIN, ob. y lug. cits.

6. FUNCIONES NO CAUTELARES DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En nuestro ordenamiento, la prisión provisional está configurada, fundamentalmente, como una medida cautelar, es decir, su función -casi exclusiva- es la de asegurar la ejecución de la pena. Esto se demostrará suficientemente, cuando estudiemos los artículos 503, circunstancia 2.a, y 504, que contienen el presupuesto de *periculum in mora*. Sin embargo, en la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, más aún, en reformas posteriores a la misma, se le atribuyen funciones no cautelares.

Pertenece a la redacción originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el párrafo 2 del artículo 504, según el cual la libertad provisional puede concederse cuando, además de tener el procesado buenos antecedentes o poderse creer que no intentará sustraerse a la acción de la justicia, «el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio de la respectiva provincia». Si, porque el delito ha producido alarma y es de los que con frecuencia se cometen en la provincia, se mantiene la prisión provisional, ésta no estará justificada en la función cautelar, porque se mantendrá aunque «se pueda creer fundamentalmente que (el procesado) no tratará de sustraerse a la acción de la justicia». En cuanto el mantenimiento de la prisión se funde en que el delito produjo alarma, su función puede ser la de aislar a un individuo peligroso (función preventiva de futuros delitos) o también la de aplicar inmediatamente una sanción a una persona, contra la cual se ha producido una reacción de reprobación por parte de la sociedad. En cuanto se mantenga por tratarse de delito que se comete con frecuencia en la provincia, se está persiguiendo una finalidad intimidativa, propia de una pena. La utilización de la prisión provisional como medida de seguridad, es técnicamente rechazable; pero, en los restantes casos, se la convierte, sustancialmente, en una pena, lo cual es inconstitucional por las razones antes indicadas.

Otro caso es el del artículo 503, circunstancia 4.a, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dispone el artículo que, tratándose de delitos contra la seguridad interior del estado, se acordará la prisión provisional sea cual sea la pena señalada al delito, y se mantendrá mientras la situación alterada por el delito no haya sido completamente normalizada. La finalidad de la prisión, en este caso, parece ser la de impedir, con el aislamiento del imputado, que contribuya, mediante la comisión de nuevos delitos, a mantener o incrementar la «normalidad de la situación». Esta función, indudablemente, no es cautelar. Por otra parte, no parece ser correcto que a un órgano jurisdiccional se le encomiende, como función a desempeñar en el ámbito de un proceso penal, la de adoptar medidas encaminadas al restablecimiento del orden público⁷⁶.

⁷⁶ El profesor FAIRÉN, en *Algunas notas sobre la modernización de la Ley de enjuiciamiento criminal*, en RDPrlberoam, 1976, 4, pp. 807-808, critica el art. 503-4.^a, por la inseguridad en que deja los límites de la prisión provisional.

El último caso es el del artículo 503, párrafo 2, que establece la prisión, provisional obligatoria cuando se aprecie la existencia de determinados delitos. No todos estos delitos llevan aparejadas penas muy graves, por lo que no es posible considerar que nos encontramos ante casos de *periculum in mora* presumido por el legislador, ni, por tanto, que la prisión provisional en base al artículo 503, 2, tenga siempre una función cautelar. Más bien, habida cuenta de los delitos a los que, se refiere el artículo 503, párrafo 2 (políticos o de intencionalidad política), y la época en que esta norma se establece (año 1957), la función de la prisión provisional en base a la misma, parece ser la de someter a un trato de especial rigor a los «enemigos políticos», aunque ello no estuviera justificado por necesidades de los procesos de declaración o de ejecución. La prisión provisional tiene, en este caso, una función sustancialmente «punitiva», por lo que está en contradicción con la norma constitucional, aún vigente, del artículo 19 del Fuero de los Españoles.

7. FUNCIONES DE LA LIBERTAD PROVISIONAL E INSTITUTOS AFINES; EN ESPECIAL, DEL «CONTRÔLE JUDICIAIRE»

La prisión provisional no siempre, resulta necesaria para cumplir los fines, que el ordenamiento jurídico le atribuye. Es posible, en ocasiones, alcanzar aquellos fines, sin tener que recurrir a una medida tan drástica, causante de perjuicios irreversibles si posteriormente se demuestra la inocencia del imputado. Para ello se establece la libertad provisional.

Entre prisión y libertad provisionales, existe una profunda diferencia estructural. Como ha indicado DEL POZZO, mientras la *custodia preventiva* consiste en un *status de sujeción*, la *libertà provvisoria* se resuelve en un *status obligatorio*⁷⁷. Es decir, mientras que el imputado en prisión provisional no puede, salvo mediante el acto de la fuga -constitutivo de delito de quebrantamiento de prisión (artículo 334, 1, del Código Penal)-, eludir la situación en que se encuentra, el imputado en libertad provisional, es libre para cumplir o no las obligaciones que acompañan a aquélla⁷⁸.

Desde el punto de vista funcional no existen diferencias entre la prisión y libertad provisionales; la función de la última, en nuestro ordenamiento, también es, fundamentalmente, la de evitar la fuga del imputado. Esto se deduce de los artículos 530 y 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El primero de ellos establece que el procesado que hubiera de estar en libertad provisional, debe asumir la obligación de comparecer ante el juzgado los días que le fueran señalados y cuando fuera citado. A mi modo de ver, AGUILERA ha acertado en la determinación de la teleología de las «comparecencias periódicas», al indicar que la frecuencia de éstas, debe fijarse en atención a las circunstancias concretas de las que pueda deducirse un mayor o menor riesgo de fuga u ocultación del procesado⁷⁹. Las «comparecencias periódicas» son, pues, un medio de control de que el imputado permanezca, constantemente, a disposición del órgano jurisdiccional.

En el artículo 531 se establece que, para determinar la cantidad y calidad de la fianza, se han de tener en cuenta las circunstancias que pueden influir en un mayor o menor interés del procesado «para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial».

De nuevo podría plantearse que si la libertad provisional asegura la presencia durante el proceso de declaración o la posibilidad de ejecución. La respuesta es la misma que se dio para la prisión provisional: ambas funciones no se excluyen, aunque

⁷⁷ DEL POZZO, C. V., *introduzione allo studio della libertà personale nel processo*, Milano, 1959, pp. 71-73.

⁷⁸ Sobre el concepto de sujeción, CARNELUTTI, F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, en «Studi di Diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento», Padova, 1927, pp. 234-235; ROMANO, S., *Poderes, Potestades*, en «Fragmentos de un diccionario jurídico», Buenos Aires, 1964 (trad. SENTIS MELENDO y AYERRA REDIN), p. 314; FOSCHINI, G., *La latitanza*, Milano, 1943, pp. 97-102; CORDERO, F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, pp. 269-276.

⁷⁹ AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, IV, Madrid, 1913, p. 267.

la segunda es prevalente. En primer lugar, porque la frecuencia de las comparecencias periódicas y la cuantía y calidad de la fianza no se fijan en función del riesgo de incomparecencia en actos concretos del proceso de declaración, sino atendiendo al riesgo de fuga para eludir la pena. En segundo lugar, porque incluso cuando la presencia del imputado por necesidades probatorias ya no es necesaria, la situación de libertad provisional puede mantenerse (artículo 861, bis a), párrafo 3).

En nuestro ordenamiento, la libertad provisional tiene naturaleza cautelar. No se puede, sin embargo, afirmar lo mismo respecto a instituciones similares en otros ordenamientos, particularmente respecto a la institución francesa de *contrôle judiciaire*⁸⁰.

Como vimos anteriormente, la *détention provisoire* no tenía exclusivamente funciones cautelares, sino también de protección de las fuentes de prueba y de medida de seguridad. El *contrôle judiciaire*, como medida sustitutiva de la *détention provisoire*, no podía no cumplir la misma pluralidad de funciones que esta última. Como indica COUVRAT, «Il appartient donc au contrôle judiciaire de remplir quand cela c'est possible,..., le même rôle que la détention avant jugement, sans porter une atteinte aussi totale à la liberté individuelle»⁸¹.

La definición del *contrôle judiciaire* que dan BRIÈRE DE L'ISLE y COGNIART, revela suficientemente la pluralidad de funciones que puede cumplir la institución: «La mise sous contrôle judiciaire est une décision du juge d'instruction restreignant la liberté de déplacement de l'inculpé et lui imposant certaines obligations à l'effet conjoint d'assurer sa représentation aux actes de la procédure et de susciter et secondar ses efforts en vue d'une réinsertion social»⁸².

Se han hecho varias clasificaciones de las diversas obligaciones que, en base al artículo 138 del *Code de procédure pénale*, puede imponer el juez de instrucción al sometido a *contrôle judiciaire*⁸³. Muy ilustrativa es la de CHARLES, quien distingue: a) medidas de vigilancia del imputado: pueden estar dirigidas a evitar su fuga (números 1.º, 2.º, 4.º, 5.º y 6.º inciso primero, 7.º del artículo 138), influencias legítimas sobre las fuentes de prueba (números 3.º, 9.º del artículo 138) y a la prevención de futuros delitos (números 12, 13, artículo 138); b) medidas de readaptación social, con neto carácter de medidas de seguridad (números 6.º, inciso 2, 10, artículo 138)⁸⁴.

La consecuencia es que el *contrôle judiciaire* no puede considerarse, globalmente, como una medida cautelar.

⁸⁰ Véase, en contra, FAIRÉN GUILLÉN, *Algunas notas sobre la modernización...*, cit., pp. 809-811.

⁸¹ COUVRAT, P., *Le contrôle judiciaire*, en «Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue», París, 1971, p. 107.

⁸² BRIÈRE DE L'ISLE, COGNIART, *Procédure pénale*, II, cit., p. 127.

⁸³ COUVRAT, *Le contrôle judiciaire*, cit., pp. 109-111; PRADEL, *Procédure pénale*, cit., pp. 455-456; BRIÈRE DE L'ISLE, COGNIART, *Procédure pénale*, II, cit., pp. 127-129.

⁸⁴ CHARLES, *Liberté et détention*, cit., pp. 173-176.

8. CONCLUSIONES SOBRE LAS FUNCIONES DE LA PRISIÓN Y LIBERTAD PROVISIONALES Y PERSPECTIVAS DE REFORMA

En nuestro ordenamiento, la prisión y libertad provisionales cumplen, fundamentalmente, una función cautelar (aseguramiento de la ejecución). Sin embargo, en la actual regulación de la primera, aún existen manifestaciones de una función «punitiva» y de prevención de futuros delitos.

En un plano valorativo, estimamos que esas manifestaciones deberían desaparecer en una futura regulación. La primera, por ser contraria a la presunción de no culpabilidad. La segunda, por resultar técnicamente inadecuada, ya que debe ser función de las medidas de seguridad.

El Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal de 10 de junio de 1970⁸⁵ hace temer, sin embargo, que la reforma de estos institutos va a basarse, por lo que atañe a su función, en criterios muy distintos. Dice el párrafo 1 de la Base sexta: «Únicamente podrá limitarse la libertad de una persona encausada en un proceso penal, por respeto a los derechos y libertades de los demás y por exigencias del orden público... ».

El texto de la Base es absolutamente criticable por varias razones. En primer lugar, porque conduce a una «administrativización» de la detención y prisión provisional: difícilmente se comprende como unas medidas procesales, que pueden hallar en las necesidades del proceso un fundamento suficiente, van a ser puestas al servicio de una función típicamente administrativa como es la de conservación del orden público⁸⁶. En segundo lugar, del texto de la base no se deduce que la prisión y detención vayan a tener alguna finalidad relevante para el proceso penal; esto también resulta incomprensible, porque estas medidas van a tener su sedé en un Código procesal penal y porque, considerando los antecedentes legislativos españoles, el Derecho extranjero y las necesidades que -en abstracto- plantea un proceso penal, estas medidas deberían tener unas finalidades procesales -aunque no fueran exclusivas-⁸⁷. En tercer lugar, porque no se perfecciona el régimen de la Ley de

⁸⁵ Su texto en *Cuadernos informativos*. Comisión general de Codificación. Ministerio de Justicia. N.º 10, marzo, 1971.

⁸⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Madrid, 1971, *passim*.

⁸⁷ Podría pensarse que, siendo estas finalidades «connaturales» -por así decir- a la prisión provisional, los autores del Anteproyecto han prescindido de expresarlas en la Base sexta. Efectivamente se dice en la *Exposición* que precede a las Bases ---*Cuadernos...*, cit., p. 13-: «De ahí, por tanto, el carácter excepcional de la prisión y detención (admisibles únicamente cuando se tema que, de no ser adoptadas, *se malograrían los fines del proceso*)...». De ser cierto lo que decimos al principio, el anteproyecto incurrió en grave defecto técnico: si se aprobara legislativamente el párrafo 1 de la Base sexta, en su desarrollo no podrían atribuírsele, válidamente, a la prisión provisional funciones cautelares, ni otras procesales.

Enjuiciamiento Criminal en el sentido de acentuar el carácter exclusivamente cautelar de estas medidas, único que, *per se*, puede justificarlas⁸⁸.

Para nosotros, pues, el texto del párrafo 1 de la Base sexta, no sólo no supone un avance, sino que implica un importante retroceso respecto a la actual regulación de la materia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁸⁸ Recuérdese lo dicho en números 4 y 5, a), de este trabajo.

9. LA CARACTERÍSTICA DE INSTRUMENTALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

CALAMANDREI considera como una característica típica de las medidas cautelares la instrumentalidad⁸⁹. Para este autor, la instrumentalidad consiste en que la medida cautelar no tiene un fin en sí misma, sino que está indefectiblemente preordenada a la emanación de una ulterior resolución definitiva o principal, de la que asegura preventivamente la *fruttuosità pratica*⁹⁰. Perfila, después, la instrumentalidad de las medidas cautelares frente a la instrumentalidad del proceso, como medio de actuación de la tutela normativa: «...en las medidas cautelares se halla una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por decirlo así, al cuadrado; aquellas son, indefectiblemente, un medio predispuesto para el mejor éxito de la resolución definitiva, que, a su vez, es un medio para la actuación del derecho; son, en relación con la finalidad última de la función jurisdiccional, instrumentos del instrumento»⁹¹.

Como consecuencia de su carácter instrumental, la medida cautelar está llamada a extinguirse cuando la resolución definitiva sea dictada y desarrolle su eficacia ejecutiva. Entonces, o bien la medida cautelar habrá posibilitado o facilitado la realización de los efectos ejecutivos de la resolución principal, o bien se extinguirá simplemente, cuando esta resolución no haya reconocido el derecho en atención al cual se adoptó la cautela⁹².

Esta concepción de la instrumentalidad, es ampliamente asumida por los autores, tanto respecto al proceso civil⁹³, como respecto al penal⁹⁴.

Esta concepción de la instrumentalidad contiene dos elementos fundamentales sobre los que conviene insistir.

En primer lugar, implica, necesariamente, la existencia de dos resoluciones⁹⁵ o, por utilizar términos más omnicomprensivos, de dos situaciones jurídicas, una instrumental y la otra final⁹⁶. Si no existe esta dualidad de situaciones, no podrá calificarse a una determinada actuación procesal de medida cautelar.

En segundo lugar, una situación es instrumental respecto a la otra en un sentido muy determinado. No es instrumental porque esté dirigida a aportar los elementos para

⁸⁹ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., p. 21.

⁹⁰ CALAMANDREI, ob. y lug. últimamente citados.

⁹¹ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pp. 21-22.

⁹² CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pp. 83-84.

⁹³ DINI, *I provvedimenti d'urgenza nel Diritto processuale civile*, Milano, 1961, p. 50; SERRA DOMÍNGUEZ, *Teoría general...*, en «Las medidas cautelares...», cit., pp. 15-16.

⁹⁴ DE LUCA, *Custodia preventiva*, cit., p. 589; FAIRÉN, *La detención antes del juicio*, cit., p. 755; HERCE QUEMADA, *Derecho procesal penal* (con GÓMEZ ORBANEJA), cit., p. 189; GONZÁLEZ MONTES, *Las medidas cautelares personales...*, cit., p. 168. Algunos autores combinan esta concepción de la instrumentalidad con otra distinta: la instrumentalidad respecto al proceso declarativo; así, p. ej., VASALLI, *Osservazioni...* cit., pp. 496-497; LEONE, *Trattato...* II, páginas 259-260; PANSINI, *L'emissione del mandato di cattura...*, cit., p. 63.

⁹⁵ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., p. 25, indica que la medida cautelar está ligada a la resolución definitiva «in funzione di *coppia necessaria*» (subrayado del autor).

⁹⁶ DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare...*, cit., pp. 57-59.

la formación de la resolución principal, ni porque de ella dependa que la resolución principal sea válida y eficaz jurídicamente, sino porque posibilita o facilita que la resolución principal sea eficaz en la práctica, es decir, tenga una incidencia en la esfera de lo real, correspondiente a lo que jurídicamente debe ser⁹⁷.

En el sentido que queda expuesto, la prisión y libertad provisionales, el secuestro de los efectos provenientes del delito e instrumentos utilizados para su ejecución que sean propiedad de los imputados y la fianza o embargo de bienes en garantía de las penas pecuniarias, pueden considerarse instrumentales respecto a la sentencia firme de condena, en cuanto en esa puede imponerse una pena privativa o restrictiva de la libertad, la pena de comiso o la de multa.

El mismo concepto de instrumentalidad permite afirmar el carácter cautelar de la detención en algunos casos⁹⁸. Hay que tener en cuenta, como indica DE LUCA, que la distinción entre situaciones instrumentales y finales se apoya sobre una base esencialmente relativa⁹⁹. Así como la prisión provisional es instrumental respecto a la sentencia, la prisión provisional puede constituir una situación final respecto a una medida cautelar precedente que asegure su efectividad práctica¹⁰⁰.

Efectivamente, no es instrumental respecto a la sentencia, porque cesa mucho antes de que ésta sea dictada; pero sí que es instrumental respecto a la prisión provisional, en cuanto asegura la posibilidad práctica de que ésta se adopte, durante el breve período de tiempo que es necesario para constatar si concurren sus presupuestos¹⁰¹. Por tener esa característica de instrumentalidad «en segundo grado», se considera a la detención como una medida *precautelar*¹⁰².

10. DIFICULTADES EN LA CONCEPCIÓN DE LA INSTRUMENTALIDAD RESPECTO A ALGUNAS SUPUESTAS MEDIDAS CAUTELARES

⁹⁷ CALVOSA, C., *La tutela cautelare (Profilo sistematico)*, Torino, 1963, p. 141: «La tutela cautelar jurisdiccional... se dirige a asegurar y proteger las situaciones subjetivas de la posibilidad de transgresión y a garantizar a los titulares de las situaciones subjetivas favorables que el interés considerado normativamente relevante y prevalente, *será, en concreto, satisfecho*»; CARRERAS, *Las medidas cautelares del art. 1.428...*, cit., págs. 569-570: «El Derecho debe contar con este peligro (obstáculos fácticos al ejercicio del derecho subjetivo) y proporcionar los medios de prevenirlo; de otro modo, en las normas jurídicas *se consagrarían derechos que, al carecer de la debida protección, devendrían declaraciones teóricas*, cuya efectividad quedaría entregada a la voluntad y buena fe de los obligados a cumplir los deberes correlativos».

⁹⁸ La detención tiene claramente, en algunos casos, una función no cautelar: así, en el n.º 1.º del art. 490, su finalidad es la de evitar la comisión del delito; en los números 3.º, 4.º, 5.º y 7.º -en cuanto se refiere al condenado que estuviera en rebeldía---, se dirige a reintegrar al condenado al estado de cumplimiento de la pena, que ya le ha sido impuesta por sentencia firme.

⁹⁹ DE LUCA, *Lineamenti...*, cit., p. 58.

¹⁰⁰ FOSCHINI, *Sistema...*, I, cit., p. 503

¹⁰¹ Así, respecto al *arresto* en el *Codice di procedura penale*, PANSINI, *Orientamento per una riforma della custodia preventiva...*, cit., p. 83; DE LUCA, G., *Arresto (Diritto processuale penale)*, en «Enciclopedia del Diritto» III, Varese, 1958, p. 40.

¹⁰² FOSCHINI y DE LUCA, ob. y págs. últimamente citadas.

Se plantean graves problemas sobre el carácter de instrumentalidad de algunas medidas, que parte de la doctrina considera cautelares, como la práctica anticipada de la prueba, el secuestro de efectos e instrumentos del delito –que no estén sujetos a la pena de comiso- y demás piezas de convicción, la entrada y registro en lugar cerrado, el examen de libros y papeles de contabilidad y la detención y apertura de correspondencia postal y telegráfica¹⁰³.

Los problemas surgen porque la afirmación del carácter instrumental de estas medidas -y, correlativamente, de su naturaleza cautelar- se realiza en función de un concepto de instrumentalidad muy distinto al estudiado en el número precedente. En este orden de cosas, dice CALAMANDREI: «El carácter puramente instrumental de las resoluciones instructorias anticipadas..., no tiene necesidad de largo comentario: aquéllas, adquiriendo preventivamente un dato probatorio, positivo o negativo, que podrá ser utilizado como premisa lógica de una futura resolución de cognición, sirven al mejor éxito práctico de ésta, en cuanto *el exacto y completo conocimiento de los hechos de la causa es uno de los coeficientes que sirven para juzgar bien*»¹⁰⁴.

Se observará en el precedente párrafo de CALAMANDREI que se ha operado una modificación esencial del concepto de instrumentalidad: estas medidas ya no son instrumentales respecto a la resolución definitiva porque garanticen su eficacia práctica, sino porque aseguran una correcta formación de la misma, aportando una serie de datos que pueden ser utilizados en ella y que corren peligro de desaparición o alteración.

Además, esta modificación del concepto de instrumentalidad hace más difícil, por no decir que elimina completamente, la distinción entre la instrumentalidad de las medidas cautelares y la relación de instrumentalidad en que, respecto a la sentencia se encuentran todas las actuaciones procesales precedentes. En particular, resulta imposible distinguir la instrumentalidad de la práctica anticipada de la prueba de la de la práctica de la prueba en el momento normal, siendo así que con ambas se pretende ofrecer la comprobación de los hechos para integrar el fundamento fáctico de la resolución¹⁰⁵.

Por lo demás manteniendo ese concepto de instrumentalidad, no se puede afirmar que la práctica anticipada de la prueba tenga un carácter provisional, en el sentido de que se extinguen sus efectos cuando se emite la resolución principal que aquélla aseguraba.

¹⁰³ Véase *supra*, n.º 2.

¹⁰⁴ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pp. 33-34.

¹⁰⁵ CALAMANDREI insiste, para reforzar la característica de instrumentalidad, en que «estas resoluciones no tienen nunca un fin en sí mismas: dado que su única finalidad es la de fijar con anticipación... elementos destinados a la formación de una resolución de cognición...»; *Introduzione...*, cit., p. 34. Pero, pensamos nosotros, ¿acaso alguna vez la práctica de la prueba –anticipada o no- tiene un fin en sí misma? ¿Cuándo no está destinada a la aportación de elementos para la formación de las sentencias?

Si para atribuir la naturaleza de medida cautelar a la práctica anticipada de la prueba, hubiera que partir de este concepto de instrumentalidad, que supone una evidente quiebra respecto al adoptado en la teoría general y que induce --como luego veremos- a modificaciones esenciales de otros elementos de esa teoría, lo lógico sería no calificar de cautelares a estas medidas.

Ahora bien, a mi modo de ver, si no se modifica el concepto de instrumentalidad, elaborado en la teoría general, es correcto mantener la naturaleza cautelar de la práctica anticipada de la prueba. La relación de instrumentalidad -adecuándola al específico caso que nos ocupa- no se establece entre el acto de práctica anticipada de la prueba y la resolución final del proceso, sino entre aquel acto y la (hipotética) actuación de práctica de esa misma prueba en el momento procesalmente normal. Como puede observarse, esta relación de Instrumentalidad es sustancialmente idéntica a la definida en la teoría general: la práctica anticipada es instrumental respecto a la práctica «definitiva» de un medio de prueba, en cuanto asegura que las consecuencias de esta última actuación -adquisición para el proceso de un determinado dato de hecho- realmente se producirán.

La práctica anticipada de la prueba es provisional hasta el momento procesal en que esa prueba debiera practicarse «definitivamente». Esta provisionalidad implica que si, en ese momento -en la vista del juicio oral-, la prueba puede ser practicada, el acto de práctica anticipada pierde su eficacia y la prueba ha de ser producida de nuevo (artículo 730, Lecrim, en sentido contrario); en cambio, si resulta imposible su práctica anticipada, deja de ser provisional y deviene definitiva, mediante la lectura, en la vista, del acta correspondiente (artículo 730).

En cuanto concurre en ella la característica de instrumentalidad -concebida del modo que acabamos de indicar, no según la definía CALAMANDREI-, la práctica anticipada de la prueba, establecida en los artículos 448-449 (prueba testifical), 467, párrafo 2, y concordantes (prueba pericial) y 657 párrafo 3 (cualquier medio de prueba), puede ser considerada como medida cautelar. Después veremos que, para acordarla, han de concurrir los presupuestos típicos de las medidas cautelares.

No se llega, sin embargo, a la misma conclusión respecto a los otros actos enumerados al principio, es decir, los de adquisición de fuentes de prueba y de otros objetos necesarios para la práctica de algunos medios de prueba.

En primer lugar, hay que desechar, por las mismas razones que expusimos antes, que la aplicación de estos actos del concepto de instrumentalidad mantenido por CALAMANDREI, implique la afirmación de su cautelaridad. Hay que tener en cuenta, además, que, a diferencia de lo que sucede con la práctica anticipada de la prueba, estos actos no originan un resultado que pueda integrarse, directamente, en las premisas fácticas de la resolución final; es decir, que ni siquiera en el sentido mantenido por CALAMANDREI, serían estos actos instrumentales respecto a la sentencia.

Si intentamos buscar un concepto de instrumentalidad, similar al de la teoría general, aplicable a estos actos, se nos ofrecen dos posibilidades: son instrumentales

respecto a los actos (relativamente) definitivos de adquisición de las mismas fuentes y objetos, o son instrumentales respecto a la práctica de la prueba.

La primera posibilidad conduce a la negación absoluta del carácter instrumental de estos actos. La noción de instrumentalidad postula, cuanto menos, una dualidad de actos. La adquisición de fuentes de prueba y otros objetos se realiza mediante unos actos procesales que no tienen su par en un momento posterior del proceso, de modo que los primeros sean instrumentales respecto a los segundos --que serían los (relativamente) definitivos- La realización en el proceso de estos actos de adquisición, está prevista una sola vez: durante el sumario y en el momento en que el instructor haya descubierto su existencia (artículo 334, Lecrim) o existan indicios de la misma (artículos 546, 573, 579, Ley enjuiciamiento criminal).

La segunda posibilidad sería más aceptable, porque podría decirse que son instrumentales respecto a la práctica de la prueba, en cuanto asegura que se puedan practicar realmente aquellos medios de prueba que precisen de esas fuentes y objetos. Aún concibiendo de ese modo la relación de instrumentalidad, se plantea un importante obstáculo a la naturaleza cautelar de estas medidas. El mismo resultado al que tiende el secuestro, la entrada y registro en lugar cerrado, el examen de libros y papeles de contabilidad y la detención y apertura de correspondencia, puede ser logrado si los distintos objetos se aportan al proceso en cumplimiento del deber de exhibición establecido en el artículo 575, sin que, por ello, pueda considerarse medida cautelar al requerimiento de exhibición. Se podría objetar a esto que, precisamente, con el secuestro se pretende evitar el incumplimiento del deber de exhibición o que se produzcan alteraciones en los objetos antes de ser exhibidos. Esta objeción no es admisible: secuestro y requerimiento de exhibición son medidas independientes, aunque orientadas al mismo fin; la adopción del primero, no está en función de la apreciación concreta del posible perjuicio que podría implicar el esperar a que el deber de exhibición fuera correctamente cumplido, sino que le viene impuesta al instructor por una norma cuyo cumplimiento no supone una apreciación discrecional del tipo indicado. Luego si el requerimiento de exhibición no tiene naturaleza cautelar y lo que le distingue respecto al secuestro es que, mediante este último, los objetos se ponen a disposición del proceso *coactivamente*, tampoco el secuestro tendrá naturaleza cautelar, salvo que ésta quiera deducirse, en exclusiva, del uso de la coacción, lo que sería erróneo¹⁰⁶.

Al carecer estas medidas de la característica de instrumentalidad --en el preciso sentido que ésta tiene en la teoría general de las medidas cautelares-, consideramos que debe negarse que tengan naturaleza cautelar.

¹⁰⁶ La coacción es un elemento común a una serie de medidas; DE LUCA, G., *Coercizione processuale penale*, en «Enciclopedia del Diritto», VII, Varese, 1960, p. 299.

11. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

A) El «*fumus boni iuris*».

Los presupuestos para la adopción de una medida cautelar son, según doctrina ampliamente aceptada, el «*fumus boni iuris*» y el «*periculum in mora*».

Según CALAMANDREI, la instrumentalidad de las medidas cautelares implica que su emanación presuponga un preventivo cálculo de probabilidad sobre cuál pueda ser el contenido de la futura resolución principal. Ese juicio de probabilidad debe arrojar como resultado, para que la medida cautelar pueda adoptarse, que la resolución definitiva o principal resultará favorable a aquel que ha pedido la medida¹⁰⁷. El «*fumus boni iuris*» consiste, pues, en un juicio de probabilidad afirmativo sobre la existencia de un derecho.

En el proceso penal, el presupuesto de «*fumus boni iuris*», se formula de modo esencialmente idéntico: es un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena. Dicho de otro modo, existe «*fumus boni iuris*» cuando, como resultado de la investigación sumarial, aparecen elementos suficientes para imputar fundadamente a una persona la comisión de un delito¹⁰⁸. GUARRINIELLO, intentando marcar terminológicamente las peculiaridades de la formulación de este presupuesto respecto a las medidas cautelares penales, propone que se le denomine *fumus commissi delicti*¹⁰⁹.

En la Lecrim, aparece el *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares.

El fumus boni iuris de la detención consiste, bien en su juicio, que debe realizar quien la practica (artículos 490-2.º, 492-4.º), o bien en una imputación previa y, generalmente, formal (procesamiento), que ha sido formulada por el juez de instrucción (artículos 490-6.º y 7.º, 492-2.º y 3.º)¹¹⁰.

¹⁰⁷ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pp. 59.64. Igualmente, DINI, *Provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 46; LIEBMAN, E. T., *Unità del procedimento cautelare*, en Riv. Dir. Proc., 1954, p. 252. SERRA, *Teoría general de las medidas...*, cit., pp. 36-37, no admite que el juicio de probabilidad suponga una diferencia respecto al juicio que contiene la resolución principal, pues ningún juicio humano es de certeza absoluta; para él, «La medida cautelar se concede, no porque la existencia del derecho aparezca como menos cierta que en la sentencia definitiva, sino porque prescindiendo de todas las alegaciones y pruebas posteriores, el derecho debe ser considerado como cierto y existente.».

¹⁰⁸ (108) VASALLI, *Osservazioni...*, cit., pp. 494-495; FOSCHINI, *Sistema...*, I, cit., p. 508-509; LEONE, *Trattato...*, II, pp. 259-260; DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare*, cit., p. 63; GAMENO, *La detención...*, cit., pp. 15-16.

¹⁰⁹ GUARRINIELLO, R., *La discrezionalità del giudice in tema di mandato di cattura e di libertà provvisoria*, en Riv. Dir. Proc., 1966, p. 523. Nos parece que la terminología propuesta no es adecuada, porque sólo denota la idea de probabilidad de comisión de un delito Y no la de que ese delito ha sido probablemente cometido por una determinada persona.

¹¹⁰ GIMENO, ob. y lug. últimamente citados.

El *fumus boni iuris* necesario para adoptar la prisión provisional, está expresado en las circunstancias 1.^a y 3.^a del artículo 503: que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que existan motivos bastantes para creer responsable criminalmente de aquel delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión¹¹¹.

Respecto a las medidas cautelares que aseguran la ejecución de las penas pecuniarias, el *fumus boni iuris* está determinado en el artículo 589: cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona¹¹².

Hay que dedicar, finalmente, una especial atención a determinar cómo se manifiesta el presupuesto de *fumus boni iuris* respecto a la práctica anticipada de la prueba.

A mi modo de ver, la opinión de CALAMANDREI sobre este tema, incurre en la misma incorrección que su concepción de la instrumentalidad de esta medida cautelar, o, por mejor decir, es errónea por derivarse de un concepto de instrumentalidad equivocado. Dice el maestro italiano que «este carácter (*fumus bonio auris*) no se puede encontrar en las resoluciones cautelares dirigidas al aseguramiento de las pruebas, porque, orientadas éstas a predisponer elementos instructorios que deberán ser después utilizados para la formación de una resolución principal, la utilidad de tal predisposición se manifestará cualquiera pueda ser después..., el contenido de esta resolución»¹¹³. Como puede observarse, al insistir CALAMANDREI en un concepto de instrumentalidad referido a la formación de la sentencia y no a las actuaciones de práctica de la prueba en el momento procesal normal, se ve obligado a negar que la práctica anticipada de la prueba precisa la concurrencia del presupuesto de *fumus boni iuris*.

Sin embargo, con nuestro concepto de instrumentalidad ello no sucede, porque éste no implica que deba preverse el contenido de la futura sentencia, sino el de las resoluciones mediante las cuales el órgano jurisdiccional conduce la práctica de un medio de prueba.

La práctica de un medio de prueba en la vista del juicio depende, en primer lugar, de su admisión, y, en segundo lugar, respecto a la prueba testifical, de que sean rechazadas por el tribunal las preguntas del interrogatorio. El sentido de las

¹¹¹ Sobre la necesidad de que el procesamiento preceda al auto de prisión, las opiniones doctrinales están encontradas: a favor, AGUILERA, *Comentarios...*, IV, cit., pp. 200-201-, FENECH, *Derecho...*, II, cit., p. 826; SERRA, *El imputado*, en «Estudios de Derecho procesal», Barcelona, 1969, p. 689; IBÁÑEZ GARCÍA-VELASCO, *Curso...*, cit., p. 182; GIMENO, *La detención...* cit., p. 7; en contra, HERCE, *Derecho...* (con G. ORBANEJA), cit., p. 167; SOTO NIETO, F., *La prisión y libertad provisionales...*, cit., pp. 591-593; SOTO VÁZQUEZ, R., *El auto de procesamiento y algunos de sus problemas*, en RDPr., 1966, páginas 109, y sigs.

¹¹² Hay que indicar que el artículo se refiere, globalmente, al aseguramiento de todas las responsabilidades patrimoniales, es decir, no sólo de las multas, sino también de las responsabilidades civiles. En este último aspecto, es medida cautelar del proceso civil acumulado al penal, como también las fianzas y embargos adoptados en caso de responsabilidad civil de tercero (arts. 615-621, Lecrim).

¹¹³ CALAMANDREI, *Introduzione...* cit., p. 59.

resoluciones de admisión y de desestimación de preguntas, depende, fundamentalmente, del juicio sobre la pertinencia del medio de prueba o de la pregunta (artículos 659, parágrafo 1, 709, parágrafo 1, Ley Enjuiciamiento criminal). Para emitir el juicio sobre la pertinencia, es preciso que estén determinadas las afirmaciones sobre los hechos que constituyen el *thema probandi*, bien sea porque la pertinencia consiste en la idoneidad abstracta de un medio de prueba para probar una clase determinada de hechos (así, por ejemplo, la pericial respecto a los hechos para cuya apreciación se requieran conocimientos científicos o artísticos -artículo 456 Lecrim-¹¹⁴), o bien sea porque implica también la existencia de una relación entre la afirmación que pretende probarse a través de un determinado medio de prueba y las afirmaciones integradas en el *thema probandi*¹¹⁵. Ahora bien, el conjunto de hechos que deben ser probados, sólo queda delimitado con las calificaciones provisionales¹¹⁶.

Partiendo de estas bases se comprueba que el *fumus boni iuris* es, también, presupuesto de la medida cautelar de práctica anticipada de la prueba, en el sentido de que el juicio sobre la pertinencia que precederá a la admisión del medio de prueba o que originará el rechazo de una pregunta, será un *juicio de probabilidad sobre la pertinencia*, dado que, durante el sumario, se desconoce si los hechos que son objeto de prueba anticipada, deberán ser, en definitiva, objeto de prueba¹¹⁷.

12. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

B) El «*periculum in mora*».

El presupuesto de *periculum in mora*, se determina en base a dos elementos. En primer lugar, la resolución principal sólo es emitida después de un período de tiempo, más o menos largo, que resulta necesario para la realización de una serie de actos que deben preceder, según la ley procesal, a aquella resolución y de los que depende que aquélla nazca con las mayores garantías de justicia¹¹⁸. En segundo lugar, durante ese lapso de tiempo, pueden realizarse acciones o acontecer hechos naturales que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de la resolución principal que posteriormente se emitirá¹¹⁹.

¹¹⁴ ZAFRA, J., *La pertinencia de la prueba civil*, en RDPrIberoam-filip, 1960, p. 341.

¹¹⁵ ZÁFRA, J., *La pertinencia...*, cit., pp. 651-658. El juicio sobre esta modalidad de pertinencia respecto a la prueba testifical en el proceso pena], sólo puede hacerse cuando formulan las preguntas en la vista (art. 709) y no en el trámite de admisión de la prueba (art. 659, l), dado que está excluida la presentación previa de interrogatorio escrito.

¹¹⁶ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho...*, cit. (con HERCE), pp. 219-220; SERRA, *El juicio oral*, en «Estudios...», cit., p. 774.

¹¹⁷ Evidentemente, esto se aplica a los supuestos de prueba anticipada dentro del sumario (arts. 467, 1, 448, 449, Lecrim), no al supuesto del art. 657, 3, pues respecto a éste el juicio sobre la pertinencia reviste carácter definitivo.

¹¹⁸ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., p. 19; DINI, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 44; FOSCHINI, *Sistema...*, I, cit., p. 507; FAIRÉN, *La detención...*, cit., p. 755; SERRA, *Teoría general...* cit., pp. 39-40.

¹¹⁹ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., p. 18; DINI, *I provvedimenti d'urgenza...*, cit., p. 44; FOSCHINI, ob. y lug. últimamente citados.

La prisión y libertad provisionales se adoptan en base a unos factores que revelan el peligro de fuga del imputado, que podría redundar en la inejecución de las penas privativas de libertad.

Para la determinación de la concurrencia de estos factores, el ordenamiento establece dos tipos de criterios: uno abstracto -la gravedad de la pena- y otro concreto -indagar sobre el peligro de fuga atendiendo a las circunstancias personales y sociales de un imputado determinado.

Según el criterio abstracto, cuando el delito que se entiende cometido lleva aparejada una pena superior a la de prisión menor, se considera que ello es suficiente para que se adopte la prisión provisional (artículo 503, 2.^a, inciso primero). En esta disposición está expresado el supuesto de *periculum in mora*, dado que aquélla responde a la consideración de que una pena grave, es susceptible de generar en el imputado el deseo de eludirla mediante la fuga¹²⁰.

Este criterio abstracto, aún siendo razonable, resultaría excesivamente rígido, dado que, en cada caso, pueden concurrir circunstancias que modifiquen el estímulo de fuga que origina la eventual imposición de una determinada pena, tanto aumentándolo como disminuyéndolo¹²¹. Es preciso, pues, dar entrada a una apreciación del órgano jurisdiccional sobre las circunstancias concretas que concurren en cada caso, para flexibilizar el supuesto de *periculum in mora*, de modo que la adopción de las medidas se basen, en lo posible, sobre la existencia real del mismo.

En este sentido, la Lecrim permite, de una parte, que, siendo la pena previsible superior a la de prisión menor, no se acuerde la prisión provisional, sino la libertad provisional con fianza, cuando el procesado tenga buenos antecedentes o se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia (artículo 504, 2)¹²².

La Lecrim ha previsto, también, la situación inversa: cuando la pena probable sea de prisión menor o inferior, podrá acordarse la prisión provisional si el procesado no comparece, injustificadamente, al primer llamamiento del Juez o Tribunal que conociere de la causa (artículo 504, 1) -lo que revela su intención de eludir la acción

¹²⁰ GÓMEZ DE LA SERNA, *De la prisión preventiva*, cit., pp. 214-215; AGUILERA, *Comentarios...*, IV, cit., p. 196; CÁRDENAS, Francisco de, *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, en RGLJ, t. 38, 1871, p. 33, comentando el art. 6.º del título X del Libro I de un anteproyecto de Ley de enjuiciamiento penal -Apéndice 1.º a la *Memoria histórica*, en RGLI, t. 38, 1871, p. 528.

¹²¹ CÁRDENAS, *Memoria histórica...*, cit., p. 33; HÉLIE, *Traité de l'instruction...*, V, cit., pp. 749-751.

¹²² Ya vimos antes cómo los restantes dos supuestos que no deben concurrir para que se adopte la libertad provisional en este caso, revelan una desviación sobre la función cautelar de la prisión; *supra*, n.º 5, c.

de la justicia ¹²³ - o si el juez la considera necesaria, atendidas las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado, hasta que preste la fianza que señale (artículo 503, 2ª, inciso segundo)¹²⁴.

La adopción de la libertad provisional se basa sobre un *periculum in mora* inferior al que seria motivo para la adopción de la prisión provisional, pero no sobre una inexistencia de aquel presupuesto. El presupuesto de *periculum in mora* en la libertad provisional, debe determinar, de una parte, la mayor o menor frecuencia de las comparecencias periódicas a las que queda obligado el procesado (supra, número 7) y, de otra, la exigencia o no de fianza y, en el primer caso, la cantidad y calidad de la misma (artículo 531).

El *periculum in mora* que tiende a evitar la medida cautelar de práctica anticipada -de la prueba, no es el que deriva del lógico retraso en la aparición de la sentencia, sino más bien el que puede existir porque las actuaciones de práctica de la prueba se deben realizar, según el orden del procedimiento, en un momento determinado que sólo se alcanza tras un cierto período de tiempo¹²⁵. Ello pone de manifiesto, de nuevo, que no es válido el concepto de instrumentalidad que CALAMANDREI maneja en este caso: el *periculum in mora* justificativo de la práctica anticipada de la prueba, ya no puede existir cuando se llega a la fase procesal de práctica de la prueba, aunque desde ese momento al de emisión de la sentencia firme falte mucho tiempo por transcurrir. Durante aquel lapso de tiempo pueden acaecer hechos que imposibiliten o dificulten la práctica del medio de prueba en el futuro. Este peligro se elimina practicándolos anticipadamente.

Respecto a la práctica anticipada de la prueba testifical, el *periculum in mora* consiste bien en la imposibilidad del testigo de concurrir al juicio oral por haber de ausentarse de la península, o bien en la existencia de motivos racionalmente bastantes para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio (artículo 448).

El *periculum in mora* justificativo de la práctica anticipada de la prueba pericial no está expresado en la Ley Enjuiciamiento criminal. Esta se limita a disponerla cuando no pudiera reproducirse en el juicio oral (artículos 467, 2, 471 y 476). El *periculum in mora* puede consistir en el riesgo de que -por causas naturales- desaparezca o se altere lo que debe ser reconocido por los peritos¹²⁶, o en la necesidad de destruir o alterar dichos objetos al practicarse la pericia como acto de investigación (artículo 479)¹²⁷.

¹²³ AGUILFRA, *Comentarios...*, IV, cit., pp. 201-202.

¹²⁴ Las circunstancias del hecho y los antecedentes del procesado, para que se adopte la prisión provisional en este caso, deben hacer presumir el riesgo de que el procesado emprenda la fuga (artículo 529, pár. 1, en relación con el 492-3.º).

¹²⁵ CALVOSA, *La tutela cautelare*, cit., pp. 237-245.

¹²⁶ IBÁÑEZ GARCÍA VELASCO, *Curso...*, cit., p. 193.

¹²⁷ AGUILERA, *Comentarios...*, IV, cit., p. 69.

13. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES:

C) Imposibilidad de concurrencia de «periculum in mora» respecto a algunas supuestas medidas cautelares.

CARRERAS y SERRA consideran como característica esencial de las medidas cautelares que exista una cierta homogeneidad, pero no identidad, entre éstas y las medidas ejecutivas¹²⁸. Ya indicaba CALAMANDREI que la medida cautelar suponía la anticipación provisional de *ciertos efectos* de la resolución principal y que existía un paralelismo entre aquélla y la medida ejecutiva¹²⁹. Es expresión de esta característica, el hecho de que la medida cautelar recaiga sobre el mismo bien jurídico o derecho que podrá ser sometido a ejecución, aunque lo afecta de modo distinto al de la medida ejecutiva¹³⁰.

Esta característica que acabamos de enunciar nos lleva a plantear el problema de la naturaleza cautelar de unas medidas que anticipan ciertos efectos de las penas de inhabilitación (arts. 35, 36, 37, 40 y 41 del Código Penal), suspensión (artículos 38, 39, 42, Código Penal) y privación del permiso de conducir (artículo 42, parágrafo 3, Código Penal), anticipación que, *prima facie*, podría parecer determinada por el cumplimiento de una función cautelar respecto a la ejecución de las penas indicadas.

Estas medidas consisten en la suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión. o derecho que puede ser afectado por una pena de inhabilitación o suspensión. En la Ley de Enjuiciamiento criminal se contemplan dos de estos supuestos: la privación provisional del permiso de conducción (artículo 529 bis) y la suspensión provisional de jueces y magistrados, contra los que se hubiera admitido querrela por delito cometido en el ejercicio de sus cargos (artículos 755, 2 Ley Enjuiciamiento Criminal y 227-1.º de la Ley Orgánica Poder Judicial). Fuera de la Ley de Enjuiciamiento Criminal existen varios supuestos de suspensión provisional, aunque no siempre se trata de medidas acordadas por el órgano jurisdiccional:

1) Suspensión de jueces y magistrados cuando, por delito distinto a los cometidos en el ejercicio de sus funciones, se dicte auto de prisión o fianza o se pida contra ellos por el Ministerio Fiscal una pena aflictiva o correccional (artículos 227-2.º y 3.º, Ley Orgánica del Poder judicial).

2) Suspensión provisional de funcionarios del Ministerio Fiscal cuando se admita querrela por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o se dicte contra ellos auto de procesamiento por otros delitos, a excepción de los culposos

¹²⁸ CARRERAS, *Las medidas cautelares del art. 1.428....*, cit., p. 573; SERRA, *Teoría general...*, cit., p. 17; también GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Elementos esenciales para un sistema...*, cit., pp. 16-17.

¹²⁹ CALAMANDREI, *Introduzione...*, cit., pp. 22, 34-35.

¹³⁰ DE LUCA, *Lineamenti...*, cit., p. 29. Según ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1936, I, p. 30, existe una diferencia estructural entre la prisión cautelar y la prisión-pena, representada por el distinto régimen carcelario que se aplica en uno y otro caso. Para DE LUCA, *Lineamenti...*, cit., pp. 102, 131, y DE MARSICO, *Diritto...*, cit., p. 211, sólo se distinguen en el aspecto funcional.

(artículo 38, 1, del Reglamento orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto 437, de 27 de febrero de 1969).

3) Suspensión de Secretarios de la Administración de Justicia, cuando fueren procesados por delito cometido en el ejercicio de sus funciones o se dictara auto de prisión o fianza por cualquier otro delito, a excepción de los culposos (artículo 29, Ley 22-diciembre-1953, que organiza el Secretariado de la Administración de justicia).

4) Suspensión de funcionarios de Ministerios civiles y Corporaciones locales. Es preceptiva cuando hubieran sido procesados por hechos dolosos relacionados con el servicio y discrecional en los restantes casos (artículo 1 del Decreto de 23 de diciembre de 1957).

5) La situación de procesado de un militar, conlleva el cese en los cargos, mandos, destinos y comisiones que desempeñe. El pase a la situación de procesado es discrecional cuando se trate de delitos comprendidos en la antigua Ley del Automóvil, e infracciones culposas del Código Penal común y Leyes especiales comunes (artículo 8 del Decreto de 12 de marzo de 1954).

6) El órgano jurisdiccional puede acordar la suspensión provisional del cargo de autoridades locales, cuando aparecieran motivos racionales para estimar que han cometido un delito de los que el Código Penal castiga con suspensión de cargos o derechos políticos (artículo 387 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17-mayo-1952). Cabe la suspensión gubernativa cuando hayan sido procesados por cualquier delito (artículo 417 del Texto refundido de la Ley de Régimen Local, aprobado por Decreto 24-junio-1955).

7) Suspensión de los corredores de comercio, cuando hubieran sido procesados por hechos que redunden en el desprestigio de la profesión (artículo 167-2, del Reglamento de régimen interior de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, de su junta Central y del ejercicio del cargo de corredor de comercio, aprobado por Decreto de 27-mayo-1957).

8) Suspensión preventiva de los funcionarios del Cuerpo de Correos. Es preceptiva cuando hayan sido procesados por hechos dolosos relacionados con el servicio y discrecional en los demás casos (artículo 207 de la Ordenanza Postal, aprobada por Decreto de 19-mayo-1960).

9) Suspensión de funcionarios del Cuerpo de Guardería de pesca continental del Estado, cuando hayan sido procesados por cualquier delito (artículo 42 del Reglamento del Cuerpo de Guardería de pesca continental del Estado, aprobado por Decreto de 23-julio-1953).

10) Suspensión de empleo de ingenieros pertenecientes al Cuerpo de ingenieros de Telecomunicación, cuando hayan sido procesados por cualquier delito (artículo 31 del Reglamento orgánico del Cuerpo de Ingenieros de Telecomunicación, aprobado por Decreto de 3-junio-1955).

Entiendo que la naturaleza de estas suspensiones provisionales nunca es la de medida cautelar. La medida cautelar se justifica en la existencia de un *periculum in mora* que afecta a la práctica efectividad de la resolución principal. Ahora bien, en cuanto la resolución principal pueda contener una condena a penas de inhabilitación, suspensión, privación de permiso de conducir y, también, de privación de la nacionalidad o interdicción civil, ningún peligro acecha a la práctica efectividad de la misma, porque el imputado no puede, en modo alguno, impedir o dificultar la ejecución de aquellas penas.

Si para la ejecución de las penas privativas de libertad y las pecuniarias, el órgano jurisdiccional precisa incidir sobre una realidad física que el imputado puede alterar -y a evitarlo están dirigidas las medidas cautelares-, la ejecución de las penas mencionadas en el párrafo anterior consiste, simplemente, en introducir modificaciones en el status jurídico de una persona, que no pueden ser impedidas por la misma. Ello excluye, totalmente, la necesidad de cualquier medida cautelar respecto a estas penas.

¿Cuál es, entonces, la naturaleza de estas suspensiones provisionales?

En algunos casos es evidente que cumplen una función preventiva de ulteriores delitos por parte del imputado, que ha revelado una cierta peligrosidad al haber cometido una determinada infracción. Este es el caso de la privación provisional del permiso de conducir, en cuanto sirve para neutralizar al conductor inepto o imprudente¹³¹. También se podría afirmar esta finalidad respecto a las suspensiones provisionales de cargos y profesiones por hechos relacionados con el ejercicio de aquéllas¹³². En estos casos estas medidas tienen la naturaleza de medidas de seguridad. La misma crítica que dirigíamos contra la utilización de la prisión provisional como medida de seguridad (supra, número 5, b), puede formularse ahora.

La justificación de las suspensiones provisionales es aún más difícil cuando ni siquiera se les puede atribuir una función preventiva de futuros delitos. En tal caso vienen a ser expresión de una concepción errónea sobre la naturaleza y función del auto de procesamiento, consistente en vincular a un juicio de probabilidad y meramente provisional sobre la culpabilidad, unas consecuencias que sólo la sentencia

¹³¹ LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., *Derecho y técnica de la circulación*, Madrid, 1964, II, pp. 856-857, 580-581; MERLE, Roger, *Las consecuencias penales y civiles del delito de imprudencia*, en A. D. P., 1958, p. 221; ARAGONESES, P., *Instituciones...*, cit., pp. 227-228.

¹³² En el *Code de procédure pénale* (art. 138, pár. 2, 12.11), la naturaleza preventiva de esta medida aparece más clara, porque su adopción se subordina también a la previsión de que pueda cometerse una nueva infracción.

firme de condena debería producir¹³³. *De lege ferenda* estimamos deben derogarse las normas que establecen estas consecuencias del auto de procesamiento, con el objeto de que éste cumpla exclusivamente su función de dar a la instrucción una dirección subjetiva concreta y de constituir un paso de especial importancia en el proceso de determinación de la legitimación pasiva¹³⁴.

14. VARIABILIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN FUNCIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE SUS PRESUPUESTOS.

Los presupuestos de la medida cautelar responden a una determinada situación de hecho que el órgano jurisdiccional consideró existente en el momento de adoptar la medida. Esa situación de hecho puede sufrir modificaciones a lo largo del proceso, que determinan, correlativamente, una modificación en los presupuestos de la medida y ésta, a su vez, una variación de la medida adoptada. Como ha dicho la doctrina, las medidas cautelares son resoluciones sometidas al principio «*rebus sic stantibus*», lo cual hace que sean variables en función de la variación de los presupuestos¹³⁵.

Hay que precisar, sin embargo, que no tienen las mismas consecuencias la variación del *fumus boni iuris* que la del *periculum in mora*.

Si la modificación de la situación de hecho implica la inexistencia de *fumus boni iuris*, ello no debe dar lugar a que se sustituya una medida cautelar más intensa por otra que lo sea menos; particularmente, no debe implicar que se revoque la prisión provisional y se acuerde la libertad provisional. La consecuencia debería ser el levantamiento de toda medida cautelar, por resultar improbable que a la persona que estaba sometida a la misma, pueda imponérsele alguna pena en la sentencia¹³⁶.

En este orden de cosas, puede inducir a confusión que en el artículo 528, párrafo 3, que abre el título dedicado a la libertad provisional, se disponga que «el detenido o preso será puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que resulte su inocencia». Cuando resulte la inocencia del detenido o preso, procede, simplemente, revocar la detención o prisión y no acordar su libertad provisional, como pudiera dar a entender la colocación sistemática del precepto citado.

El artículo 861 bis, a), párrafo 4, puede suponer una importante quiebra respecto a estas consideraciones. Dispone que si la sentencia recurrida fuera absolutoria y el reo estuviera preso, será puesto inmediatamente en libertad. Cuando la norma dice «poner en libertad», debe entenderse que se refiere a la libertad plena y no

¹³³ Ello ha dado motivo a la conocida corriente favorable a la abolición del procesamiento; véase, VIADA-ARAGONESES, *Curso...*, II, cit., pp. 67-71; RUIZ GUTIÉRREZ, V., *El procesamiento*, en «Actas del I Congreso español de Derecho procesal», Madrid, 1950, pp. 435 y sigs.; del mismo, *El auto de procesamiento debe desaparecer*, en «Estudios procesales, en memoria de Carlos Viada», Madrid, 1965.

¹³⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, pp. 39-45; del mismo, *Algunas notas sobre la modernización...*, cit., pp. 791-807.

¹³⁵ CALAMANDREI, *Introduzione...* cit., pp. 78-81; FAIRÉN, *La detención...*, cit., p. 755.

¹³⁶ DE LUCA, *Lineamenti...*, cit., p. 89; GUARRINIELLO, *La discrezionalità del giudice...*, cit., p. 525.

a la libertad provisional. La razón es obvia: si se acordara la libertad provisional y el procesado absuelto se negara a prestar fianza o incumpliera las obligaciones de comparecencia periódica, no podría acordarse la prisión provisional por ser ello contrario al propio párrafo 4 del artículo 861 bis, a). Hasta este momento, nada hay que objetar a este artículo: la desaparición del *fumus boni iuris* que supone la sentencia absolutoria, implica el levantamiento de toda medida cautelar. Sin embargo, del artículo no se deduce -y esta conclusión es confirmada por el artículo 541, 3.º, que si el procesado absuelto estuviera en la situación de libertad provisional, debe también revocarse esta medida cautelar y acordarse la libertad plena. Esto supone, a mi modo de ver, una gravísima anomalía: el motivo para acordar la libertad plena del preso, concurre también para decidir la libertad plena del que se halla en libertad provisional; es, en ambos casos, la inexistencia de *fumus boni iuris*. De no existir una disposición tan clara como el artículo 541-3.º el párrafo 4 del artículo 861 bis, a), podría aplicarse por analogía al supuesto del procesado absuelto que se hallara en libertad provisional, pues concurre, evidentemente, el requisito de *eadem ratio decidendi*.

La variación de los hechos constitutivos del *periculum in mora*, no conduce a la extinción de la medida cautelar, pero sí a su modificación o a su sustitución por otra (art. 539).

La libertad provisional es susceptible, sin ser sustituida por la prisión provisional, de ser modificada en función de la variación del *periculum in mora*: un aumento o disminución de éste puede dar lugar a un aumento o disminución de la fianza (art. 539, 2, inciso 2) y, también, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal no lo disponga expresamente, a una variación de la frecuencia inicialmente fijada para las comparecencias periódicas.

La prisión provisional puede revocarse y acordarse la libertad provisional, cuando se compruebe que el hecho presuntamente delictivo no puede ser incriminado con una pena superior a prisión menor, cuando varíen las circunstancias concretas que motivaron la prisión --estando los hechos incriminados con pena de prisión menor o inferior- (art. 503-2.ª, 504, 1) ¹³⁷ o las que impidieron que se acordara la libertad provisional -estando los hechos incriminados con pena superior a prisión menor- (art. 504, 2), y cuando, por fin, preste la fianza acordada quien se encontraba en prisión por un hecho incriminado con pena inferior a prisión menor (art. 503, 2.ª, *in fine*).

Asimismo, la libertad provisional puede ser revocada y el procesado sometido a prisión, cuando deje de cumplir injustificadamente sus obligaciones de comparecencia (art. 504, 1), cuando no presente o amplíe la fianza en el término señalado (art. 540) y, en general, siempre que, por la modificación de las circunstancias, deba aplicarse el artículo 503 6 excluirse la aplicación del artículo 504, 2.

También la previsión de un determinado contenido de la sentencia, en cuanto a las responsabilidades pecuniarias que puede declarar (*fumus boni iuris* de las medidas cautelares patrimoniales), es susceptible de experimentar alteraciones a lo largo del proceso, que repercutirán en una ampliación de la fianza o embargo (art. 611) o en una

¹³⁷ SOTO NIETO, *La prisión y libertad provisionales...*, cit., página 588.

disminución de los mismos (art. 612), según se estime insuficiente o excesivo el valor afianzado o embargado para cubrir las responsabilidades pecuniarias de previsible declaración.

15. LAS MEDIDAS DE LOS ARTÍCULOS 731 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y 9 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952: SU ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

Al estudiar la función, presupuestos y notas características de las medidas cautelares, hemos ido descartando que determinadas medidas tengan naturaleza cautelar. Vamos a estudiar ahora, someramente, la naturaleza de otras medidas no cautelares, que coinciden, sin embargo, con éstas en implicar el uso de la coacción y en recaer sobre la persona del imputado o, más precisamente, del acusado.

Según el artículo 731, el Tribunal adoptará las disposiciones convenientes para evitar que los procesados que se hallen en libertad provisional se ausenten o dejen de comparecer a las sesiones desde que éstas den principio hasta que se pronuncie la sentencia. Las medidas que el Tribunal puede adoptar en base a este artículo están totalmente indeterminadas; a mi modo de ver, pueden consistir en obligar al acusado a tomar residencia en la población -sede del Tribunal-, cuando no tuviera domicilio en la misma, mientras duren las sesiones, en someterle a una estrecha vigilancia policial e, incluso, en casos límites, en privarle de libertad durante el tiempo de realización de la vista.

Cualquiera sea la medida que se adopte en base al artículo 731, nunca serán medidas de naturaleza cautelar, porque la función que se persigue con las mismas no es la de asegurar la ejecución, sino la de hacer efectiva la obligación del acusado de comparecer en la vista del juicio oral. El legislador, al establecer el artículo 731, parte de la distinción, si se quiere sutil, entre riesgo de fuga para eludir la ejecución y riesgo de incumplimiento de la obligación de comparecer en la vista. Es, desde luego, perfectamente posible una negativa por parte del acusado a comparecer en la vista y, al mismo tiempo, una permanencia del mismo a disposición del órgano jurisdiccional para los efectos de la ejecución¹³⁸. En tal caso, no estaría justificado revocar la libertad provisional y acordar la prisión, pero sí, en cambio, una medida de otro tipo que permita conducir y retener al acusado ante el órgano jurisdiccional mientras se realiza la vista. Al legislador se le presentaba una alternativa para regular esta medida: establecer la conducción coactiva del acusado cuando se comprobara, una vez iniciada la vista, el hecho de su incomparecencia¹³⁹, o permitir que, desde el inicio de las sesiones, se adopten medidas que impidan el incumplimiento del deber de comparecencia. La primera solución, si tenemos en cuenta que la incomparecencia del acusado en la vista de los procesos por delitos es casi siempre causa de suspensión de

¹³⁸ Los arts. 319 y 320 del *Code de procédure pénale* y 427 y 428 del *Codice di procedura penale*, contemplan el supuesto del acusado que se encuentra a disposición de la justicia -en prisión o libertad- y se niega a comparecer en los debates.

¹³⁹ Véanse, en ese sentido, el art. 320, par. 1, inciso 1, del *Code de procédure pénale*, el art. 429 del *Codice di procedura penale* y el art. 9 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

la misma¹⁴⁰ podría dar lugar a retrasos en la realización de la vista. La segunda solución, a la que responde el artículo 731, es, más eficaz para conseguir un desarrollo ágil de las sesiones.

La naturaleza no cautelar de las medidas del artículo 731 se comprueba, también, porque la duración de las mismas está limitada al tiempo de realización de la vista, mientras que las medidas cautelares preexisten a la realización de la vista y permanecen hasta que la sentencia es firme, en virtud de su característica de instrumentalidad.

El artículo 9.º del Decreto de 21 de noviembre de 1952 dispone que, si el acusado que reside en el lugar del juicio no comparece en el juicio verbal y el juez cree necesaria su declaración, puede éste «hacerlo conducir a su presencia por la fuerza pública».

Entre esta medida y la conducción coactiva de testigos y peritos (arts. 420, 463), existe una total similitud: ambas se fundan en el incumplimiento de un deber de comparecencia y tienden, por la vía de la coacción, a que dicho deber sea cumplido. Esta consideración basta para negar naturaleza cautelar a la conducción coactiva del acusado regulada en el citado artículo 9.º Además, hay que atender al argumento, antes expuesto, relativo a la duración de esta medida.

Para que se desarrolle la actividad procesal, no basta que el órgano jurisdiccional esté dotado de la potestad de ordenar la realización de los distintos actos, sino que se requiere que esté asistido por una potestad en virtud de la cual haga efectivas sus órdenes; a esta potestad se la denomina potestad coercitiva¹⁴¹. La potestad coercitiva puede ejercitarse después -y a causa de- de haber sido incumplida la orden del órgano jurisdiccional, pero también puede actuarse inmediatamente, es decir, sin esperar a que la orden se incumpla¹⁴². Las conducciones coactivas -de acusados, testigos y peritos- y las medidas del artículo 731, son expresión de la potestad coercitiva, en cuanto suponen hacer efectiva la orden de comparecencia contenida en la citación.

16. NATURALEZA JURÍDICA DEL SECUESTRO DE LOS INSTRUMENTOS Y EFECTOS DEL DELITO

¹⁴⁰ En el proceso ordinario y en el de urgencia de competencia de las Audiencias, la incomparecencia es, sin excepción, causa de suspensión de la vista; en el de urgencia de competencia de los juzgados, sólo cuando la citación no haya sido personal, la incomparecencia haya sido justificada o el juez estime que carece de elementos suficientes para juzgar (art. 791, 8.4, pár. 2); véase, ORTELLS RAMOS M., *La ausencia del imputado en el proceso penal. Consideración especial de la incomparecencia*, pendiente de publicación en RDPrIberoam, apartado II-C.

¹⁴¹ CARNELUTTI, *Lezioni...*, II, cit., p. 134; SANTORO, *Manuale...*, cit., p. 294; DEL POZZO, *Introduzione allo studio della libertà...*, cit., p. 82; DE LUCA, *Coercizione processuale penale*, cit., pp. 298, 300; MANZINI, *Trattato...*, III, cit., p. 591.

¹⁴² MANZINI, ob. y lug. últimamente citado; DE LUCA, *Coercizione processuale...*, cit., p. 299.

El secuestro de los instrumentos y efectos del delito y otros objetos que puedan servir para su comprobación (artículos 334-1, 574 y 586 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), reviste inicialmente la naturaleza de medida coercitiva real.

Cuando practica el secuestro, el juez instructor ejercita una potestad coercitiva para poner a disposición del proceso unos objetos necesarios para el desarrollo de la actividad de investigación y prueba. Aunque esta potestad se ejercite con independencia del incumplimiento de la obligación de exhibición (art. 575), su naturaleza no se modifica, convirtiéndola en potestad cautelar¹⁴³), porque su ejercicio no está subordinado a la verificación -de los presupuestos de los que depende la adopción de una medida cautelar¹⁴⁴. Si el juez instructor debe proceder al secuestro independientemente de que los objetos corran o no peligro de desaparición o alteración, se debe concluir que la finalidad del secuestro no es asegurar los objetos frente a aquel peligro, sino, puramente, ponerlos a disposición del proceso.

Ahora bien, mientras el secuestro de determinados objetos tiene siempre la naturaleza de medida coercitiva real, el secuestro de otros objetos, puede convertirse en medida cautelar.

Los artículos 620-2 y 844 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conducen a distinguir el régimen jurídico del secuestro de los instrumentos y efectos del delito que pertenezcan al procesado, del de aquellos objetos de propiedad de otras personas.

El secuestro de instrumentos y efectos del delito no pertenecientes al procesado, se extingue al concluir la vista del juicio (art. 620-2) o al suspenderse el proceso por tiempo indefinido por declaración de rebeldía (art. 844). En el primer caso, porque la función que perseguía la medida coercitiva ya ha sido cumplida; en el segundo, porque la función de la medida ya ha sido cumplida respecto a la investigación sumarial y no se requiere su mantenimiento, pues el juicio oral no se abre o queda suspendido *sine die*¹⁴⁵.

Si el secuestro, de los instrumentos y efectos del delito pertenecientes al procesado no se extingue al concluir la vista, ni al suspenderse el proceso por la rebeldía --siguiendo, en este punto, el régimen jurídico de fianzas y embargos del artículo 843-, ello supone que, al menos a partir de ese momento, su naturaleza no es la de una medida coercitiva, sino la de una medida cautelar respecto a la pena de comiso que puede recaer sobre dichos objetos (art. 48 del Código Penal).

17. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ESTUDIADAS

El presente estudio nos permite clasificar aquel conjunto confuso de medidas al que aludimos al principio, del siguiente modo:

A) Medidas cautelares.

¹⁴³ Supra, n.º 10.

¹⁴⁴ DE LUCA, *Lineamenti...*, cit., pp. 107-108.

¹⁴⁵ No revocar el secuestro, en este caso, supondría imponer un sacrificio excesivo al propietario de los objetos.

a) Del proceso penal.

a') Personales: detención, prisión y libertad provisional.

b') Patrimoniales: fianzas y embargos para el aseguramiento de las penas pecuniarias; secuestro de los instrumentos y efectos del delito pertenecientes al procesado¹⁴⁶.

c') Práctica anticipada de las pruebas testifical y pericial.

b) Del proceso civil acumulado al penal: embargos y fianzas para el aseguramiento de las responsabilidades civiles del procesado o terceras personas

B) Medidas coercitivas.

a) Personales.

a') Sobre el acusado: medidas del artículo 731 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 9.0 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

b') Sobre otros sujetos procesales : conducción coactiva de peritos y testigos.

b) Reales: secuestro de instrumentos y efectos del delito no pertenecientes al procesado y de otras piezas de convicción. La entrada y registro en lugar cerrado, el examen de libros y papeles de contabilidad y la detención y apertura de correspondencia, son también medidas coercitivas reales, caracterizadas por una especial regulación del procedimiento a través del cual se ejercita la coerción.

C) Medidas de seguridad: privación provisional del permiso de conducción y, en algunos supuestos, las suspensiones provisionales en el ejercicio de cargos, empleos o profesiones. Materialmente son medidas de seguridad en cuanto su función es la de prevenir la comisión de futuros delitos por parte del procesado, aunque formalmente no deben considerarse como tales, dado que no son impuestas previa realización del proceso por peligrosidad.

¹⁴⁶ Sobre el objeto del comiso y el requisito de pertenencia de los objetos al responsable del delito, véase CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona, 1972 (con RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO y CASADO), pp. 196-200.

**EFICACIA PROBATORIA DEL ACTO DE INVESTIGACIÓN SUMARIAL.
ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS 730 Y 74 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL^(*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Profesor Adjunto Interino. Facultad de Derecho
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS RELACIONES ENTRE SUMARIO Y JUICIO ORAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA UTILIZACIÓN DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN PARA FUNDAR LA SENTENCIA. PRINCIPIOS PROCESALES IMPLICADOS: 1. La actitud jurisprudencial ante el problema. 2. La cuestión en la doctrina. 3. Breve consideración histórica del problema: dos concepciones sobre la posición de la investigación sumarial respecto a la actividad probatoria del juicio oral. 4. Principios de la actividad probatoria en el proceso penal y admisibilidad de la utilización de los actos de investigación sumariales para fundar la sentencia: *A) Diligencias sumariales y principio de inmediación. B) Actos de investigación del sumario y garantías del principio de contradicción en la práctica de los medios de prueba. C) Los actos de investigación del sumario y el objeto de la prueba en el juicio oral. D) Conclusión: regla general sobre la introducción en el juicio de la documentación de actos de investigación y excepciones a la misma.*- III. EL ARTÍCULO 730 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: LECTURA DE LA DOCUMENTACIÓN DE UN ACTO DE INVESTIGACIÓN SUMARIAL EN SUSTITUCIÓN DE LA PRÁCTICA DE UN MEDIO DE PRUEBA: 1. Documentos objeto de lectura: libertad de admisión de la prueba documental (artículo 726) y limitación de la misma por el artículo 730: *A) La interpretación literal del artículo 730 y sus consecuencias. B) Documentos sometidos al régimen del artículo 730 además de las diligencias sumariales en sentido estricto.* 2. Presupuestos formales de la lectura de documentos según el artículo 730: *A) Proposición del medio de prueba cuya práctica sea necesaria, después, sustituir por la lectura. B) Proposición de la lectura: a) Por las partes. b) De oficio por el Tribunal.* 3. Presupuestos de fondo de la lectura de documentos según el artículo 730: la imposibilidad de práctica de un medio de prueba y su tratamiento procesal: *A) Los supuestos de imposibilidad de práctica de las pruebas testifical y pericial: a) Imposibilidades de carácter absoluto. b) Imposibilidades de carácter relativo. B) Tratamiento procesal de los supuestos de imposibilidad expuestos: a) Imposibilidades conocidas o previstas antes de iniciarse las sesiones. b) Imposibilidades constatadas después de iniciada la vista. C) Los supuestos de imposibilidad de practicar la prueba de reconocimiento judicial Y su tratamiento. D) Influencia de la voluntad de las partes en la imposibilidad de práctica de un medio de prueba.* 4. Forma para la sustitución de una prueba no practicable por la documentación de un acto de investigación. 5. El control en casación de la aplicación del artículo 730: *A) Lectura de documentación de un acto de investigación que no subsigue a la denegación de práctica de un medio de prueba. B) Lectura subsiguiente a la denegación de un medio de prueba Propuesto por las partes. C) Infracciones procesales de imposible acceso a la casación.*- IV. LECTURA DE LA DOCUMENTACIÓN DE DECLARACIONES SUMARIALES SEGÚN EL ARTÍCULO 714: 1. Presupuestos de la lectura en base al artículo 714: *A) Subjetivos. B) Objetivos. C) Formales.* 2. Documentos objeto de lectura según el artículo 714. 3. Resultados de la lectura y valor probatorio del documento leído.

^(*) Publicado en Revista General de Derecho, edición separada, 1979, pp. 3-64. Publicado, también, en Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, abril-septiembre, N° II-III, 1982, pp. 365-427.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo nos proponemos estudiar los artículos 714 y 730 de la Lecrim en sí mismos y en su relevancia dentro del sistema procesal penal al que responde la Ley.

Ambos preceptos regulan los presupuestos para la utilización de los actos de investigación practicados en la instrucción, en la formación de la convicción del Tribunal que debe dictar sentencia. Evidentemente en un modelo procesal correspondiente al sistema mixto, que admite una fase inquisitiva, pero sólo con determinada función y separada de la fase acusatoria, la regulación de la cuestión enunciada y la práctica aplicación de la misma, tiene una importancia esencial. La regulación de las lecturas, indica Nobili, es clave para el equilibrio del sistema mixto; su amplia permisión lo convierte en tendencialmente inquisitorio¹.

Es urgente, a mi entender, un planteamiento específico del tema en la esfera de nuestro Derecho y el intento de reconducir su tratamiento a las coordenadas de los preceptos legales concretos y de los principios que la Lecrim encarna. Y hablo de reconducir porque, sin duda, el problema se plantea y resuelve en la actividad judicial; pero, como revela la jurisprudencia y un sector de autores bien conocedores de la práctica², con arreglo a criterios muy distintos a los que la ley establece. Decía Quintano --con palabras muy similares, pero sin la actitud crítica del profesor Serra-- que «así sucede en la práctica (utilización del sumario e, incluso, de las investigaciones policiales) por la fuerza de la propia lógica, que es más potente que todos los formalismos»³. Difícilmente se puede pensar, si somos conscientes de lo expuesto al principio, que es una mera cuestión procedimental, un «formalismo», lo que aquí está en juego, que deba ceder ante las exigencias de la lógica... inquisitiva.

II. LA COMPRENSIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE SUMARIO Y JUICIO ORAL, EN CUANTO A LA UTILIZACIÓN DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN. PRINCIPIOS PROCESALES IMPLICADOS

Existe una corriente jurisprudencial y doctrinal que mantiene, de forma más o menos larvada, la tesis de que los actos de investigación de la instrucción son libremente utilizables por el Tribunal sentenciador para formar su convicción. Convertida esta tesis en regla general, queda eliminada toda posibilidad de tomar en

¹ Nobili, M.: "Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice", *Riv. it dir. proc. pen.*, 1971, págs. 256-262. Respecto al "ensanchamiento" de la permisión legal en la práctica judicial, Foschini, G.: *Il dibattimento penale di primo grado*, Milano, 1964, pág. 87.

² Serra Domínguez, M.: "El imputado", *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pág. 698: "... en la práctica los procesos penales se fallan atendiendo exclusivamente al resultado del sumario". Del mismo autor, y en la misma colección de estudios, véase "La instrucción de los procesos civil y penal: el sumario", pág. 720. Noticias sobre la práctica también en el escrito de Escobedo Duato, M., *Exégesis y crítica del proceso penal*, Madrid, 1961; en la introducción a la voz "Enjuiciamiento criminal (Ley de)", del *Nuevo diccionario de legislación*, t. VIII. Pamplona, 1976, y en Sáez Jiménez, J., y López Fernández de Gamboa: *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, VI, vol. II, Madrid, 1968, pág. 765.

³ Quintano Ripollés, A.: "Grundsätze und Methode der Beweiserhebung im spanischen Strafprozess", *ZStW*, 1960, pág. 631.

consideración los supuestos en que la Lecrim expresamente admite, sólo como excepción, la lectura de la documentación de aquellos actos en el juicio oral, para permitir que, entonces y **sólo entonces**, el Tribunal los valore en la apreciación de la prueba.

En primer lugar, pues, es necesario enfrentarse con estas posturas erróneas que, por sí mismas, privan de justificación y función a los artículos 730 y 714, convirtiéndolos en preceptos «decorativos». Los preceptos que regulan la práctica de la prueba en el juicio oral y los principios que informan esta etapa del proceso penal conducen a la postura diametralmente opuesta. Solamente considerando como principio general que el Tribunal debe dictar sentencia «apreciando..., las pruebas practicadas en el juicio» (artículo 741, 1) y no otras posibles fuentes de convicción, tienen sentido los preceptos indicados.

1. La actitud jurisprudencial ante el problema

En sentencias modernas del Tribunal Supremo se ha formulado una doctrina general en extremo peligrosa en cuanto borra toda distinción entre el material probatorio del juicio y datos de la investigación instructoria para la formación del convencimiento del Tribunal de instancia.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1970 se declaraba no constituir indefensión la negativa a leer determinados folios del sumario, «obrando en el sumario como obran y **ser debidamente valorados por el Tribunal «a quo», según su conciencia, juntamente con el resto de la prueba practicada en la causa»**⁴.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1972 el Tribunal Supremo insiste en semejante doctrina, la complementa e intenta justificarla: «Mas es que sobre tal prueba, que ordinariamente se destaca por las partes, para que el Tribunal preste una atención especial a la lectura de los folios sumariales que afecta a sus intereses de defensa, no puede pretenderse, salvo caso de contradicción entre lo manifestado en el juicio oral y lo contenido en tales folios, su lectura al Tribunal, porque supone repetición innecesaria e inocua de la prueba que los folios contengan, supone ordinariamente una pérdida de tiempo que a nada conduce..., puesto que **el celo de aquél le llevará a tomar conocimiento de todos los folios sumariales** y en especial de aquéllos en que las partes apoyan sus fundamentos de acusación y defensa»⁵. De la sentencia se deduce: en primer lugar, un desconocimiento explícito de la vigencia del artículo 730, en cuanto, según el Tribunal Supremo, solamente puede pretenderse la lectura en los casos del artículo 714; en segundo lugar, que los folios sumariales ya son en sí prueba; en tercer lugar, que el Tribunal de instancia no sólo puede, sino que su «celo» le debe conducir a tomar conocimiento de todos los folios sumariales.

⁴ J. C., enero- abril 1970, núm. 51.

⁵ J. C., noviembre- diciembre 1972, núm. 1540.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1974 se afirma de nuevo la naturaleza probatoria de los actos de investigación del sumario y su valor absolutamente idéntico al de los actos de prueba del juicio: «las dos (testigos) importantes por la trascendencia de sus declaraciones sumariales, que con las mismas y el careo de una de ellas con el procesado, **en unión de las demás pruebas sumariales y las del juicio oral**, son suficientes para formar juicio sobre lo sucedido»⁶.

Son éstas las resoluciones más ilustrativas de una postura jurisprudencial que explica, también, la tendencia generalmente restrictiva de la doctrina del Tribunal Supremo sobre casación por denegación de suspensión de sesiones por incomparecencia de testigos. En estos casos, existiendo una declaración sumarial y en ocasiones una declaración en el atestado policial, la desestimación del recurso es casi segura, sin que se entre en el problema de la relación del artículo 730 con los Preceptos reguladores de la suspensión⁷.

Ciertamente, en algunos supuestos, el Tribunal Supremo se aparta de su doctrina favorable a la utilización en la sentencia del material de la instrucción. Pero esas resoluciones no se pueden considerar como exponentes de una corriente jurisprudencial opuesta a la indicada, si se observa que las infracciones sometidas al Tribunal Supremo encierran injusticias procesales de enorme gravedad: falta de práctica de toda la prueba -admitida- de alguna de las partes -supuesto contemplado en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1970⁸, 6 de marzo de 1963⁹ y 18 de abril de 1964¹⁰--- Cabe pensar, a la vista de estos casos, que el Tribunal Supremo no quiere llevar su doctrina a las últimas consecuencias, pero que, en definitiva, continúa manteniéndola, pues incluso de la motivación de estas sentencias se desprende que si las contradicciones existentes entre las declaraciones del mismo testigo o entre las de éste y el procesado no hubieran existido o se hubieran aclarado en el sumario, la resolución del Tribunal Supremo posiblemente no hubiera sido estimatoria de los recursos¹¹.

2. La cuestión en la doctrina

La mayoría de, los autores tienen una concepción clara de la diferente naturaleza y función de los actos de investigación de la instrucción y la prueba del juicio oral y de que en los últimos, y no en los primeros, debe basarse el Tribunal para

⁶ R. A., 1974, marg. 1250.

⁷ Véase infra 730, apartado III, 3, B, b.

⁸ J. C., octubre- diciembre 1970, núm. 1056.

⁹ J. C., marzo- abril 1963, núm. 381.

¹⁰ J.C., enero- abril 1964, núm. 729.

¹¹ En la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1970 se indica que "era conveniente saber cuál de las dos versiones que de los hechos dio, acusando al procesado en una y exculpándole en la otra, era la cierta". En la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1964: "al ser... las manifestaciones de éste (el procesado) discrepantes de las del testigo, sin que tampoco aparezca en el sumario diligencia de careo que pudiera dar alguna luz sobre la divergencia de versiones del hecho".

dictar la sentencia¹². No es, sin embargo, satisfactorio el tratamiento que recibe, en las mismas obras, el artículo 730, algunas veces meramente transcrito, otras comentado con brevedad desproporcionada a su significación.

Se han manifestado, sin embargo, en nuestra literatura procesal penal opiniones claramente disidentes respecto a la doctrina mayoritaria sobre el tema. Estas opiniones son, por lo demás, muy reveladoras del tratamiento del problema en la práctica, por la condición profesional de quienes las mantienen.

Para Jiménez Asenjo «La instrucción es un arsenal de pruebas indiscutible, que fundan la acusación y, correlativamente, la defensa. El juicio oral se abre sobre esta realidad para examinar no sólo la tesis jurídica formulada en ellos, sino la realidad de los hechos en que se funda»¹³. Hasta aquí se podría estar de acuerdo, pero lo que sigue diciendo el autor no es, en verdad, aunque él pretenda presentarlo así, una consecuencia lógica de lo primero: «El sumario pasa de este modo al plenario con toda su eficacia demostrativa... La función de éste no es otra que la de ratificar o rectificar a la instrucción. Es, por tanto, prueba y prueba eficaz y trascendente que decide la tesis del proceso. El plenario no hace sino homologar lo que existe en el sumario... La prueba del juicio oral es prueba formal en cuanto tiende a comprobar o verificar la que se practicó en vía instructiva y ha servido de base a la acusación, y al procesamiento, y servirá, en definitiva, para la condena»¹⁴.

Sáez Jiménez considera el artículo 730 como desacertado, rigurosamente ocioso e innecesario. En favor de tan radical postura, argumenta así: «El artículo 656 autoriza para que se propongan en el escrito de calificación provisional toda clase de pruebas, entre ellas, naturalmente, la documental, y como las diligencias sumariales tienen, según reiteradísima doctrina jurisprudencial, y se viene admitiendo sin disensión en la práctica, el carácter de prueba documental reproducible en juicio, es indudable que cualquier diligencia de las obrantes en el sumario puede ser leída a instancia de parte durante la fase probatoria del juicio oral, aunque corresponda a diligencias que, practicadas en el sumario, pudieran o no reproducirse en el plenario. Por otra parte, teniendo en cuenta que donde se comprende lo más está implícitamente comprendido lo menos, si se puede pedir la lectura de cualquier folio sumarial, lo es una excepción que mereciera un artículo especial la posibilidad de dar lectura a cualquier diligencia probatoria que no pueda ser reproducida en el juicio oral, por causas independientes a la voluntad de aquella parte que lo pidiera»¹⁵.

¹² Viada, C.-Aragoneses, P.: *Curso de Derecho procesal penal*, I, Madrid, 1974, págs. 265-266; Ibáñez García-Velasco, M.: *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1969, págs. 145-147; Prieto Castro, L. - Gutiérrez de Cabiedes, E.: *Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, págs. 162-163, 215-216; Gómez Orbaneja, E.: *Derecho procesal penal* (con Herce Quemada), Madrid, 1975, págs. 247-248; Gutiérrez-Alviz-Conradi, F.: "La valoración de la prueba penal", *RD Pro. Iberoam.*, 1975, pág. 806; Miguel Romero, M., y Miguel Alonso, C.: *Derecho procesal práctico*, II, Barcelona, 1967, págs. 355-356.

¹³ Jiménez Asenjo, E.: "Concepción técnico-jurídica de la instrucción criminal", *RDP Pro. Iberoam.-Filip.*, 1960, pág. 876.

¹⁴ Jiménez Asenjo: Ob. y lug. cit.

¹⁵ Sáez Jiménez, J.: *Enjuiciamiento criminal. Comentarios prácticos referidos a la Ley de Urgencia*, Madrid, 1962, pág. 911.

Del artículo ya citado de Quintano Ripollés cabe resaltar las siguientes afirmaciones: «Siendo libre la valoración de la prueba, ello (que pruebas en sentido formal sólo sean las del juicio) no impide que también sean consideradas las investigaciones del sumario e incluso las extrajudiciales, policiales, sin ser prueba formal, sirviendo para formar la plena convicción subjetiva de los miembros del Tribunal»¹⁶. «Como se ha dicho, el carácter formal de prueba es reservado por la Ley a las aportadas en el, juicio; a pesar de ello el Tribunal, en atención al principio de la verdad material que domina todo el procedimiento, puede valorar las pruebas practicadas en el juicio y en el sumario, sin distinción y sin sujeción a preceptos determinados»¹⁷. Aludiéndose en el artículo 741 solamente a la «conciencia», «es prácticamente imposible que no sea también valorado en su totalidad el material probatorio del sumario que a veces da por resultado una certeza y verdad más cercanas a la realidad que el del juicio oral... Creo por ello que una perfecta valoración de la prueba debe producirse sobre la base de una comparación y contraste de todo el material probatorio, para llegar a una convicción de la verdad material, que es en definitiva lo más importante»¹⁸. Por fin, Silva Melero indica que, a pesar de que los actos de investigación del sumario parecen exclusivamente dirigidos a fundar el procesamiento, la decisión de sobreseimiento o apertura del juicio y las calificaciones, «no excluye el valor innegable que como prueba, en sentido técnico, tiene este material recogido en la fase sumarial, aunque ello parezca contradecir el precepto de que "la decisión debe fundarse en la apreciación en conciencia de la prueba practicada en el acto del juicio oral", porque no hay que olvidar, sin embargo, que el convencimiento judicial no puede ser ajeno en su formación a todo aquello que ha sido conocido por la información que el sumario brinda»¹⁹.

3. Breve consideración histórica del problema: dos concepciones sobre la posición de la investigación sumarial respecto a la actividad probatoria del juicio oral

Sin pretender realizar un estudio histórico profundo de la cuestión que tratamos, es de interés considerarla en su estadio original, es decir, cuando se inician los intentos para introducir en nuestro ordenamiento procesal penal el juicio oral y hasta que éstos cristalizan, de modo definitivo, en la vigente Lecrim.

El 4 de noviembre de 1863 remitía el Gobierno al Senado un proyecto de ley de «Bases para la organización de Tribunales y enjuiciamiento criminal». El párrafo 2.º de la Base 25.^a establecía: «El juicio será oral y público»²⁰. Sumamente ilustrativo de cómo comprendía la Comisión de Codificación, autora del proyecto, las relaciones entre el material de la instrucción y el juicio oral, es el texto del fundamento de la Base 25.^a: «Cuando ya están consignados en el sumario los hechos, tales como han podido justificarse en los primeros momentos de la perpetración de un delito, y se hallan evacuadas las diligencias conducentes a que consten en lo posible toda las

¹⁶ Quintano: "Grundsätze und Methode", cit., págs. 630-631.

¹⁷ Quintano: "Grundsätze und Methode cit., pág. 649.

¹⁸ Quintano: "Grundsätze und Methode cit., pág. últ. cit.

¹⁹ Silva Melero, V.: La prueba procesal, II, Madrid, 1964, pág. 114.

²⁰ Véase el texto completo del proyecto en *R.G.L.J.*, 1863, t. 23, páginas 385-393.

circunstancias de alguna importancia que sirvan para esclarecer los actos punibles y la criminalidad de los que han tenido en ellos participación, empieza el verdadero juicio: se practican las pruebas que conducen ya a rectificar el resultado del sumario, ya a corroborarlo, ya, por el contrario, a debilitarlo, y quizá hasta a hacer desaparecer del todo su importancia»²¹. Consecuencias lógicas de esta concepción son: en primer lugar, que se someten a la consideración del Tribunal del juicio para que forme su convicción, dos bloques de materiales de idéntico valor, la documentación de la investigación sumarial y la prueba practicada en el juicio oral; en segundo lugar, y no obstante la calificación de «verdadero juicio», la función que se le atribuye al juicio oral es accesoria respecto al sumario en cuanto que, asumiendo provisionalmente los resultados de éste, tiene que rectificarlos, corroborarlos, debilitarlos o hacerles perder toda importancia. En línea con esta postura de la Comisión de Codificación, pueden verse también las opiniones de Melchor y Pinazo en un artículo sobre el tenia coetáneo a la discusión del proyecto en el Senado²².

Pocos meses antes de la publicación de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 Cirilo Álvarez, Presidente del Tribunal Supremo, expresaba ideas del todo similares: en el juicio oral comparecen los testigos del sumario y los que las partes presenten, «unos deben ser interrogados sobre su dicho para su ratificación, y los otros sobre lo que declaren nuevamente»; los testigos son examinados en el juicio oral «para asegurarse de la verdad y para purificar las mismas diligencias del sumario de los errores que con malicia o sin ella hayan podido en él cometerse»²³.

En la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 quedaba legalizada esa relación de complementariedad entre material instructorio y prueba del juicio, en el juicio ante el Tribunal de Jurado, precisamente cuando la naturaleza de esta institución hubiera debido favorecer la clarificación del problema, conduciendo a la separación tajante entre investigación sumarial y prueba del juicio oral. El artículo 753 de la Ley disponía que los jurados también podrán enterarse de la causa y de las piezas de convicción que hubiere, si lo solicitaren». En su comentario a este artículo, critica Gómez Rodríguez a los «puritanos del jurado» que postulan que éste forme su convicción sólo sobre las pruebas ante él practicadas y por la impresión que su desarrollo les cause, evitando que a la vista de los autos escritos se produzcan dilemas o desviaciones respecto a la convicción de aquel modo formada; para el autor la convicción no es resultado de la impresión, sino más bien de la reflexión y de la comparación -entre sumario y prueba del juicio, hay que pensar-²⁴. Similar disposición contenía el artículo 78, 2, de la Ley del Jurado de 1888²⁵ -en su redacción

²¹ "Exposición de los motivos y fundamentos de las bases para las leyes de Organización de Tribunales del fuero común y Enjuiciamiento criminal", *R.G.L.J.*, 1963, t. 23, pág. 370.

²² Melchor y Pinazo: "El juicio oral y el juicio escrito", *R. G. L. J.*, 1864, t. 24, págs. 159, 161, 167.

²³ Álvarez Martínez, C.: "Importancia del juicio oral y público", discurso de apertura de Tribunales, 15 de septiembre de 1875, *R. G. L. J.*, 1875, t. 47, páginas 132-133.

²⁴ Gómez Rodríguez, T.: "El Jurado. Observaciones al título cuarto y quinto del libro segundo de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal", *R. G. L. J.*, 1873, t. 43, págs. 328-329.

²⁵ "También se les entregarán, si lo solicitan, las piezas de convicción que hubiere, y la causa, sin los escritos de calificación."

originaria²⁶. Sus comentaristas sólo vieron en el artículo el peligro de que pudieran ser valorados por el jurado actos de investigación que no hubieran tenido en el juicio oral un correlativo acto de prueba, de ahí que propugnaran interpretar el artículo en el sentido de que sólo se entregara o se permitiera leer a los jurados las partes del sumario reproducidas como prueba o, como ellos dicen, «antes contrastadas en el combate del juicio» (Amat) o «depuradas y confirmadas en el juicio oral» (Pacheco)²⁷.

En la **Exposición de Motivos** de la Lecrim se expresa con claridad una concepción distinta de las relaciones entre el material del sumario y la prueba del juicio: «... la nueva Ley... prescribe y condena una preocupación hasta ahora muy extendida, que, si -pudo ser excusable cuando el procedimiento inquisitivo estaba en su auge, implicaría hoy el desconocimiento de la índole y naturaleza del sistema acusatorio con el cual es incompatible. Se refiere el infrascrito a la costumbre, tan arraigada -de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones del Juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente»; «...en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba...; y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio». La diferencia respecto a la concepción antes expuesta la veo en la posición autónoma y principal en la que se sitúa al juicio oral: el sumario tiene función meramente preparatoria y sólo en su parte no reproducible excepcionalmente se integra en el material de convicción; en el juicio oral se practica la prueba con la extensión que imponen sus propias necesidades, sin estar condicionada por la investigación sumarial -«...el sumario es una mera preparación del juicio, **siendo en éste donde deben establecerse todos los hechos** y discutirse las cuestiones que jueguen en la causa»-. Pero la **Exposición de Motivos** entra en contradicción consigo misma al manifestar que el sumario «es, después de todo, la piedra angular del juicio y la sentencia», y se acerca a la otra postura cuando dice que los elementos recogidos en el sumario «han de utilizarse y

²⁶ La reforma del artículo 78, 2, realizada en 1931, crea un importante problema al que la natural limitación de este trabajo no permite más que aludir. La reforma consistió en sustituir el "si lo solicitan", de la redacción original, por un "en todo caso", y en añadir el párrafo siguiente: "En atención a ello quedará suprimida en su momento la lectura de la prueba documental y de toda clase de escritos y documentos unidos a la causa." El problema consiste en lo siguiente: ¿Derogaba este artículo para el juicio ante el Jurado el requisito formal de la lectura del artículo 730 de la Lecrim? Según Saldaña, Q.: *Ley del Jurado comentada*, Madrid, 1935, pág. 243, y Goldschmidt, J.: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pág. 86, la lectura que se suprime es la de la prueba documental en el sentido del artículo 726; pero cabe, a continuación, preguntarse: ¿para qué suprimir lo que legalmente no estaba establecido? Y, por fin, la derogación del requisito formal de lectura del artículo 730 ¿derogaba también su contenido normativo sustancial, es decir, la reglamentación de los presupuestos sobre los cuales un acto de investigación sumarial puede ser valorado al dictar la sentencia?

²⁷ Amat y Furió, V.: *El jurado*, Valencia, 1888, págs. 314-315; Pacheco, Francisco de Asís: *La Ley del jurado*, Madrid, 1888, págs. 732-733.

depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público».

Dos días antes de que empezara a publicarse en la «Gaceta de Madrid» el texto de la Lecrim vigente indicaba Alonso y Colmenares, Presidente del Tribunal Supremo, que el juicio oral «depura los sumarios, rectificando o fijando de un modo inequívoco y seguro la verdad de los hechos» y que la certeza de que todos los actos del sumario han de ratificarse y ofrecer materia de discusión en el juicio oral» será un estímulo contra la arbitrariedad, la malicia y para evitar abandonos, errores y descuidos en la formación del sumario²⁸.

Diferentemente se expresaba la Fiscalía del Tribunal Supremo en una «Instrucción» de carácter general sobre el tema de «si hay o no necesidad de verificar en el juicio oral todas las pruebas en que se apoyen la acusación y la defensa, sin recurrir al sumario, sino en los casos en que la Ley de Enjuiciamiento determina»²⁹. La Fiscalía del Tribunal Supremo, consciente del cambio producido por la Lecrim respecto a la antigua forma de enjuiciar, manifiesta que «en el sumario hallarán las partes.... un arsenal al que será conveniente acudir para disponer de los datos necesarios en que hayan de apoyar sus especiales pretensiones; pero necesitan ofrecen estos datos en el juicio y revestirlos de las formas legales que puedan darles la eficacia necesaria»³⁰ y que «...es indeclinable la obligación de los contendientes de ofrecer y practicar todas las pruebas que sean pertinentes en el juicio ... »³¹. En línea con esta postura, Romero Girón, Ministro de Gracia y Justicia, criticaba la tendencia a desbordar la función de la instrucción preparatoria, haciéndola exhaustiva «hasta el extremo de anticipar y abarcar todos los elementos indispensables al juicio, en lugar de mero, aunque seguro, indicador para el debate y la prueba» y a considerar la prueba del juicio «viciosa y hasta (dañina ante la diafanidad del sumario»³². De esta breve selección de textos históricos significativos creo que se puede concluir la existencia, en la fase de introducción del nuevo sistema de enjuiciamiento, de dos concepciones diferentes sobre las relaciones entre material de investigación del sumario y prueba del juicio. Según una -postura, la práctica de la prueba en el juicio tiene la función propia y autónoma de convencer al Tribunal de los hechos aportados por la acusación y la defensa, reservándose al sumario una función subordinada, en el doble sentido de proporcionar los datos para la aportación de hechos e indicación de las fuentes de prueba y de servir, en supuestos excepcionales, para sustituir la práctica imposible de un medio de prueba. Según la otra posición, la práctica de la prueba en el juicio tiene una función correctora y complementaria de la investigación sumarial, de lo que

²⁸ Alonso y Colmenares, E.: "El Derecho penal en España", discurso de apertura de Tribunales en 15 de septiembre de 1882, *R.G.L.J.*, 1882, t. 61, pág. 267.

²⁹ La Instrucción figura con el núm. 52 y se acompaña a la "Exposición que dirige al Gobierno de S. M. el Fiscal del Tribunal Supremo", en 12 de septiembre de 1883, *R. G. L. J.*, 1884, t. 64, págs. 53-57.

³⁰ *Instrucción* cit., pág. 55.

³¹ *Instrucción* cit., pág. 56.

³² Romero Girón, V.: "Reformas necesarias en nuestra legislación civil y criminal", discurso en la apertura de Tribunales en 15 de septiembre de 1883, *R. G. L. J.*, t. 63, pág. 216.

deriva que esta última es, por principio, apreciable junto a la prueba del juicio para dictar la sentencia.

Es una hipótesis que merecería ser considerada, la de en qué medida esta segunda concepción supone una interpretación del nuevo sistema procesal penal con esquemas propios del antiguo procedimiento inquisitivo y escrito. Dos datos nos permiten considerar probable la confirmación de esa hipótesis. En primer lugar, que en el antiguo procedimiento la sentencia debía basarse en la totalidad de los autos, es decir, tanto en las diligencias de investigación del sumario como en la prueba del plenario³³. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, habiéndose ya practicado en el sumario diligencias de investigación en las que la sentencia podía basarse, la prueba del plenario sólo podía tener un carácter de confirmación, corrección o ampliación de aquellas diligencias³⁴. Para los autores que mantienen la segunda concepción toda la reforma que la introducción del juicio oral supuso en nuestro ordenamiento, quedaría reducida a que la confirmación, corrección o ampliación de la investigación sumarial se debe realizar en un acto oral y concentrado.

4. Principios de la actividad probatoria en el proceso penal y admisibilidad de la utilización de actos de investigación sumariales para fundar la sentencia

Hay que partir de los principios y normas concretas a las que el legislador somete la actividad probatoria en el juicio oral para determinar el tratamiento que merece la introducción de la investigación sumarial en el material de convicción.

A) Diligencias sumariales y principio de inmediación

La práctica de la prueba en el juicio oral está regida por el principio de inmediación, como lo demuestran los artículos 702 (prueba testifical), 724 (prueba pericial), 726 (prueba documental) y, con mayor restricción para sin rechazar absolutamente la vigencia del principio, 727 (prueba de reconocimiento judicial).

El principio de inmediación en sentido subjetivo o formal³⁵ impone que los miembros integrantes del Tribunal que ha de valorar la prueba y dictar la sentencia, perciban por sí mismos la práctica de los medios de prueba.

La función del principio de inmediación es particularmente destacada en los medios de prueba personales. La inmediación permite en esos casos al juzgador no sólo tomar conocimiento de la información sobre los hechos que la declaración

³³ *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos...*, 4.ª edición, V, Madrid, 1852, págs. 636-637. Artículo 200 de la Compilación reformada de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal.

³⁴ *Febrero...*, V, cit., págs. 623-625, sobre la prueba testifical. Los artículos 792-5.º, 824-2.º, 829 y 834 de la Compilación General demuestran que la prueba en el plenario no era, en el antiguo sistema, conceptualmente necesaria.

³⁵ Sobre la vigencia en nuestro Derecho del principio en su sentido objetivo o material, es decir, haciendo obligatoria la utilización de las fuentes de prueba más próximas al hecho, hay dudas: Goldschmidt: *Problemas jurídicos y políticos...* cit., págs. 93-95; Fenech, M.: *El proceso penal*, Madrid, 1974, pág. 116.

e a sus palabras³⁶. Todos estos factores influyen en la valoración de las declaraciones, de ahí que el legislador, al tiempo que suprimía las reglas legales para la valoración de la prueba y la encomendaba a la libre apreciación de los jueces, les obligaba a asumir las pruebas de un modo que pone de manifiesto los factores que condicionan la apreciación y que garantiza, mejor que otro, la formación de un juicio acertado sobre los hechos³⁷. Como indica Löhr, «la ley ha enfrentado este deber de inmediación, como principio básico de la forma de la actividad judicial de conocimiento, al principio de la libre valoración de la prueba, como necesario correlato para el descubrimiento de la verdad»³⁸.

Con toda claridad aparece en los orígenes del establecimiento en nuestro Derecho del juicio oral, la relación entre principio de inmediación y principio de libre apreciación de las pruebas.

Ilustrativos son, en este sentido, un conjunto de textos relacionados con el «Proyecto, de Bases para la organización de Tribunales y Enjuiciamiento criminal»-de 1863. La Comisión de Codificación, al dirigirse al Ministro de Gracia y Justicia para exponerle la necesidad de abandonar el sistema escrito y orientar sus trabajos al establecimiento de un procedimiento oral, indicaba: «La Comisión creyó de inexcusable necesidad dejar al arbitrio de los Jueces y Tribunales la apreciación de las pruebas, prescribir la tasa de la evidencia legal y establecer para ello los debates orales en una sola y única instancia; condición y complemento inevitable del sistema...» «Sin los debates -orales es imposible la recta apreciación de las pruebas. La convicción moral ha de deber su origen a las impresiones que personalmente reciba el juez en ellos, a lo que vea y perciban sus sentidos...»³⁹. En el dictamen sobre el proyecto redactado por el Senador Huet se decía que era imposible «que sin el acto del juicio verdadera y esencialmente público con todas sus circunstancias, accidentes, controversias y consecuencias naturales, pueda llegar jamás a presentarse la verdad al ánimo del juzgador con la mayor probabilidad de alcanzar el acierto y la completa averiguación a que el procedimiento se encamina», «...la demostración de los hechos producida por el juicio oral es la única capaz de constituir el ánimo de quien juzga en estado de calificarlos sin más reglas que su propia e íntima convicción...»⁴⁰. Las

³⁶ Löhr, H. E.: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafproessrecht*, Berlín, 1972, pág. 41; Heissler, V.: *Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Strafprozess unter besonderer Berücksichtigung des Zeugnisses vom Hörensagen*, Stuttgart, 1973, págs. 70-73; Schmidt, E.: *Deutsches Strafprozessrecht*, Göttingen, 1967, pág. 68.

³⁷ Véanse, además de los autores y obras citados en la nota anterior, Krause, F. W.: *Zum Urkundebeweis im Strafprozess*, Hamburg, 1966, pág. 141; Schäfer, K.: *Strafprozessrecht. Eine Einführung*, Berlín, 1976, pág. 249; Kern, E., y Roxin, C.: *Strafverfahrensrecht*, München, 1976, pág. 225; Massa, M.: *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, págs. 249-285; Massa, C.: "Il principio dell'immediatezza processuale", *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, II, Milano, 1972, págs. 1127-1131.

³⁸ Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., pág. 45.

³⁹ Apéndice III, a la "Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación", *R.G.L.J.*, 1871, t. 39, págs. 137-138. También el fundamento redactado para la Comisión para la Base 25 del Proyecto, en "Exposición de motivos y fundamentos cit.", pág. 371.

⁴⁰ "Dictamen escrito y propuesto por D. José María Huet, sobre el proyecto de Ley de bases para la organización de Tribunales del fuero común y enjuiciamiento crimina", *R. G. L. J.*, 1864, t. 25, pág. 15.

mismas ideas pueden hallarse en la intervención de García Gallardo, ante el Senado, en defensa del proyecto⁴¹.

La Fiscalía del Tribunal Supremo, en la Instrucción 52, adjunta a la Memoria de 1883, después de indicar que a las pruebas indicadas en el sumario ha de dárseles «vida, forma y validez» en el juicio, concluía que «sólo de esa suerte podrán los Tribunales cumplir con lo prescrito en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»⁴².

Todo ello demuestra el error en que incurren quienes pretendan fundar en el principio de libre apreciación el argumento legitimante de la utilización del material instructorio para dictar la sentencia⁴³. La verdad es, como muy bien dice Gómez Orbaneja, que el artículo 741 «a la vez que consagra la libre apreciación, limita con rigor el material apreciable»⁴⁴. Aquella jurisprudencia y doctrina son exponentes de un fenómeno, bien estudiado por el italiano Nobile en la práctica judicial de su país: «El principio de la libre convicción -surgido como típico corolario de un procedimiento acusatorio y concebido, en consecuencia, en estrecha conexión con la oralidad y la inmediación- hoy utilizado en una dirección contrapuesta: para ampliar los ya extensos límites dentro de los cuales se admitiría decidir y motivar sobre resultados de la fase de Policía y de instrucción»⁴⁵.

B) Actos de investigación del sumario y garantías del principio de contradicción en la práctica de los medios de prueba

El principio de contradicción tiene muy diferente incidencia en la regulación de la producción de los actos de investigación y de los actos de prueba.

En el juicio oral rige el principio de publicidad para las partes, sin posible restricción. En la prueba pericial tienen derecho al nombramiento y recusación de peritos (artículos 656, 662). La práctica del interrogatorio del acusado, de la prueba testifical y de la pericial se atribuye, inicialmente, a la actividad de las partes según el sistema de interrogatorio cruzado (artículos 708, 1 y 724), sin perjuicio de las facultades que concede al Tribunal el artículo 708, 2.

Esta serie de aplicaciones del principio de contradicción no existen o son muy restringidas en la regulación de la intervención de las partes en los actos de

⁴¹ La discusión se reproduce en *La justicia*, 2.^a época, 1868, t. III, y la intervención de García Gallardo, en la misma revista, págs. 198-207.

⁴² *Instrucción núm. 52*, cit., pág. 55. De gran importancia también lo que se recomienda a los Fiscales en la *Instrucción 1.^a*, acompañada a la misma "Exposición", *R. G. L. J.*, 1883, t. 63, págs. 266-267.

⁴³ Véase *Supra*, II, 1 y 2.

⁴⁴ Gómez Orbaneja: *Derecho...* (con Herce), cit., pág. 247. La relación inmediación- libre apreciación se expresa también claramente en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1883 (*J.C.*, t. 30, núm. 600): "la índole del juicio oral quiere que se lleven al mismo cuantos datos y elementos puedan contribuir a ilustrar la conciencia del Tribunal *para que éste pueda pronunciar el fallo con la libertad que autoriza el artículo 741....*".

⁴⁵ Nobile, M.: *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974, pág. 413 y, en general sobre la cuestión, págs. 409-449.

investigación sumarial, vigente en el momento de terminación de este trabajo. En primer lugar, la restricción de la publicidad para las partes es regla general respecto al procesado (artículo 301, con la excepción del 302 que, por lo demás, sólo implica posibilidad de tomar conocimiento de la documentación y no de presenciar la práctica de los actos) y puede afectar, como excepción, al propio querellante (artículo 316, 2). Por regla general, la intervención en las diligencias del sumario sólo se concede, además por supuesto de al Ministerio Fiscal, al querellante (artículo 316); pero, incluso esa norma general tiene un alcance muy dudoso si se observa que, en algunos actos de investigación, la Lecrim prevé la posibilidad de especificar excepciones (declaración del procesado: artículo 385) y que, en las declaraciones de procesados y testigos, no está legalmente previsto que el representante del Ministerio Fiscal y el querellante puedan formular preguntas ni siquiera a través del Instructor (Capítulo V, Título V del Libro II Lecrim; artículos 435, 436).

Estas marcadísimas diferencias existentes en orden a las garantías que rodean la práctica de los actos de investigación y de prueba se funda y repercute, como indica la doctrina⁴⁶, en la diferente eficacia de estas dos clases de actos, concretamente en la ineficacia del puro acto de investigación sumarial para proveer las bases de la sentencia. La propia Lecrim ofrece una confirmación precisa de esta conclusión cuando establece la práctica, con las mismas garantías que para el juicio oral, de actos que previsiblemente no se podrán realizar en aquél⁴⁷.

Los principios con los que la ley configura la actividad de las partes en el juicio oral sólo pueden tener efectividad si en éste se practican realmente las pruebas, si se produce durante él todo el material necesario para formar la convicción del Tribunal⁴⁸.

En la medida en que la sentencia pueda fundarse en la documentación de los actos de investigación, quedará de hecho negado el principio de contradicción y su específica proyección en materia probatoria tal como se concibe en nuestro Derecho, pues este principio no se satisface con que todo material de convicción se introduzca en el juicio de modo que todas las partes puedan conocerlo y discutirlo, sino que impone que ese material resulte de la actividad de las partes y del Tribunal practicando, según su propia normativa, cada medio de prueba. Diferentemente sucede en el proceso penal francés, en el cual doctrina y jurisprudencia admite que la

⁴⁶ Gómez Orbaneja: *Derecho...* (con Herce), cit., pág. 120; Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho...*, cit., págs. 162-163; Fairén Guillén, V.: “La disponibilidad del Derecho a la defensa en el sistema acusatorio español” en *Temas del ordenamiento procesal*, II, Madrid, 1969, nota, 30, págs. 1210-1212, indicando que, en todo caso, la actividad procesal de naturaleza inquisitiva en el sumario, sólo determina resultados definitivos si éstos son favorables al imputado (sobresimiento libre). También Kern-Roxin: *Strafverfahrensrecht*, cit., página 209.

⁴⁷ Artículos 333; 336; 350; 356; 448; 467, par. 2, y concordantes.

⁴⁸ Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., pág. 41; Massa: *Il principio dell'immediatezza...*, cit., pág. 1131; Bertel, Christian: *Grundriss des österreichischen Strafprozessrechts*, Wien, 1975, págs. 16-17.

sentencia pueda fundarse en «*pièces écrites du dossier d'instruction*» sólo con la condición de que se hayan leído, durante los debates y hayan sido sometidas a la libre discusión de las partes⁴⁹.

Evidentemente, las reformas previstas en el proyecto de Ley de modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la proposición de Ley sobre modificación de Lecrim para hacer posible la asistencia de letrado desde el momento de la detención, pueden reducir el valor de estas consideraciones, pero no eliminarlo del todo. A la vista del texto propuesto por la Comisión de justicia del Senado⁵⁰ cabe hacer, en punto a la diferente incidencia del principio de contradicción en los actos de investigación y en la prueba del juicio, las siguientes consideraciones: aún es posible, como excepción, el secreto del sumario (redacción propuesta del artículo 302); el contenido de la intervención permitida en los actos de investigación (redacción propuesta del artículo 302) parece limitarse a «hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes» (redacción propuesta del artículo 333, párrafo 1), de cualquier modo no llegarán las partes a tener la intervención protagonista que, en el examen de las fuentes de prueba personales, les corresponde en el juicio oral; por fin, las garantías para asegurar la intervención del imputado y su defensor en los actos de investigación son menores que las que se establecen en el juicio oral, pues la ausencia del imputado y de su abogado no implica suspensión de la práctica del acto (redacción propuesta de los artículos 333, párrafo 2, y 520, párrafo 8). Sigue, pues, siendo el juicio oral la etapa del proceso en la que el principio de contradicción es garantizado al máximo.

C) Los actos de investigación del sumario y el objeto de la prueba en el juicio oral

Los actos de investigación practicados en la instrucción no son necesariamente adecuados al objeto de la prueba en el juicio oral, constituido básicamente por los hechos alegados en los escritos de calificación provisional.

Existe, desde el punto de vista estructural, una radical diferencia entre el acto de investigación y el acto de prueba, consistente en que aquél no parte de un conjunto de afirmaciones de hecho con la finalidad de producir convicción acerca de aquéllas, sino que, inversamente, ante una realidad desconocida o conocida imperfecta o fragmentariamente, la actividad investigadora se plantea como objetivo la posibilidad

⁴⁹ Sobre el tema véanse Bouloc, Bemard: *L'acte d'instruction*, París, 1965, págs. 402, 411-412, 426-429, 553; Merle, R.; Vitu, A.: *Traité de Droit Criminel*, II, París, 1973, págs. 249, 251, 139, 144, 572-573; Bergoignan- Esper, C.: *La séparation des fonctions de justice repressive*, París, 1973, págs. 98-102; Chambon, P.: *Le juge d'instruction*, París, 1972, págs. 66, 70; Sicard, J.: *La preuve en justice après la réforme judiciaire*, París, 1960, págs. 386-387; Delestrée, P.: *L'instruction préparatoire après la réforme judiciaire*, París, 1959, pág. 7; Briere de l'Isle, G.: Cogniart, P.: *Procédure pénale*, I, París, 1971, pág. 87, II, París, 1972, Págs. 78-79, 185-186, 206-207.

⁵⁰ *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 105, 9 junio 1978, págs. 2.323-2.329. Sobre la reforma, véase Gimeno Sendra, J. V.; Volkmann Schluck, T.: "Observaciones al proyecto de ley de 22 de noviembre de 1977 sobre la defensa técnica en la instrucción penal", *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, núm. 4.

de hacer o no y de qué modo determinadas afirmaciones sobre hechos y el hallazgo de los elementos que permitirán después convencer a otros de la corrección de aquéllas⁵¹.

Los actos de investigación practicados en la instrucción pueden ser frente a las necesidades probatorias del juicio oral, que se concretan al formularse el objeto de la prueba en los escritos de calificación, inadecuados tanto por exceso como por defecto. Se habrán practicado en la instrucción actos de investigación luego impertinentes como pruebas y a la inversa. Tal vez, al realizar un acto de investigación, no se hayan efectuado ciertas constataciones, formulado determinadas preguntas ni documentado algunas declaraciones (artículo 445) que después, atendido el objeto de la prueba, resulten relevantes.

Si se puede aceptar -e incluso se debe propugnar- que la investigación de los hechos en el sumario no sea exhaustiva porque ello no se requiere para el cumplimiento de su función⁵², no es menos verdad que en el juicio debe ser admitida y practicada toda la prueba que sea pertinente en vista de los hechos alegados (artículo 659, 1) y que, en la declaración del acusado, de testigos y peritos, toda pregunta pertinente ha de ser igualmente permitida (artículos 708, 709 y 724 en relación con el artículo 483).

Introducida en el juicio la documentación de un acto de investigación sumarial sustituyendo la práctica del correspondiente medio de prueba, se crea el peligro de que las partes no puedan obtener del medio de prueba todos los datos favorables a su posición y de que el Tribunal no pueda desarrollar con la amplitud necesaria sus facultades de investigación oficial⁵³.

⁵¹ Véase, sobre esta caracterización de la actividad instructoria en el proceso penal, Serra: "El juicio oral", en *Estudios...*, cit., pág. 767; Gómez Orbaneja: *Derecho...* (con Herce), cit., pág. 120; Sentís Melendo, S.: "Qué es la prueba. (Naturaleza de la prueba)", *R. D. Pro. Iberoam.*, 1973, págs. 277, 284-287; el mismo; "La instrucción en el proceso penal" *R. D. Pro. Iberoam.*, 1973, página 654; Ibáñez García-Velasco: *Curso...*, cit., págs. 145-147; Viada Aragonese: *Curso...*, I, cit., pág. 265; Foschini: *Il dibattito penale...*, cit., págs. 66-67.

⁵² Sobre la función de los actos de investigación es la de fundar el juicio de probabilidad que funda el procesamiento, las medidas cautelares y la resolución de apertura de juicio, véanse, Sentís Melendo: *La instrucción...*, cit., pág. 662; el mismo: "Valoración de la prueba", *R. D. Pro. Iberoam.*, 1976, pág. 295; Prieto Castro-Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho...*, cit., pág. 215; Pastor. López, M.: "El sumario: su función y su naturaleza jurídica", *R. D. Pro.*, 1965, núm. 1, pág. 91; Gutiérrez de Cabiedes, E.: "El principio 'pro reo' en el Derecho y en el proceso Penal" en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, págs. 499-507. Obteniendo resultados prácticos en orden a la brevedad de la instrucción, Valiente: *Il nuovo processo...*, cit., págs. 219, 224.

⁵³ Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., pág. 41; Heissler: *Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme...*, cit., págs. 73-74.

D) Conclusión: regla general sobre la introducción en el juicio de la documentación de actos de investigación y excepciones a la misma

De las consideraciones anteriores deriva cuál es, en la Lecrim, la regulación de principio sobre la adquisición de los elementos para fundar la sentencia: deben serle proporcionados al Tribunal exclusivamente en el juicio oral con la extensión adecuada al objeto probatorio del proceso, según las reglas que el principio de contradicción impone para la práctica de cada medio de prueba y con intermediación entre el juzgador y el medio de prueba para una correcta libre valoración.

También resulta, en relación con lo anterior, el tratamiento de principio de la introducción de la documentación de actos de investigación sumariales en el material de convicción: no es admisible porque implica, siempre, la lesión del principio de intermediación, muy frecuentemente la negación o incompleta realización del principio de contradicción en la práctica de las pruebas y, en algunos casos, un impedimento a que las partes y el Tribunal obtengan del medio de prueba todos los datos relevantes para la resolución.

En este contexto deja de ser el artículo 730 un precepto ocioso e innecesario, como era expresamente calificado por Sáez Jiménez y tácitamente considerado por la doctrina y jurisprudencia que mantiene una errónea concepción sobre el valor de los actos de investigación sumarial⁵⁴, y adquiere plenitud de sentido como regulación de la excepción -la más clara, pues hasta qué punto la constituye también el artículo 714, es dudoso- al anterior principio. La excepción se funda, básicamente⁵⁵, en la necesidad de evitar que, por imposibilidad de practicar un medio de prueba en el juicio oral, se pierdan para el proceso los resultados de éste, en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad⁵⁶ y del interés de las partes en que puedan apreciarse los datos que favorezcan sus posiciones respectivas⁵⁷. La ley, a pesar de reconocer el menor valor de la documentación del acto de investigación respecto a la práctica en intermediación y con contradicción del medio, de prueba, debe ceder en la admisión de la documentación, pues de lo contrario, en caso de imposibilidad de práctica, debería renunciar a toda posibilidad de constatar un determinado hecho⁵⁸.

De ello se deduce, en primer lugar y con plena evidencia, que es contraria a la Lecrim la sustitución total o parcial de la práctica de un medio de prueba por la lectura de la documentación del acto de investigación, cuando no concurra la causa justificativa del artículo 730.

⁵⁴ Véase *supra*, II, 1 y 2.

⁵⁵ Véase, con más detalle, *infra*, III, 3.

⁵⁶ Schmidt: *Deutsches Strafprozessrecht*, cit., pág. 68; Krause: *Zum Urkundenbeweis...*, cit., pág. 142; Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., página 134; Kohlhaas, M.: "Die Verlesung von Niederschriften über frühere Vernehmungen in der Hauptverhandlung", N. J. W., 1954, pág. 535.

⁵⁷ Amat: *El jurado*, cit., pág. 261; Aguilera de Paz, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, V, Madrid, 1914, págs. 502, 507.

⁵⁸ Heissler: *Die Unmittelbarkeit...*, cit., pág. 231; Schneidewin, K.: *Der Urkundeweis in der Hauptverhandlung*, J. R., 1951, pág. 483; Kohlhaas: *Die Verlesung...*, cit., pág. 536.

En segundo lugar, la incorrección teórica de la tesis que concibe la actividad probatoria del juicio como complementaria y correctora de la instrucción: la viabilidad de semejante labor presupondría que, de entrada, el Tribunal pudiera tomar en consideración toda la investigación instructoria, pero a ello se opone la regla general antes indicada⁵⁹. Que al sumario sólo se puede recurrir como excepción, viene por el contrario a ratificar la función subordinada que le atribuye el artículo 299 de la Lecrim y que el legislador de 1882 quiso resaltar textualmente, a diferencia del de 1872⁶⁰. Además la tesis es muy peligrosa en cuanto puede conducir a una aplicación práctica de la ley contraria a sus preceptos y a su sistema: en base a tal (incorrecto) fundamento teórico pueden producirse y confirmarse denegaciones de prueba con el argumento de que los actos de investigación sumarial satisfacen suficientemente las necesidades de comprobación de un determinado hecho⁶¹.

En tercer lugar, las consideraciones precedentes también conducen a rechazar la tesis según la cual todo el material de la investigación sumarial sería valorable en la sentencia junto a la prueba practicada en el juicio⁶². Cabría pensar, en principio, que esa tesis no es del todo contraria a los principios de inmediación, contradicción y adecuación a su objeto de la actividad probatoria, en cuanto no propugna, al mismo tiempo, una reducción de la prueba en el juicio por la suficiencia de la instrucción, ni una sustitución de la práctica de medios de prueba por la lectura de documentación de actos de investigación⁶³. Desde el momento en que la ley establece los supuestos específicos en que puede recurrirse a la documentación de la investigación sumarial (artículos 730, 714) y esta autorización particularizada y excepcional tiene sentido dentro del sistema de la ley, no puede entenderse que la última permita que toda la investigación de la instrucción pueda tenerse en cuenta para dictar la sentencia. La tesis es, por lo demás, absurda, pues si mantiene que toda la prueba pertinente ha de practicarse en el juicio con inmediación y contradicción, ¿qué necesidad puede haber de tomar en consideración la instrucción salvo, precisamente, en los supuestos de los artículos 714 y 730? En realidad, si se atiende a las consecuencias prácticas de esta tesis, se observa que no es diferente a la que concibe el juicio oral como una

⁵⁹ Para una crítica de la tendencia a considerar la instrucción como una primera instancia, Massa: *Contributo all'analisi...*, cit., págs. 293-298.

⁶⁰ Debe observarse el notable cambio de redacción del artículo 299 respecto a su homólogo de la Lecrim provisional de 1872, el artículo 186. Este último decía: "Constituyen el sumario todas las actuaciones judiciales practicadas para averiguar y hacer constar la perpetuación de los delitos..." El actual 299, entre "actuaciones" y "practicadas para averiguar...", intercala "encaminadas a preparar el juicio".

⁶¹ Este modo de razonar es muy frecuente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, véanse, además de las sentencias ya citadas en notas 4 a 6, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1973 (*J.C.*, enero-febrero 1973, núm. 184), 13 de abril de 1973 (*J.C.*, marzo-abril 1973, núm. 613), 11 de noviembre de 1974 (*R.A.*, 1974, marg. 4312).

⁶² Véase *supra*, 11, 1 y 2.

⁶³ Véase en ese sentido Heissler: *Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme...* cit., págs. 189-195; sentencia del Bundesgerichtshof de 16-2-1965, *J.Z.*, 1965, págs. 649-650, con nota crítica de Peters, K., y en favor de la doctrina mantenida en la sentencia, Hanack, E. W.: *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht*, *J.Z.*, 1972, págs. 203-204. En sentido contrario Schneidewin: *Der Urkundebeweis...*, cit., pág. 483; Schmidt, E.: *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, II, Göttingen, 1957, pág. 710; Gössel, K. H.: *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, 1977, pág. 239.

complementación de la investigación instructoria y que, como la última, se orienta tendencialmente a facilitar la mera sustitución de la práctica efectiva del medio de prueba por la consideración de la documentación del acto de investigación sumarial⁶⁴.

⁶⁴ Véase sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1974, cit., *supra*, II, 1; Sáez Jiménez: *Enjuiciamiento Criminal*, págs. 911-912, 947, con afirmaciones que, si pueden discutirse en el ámbito del procedimiento de urgencia, deben rechazarse de plano en cuanto al ordinario. Sobre lo último, *infra*.

III. EL ARTÍCULO 730 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL: LECTURA DE LA DOCUMENTACIÓN DE UN ACTO DE INVESTIGACIÓN SUMARIAL EN SUSTITUCIÓN DE LA PRÁCTICA DE UN MEDIO DE PRUEBA

La redacción del artículo 730 de la Lecrim vigente coincide con la del artículo 642 de la Lecrim provisional de 1872⁶⁵. El artículo regula el supuesto de sustitución de la práctica de un medio de prueba en el juicio oral: establece el objeto que sirve para sustituirla, los presupuestos y el procedimiento para la sustitución. Procediéndose, según el artículo 730 pueden ser valorados para dictar la sentencia una serie de elementos de convicción no admisibles, por regla general, por no corresponder a los principios que informan la actividad probatoria en el juicio oral⁶⁶.

1. Documentos objeto de lectura: libertad de admisión de la prueba documental (artículo 726) y limitación de la misma por el artículo 730

Uno de los pretendidos fundamentos legales para la introducción ilimitada en el juicio de los resultados de la investigación sumarial ha sido el de la libertad de admisión de la prueba documental establecida en el artículo 726. En ese sentido téngase en cuenta el párrafo de Sáez Jiménez transcrito en II, 2 y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1972 que aprobaba, con esta doctrina, un comportamiento irregular de la defensa y una resolución más irregular aún del Tribunal de Orden Público: «... si la lectura de folios del sumario se propone como prueba documental, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son terminantes, puesto que al ordenar en el capítulo III, del título III, libro III, bajo la rúbrica del “Modo de practicar las pruebas durante el juicio”, llega a la Sección IV, y regula este modo de practicar las pruebas aplicado a la prueba documental, estableciendo en el artículo 726 que el Tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción, por lo que la resolución del de Orden Público es rigurosamente legal e intachable»⁶⁷.

Este argumento no puede aceptarse por las razones ya expresadas en el apartado II de este trabajo. Esta interpretación del artículo 726 es absolutamente contraria a la totalidad de los principios que inspiran la actividad probatoria y priva de sentido al artículo 730. Una correcta interpretación del artículo 726 debe tener en cuenta la

⁶⁵ Como se indica en la *Crónica de la Codificación española*, III, páginas 197-198, no existen antecedentes de los trabajos de redacción del articulado de la Lecrim de 1872 y tampoco -*Crónica...*, III, pág. 269- del de la Lecrim vigente.

⁶⁶ Gómez Orbaneja: *Derecho...* (con Herce), cit., pág. 239; Prieto Castro- Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho...*, cit., pág. 237, con dudas sobre el valor probatorio de la lectura; Fenech: *El proceso penal*, cit., pág. 132; Miguel y Romero Miguel y Alonso: *Derecho procesal...*, II, págs. 355-356.

⁶⁷ *J. C.*, noviembre-diciembre 1972, núm. 1.540. La motivación que sigue y hemos transcrito en II, 1, demuestra que el Tribunal Supremo no sólo opina que la documentación del sumario no debe leerse, pues el artículo 726 no lo establece, sino que también debe tomar conocimiento el Tribunal de toda ella en base a la disposición -ahora ya no sólo formal- del mismo artículo 726. Tesis tan frágil sólo puede mantenerla no sólo omitiendo -en toda la fundamentación de la sentencia- la cita del artículo 730, sino negando tácitamente su "existencia" en la Lecrim, al afirmar que una lectura de folios sumariales "no puede pretenderse, salvo caso de contradicción entre lo manifestado en el juicio oral y lo contenido en tales folios".

disposición del artículo 730 y su función: si el artículo 726 permitiría admitir toda prueba documental con el solo requisito de ser pertinente, el artículo 730 somete la admisión de determinados documentos no sólo a la pertinencia sino además a otros presupuestos. El artículo 730 establece limitación, fundada en los principios ya expuestos, a la libertad de admisión de la prueba documental amparada en el artículo 726⁶⁸.

Deben determinarse ahora cuáles son los documentos que se someten al régimen de admisión del artículo 730.

A) *La interpretación literal del artículo 730 y sus consecuencias*

El artículo 730 dice que podrán leerse a instancia de las partes «las diligencias practicadas en el sumario».

Una interpretación literal de la expresión, mantenida por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1884⁶⁹ y por Fenech⁷⁰, conduce a limitar el ámbito del artículo a la documentación de los actos de investigación practicados por el juez de instrucción, o por delegación del mismo, desde que se dictó auto de apertura del sumario hasta que se confirmó el auto de conclusión. Además, esas diligencias sumariales han de haberse practicado en el sumario del proceso en cuyo juicio se pretende la lectura de su documentación. Produciéndose, en caso de pluralidad de acusados, una separación de procedimientos en la fase de juicio (en base, por ejemplo, a los artículos 801, 3 y 842), la documentación del sumario común puede ser leída en cualquiera de los juicios orales separados.

Los términos «diligencias sumariales» comprenden todo acto de investigación, no sólo los que consisten en recepción de declaraciones (de testigos, peritos y procesados), sino también el reconocimiento judicial. Dada la amplitud del término, debe entenderse también comprendida la documentación de los llamados actos indirectos de investigación: entrada y registro en lugar cerrado, registro de libros y papeles y detención y apertura de correspondencia⁷¹; ha de tenerse en cuenta, respecto a esta última clase de actos, que no sólo tienen interés para el proceso los objetos y escritos que con ellos se persigue obtener, sino también el hecho de que hayan sido

⁶⁸ Sobre una limitación similar en la StPO del párrafo 249 por el 250, véase Schneidewin: *Der Urkundebeweis...* cit., pág. 482; Kohlhaas: *Die Verlesung von Niederschriften...*, cit., págs. 535-536; Golwitzer, en Löwe-Rosemberg: *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, II, Berlín-Nueva York, 1973, pág. 1.342.

⁶⁹ J.C., t. 33, núm. 934, dice la sentencia: "...los documentos del sumario que conforme al artículo 730 de dicha ley pueden leerse en el acto de dicho juicio han de constar en el mismo sumario de la causa a que el juicio se refiere".

⁷⁰ Fenech: *El proceso penal*, cit., pág. 132.

⁷¹ Ibáñez García Velasco: *Curso...*, cit., págs. 160-164.

hallados en poder de determinada persona y en ciertas circunstancias (por ejemplo, ocultos), en cuanto puede ser base de una presunción⁷².

La documentación de las diligencias sumariales puede ser leída aunque éstas no se hubieran practicado con los requisitos propios de la prueba anticipada⁷³. Ciertamente es que la práctica anticipada del medio de prueba debe acordarse cuando se prevea una imposibilidad de practicarlo en el juicio⁷⁴, pero, a los efectos del artículo 730, lo relevante no es una probable imposibilidad de práctica, sino una actual imposibilidad en el tiempo de realización de las sesiones del juicio. En consecuencia, tanto podrá admitirse la lectura de la documentación de un acto de investigación realizado sin contradicción si es imposible practicar la prueba correspondiente en la vista, como rechazar la lectura de documentos que contienen pruebas anticipadas en la fase de instrucción, si la previsible imposibilidad de reproducción que se apreció en su momento, no concurre en el tiempo de la vista⁷⁵.

La interpretación literal del artículo 730 en punto a la clase de documentos que se someten al régimen de admisión regulado por el propio artículo, excluye del ámbito de aplicación del mismo la mayor parte de los documentos que pueden ser presentados con finalidad de prueba. Ello plantea, inmediatamente, una grave alternativa: o todo documento que no contenga las diligencias sumariales del proceso que se sigue es libremente admisible en base al artículo 726, aunque su admisión lesione los principios que el artículo 730 trata de tutelar; o un determinado sector de documentos es absolutamente inadmisibles, porque ello sería contrario a los principios de inmediación y contradicción en la práctica de los medios de prueba y por no ser tampoco subsumibles en el tipo de documentos cuya lectura admite la ley cuando concurren los presupuestos del artículo 730.

A una solución aceptable de este problema sólo puede llegarse, en mi opinión, abandonando la interpretación literal de los términos «diligencias sumariales».

B) Documentos sometidos al régimen del artículo 730 además de las diligencias sumariales en el sentido estricto

Dos argumentos básicos conducen a la ampliación, más allá de las «diligencias sumariales», del círculo de documentos cuya admisión se regula por el artículo 730: el superior valor de las diligencias sumariales en sentido estricto, frente a otros actos de

⁷² La intervención del interesado establecida por la Lecrim en estos actos (artículos 569, 576, 584 y concordantes) constituye una garantía frente a los posibles intentos de creación artificial de esos hechos indiciarios.

⁷³ Armas y Sáenz, R.; Domínguez Alonso, A.: *La nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, 1883, pág. 472.

⁷⁴ Prieto-Castro, Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho...*, págs. 221-222, 237; Ibáñez García-Velasco: *Curso...*, pág. 192.

⁷⁵ Véase mi "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", *R.G.L.J.*, 1978, núm. 5, pág. 470. También, Armas-Domínguez: *La nueva Ley de Enjuiciamiento...*, cit., págs. 435, 472.

investigación del proceso penal, desde el punto de vista de las garantías de la forma de la práctica del acto y del «status» jurídico de la persona que lo practica; la interpretación teleológica del artículo 730.

En punto a la primera consideración, resultaría evidentemente contradictorio que al acto de investigación del sumario practicado por un juez -rodeado de todas las garantías del órgano jurisdiccional-, asistido por un secretario --que inviste con fe pública las actuaciones realizadas-, y según unas normas detalladas orientadas a garantizar una perfecta documentación, se le aplicará el artículo 730, mientras que los atestados de la policía judicial y la documentación de actos de investigación realizados por particulares, pudieran ser sometidos a la regulación del artículo 726. Precisamente esta diferencia de valor funda, en otros ordenamientos, que el acceso al material de convicción de la documentación de actos de investigación no judiciales, sólo sea posible sobre presupuestos más restrictivos que los que permiten en consideración los judiciales⁷⁶. Aunque el nuestro no otorgue expresamente, en la regulación de esta materia, un trato privilegiado a la documentación de actos de investigación judiciales⁷⁷, lo último que cabría deducir de ello es que documentaciones de actos de investigación con inferiores garantías tienen, sin límites, la vía expedita para ser valoradas al dictar sentencia. Por el contrario, el Tribunal Supremo ha formulado, en algunas resoluciones, juicios generales sobre el inferior valor de la documentación no judicial⁷⁸.

Una interpretación del artículo 730 coherente con su función en el sistema de la Lecrim (apartado II de este trabajo) conduce a considerar comprendidos en este artículo aquellos documentos cuya admisión generaría una situación similar a la de la documentación de una diligencia sumarial, desde el punto de vista de la lesión de los principios de la actividad probatoria en el juicio oral ya expuestos, sólo consentida por

⁷⁶ Compárense los párrafos 1 y 2 del párrafo 251 StPO; sobre ello, Schmidt: *Lehrkommentar...*, II, cit., pág. 715; Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., pág. 141; Golwitzer, en Löwe-Rosenberg. *Die Strafprozessordnung...*, II, cit., pág. 1.349; Kern-Roxin: *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 226; Koeniger, H.: *Die Hauptverhandlung im Strafsachen*, Köln, 1966, pág. 386. El tratamiento del tema en los trabajos de reforma del proceso penal italiano, Ghiara, A.: "L'incidenza dibattimentale delle attività compite nelle precedenti fasi processuali secondo i lavori preparatori della Legge-delega", *Riv. it. Dir. Proc. pen.*, 1975, págs. 378-389.

⁷⁷ Con la excepción -censurable por otras razones- del artículo 801 e, inciso último, sobre la cual *infra*, III, 3, B.b.

⁷⁸ Respecto a atestados policiales, además de las que se citan en nota 131, sentencia del Tribunal Supremo de 7 noviembre de 1975 (Aranzadi, marg. 4.102): "... la declaración del testigo..., que es quien dice halló casualmente la cartera del procesado, la que contenía dinero, documentos de identidad y papeles comprometedores para dicho acusado, y que *no prestó declaración siquiera ante la autoridad judicial en el sumario*, es claro que era pertinente". Respecto a actos de investigación y prácticas de prueba por particulares: sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1969 (J.C., marzo-abril 1969, núm. 513): se reproduce en nota 81 la parte que interesa; sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1975 (Aranzadi, marg. 4.621): "los documentos presentados... no tenían el carácter preconstituido (?) y formal que debe revestir cualquier escrito para que de él emane fehaciencia y credibilidad, tratándose de meras declaraciones testificales reducidas a escritos, prestadas sin ninguna de las formalidades y garantías que el legislador establece para asegurar y depurar la veracidad del testimonio humano"; también sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1960 (J.C., enero-abril, mayo-agosto 1960, núm. 411).

la ley en el supuesto excepcional del propio artículo 730. A mi modo de ver esa situación similar concurre cuando el documento presentado sea la reducción a escrito de un acto de investigación, acreditamiento o prueba y se aporte al proceso con la finalidad de que desempeñe la misma función que la práctica efectiva del propio medio de prueba que documenta⁷⁹. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1875⁸⁰ y 14 de marzo de 1969⁸¹ desestiman recursos interpuestos por inadmisión de documentos de la clase indicada, con la argumentación de que la introducción de tales documentos supondría eludir todas las normas que rigen la práctica del correspondiente medio de prueba⁸².

⁷⁹ En apoyo de esta interpretación podemos referirnos a la mantenida por un sector de la doctrina alemana respecto a los términos *Schriftliche Erklärung* del parágrafo 250 StPO (que dispone: "Derivando la prueba de un hecho de la percepción de una persona, ésta ha de ser interrogada en el juicio oral. El interrogatorio no puede ser sustituido por lectura de actas sobre anteriores interrogatorios o de una declaración escrita (*Schriftlichen Erklärung*). Así como el término *Protokoll*, sin limitación a los levantados en el propio proceso penal, comprende -como la doctrina admite sin discusión- toda documentación de declaraciones en todo tipo de proceso y procedimiento judicial (incluso en jurisdicción voluntaria), en procedimientos administrativos y en las actividades de investigación policiales y del Ministerio Fiscal, al determinar qué debe entenderse por *Schriftliche Erklärung* a los efectos del parágrafo, la doctrina se divide. La sentencia del B. G. H. de 16 de febrero de 1965, J. Z., 1965, pág. 649 (con cita de otras sentencias del mismo Tribunal), Schneidewin: *Der Urkundebeweis...*, cit., pág. 483; Gollwitzer, en Löwe-Rosemberg: *Die Strafprozessordnung...*, II, cit., pág. 1.346, consideran que son aquellos escritos redactados con finalidad de prueba, por la razón de que el parágrafo los equipara en trato al *Protokoll*. Krause: *Zum Urkundebeweis...*, cit., págs. 154-157; Löh: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...* cit., págs. 119-123; Heissler: *Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme...*, pág. 121; Gössel: *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 239, consideran que no debe atenderse a la finalidad de redacción, bastando que los escritos reproduzcan una percepción relevante para la prueba del hecho. Probablemente deba aprobarse esta última tesis en el contexto del ordenamiento alemán, pero, a efectos de apoyo en la interpretación de las normas de nuestro ordenamiento, es de utilidad la opinión del primer sector de la doctrina, porque el único condicionamiento y directriz de nuestra interpretación son los términos "diligencias sumariales" del artículo 730.

⁸⁰ J.C., t. 12, núm. 5: "... el testimonio solicitado... de las declaraciones que existían en el proceso que contra el mismo estaba instruyéndose a consecuencia de la muerte violenta de Juan Dorado, y la pretensión de que en defecto de ese testimonio se leyese en el acto del juicio oral las aludidas declaraciones, constituía una especie de prueba testifical, improcedente en la forma en que se reclamaba; porque ni se aducía la lista de los testigos que original debía unirse a los autos, ni las copias que tenían que entregarse a las otras partes personadas en la causa... Considerando que de no comparecer personalmente los testigos se imposibilitaba el uso del derecho que el presidente del Tribunal, los jueces y las partes tienen... a dirigir las preguntas que consideren oportunas..."

⁸¹ J.C., marzo-abril 1969, núm. 513: "...por la no admisión en el acto del juicio oral de un testigo notarial que contenía manifestaciones de un testigo, no puede ser acogido, porque las diligencias de prueba para ser admisibles tienen que ser propuestas en tiempo y forma, y la de testigos no puede suplirse por las declaraciones prestadas por éstos ante Notario, forma no admitida por la Ley procesal ya que han de ser prestadas ante el órgano jurisdiccional y con las formalidades exigidas por la Ley procesal..."

⁸² De las sentencias se deducen también elementos favorables. a la admisión de los documentos si el medio de prueba no puede practicarse; claramente de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1975: "no era conveniente autorizarla, y menos cuando la parte que la solicitaba tenía expedido el medio de proponer la presentación de los mismos testigos articulándoles interrogatorio"; en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1969 se indica: " ... si el testigo no podía comparecer ante el Tribunal, los artículos 718 y 719 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contienen normas para obtener su declaración Y aún pudo pedir la práctica anticipada de la prueba con arreglo a

En virtud de esta interpretación, deben quedar sometidos al régimen de admisión del artículo 730, la documentación de actos de investigación, acreditamiento y prueba practicados en cualquier proceso, en procedimientos de jurisdicción voluntaria y en procedimientos administrativos. Tanto se aporte esa documentación al proceso como certificación de aquellas actuaciones, cuanto incorporada a los informes a que se refieren los artículos 703 y 799, 3. El mismo régimen afecta, con mayor razón, a documentos formados por particulares, aun con intervención de Notario, que contengan declaraciones, determinaciones periciales o constataciones de hecho efectuadas con finalidad de prueba.

2. Presupuestos formales de la lectura de documentos según el artículo 730

Según el artículo 730, a la lectura se puede proceder «a instancia de cualquiera de las partes». El artículo debe ser complementado en este punto porque no es éste el único presupuesto formal de la lectura. También ha de ser corregido porque, en atención a otros preceptos de la ley, la falta de instancia de las partes no impide que la lectura tenga lugar.

A) Proposición del medio de prueba cuya práctica sea necesario, después, sustituir por la lectura

No siempre las causas que justifican la lectura de la documentación de una diligencia sumarial⁸³, existen o son conocidas en el momento en que debe proponerse la prueba. Para que, por la concurrencia o conocimiento en un momento posterior de aquellas causas, deba ser admitida la lectura de la documentación, se requiere que el medio de prueba, por haber sido propuesto en forma y admitido, sea de los que han de practicarse en el juicio⁸⁴. A estos efectos, el medio de prueba tanto puede haber sido propuesto por las partes (artículos 656, 800, regla 1.ª), como acordada de oficio su práctica por el Tribunal en base al artículo 729-2.º).

Si el medio de prueba no ha de practicarse como tal en el juicio, no hay razón para sustituirlo por la lectura en base al artículo 730.

Con relación a este punto, ha de advertirse que un medio de prueba no puede ser rechazado por la razón de que existe en el sumario documentación que puede sustituirlo. La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1964⁸⁵ formula este

los artículos 657 y 796 de la misma Ley; todo menos querer sustraer un testigo a la presencia judicial con tan irregular procedimiento con lo que, siguiendo la línea de argumentación de la sentencia, se hubiera podido admitir el documento en caso de imposibilidad absoluta de practicar el medio de prueba.

⁸³ En adelante utilizaremos esta expresión para designar, globalmente, los documentos objeto de lectura según el artículo 730.

⁸⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1883 (*J.C.*, t. 28, núm. 204), 9 de octubre de 1894 (*J.C.*, t. 53, núm. 78), 9 de octubre de 1894 (*J. C.*, t. 53, núm. 84), todas ellas referidas a lectura de declaraciones de testigos no propuestos. También, Aguilera: *Comentarios...*, V, cit., pág. 503; Armas- Domínguez: *La nueva Ley de Enjuiciamiento...*, pág. 472.

⁸⁵ *J. C.*, enero-febrero, marzo-abril 1964, núm. 206.

principio elemental ante un caso límite sometido a su consideración: «considerando que denegada por la Sala de instancia toda la prueba propuesta por la defensa del procesado, que se rechaza por el único fundamento de existir en el sumario, suficientes elementos para, en su día, dictar la resolución procedente, como tal criterio es en absoluto contrario al sistema oral de nuestra legislación, confiriéndose al sumario un valor probatorio del que carece ..., y, por consiguiente, se produce una verdadera indefensión de un acusado al que se niega todo elemento de defensa, sin razonarse, como debiera, si las pruebas propuestas eran o no pertinentes, como requiere el artículo 659 de la propia Ley». Pero esta doctrina no sólo debe ser aplicada cuando se denieguen todos los medios de prueba, sino también cuando se rechace alguno de ellos no por causa de impertinencia, sino meramente por existir su documentación sumarial como acto de investigación⁸⁶.

Una excepción tiene este principio en el procedimiento de urgencia de competencia de los Juzgados de instrucción: según el artículo 791, regla 6.a, par. 2, «sólo serán admisibles en este momento las pruebas que, siendo pertinentes, no hubieren sido practicadas durante la tramitación de las diligencias, por causas ajenas a la voluntad del proponente o que se hubieren realizado sin citación de la parte que las proponga». Esta norma sólo tiene explicación desde la global concepción inquisitiva que inspira este procedimiento⁸⁷, en cuyo ámbito carece de interés el problema al que dedicamos el presente artículo. Como reconoce, paladinamente, Ferrer Martín, «unificada en el nuevo proceso la competencia para la instrucción y la decisión, y concedida a las partes en aquélla la posibilidad de proponer pruebas, que deben practicarse con citación de la parte que las articuló, y a ser posible con la contradicción que entraña la participación de las demás partes personadas, las diligencias de comprobación llevadas a cabo en la fase de instrucción..., no sólo son diligencias de averiguación y de preparación del juicio oral, sino también auténticas pruebas...»⁸⁸. En realidad, las consecuencias de tal «unificación de competencias» sobre la repercusión de la investigación preliminar en la sentencia van mucho más allá: practicada la investigación preliminar por el propio Juez que debe sentenciar, imposible será que, en el momento de decidir, distinga entre resultados probatorios del juicio oral y convicción obtenida de la instrucción y, menos aún, si sus elementos de juicio provienen de actos practicados con contradicción o sin ella.

B) Proposición de la lectura

⁸⁶ No puede, por lo tanto, aprobarse que habiendo sido denegados por la Audiencia medios de prueba singulares por la misma razón, el Tribunal Supremo desestime el recurso; así, por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1975 (Aranzadi, 1975, marg. 548) -informe pericial en el sumario--, 14 de junio de 1975 (Aranzadi, 1975, marg. 2.874) -informe pericial en el sumario-, 21 de octubre de 1975 (Aranzadi, 1975, marg. 3.969): propuestos como testigos dos guardias civiles que formaron el atestado, la Sala no los admite "por constar ya en autos sus manifestaciones respecto a los hechos de los que había tenido conocimiento por razón de sus cargos" lo que "suena" como tácito intento de extensión a los miembros de la policía judicial del artículo 703.

⁸⁷ Sobre ella en concreto, críticamente, Fenech: *El proceso penal*, cit., Pág. 276; Ibáñez García-Velasco: *Curso...*, pág. 411; Prieto Castro-Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho...*, págs. 346-347. En general, sobre este procedimiento, Fairén, V.: *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, pág. 92.

⁸⁸ Ferrer Martín, D.: *Procedimientos de urgencia*, Madrid, 1968, páginas 101-102.

La lectura de la documentación de diligencias sumariales puede ser propuesta por las partes o ser acordada de oficio por el Tribunal.

a) A instancia de las parte

La solicitud de lectura de documentación de diligencias sumariales por las partes puede producirse en dos momentos.

Dentro del plazo de proposición de pruebas, cuando la causa de imposibilidad de reproducción fuera ya conocida en ese momento. La admisión por el Tribunal de esa solicitud no está sólo condicionada por el requisito de la pertinencia, sino también por la concurrencia de los presupuestos de fondo del artículo 730⁸⁹. El Tribunal debe examinar si concurre o no imposibilidad y de qué clase sea la imposibilidad que concurre, para dar al caso un tratamiento procesal adecuado⁹⁰.

La lectura de la documentación de una diligencia sumarial puede solicitarse en la vista del juicio sin que le afecte la preclusión de los plazos de proposición de prueba, en el caso de que el medio de prueba al que el documento se refiere hubiera sido, como tal, propuesto en tiempo y admitido. Esta conclusión se funda tanto en que la lectura del artículo 730, junto a las pruebas del artículo 729, se concibe como una excepción a la regla del artículo 728 («se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:...») -artículo 729- y «Podrán también leerse.. » -artículo 730-)⁹¹, como en la propia función del precepto de evitar la pérdida de resultados probatorios por imposibilidad de práctica, que puede ser posterior al plazo de proposición⁹²⁹³.

b) De oficio por el Tribunal

No obstante la letra del artículo 730 («...a instancia de cualquiera de las partes...»), no caben dudas respecto a que el Tribunal pueda, también, acordar de oficio la lectura, desde el momento en que está facultado para ordenar la práctica de medios de prueba no propuestos por las partes (artículo 729-2. °).

Esta facultad del Tribunal está vinculada a los mismos presupuestos de fondo de los que depende la admisión de, una solicitud de lectura formulada por las partes. Es decir: no basta que el Tribunal considere necesaria la lectura «para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación», sino que se refiere también a que exista imposibilidad de proceder a dicha comprobación mediante la práctica del medio de prueba correspondiente.

⁸⁹ Aguilera: *Comentarios...*, V, cit., págs. 504-505.

⁹⁰ Véase *infra*, III, 3.

⁹¹ Aguilera: *Comentarios...*, V, cit., págs. 505-506. Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1957 (*J.C.*, enero-abril 1957, núm. 357).

⁹² Amat. *El Jurado*, cit., pág. 261.

⁹³ También sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1974 (Aranzadi, 1974, marg. 1.490) con motivación en parte contradictoria, pero que establece que la solicitud puede realizarse en la vista y, en caso de inadmisión, ha de formularse protesta.

3. Presupuesto de fondo de la lectura de documentos según el artículo 730: la imposibilidad de práctica de un medio de prueba y su tratamiento procesal

La admisibilidad de una lectura, según el artículo 730, depende del presupuesto de fondo, que el artículo enuncia, de que las diligencias sumariales «por causas independientes de la voluntad de las partes, no puedan ser reproducidas en el juicio oral». Para la determinación del tipo de imposibilidad que legitima la lectura, según el artículo 730, deben tenerse en cuenta otros preceptos de la Lecrim referidos también a la práctica de la prueba en el juicio oral y que, igualmente, incluyen en sus supuestos de hecho el elemento de la imposibilidad de práctica⁹⁴.

Partiendo de una exposición de los varios supuestos de imposibilidad que pueden concurrir, determinamos a continuación el tratamiento procesal que corresponde en cada caso y, específicamente, cuándo procede la lectura, según el artículo 730.

A) *Los supuestos de imposibilidad de práctica de las pruebas testifical y pericial*

Hay que distinguir dos grupos de supuestos: los casos en los que la práctica de medio de prueba es imposible absolutamente y aquellos en que la imposibilidad es relativa, en el sentido de que la práctica no puede realizarse en determinadas circunstancias de tiempo y lugar, pero sí en otras distintas.

a) *Imposibilidades de carácter absoluto*

Respecto a la **prueba testifical**, constituye una imposibilidad absoluta fallecimiento del testigo⁹⁵. También la enfermedad física o mental que anule las facultades humanas necesarias para la realización del interrogatorio, cuando aquélla sea incurable, no pueda preverse el tiempo de su posible duración o la curación sólo pueda producirse a muy largo plazo⁹⁶. Este estado del testigo le exime del deber de declarar según los artículos 707 y 417-3.º Lecrim. Corresponde al Tribunal decidir, sirviéndose si fuera necesario de una prueba pericial, si el estado del testigo impide la declaración⁹⁷.

También puede constituir imposibilidad absoluta de practicar la prueba testifical el desconocimiento del paradero del testigo⁹⁸. A los efectos de considerar desconocido el paradero, no es suficiente que la parte que le hubiera propuesto hubiera dejado de

⁹⁴ Artículos 657, par. 3; 718, 719. También se tiene en cuenta esta circunstancia en 659, par. 5 (tomar en consideración para el señalamiento, el tiempo preciso para la citación y comparecencia de testigos y peritos), y 745 (no tener preparadas las pruebas por causas independientes de la voluntad de la parte).

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1975 (Aranzadi, 1975, marg. 4.865).

⁹⁶ Sobre el estado de Geisteskrankheit del parágrafo 251 StPO., Schmidt: *Lehrkommentar...*, II, págs. 713, 716; Koeniger: *Die Hauptverhandlung...*, pág. 384; Golwitzer, en Löwe-Rosemberg: *Die Strafprozessordnung...*, II, pág. 1.353.

⁹⁷ Golwitzer, en Löwe-Rosemberg: *Die Strafprozessordnung...*, II, pág. 1.353.

⁹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1966 (*J. C.*, diciembre 1966, núm. 1.839), 23 de enero de 1967 (*J. C.*, enero-marzo 1967, núm. 67), 29 de septiembre de 1967 (*J. C.*, julio-octubre 1967, núm. 971).

expresar su dirección en la lista acompañada al escrito de calificación⁹⁹, ni tampoco la imposibilidad de practicar la citación por haber cambiado el testigo de domicilio y manifestando la portera del edificio que no conocía sus nuevas señas¹⁰⁰. Se requiere, más, bien, que ante una posibilidad originaria de citar por desconocerse el domicilio o ante el fracaso de la citación por no hallarse el testigo en su antiguo domicilio y desconocerse el nuevo, hayan sido ordenadas y practicadas las investigaciones convenientes para descubrir su paradero sin lograr este objetivo, citándosele posteriormente por edictos (artículos 178, 432)¹⁰¹. Aunque estas investigaciones ya se hubieran practicado sin éxito en el período de instrucción, el Tribunal puede ordenar nuevas investigaciones antes de citar al testigo para la vista (en su caso, por edictos), si estima que pueden arrojar mejores resultados.

Respecto a la prueba pericial deben distinguirse dos situaciones de imposibilidad: la imposibilidad de practicar las operaciones periciales y la imposibilidad de que los peritos declaren en la vista.

La previsión durante el sumario de la primera situación de imposibilidad, justifica que se practique la pericia con los requisitos que derivan del principio de contradicción (artículos 467, par. 2 y concordantes; 350; 356, par. 4). Se hubiera hecho así o no, si en el momento del juicio oral las operaciones periciales pueden ser practicadas, no puede ser desestimada la solicitud de las partes en ese sentido¹⁰².

La imposibilidad de practicar el reconocimiento pericial en el juicio oral no implica, sin embargo, que el informe pericial no pueda tener lugar compareciendo el perito en la vista, con intermediación y sometiéndose al interrogatorio de las partes (artículo 724). Como el Tribunal Supremo ha declarado, la prueba pericial no puede

⁹⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1974 (Aranzadi, 1974, marg. 1.417) indica: "...no puede prosperar por las consideraciones siguientes: 1.ª, porque el testigo no pudo ser citado por haber trasladado su residencia a Barcelona sin que, en contra de lo exigido por el artículo 656 de la Ley expresada se indicase por el peticionario el domicilio que tuvieran allí a efectos de citación...". Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1963 (*J. C.*, marzo-abril 1963, núm. 381) declaraba: "...aun incumplidas al proponerse la prueba testifical de la acusación las prevenciones del artículo 656, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de indicar el domicilio y residencia de los testigos, obligación que ninguna de las partes exige, el hecho de haber sido admitida y declarada pertinente la prueba imponía a la Sala el cerciorarse ya antes de iniciar el juicio oral si se había cumplido lo por ella mandado y, en consecuencia, si estaban o no preparadas las pruebas propuestas para su práctica...".

¹⁰⁰ (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1976 (Aranzadi, 1976, marg. 907).

¹⁰¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1963 (*J. C.*, mayo-junio, 1963, núm. 750), 20 de octubre de 1972 (*J. C.*, junio-octubre 1972, núm. 1373), 19 de diciembre de 1975 (Aranzadi, 1975, marg. 4865). El parágrafo 251, 1, n.º 1.º, de la StPO determinó, como presupuesto de lectura, el hecho de que el paradero no pueda ser descubierto; sobre las exigencias para admitir la concurrencia del presupuesto, Golwitzer, en Löwe-Rosemberg: *Die Strafprozessordnung*, II, cit., Pág. 1354; Koeniger: *Die Hauptverhandlung...*, cit., págs. 384-385; Schmidt: *Lehrkommentar...*, II, pág. 714; Kohlhaas: *Die Verlesung von Niederschriften...*, cit., pág. 537.

¹⁰² Exposición de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1883, instrucción núm. 17, *R. G. L. J.*, 1883, t. 63, págs. 517-518; Armas-Domínguez: *La nueva Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 435; sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1964 (*J. C.*, mayo-agosto 1964, núm. 1035), 16 de octubre de 1974 (Aranzadi, 1974, marg. 3757). En sentido contrario, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1975 (Aranzadi, 1975, marg. 548), 14 de junio de 1975 (Aranzadi, 1975, marg. 2874).

practicarse mediante la presentación de dictámenes escritos, sino por declaración personal de los peritos a preguntas de las partes¹⁰³. En consecuencia, salvo que en la persona del perito concurren los mismos impedimentos que en el testigo¹⁰⁴, no existe imposibilidad de practicar la prueba pericial en el juicio oral, con sumisión, aunque sólo sea en parte, a las normas que en este momento lo rigen¹⁰⁵.

b) Imposibilidades de carácter relativo

Una imposibilidad puede ser relativa por razones de tiempo. La persona cuya declaración interesa no puede, durante un breve periodo de tiempo, ni comparecer ni prestar declaración en su caso a través del medio extraordinario de los artículos 718 y 719. Ello puede deberse, por ejemplo, a enfermedad física o mental o a un temporal desconocimiento del paradero de esa persona.

Relativa es, también, toda imposibilidad que sólo afecte a la comparecencia del testigo o perito en la vista, pero no a su declaración.

La causa de ello puede ser, en primer lugar, que dado el estado de salud de la persona no pueda imponérsele que abandone su domicilio para comparecer ante el Tribunal, bien en la propia población y tanto más cuando esa comparecencia exija largos desplazamientos¹⁰⁶.

¹⁰³ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1965 (*J.C.*, mayo-julio 1965, núm. 1233), 24 de marzo de 1961 (*J. C.*, enero-abril de 1961, núm. 360), 16 de octubre de 1974 (Aranzadi, 1974, marg. 3757). Un supuesto en que al faltar la declaración personal se impedía que la prueba se desarrollara con la amplitud correspondiente a su objeto, en sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1974 (Aranzadi, 1974, marg. 4312). Armas-Domínguez: *La nueva Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 472, nota 1.

¹⁰⁴ Exposición de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1883, instrucción 53, *R. G. L. J.*, 1884, t. 64, pág. 57: puede pedirse la declaración de facultativos que hubieran practicado la autopsia o la vigilancia de lesiones y "sólo en el caso de imposibilidad de asistir dichos facultativos, o cuando no se prometa que de su declaración pueden producirse nuevos datos que esclarezcan ventajosamente los hechos, entonces bastará con que se haga uso del derecho que concede el artículo 730..."; aunque no cabe estar de acuerdo con el segundo fundamento que da para el recurso al artículo 730.

¹⁰⁵ No puede aprobarse lo que se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 188 (J. C., t. 30, núm. 599) de que "la diligencia de autopsia... evidentemente era de aquéllas que con arreglo al artículo 730, *por no poder practicarse de nuevo en el juicio oral*, debía acordarse su lectura a instancia de cualquiera de las partes", pero más incorrecta fue la resolución de la Sala de instancia, en el mismo caso y que, por lo visto, no fue recurrida, de denegar que fueran interrogados en la vista los médicos que practicaron la autopsia. En el mismo sentido que la citada sentencia, pero admitiendo que pueda solicitarse la declaración de los facultativos, Exposición de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1883, instrucción núm. 49, *R. G. L. J.*, 1884, t. 64, pág. 49. Un supuesto de imposibilidad de reproducir los reconocimientos periciales y de admisión del dictamen pericial del sumario sin plantearse si es o no posible la declaración personal, en sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1962 (*J. C.*, enero-abril 1962, núm. 101).

¹⁰⁶ Impedimentos relativos por causa de enfermedad, en sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1966 (*J. C.*, julio-octubre 1966, núm. 1499), 7 de junio de 1976 (Aranzadi, 1976, marg. 2938), 8 de marzo de 1972 (*J. C.*, enero-marzo 1972, núm. 354). Respecto a la motivación de esta última sentencia es necesario denunciar un modo de proceder gravemente incorrecto: en el caso se trataba de testigo residente en Lérida imposibilitado de comparecer por enfermedad en la vista, que se celebraba en Alicante; la Sala Segunda desestimó el recurso interpuesto por denegación de suspensión y, "allanándose el camino mediante unas consideraciones generales previas a la específica

En segundo lugar, la comparecencia puede estar dificultada por obligaciones de carácter profesional como las tenidas en cuenta por Lecrim en los artículos 422 y 425, por la condición de militar del testigo o peto en cuanto en tal caso se precisa autorización para que comparezca de la autoridad judicial militar competente¹⁰⁷ o por otras situaciones, como la privación de libertad¹⁰⁸.

En tercer lugar, la comparecencia puede ser difícil por residir el declarante en país extranjero, en cuanto en tal caso no le afecta deber de comparecer (artículo 410)¹⁰⁹(109).

B) Tratamiento procesal de los supuestos de imposibilidad expuestos

El tratamiento procesal de los supuestos considerados de imposibilidad de práctica de un medio de prueba es distinto según conste esa imposibilidad con anterioridad a la apertura de las sesiones del juicio o después de iniciadas éstas. La diferencia radica en la influencia que ejercen, en el segundo caso, las normas sobre suspensión de la vista.

a) Imposibilidades conocidas o previstas antes de abrirse las sesiones

Constando una causa de imposibilidad susceptible de cesar en un período de tiempo relativamente corto, el artículo 659, par. 5, permite al Tribunal determinar la fecha de iniciación, teniendo en cuenta aquella circunstancia, para cuando la imposibilidad hubiera cesado. Un artículo dispone, en efecto, que el Tribunal señalará el día en que deban comenzar las sesiones teniendo en consideración el tiempo que fuera preciso para las citaciones y **comparecencias** de los peritos y testigos¹¹⁰. Conocida la situación de imposibilidad después -de haberse efectuado el señalamiento, un aplazamiento de la apertura es aún posible en base al artículo 745: las partes no tienen preparada una prueba propuesta por causas independientes de su voluntad.

consideración del caso, indicaba que debían tenerse en cuenta "las causas que motivan su imposibilidad de práctica en el plenario -con la salvedad prevista en el artículo 718 de la Ley para el caso de que el testigo resida en el lugar del juicio-..."; nuestra objeción frente a ello es: ¿Por qué no cita la Sala Segunda la salvedad prevista en el artículo 719 de la Ley para el caso de que el testigo no resida en el lugar del juicio?

¹⁰⁷ Artículo 505, núm. 1, C.J.M., sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1966 (*Aranzadi*, 1966, marg. 2401).

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1970 (*J.C.*, mayo-septiembre 1970, núm. 798).

¹⁰⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1964 (*J.C.*, enero-febrero-marzo-abril 1964, núm. 605), 26 de mayo de 1973 (*J. C.*, mayo-junio 1973 núm. 782), 30 de marzo de 1974 (*Aranzadi*, 1974, marg. 1490).

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1959 (*J.C.*, enero-abril-mayo-agosto 1959, núm. 30); el testigo, aun hallándose en la península y debiendo comparecer en Fernando Poo, hubiera podido hacerlo de haber sido citado con la suficiente antelación. Sobre los impedimentos de larga o imprevisible duración del parágrafo 251, par. 1, núm. 2, *StPO*, en el sentido de que siendo aquella breve, la importancia del principio de inmediación debe conducir a un aplazamiento de las sesiones, aunque ello origine dificultades en las previsiones de señalamientos del Tribunal, véase Schmidt: *Lehrkommentar...*, II, pág. 597; Kohlhaas: *Die Verlesung von Niederschriften...* cit., pág. 537. Respecto al parágrafo 252-1, núm. 1, de la Ordenanza austriaca, en el, mismo sentido, Bertel: *Grundriss...* cit., pág. 117.

Tratándose de una situación de imposibilidad que no concorra actualmente, pero que se prevea que puede existir en el momento de realizarse las sesiones, procede, en aplicación de los artículos 657, par. 3, y 799, par. 3 al final, la práctica anticipada del medio de prueba correspondiente. Esta práctica anticipada no siempre deberá realizarse delegando para la misma a un miembro del Tribunal o por medio del auxilio judicial, como parece deducirse de la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1922¹¹¹, sino que tendrá lugar con intermediación, ante el Tribunal, salvo que la persona esté actualmente impedida de comparecer en los locales del órgano jurisdiccional.

En caso de impedimentos permanentes de comparecer, pero no de declarar, debe practicarse la prueba delegando a un miembro del Tribunal o por medio del auxilio judicial, según, respectivamente, se trate de la situación prevista en el artículo 718 o en el 719¹¹². Además, en todo caso, se practicará como anticipada porque, de otro modo, podría dar lugar a la suspensión de la vista por ausencia de un miembro del Tribunal (artículo 746-2.º) o para permitir que la documentación de la práctica anticipada llegue a conocimiento de Tribunal y las partes en tiempo hábil para ser discutido en el juicio oral y valorada en la sentencia¹¹³.

Residiendo el testigo o perito en el extranjero, el Tribunal tiene dos posibilidades para practicar la prueba. Puede intentar conseguir la comparecencia personal del testigo o perito, cursando la correspondiente citación por vía diplomática y haciendo constar la necesidad de la comparecencia personal; salvo que la persona citada estuviera privada de libertad, en cuyo caso el Estado requerido decide si debe o no acceder a la solicitud, el testigo o perito es libre para aceptar o rechazar la comparecencia¹¹⁴. La segunda posibilidad es la práctica de la prueba ante el juez extranjero, para lo que se dirigirá comisión rogatoria, por vía diplomática (artículo 424, 1) que contendrá, a diferencia de lo dispuesto para el sumario en el artículo 424, par. 1, y por analogía con lo establecido en el artículo 719, par. 2, las preguntas y repreguntas que las partes pretendan que se le hagan al testigo y hayan sido, admitidas por el Tribunal. Puede admitirse la discrecionalidad del Tribunal para optar entre uno u otro procedimiento, pero una auténtica imposibilidad de practicar la prueba que

¹¹¹ Se indica en la circular que el M. F., en el primer estudio que haga del sumario, pedirá al Juez de instrucción que practique la prueba anticipada si algún testigo se halla en el caso del artículo 448, salvo que no haya urgencia y en su día puedan cumplirse los artículos 718 o 719.

¹¹² Este último artículo debió citar, no el 718, la S. T. S. de 8 de marzo de 1972 (*J. C.*, enero-marzo 1972, núm. 354), si el testigo, "de setenta y tres años de edad, residía en Lérida y justificó en forma la imposibilidad de trasladarse por enfermedad hasta Alicante".

¹¹³ Sobre lo último, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1970 (*J. C.*, mayo-septiembre 1970, núm. 798). Basándose en el antiguo artículo 4 del Código Civil, a falta de motivo de casación, casaba por quebrantamiento de forma una sentencia del T. O. P. recaída en un proceso en que se recibió una prueba testifical encomendándola a un Juez Municipal, en vez de proceder según lo dispuesto en el artículo 718, dándosele vista a la defensa del resultado de aquella prueba el mismo día en que se dictaba la sentencia.

¹¹⁴ Esta es, en general, la regulación que contienen los artículos 9-10 del convenio entre España y Francia relativo a asistencia judicial en materia penal, y 7-10 del convenio entre España e Italia de asistencia judicial penal y de extradición.

justifique la aplicación del artículo 730, no concurre cuando puede practicarse mediante comisión rogatoria antes de abrirse las sesiones¹¹⁵.

Solicitada en los escritos de calificación provisional una lectura de documentos comprendidos en el régimen de admisión del artículo 730 (apartado III-1 del trabajo), el Tribunal deberá rechazarla si el medio de prueba puede ser practicado por cualquiera de los procedimientos que hemos expuesto¹¹⁶. Deberá admitirla si se comprueba la concurrencia de imposibilidad absoluta.

b) Imposibilidades constatadas después de iniciada la vista

La determinación del tratamiento procesal de las causas de imposibilidad de práctica de la prueba testifical y pericial, manifestadas una vez iniciadas las sesiones, exige, por regla general, tomar en consideración las normas sobre suspensión de la vista, pues, precisamente, será la incomparecencia del testigo, o perito el indicio de una probable imposibilidad.

Contra lo que se ha dicho por la Fiscalía del Tribunal Supremo¹¹⁷ y por Quintano Ripollés¹¹⁸, la mera incomparecencia del testigo o perito no constituye, por sí sola, una imposibilidad de practicar la prueba que justifique la aplicación del artículo 730. Basta para demostrar lo contrario observar que la Ley permite suspender la vista para lograr, si es posible, esa comparecencia y, si ésta no es posible, pero sí la declaración, la recepción de la última por delegación de un miembro del Tribunal (artículo 746-3. º)¹¹⁹.

Partiendo de esa premisa, sólo cuando junto a la incomparecencia del testigo o perito¹²⁰, resulte acreditada una imposibilidad absoluta de practicar la prueba correspondiente, puede el Tribunal acordar, sin suspender la vista, una lectura según el

¹¹⁵ Véase, por el contrario, sobre cuando hubiera necesidad de recurrir a ese procedimiento una vez iniciadas las sesiones, *infra*, nota 140.

¹¹⁶ Se indica en la Exposición de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1883, *R. G. L. J.*, 1884, t. 64, pág. 56, que "...es indeclinable la obligación de todos los contendientes de ofrecer y practicar todas las pruebas que sean pertinentes en el juicio, tanto, que si el Tribunal observaba algún vacío en este interesante Y esencial punto, podría y aun debería hacer uso del derecho que, para ese caso, le concede el artículo 729...". Esta consideración se contiene, precisamente, en una, instrucción relativa a los supuestos en que es admisible no practicar una prueba en la vista y recurrir, en sustitución, a la documentación sumarial. También favorables a la denegación de la lectura, si es posible la práctica mediante otros procedimientos previstos por la ley: Armas-Domínguez: *La nueva Ley de Enjuiciamiento...*, cit., pág. 473; menos claramente, Aguilera: *Comentarios...*, V, cit., págs. 504-505.

¹¹⁷ "Resolución dada por el Fiscal del Tribunal. Supremo a las consultas que, en virtud de su circular de 30 de mayo último, le han dirigido los señores Fiscales de las Audiencias, sobre interpretación y aplicación de diversos artículos del Código y otras leyes represivas especiales, de la de Enjuiciamiento criminal y del Jurado", *R. G. L. J.*, 1899, t. 95, pág. 544. Esta postura sólo podría aceptarse si quien hubiera propuesto la prueba no pidiera la suspensión.

¹¹⁸ Quintano: *Grundsätze und Methode...*, cit., pág. 646.

¹¹⁹ En ese sentido, Armas-Domínguez: *La nueva Ley de Enjuiciamiento...*, cit., págs. 474-478.

¹²⁰ Incluso aunque comparezca, cuando la causa de imposibilidad de práctica fuera la enfermedad mental.

artículo 730¹²¹. En otro caso, antes de que pueda aplicarse el artículo 730 y si lo pide la parte que hubiera propuesto al testigo o perito que no ha comparecido (artículo 747), debe resolver el Tribunal si procede o no la suspensión de la vista.

En el **procedimiento ordinario**, la suspensión de la vista por incomparecencia de testigos o peritos¹²² se regula en el artículo 746-3.º de la Lecrim. El presupuesto de la suspensión está constituido por la incomparecencia y por la consideración de la Sala de que su declaración es necesaria.

La primera cuestión a dilucidar, íntimamente relacionada con el tema de este artículo, es si el material de convicción que la Sala ha de tener en cuenta para emitir ese juicio de necesidad, está integrado sólo por la prueba del juicio oral o también por la declaración prestada en el sumario por el que no ha comparecido, en el sentido de que, considerándola adquirida para valorarla en la sentencia, ya no sea necesaria su declaración personal en la vista. La segunda posibilidad, que sin duda sería grata a quienes consideran que la práctica de la prueba en el juicio sirve para corregir y completar la investigación sumarial, consideramos que no puede aceptarse. En primer lugar, porque aún no se ha determinado si concurren los presupuestos del artículo 730 para valorar como prueba la documentación de un acto de investigación sumarial. En segundo lugar, porque sólo considerando que ello no es admisible, tiene sentido la reforma del artículo 801 realizada por la Ley de 8 de junio de 1957, como más adelante expondremos. El juicio sobre la necesidad de la declaración personal debe formarse teniendo en cuenta la prueba practicada en la vista y el probable resultado de la declaración del testigo o perito. A los meros efectos de prever ese resultado, puede el Tribunal tener en cuenta, junto a la manifestación de las partes acerca los puntos sobre los que versará el interrogatorio, lo que el **testigo declaró conocer** en el sumario sobre los hechos que se debaten¹²³. Esta última modalidad de consideración de la declaración sumarial conduce a consecuencias distintas a la anterior: si el testigo tiene un conocimiento de los hechos, que no puede obtenerse de las demás pruebas, y que ya reveló en su declaración sumarial, el juicio se suspenderá para conseguir su comparecencia; mientras que, según la interpretación que no aceptamos, no procedería

¹²¹ Este podría ser el caso considerado en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1970 (*J.C.*, mayo-septiembre 1970, núm. 632). "...la suspensión hubiera sido inútil para lograr la comparecencia de los dos testigos, en cuanto uno de ellos consta que marchó al extranjero y fue citado por edictos". Lo último parece aludir al supuesto de imposibilidad por desconocimiento de paradero.

¹²² Fenech, M.: *Derecho procesal penal*, II, Barcelona, 1960, pág. 1016.

¹²³ La comprobación de la declaración sumarial con esta finalidad, en sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1961 (*J.C.*, enero-abril 1961, núm. 430): "... reducida el área del recurso a la pertinencia del adverso acuerdo de suspender... por no creer necesaria la prueba, según el párrafo 3.0 del artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aun esta misma decisión. resulta acertada, si se tiene en cuenta que aquella testigo declaró en el sumario en el sentido de que por su estado de inconsciencia de nada se enteró, y el Juzgado realizó una prueba pericial sobre la credibilidad de tal alegación, dado el estado patológico por el que pasaba aquella testigo". También en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1968 (*J. C.*, abril-mayo 1968, núm. 624): "... declaró en el sumario ampliamente sobre hechos laterales a lo que era objeto del delito de falsedad castigado..., por lo que reiterar tales aseveraciones en el juicio oral resultaba superfluo e intrascendente para forjar convicciones sobre un delito que antes se había cometido".

la suspensión por considerar ya adquirida la declaración de ese testigo, a efectos de valorarla en la sentencia.

Estimada la prueba por la Sala como «no necesaria» y rechazada, en consecuencia, la petición de suspensión, la práctica resulta entonces imposible y siendo esa prueba -cuanto menos- pertinente, debe admitirse la lectura según el artículo 730¹²⁴.

Para los **procedimientos de urgencia** la norma de suspensión es la del artículo 801, par. 3: «No se suspenderá el juicio por la incomparecencia de alguno de los procesados, ..., ni tampoco por la de testigos, cuando éstos hubieran declarado en el sumario y el Tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos».

Atendiendo únicamente a la letra del precepto, no sería incorrecta –como acertadamente ha advertido Ibáñez y García-Velasco¹²⁵ una interpretación similar a la que se ha mantenido respecto al artículo 746-3.º; entre ambos artículos existiría sólo un diferente modo de expresar un mismo contenido regulativo: si la prueba es suficiente, la testifical que queda sin practicar no es necesaria. A pesar de ello, la interpretación dominante es otra y no sin razón, porque con la redacción del artículo 801, debida a la Ley de 8 de junio de 1957 y mantenida y extendida a los dos procedimientos de urgencia por la de 8 de abril de 1967, se propuso el legislador introducir una reforma en la normativa de la suspensión por incomparecencia de testigos¹²⁶. La interpretación de la norma, coherente con su función innovadora, consiste en estimar que el «juicio sobre la suficiente información», debe realizarse considerando ya asumidas, para valorarlas en la sentencia, las declaraciones sumariales del testigo no comparecido¹²⁷. La información sólo será insuficiente

¹²⁴ La solución a la que llegamos responde, en definitiva, a la idea de que el recurso a la lectura puede ser facilitado cuando, comparando la importancia de la declaración y otros intereses dignos de tutela -en el caso, la concentración de la vista-, estos últimos se consideran preferentes. Sobre este razonamiento en relación con el parágrafo 251, par. 1, núm. 3, de la StPO - importancia de la declaración y dificultades que deberá superar el declarante para comparecer-. Schäfer: *Strafprozessrecht*, cit., pág. 250; Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., pág. 135; Krause: *Zum Urkundebeweis...*, cit., págs. 142-143; Schmidt: *Lehrkommentar...*, II, cit., pág. 714; Golwitzer, en Löwe-Rosemberg: *Die Strafprozessordnung...*, II, cit., pág. 1355; Kohlhaas: *Die Verlesung von Niederschriften...*, cit., pág. 537.

¹²⁵ Ibáñez García-Velasco: *Curso...*, cit., págs. 402-403.

¹²⁶ El proyecto del Gobierno no contenía la referencia a los testigos, que fue introducida por la Comisión. Molero Massa, que defendió en el Pleno el dictamen de la Comisión, aludió en su discurso a la "innovación destacada" que el artículo suponía, aunque sin explicarla con claridad. Véase, sobre ello, Castejón Chacón, C.: "Acerca de la Ley de 8 de junio de 1957 de reforma de la de Enjuiciamiento Criminal estableciendo un procedimiento de urgencia para la represión de ciertos delitos", *R. G. L. J.*, 1957, t. 203, págs. 124-125, nota 52.

¹²⁷ Sáez Jiménez: *Enjuiciamiento Criminal...*, cit., págs. 911-912, 947; Fenech: *El proceso penal*, cit., pág. 220; Prieto Castro-Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho...*, cit., pág. 351 -criticando la norma como ruptura del principio de intermediación-; Sáez Jiménez, López Fernández de Gamboa, E.: *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, t. IV, vol. II, Madrid, 1968, págs. 1580-1581. En la jurisprudencia, muy claramente, sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1967 (*J. C.*, abril-junio 1967, núm. 373), 16 de mayo de 1974 (*Aranzadi*, 1974, marg. 2298), 30 de septiembre de 1975 (*Aranzadi*, 1975, marg. 3530); también sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1966

cuando pueda esperarse del testigo una adición, aclaración o corrección esencial respecto a su declaración sumarial, de las que deriven unos resultados probatorios que no pueden lograrse con los restantes medios de prueba¹²⁸.

Ahora bien, si el artículo 801, párrafo 3, admite la sustitución de, la declaración personal por la lectura de la documentada en el sumario (o diligencias previas o preparatorias) en base a la mera incomparecencia, no por ello ha de entenderse permitida, en el mismo caso, una similar sustitución mediante otro tipo de documentaciones de esa declaración¹²⁹, y ello por tres razones. Primera, porque el precepto, en cuanto excepción a los principios generales de la Lecrim respecto a la actividad probatoria, debe ser restrictivamente interpretado. Segunda, porque el artículo exige literalmente «que hubieran declarado en el sumario, sin que esté justificado recurrir a una interpretación teleológica, similar a la mantenida respecto a los términos «diligencias sumariales» del artículo 730, para ensanchar el círculo de los documentos cuya lectura se permite, porque de la interpretación de aquellos términos del artículo 801, párrafo 3, no depende una posible pérdida de resultados probatorios, sino sólo la amplitud de aplicación de un medio facilitado de adquisición de los mismos; a los efectos de evitar aquella pérdida, el juez de los procesos de urgencia sigue teniendo a su disposición las normas comunes (artículo 800, párrafo 1), que deberá aplicar según sus presupuestos. Tercera, porque, sin desconocer las pretensiones reformadoras, es perfectamente lógico que éstas se hayan limitado, objetivamente, a facilitar la sustitución de la declaración personal por la clase de documentación que ofrece mayores garantías y no por la que las ofrece menores (documentación policial, administrativa o procedente de particulares)¹³⁰.

En este orden de cosas, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1967¹³¹ declaraba: «...siendo el presente un procedimiento tramitado como de urgencia, la Sala de instancia, al estimarse suficientemente instruida, no tuvo en cuenta lo que dispone el párrafo tercero del artículo 801..., que autoriza tal medida siempre y cuando tratándose de testigos, como en este caso, los mismos hubieran declarado en el sumario, extremo que aquí no concurre por tratarse de tres testigos que intervinieron como Cabo de la Guardia Civil y dos Guardias auxiliares..., en las oportunas diligencias que obran a los folios 20 y siguientes del sumario...; sin que quepa admitir simplemente que no ha habido indefensión, ya que en el atestado

(Aranzadi, 1966, marg. 2401), 26 de junio de 1968 (*J. C.*, junio-julio, 1968, núm. 1063), 13 de abril de 1973 (*J. C.*, marzo-abril 1973, núm. 613), 7 de mayo de 1973 (*J. C.*, mayo-junio 1973, núm. 690), 26 de mayo de 1973 (*J. C.*, mayo-junio 1973, núm. 782), 20 de mayo de 1974 (Aranzadi, 1974, marg. 2376).

¹²⁸ Como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1973 (*J.C.*, enero-febrero 1973, núm. 184): " ...para que el uso hecho por los Tribunales de instancia sea revisable en casación, será preciso que *además de la declaración sumarial prestada por el testigo*, se ofrezca al Tribunal *Los extremos detallados sobre los nuevos hechos que el mismo había de declarar o matices esenciales de sus declaraciones sumariales*, porque sólo de esta, manera podrá juzgarse del acierto del Tribunal inferior al pronunciarse sobre su suficiente información'...".

¹²⁹ Véase *supra*, III, 1, B.

¹³⁰ Véase *supra*, III, 1, B.

¹³¹ *J.C.*, enero-marzo 1967, núm. 98. En el mismo sentido, pero con menor claridad, sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1975 (Aranzadi, 1975, marg. 4102).

constan los detalles pertinentes, pues lo esencial aquí es que no cabe rechazar una prueba admitida como pertinente, si en el sumario no han declarado los testigos». Desgraciadamente, la correcta doctrina de esta sentencia no es la única, ni tampoco la dominante, que nuestro Tribunal Supremo mantiene sobre este punto: en una serie de sentencias se refiere el Tribunal Supremo, de modo innecesario, a que el testigo prestó declaración en el sumario y, **además, ante la policía**¹³², y en las de 16 de abril de 1968¹³³, 7 de mayo de 1973¹³⁴ y 21 de marzo de 1974¹³⁵ acaba por declarar que basta, para que el artículo 801-3.º pueda aplicarse, que la declaración testifical conste en el atestado policial.

En conclusión sobre este último punto: si el testigo no ha declarado en el sumario, la suspensión se rige por la normativa común del artículo 746-3.º.

Aclarado el párrafo 3 del artículo 801, es necesario volver sobre la interpretación del artículo 746-3.º. Si el artículo 801, párrafo 3, constituye una reforma, una especial regulación de un determinado punto aplicable sólo a los procedimientos de urgencia, si el sentido generalmente admitido de esa nueva regulación es el que ha sido expuesto, todo ello conduce a confirmar la interpretación dada al artículo 746-3.º: la documentación sumarial no sirve para satisfacer la necesidad de la declaración del testigo, sino sólo para que la Sala valore si tal declaración es necesaria. De no ser así, lo innecesario hubiera sido la reforma. Algo tan evidente se desconoce por las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1970¹³⁶, 20 de octubre de 1972¹³⁷ y 9 de marzo de 1974¹³⁸, al decir que, en el procedimiento ordinario, siendo el testigo sumarial, la necesidad de su declaración personal no concurre si no se pretende o se espera de él un complemento o ampliación de su declaración sumarial.

Acordada la suspensión de la vista, y realizadas las actuaciones correspondientes para lograr la comparecencia del testigo o perito, o practicar, en su caso, la prueba por delegación o mediante auxilio judicial¹³⁹, la lectura según el artículo 730 puede ser admisible si se comprueba, al practicar la nueva citación, una imposibilidad absoluta, y también cuando se advierta una imposibilidad de recibir la declaración de carácter transitorio, cuya duración, sin embargo, pudiera obligar a interrumpir las sesiones, lo que prohíbe el artículo 749 (procedimiento ordinario), o a

¹³² Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1973 (*J.C.*, enero-febrero 1973, núm. 184), 13 de abril de 1973 (*J.C.*, marzo-abril 1973, número 613), 7 de mayo de 1973 (*J.C.*, mayo-junio 1973 núm. 690), 16 de mayo de 1974 (*Aranzadi*, 1974, marg. 2298), 20 de mayo de 1974 (*Aranzadi*, 1974, marg. 2376), 30 de septiembre de 1975 (*Aranzadi*, 1975, marg. 3530).

¹³³ *J.C.*, abril-mayo 1968, núm. 584.

¹³⁴ *J.C.*, mayo-junio 1973, núm. 689.

¹³⁵ *Aranzadi*, 1974, marg. 1417.

¹³⁶ *J.C.*, octubre-diciembre 1970, núm. 992.

¹³⁷ *J. C.*, junio-octubre 1972, núm. 1373.

¹³⁸ *Aranzadi*, 1974, marg. 1250.

¹³⁹ Este último tendrá lugar si la imposibilidad es relativa, salvo que sea de las indicadas después en el texto. Precisándose recurrir al auxilio judicial (artículo 719), la suspensión de la vista no será necesaria, si el exhorto o carta-orden pudiera ser cumplimentado y devuelto antes de que concluya la práctica de la prueba.

prolongar la suspensión más de quince días, lo que no permite el artículo 801, párrafo 2 (procedimiento de urgencia)¹⁴⁰.

C) Los supuestos de imposibilidad de practicar la prueba de reconocimiento judicial y su tratamiento

Imposibilidad absoluta de practicar la prueba de reconocimiento judicial, concurre cuando las huellas o vestigios dejados en su momento por la acción probablemente delictiva hayan desaparecido o el objeto o lugar que deba ser reconocido haya sufrido tales alteraciones que del reconocimiento no pueda derivar ningún dato de interés para el objeto de la prueba¹⁴¹. En tal caso, una lectura de la documentación de la correspondiente diligencia sumarial está, sin más, justificada¹⁴².

El problema surge cuando esa prueba puede ser practicada y consiste en sí, aun en tal caso, en virtud de la referencia que se hace en el párrafo 1 del artículo 727 a «la prueba de inspección ocular **que no se haya practicado antes de la apertura de las sesiones**», su realización en la fase de juicio oral está, por principio, excluida siempre que hubiera sido practicada en el sumario. Dos posiciones ha mantenido la doctrina sobre el tema.

Para Goldschmidt, el artículo 727 constituye una regla especial respecto al artículo 730, en el sentido de que sólo permite que se practique un reconocimiento judicial que no hubiera tenido lugar antes de la apertura de las sesiones, pero no todo reconocimiento judicial cuya práctica sea posible¹⁴³. Prieto Castro y Gutiérrez de Cabiedes consideran también que la expresión del artículo 727, párrafo 1, se refiere a la inspección durante la instrucción sumaria¹⁴⁴.

Esta primera posición, en base a una expresión literal poco determinante --dado que puede igualmente entenderse como «no practicadas como prueba anticipada en el juicio oral» (artículo 657, 3)-, podría conducir a la imposibilidad de reparar infracciones del principio de contradicción en la práctica del reconocimiento como acto de investigación sumarial¹⁴⁵ y a impedir que su práctica se ajuste al objeto de la prueba, si faltan en la documentación del acto sumarial datos cuya relevancia se ponga posteriormente de manifiesto.

¹⁴⁰ Situación que puede producirse, por ejemplo, por enfermedad del testigo o perito que impida su declaración y cuya curación no se prevea en breve período de tiempo, por residencia en país extranjero en cuanto al trámite de la comisión rogatoria es necesariamente largo, etc. Se indicaba en la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1922 que "si la ausencia del testigo reconoce una causa de carácter más o menos permanente, se pretenderá de toda suerte la lectura de su declaración".

¹⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1975 (*Aranzadi*, 1975, marg. 2286): "... si esta escasa utilidad y raquítrico resultado (de la inspección ocular sumarial) aconteció en una diligencia llevada a cabo en época muy próxima al referido suceso, fácilmente se comprende la inanidad e inutilidad de la dicha prueba propuesta de nuevo muchos meses después.... cuando ya ningún vestigio podía quedar...".

¹⁴² Silva Melero: *La prueba...* cit., II, pág. 195.

¹⁴³ Goldschmidt: *Problemas jurídicos y políticos...*, cit., pág. 90.

¹⁴⁴ Prieto-Castro, Gutiérrez de Cabiedes: *Curso...*, cit., pág. 238.

¹⁴⁵ Lo advierten los propios Prieto-Castro, Gutiérrez de Cabiedes: ob. cit., y lug. cits, nota 1.

Para Gómez Orbaneja, el artículo 727, párrafo 1, se refiere sólo a la prueba de reconocimiento judicial no practicada anticipadamente, antes de la iniciación de la vista (artículo 657, 3)¹⁴⁶. Esa era también la opinión de Aguilera, que añadía, expresamente, que «no puede suplirse su práctica por la lectura del acta sumarial, si se hubiera practicado en el, sumario, sino que ha de llevarse a efecto de nuevo»¹⁴⁷.

Siguiendo esta segunda posición, si el reconocimiento judicial no se hubiera finalizado antes de la vista, habría que suspender ésta, para practicarlo, según: el artículo 746-2.^o¹⁴⁸. Ahora bien, en el supuesto de suspensión del número 2.º del artículo 746, la razón de la suspensión no es la diligencia que se ha de practicar, sino la consecuencia que el practicarla tiene sobre la constitución del órgano jurisdiccional. Habría que suspender, pues, para practicar un reconocimiento judicial (meramente) **pertinente**, mientras que por incomparecencia de testigos o peritos sólo cabría suspender cuando su declaración se estimara **necesaria** (artículo 746-3.º). Esta conclusión conduce a una tutela del principio de inmediación más acentuada respecto a las pruebas reales que respecto a las pruebas personales, cuando es lo cierto que el contacto inmediato entre el Tribunal y la fuente de prueba desempeña un papel más decisivo respecto a la valoración de las segundas que de las primeras¹⁴⁹.

Considero defendible una postura intermedia, que permita evitar los inconvenientes de la primera opinión y no conduzca a las consecuencias de la segunda: el reconocimiento judicial puede practicarse como prueba anticipada en el juicio, aunque se hubiera realizado en la instrucción, pero no puede dar lugar a la suspensión de la vista salvo ---cómo se exige para las pruebas personales- cuando su práctica se considere necesaria, estando justificada, en otro caso, la lectura de la documentación sumarial.

D) Influencia de la voluntad de las partes en la imposibilidad de práctica de un medio de prueba

Según el artículo 730, la «reproducción» como actos de prueba de los actos de investigación del sumario ha de ser imposible «por causas independientes de la voluntad de aquéllas (las partes)».

Aguilera interpreta la expresión en el sentido de que la falta de práctica del medio de prueba no sea debida a su no proposición por la parte en tiempo y forma oportunos¹⁵⁰. Armas-Domínguez entienden que la falta de «reproducción» también es debida a la voluntad de las partes, cuando éstas, ante la incomparecencia de testigos o

¹⁴⁶ Gómez Orbaneja: *Derecho...* (con Herce), cit., pág. 257.

¹⁴⁷ Aguilera: *Comentarios...*, V, cit., pág. 476.

¹⁴⁸ Gómez Orbaneja: ob. y lug. cit.; Aguilera: *Comentarios...*, V, cit., pág. 576.

¹⁴⁹ Gómez Orbaneja: *Derecho...*(con Herce), cit., pág. 240; Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., págs. 42-43; Heissler: *Der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme...*, cit., pág. 187; Bertel: *Grundriss...*, cit., pág. 16.

¹⁵⁰ Aguilera: *Comentarios...*, V, cit., págs. 504-505.

peritos en la vista, no utilizan los medios que tienen a su disposición para lograr la práctica de la prueba propuesta¹⁵¹.

El presupuesto formal de la lectura, consistente en la instancia de las partes, y este presupuesto de fondo que ahora consideramos, revelan que en el artículo se toma fundamentalmente en consideración el interés de las partes en que no se pierdan para el proceso determinados resultados probatorios. En relación con esta idea, -la expresión del artículo 730 que ahora comentamos podría interpretarse en el sentido de que la lectura sólo sea admisible cuando las partes hubieran asumido todas las cargas procesales para la práctica del medio de prueba en cuestión y, a pesar de ello, la práctica no haya sido posible

Ello, no implica, sin embargo, que las partes sólo tengan derecho a la lectura, cuando la incomparecencia de testigos o peritos en la vista o la falta de práctica anticipada de medios de prueba para evitar una posterior suspensión, haya sido debida a defectos de la actividad del Tribunal¹⁵². En tal caso no procede inmediatamente la lectura en base a que la práctica sea imposible «por causas independientes de la voluntad de las partes», sino que éstas pueden solicitar la suspensión para que la práctica tenga efectivamente lugar.

El texto del artículo 730 y la interpretación ajustada al mismo adolecen del defecto de basarse en la consideración de que la actividad probatoria en el juicio oral depende exclusivamente de actos de parte, cuando es lo cierto que otros preceptos de la Lecrim confirieron al Tribunal facultades para acordar «ex officio» la práctica de pruebas (artículo 729-2) e intervenir en la misma (artículo 708, párrafo 2), para que pueda llegarse a un estado de convicción sobre los hechos lo más aproximado posible a su acontecer real y no limitado a lo que resulte de la actividad probatoria de las partes (principio de investigación oficial).

El principio de investigación oficial constituye un elemento corrector de toda posibilidad de pérdida para el proceso de elementos de convicción por causas dependientes de la voluntad de las partes. El Tribunal puede suplir de oficio las faltas de proposición de medios de prueba (artículo 729-2.º), particularmente después de desestimar una petición de lectura infundada¹⁵³, y acordar, del mismo modo, la práctica anticipada¹⁵⁴, por delegación o mediante auxilio judicial, en los supuestos de imposibilidad correspondientes. Igualmente puede acordar la lectura, se le pida o no,

¹⁵¹ Armas-Domínguez: *La nueva Ley de Enjuiciamiento...*, cit., págs. 472-473: se refieren los autores a la posibilidad de pedir la suspensión o que se reciba la declaración por el procedimiento de los artículos 718 ó 719.

¹⁵² No haber citado a peritos o testigos o no haberlo hecho con la necesaria antelación. Haber desestimado las peticiones fundadas de prueba anticipada o no haber realizado, después de estimarlas, las actividades necesarias para practicarla.

¹⁵³ Véase *supra*, III, 3, B, a.

¹⁵⁴ Los artículos 657, par. 3, y 799, par. 3, inciso segundo, se refieren a la solicitud de las partes, pero no cabe entender que ésta sea condicionante, pues, en el proceso penal, toda medida cautelar se adopta de oficio, y resultaría inexplicable que, frente a la amplia extensión de las facultades del Tribunal respecto a la actividad probatoria se restringiera de ese modo su potestad cautelar respecto a ésta.

si concurre el presupuesto de imposibilidad, aunque ésta fuera en definitiva imputable a la parte¹⁵⁵.

4. Forma para la sustitución de una prueba no practicable por la documentación de acto de investigación

La forma para adquirir en el juicio la documentación de actos de investigación para valorarlos en la sentencia, en sustitución de la práctica (imposible) del medio de prueba, se establece con claridad el artículo 730, mediante la lectura del correspondiente documento.

Nuestro Tribunal Supremo no ha encontrado en esta expresa exigencia de oralidad para las adquisiciones documentales, en base al artículo 730, una clara orientación para distinguirlas, tanto en la forma de producción cuanto en los presupuestos del fondo, de las que regula el artículo 726, en el que la oralidad no, se prescribe. Por el contrario, ha continuado en este punto su labor de reducción al artículo 726 del artículo 730, declarando irrelevante, inútil y viciosa la lectura que prescribe el artículo últimamente citado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1970 estima que no constituye indefensión alguna para el acusado «el no accederse a la lectura de los folios 80 y 81, obrando en el sumario como obran y ser debidamente valorados por el Tribunal "a quo", según su conciencia, juntamente con el resto de la prueba practicada en la causa»¹⁵⁶.

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1972 va un poco más lejos en el esfuerzo de «ocultación» del artículo 730 y, omitiendo toda cita del mismo, declara: «Mas es que sobre tal prueba, que ordinariamente se destaca por las partes, para que el Tribunal preste una atención especial a la lectura de los folios sumariales que afecta a sus intereses de defensa, no puede pretenderse, salvo caso de contradicción entre lo manifestado en el juicio oral y lo contenido en tales folios, su lectura al Tribunal, porque supone repetición innecesaria e inocua de la prueba que los folios contengan, supone ordinariamente una pérdida de tiempo que a nada conduce, como no sea a una dilación innecesaria del, juicio...»¹⁵⁷. En otros pasajes de la motivación ya se había hecho referencia a la aplicación del artículo 726.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1974¹⁵⁸ se contempla un supuesto claro de falta de lectura de las declaraciones de dos testigos extranjeros que no comparecieron en la vista, denegándose la petición de suspensión porque su declaración no podía lograrse dado que no tenían el deber de comparecer. En la motivación se lee: «...en lo que respecta a la lectura de sus declaraciones se puede añadir: ... 3.º que en cuanto a la prueba documental, el artículo 726 de la Ley Rituaria

¹⁵⁵ Por no haber solicitado un aplazamiento de la apertura de las sesiones, la práctica anticipada de la prueba, o la práctica mediante auxilio judicial con la necesaria antelación para que la documentación de la misma se incorpore al proceso en el momento oportuno, etc.

¹⁵⁶ J.C., enero-abril 1970, núm. 51.

¹⁵⁷ J.C., noviembre-diciembre 1972, núm. 1540.

¹⁵⁸ Aranzadi, 1974, marg. 1490.

previene que el Tribunal examine por sí mismo los libros, documentos y papeles, con lo que la lectura pública de los folios del sumario, si no concurren razones especiales, **constituye práctica viciosa** (subrayado mío); 4.º que el artículo 730 del citado cuerpo legal sí que prevé la lectura de diligencias sumariales, pero sólo cuando no hayan podido reproducirse en el juicio oral y medie instancia de cualquiera de las partes, requisito el último que faltó en este caso...». Aunque esta sentencia, a diferencia de la anterior, no deja de considerar el cumplimiento en el caso concreto de los presupuestos del artículo 730, tampoco prescinde de utilizar, para desestimar el recurso, el artículo 726, de tal forma que el interrogante queda abierto sobre si el recurso ha sido desestimado por no haberse observado los presupuestos formales del 730 o por no haberse producido la denegación de prueba, contra la que la parte reclamaba, porque se practicó como ordena el artículo 726.

Estas resoluciones del Tribunal Supremo son, en el fondo, coherentes con la idea de que todo el material del sumario es valorable en la sentencia, y si el principio no reconoce límites de fondo, menos aún puede ceder ante un requisito meramente formal como es la lectura¹⁵⁹.

Sin embargo, como hemos demostrado a lo largo del trabajo, debe partirse del principio opuesto: ningún acto de investigación del sumario es, por principio, valorable en la sentencia; podrá serlo solamente cuando, dándose los correspondientes presupuestos, hayan sido introducidos en el juicio oral mediante la forma que establece el artículo 730¹⁶⁰.

El requisito de la lectura no es, por lo demás, una formalidad vacía por no estar justificada en una función de garantía. En primer lugar, la lectura, garantiza el principio de contradicción, en cuanto somete con claridad y perfecta delimitación a la discusión de las partes, un elemento de convicción que podrá ser valorado en la sentencia¹⁶¹. En segundo lugar, la lectura, como expresión del principio de oralidad, es presupuesto indispensable para la efectiva realización del principio de publicidad general¹⁶². El requisito de la lectura es, en definitiva, a la adquisición para fundar la sentencia de la documentación de actos de investigación, lo mismo que el conjunto de normas que establecen cómo debe ser practicado en la vista cada medio de prueba.

5. El control en casación de la aplicación del artículo 730

¹⁵⁹ Sobre una similar actitud de la jurisprudencia italiana, Nobili: *Il principio del libero convincimento...* cit., págs. 440-441.

¹⁶⁰ Gómez Orbaneja: *Derecho...*, (con Herce), cit., pág. 239: "La lectura pública en el acto oral es en todo caso condición *sine qua non* para su utilización, en la sentencia."

¹⁶¹ Nobili: *Il principio del libero convincimento...*, cit., págs. 443-444; Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, págs. 156-157; Foschini: *Il dibattito penale...*, cit., pág. 88; Cordero, F.: "Scrittura e oralità" en *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, págs. 194-195.

¹⁶² Montero, J.: *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 1976, páginas 268-271; Heissler: *Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme...*, cit., páginas 101-102.

No se prevé un motivo, de casación orientado a la específica tutela del principio de que la sentencia sólo puede basarse en la prueba practicada en el juicio oral (artículo 741) y al control de todo quebrantamiento de forma producido en aplicación del artículo 730, como excepción a aquel principio.

Sólo a través del motivo primero del artículo 850 pueden acceder al recurso determinadas infracciones procesales que no lo son, por lo general, directamente de los preceptos antes indicados, sino de otros relativos a la actividad probatoria y relacionados con los anteriores.

Para la determinación de las posibilidades de casación distinguimos tres grupos de supuestos.

A) *Lectura de documentación de un acto de investigación que no subsigue a la denegación de práctica de un medio de prueba*

Solicitada por alguna de las partes y admitida por el Tribunal una lectura de documentación de actos de investigación, no cabe recurso de casación (por la parte contraria), concurrieran o no en el caso concreto los presupuestos de la lectura del artículo 730, porque, según el párrafo 3 del artículo 659, contra la parte del auto admitiendo las pruebas no procederá recurso alguno. La misma situación se produce cuando la documentación fue propuesta y admitida como prueba documental a través del artículo 726.

No cabe desconocer, en este supuesto, un interés digno de protección en la parte contraria que pudo oponerse a la lectura, dado que, admitida la lectura sustitutiva, queda privada de las facultades de intervención en la práctica del medio de prueba correspondiente. Utilizado este expediente por la acusación, que ha tenido una más amplia intervención en el sumario, puede traducirse en una merma considerable de los derechos de la defensa en la práctica contradictoria de los medios de prueba de cargo. Este riesgo se elimina con la proposición, por la parte no interesada en la lectura, del medio de prueba correspondiente, pero, aun así, aquella lesión subsiste si la lectura ha sido propuesta y admitida una vez precluido el plazo de proposición.

Denegada una lectura, el recurso de casación puede basarse en el número 1 del artículo 850. Para decidir sobre la estimación del recurso, el Tribunal Supremo deberá examinar no sólo el requisito de la pertinencia, sino también la concurrencia de los presupuestos del artículo 730¹⁶³. Partiendo de la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Supremo expuesta en el apartado III, 4 de este artículo, es posible, sin embargo, la desestimación del recurso cuando la documentación haya sido tenida en cuenta en la sentencia y sólo su lectura en la vista haya sido denegada.

Posibilidad de recurrir por el mismo motivo, existe cuando haya sido rechazado un documento cuya admisión se solicitó como prueba documental en sentido estricto

¹⁶³ Así, concretamente, sentencias del Tribunal. Supremo de 9 de mayo de 1883 (*J.C.*, t. 28, núm. 204), 7 de diciembre de 1883 (*J.C.*, t. 30, núm. 599), 8 de octubre de 1894 (*J. C.*, t. 53, núm. 78); 9 de octubre de 1894 (*J. C.*, t. 53, núm. 84).

(artículo 726). En el examen del recurso debe el Tribunal Supremo determinar si el documento, por su contenido y la finalidad con la que se presentó, es de los sometidos al régimen de admisión del artículo 726 o del artículo 730, para desestimarlos, en este último caso, si no concurren los especiales presupuestos de admisión del último artículo.

B) *Lectura subsiguiente a la denegación del medio de prueba propuesto por las partes*

El motivo primero del artículo 850 tutela el derecho de las partes a la admisión, y práctica de los medios de prueba pertinentes. En: cuanto las resoluciones del Tribunal de instancia desestimatorias de las peticiones de las partes relativas a la proposición y práctica de un medio de prueba, puedan estar condicionadas por la consideración de que existen los correspondientes elementos de convicción en la investigación sumarial, el citado motivo permite, indirectamente, someter al examen de la casación la corrección del recurso al sumario para fundar la sentencia.

La denegación de un medio de prueba en base a que en el sumario existe el correspondiente acto de investigación que el Tribunal considera suficiente para formar su convicción, constituye, sin paliativos, el motivo de casación del número 1 del artículo 850.

Se incluiría también en el mismo motivo la falta de práctica de un medio de prueba admitido por causas imputables al Tribunal, como pueden ser no haber ordenado la citación de peritos o testigos¹⁶⁴ o no haberlo hecho con la suficiente antelación, denegar o ejecutar una petición de práctica anticipada del medio de prueba¹⁶⁵, no haber ordenado la busca del testigo cuyo paradero se desconociera. En todos estos casos la causa de que la prueba no se practique no radica en la (posible) posterior denegación de la suspensión por incomparecencia del testigo o perito, sino en la precedente actividad defectuosa del Tribunal que impide que la prueba pueda practicarse. Esta consideración debe tenerse en cuenta porque, si bien cuando el recurso se funda sólo en la denegación de suspensión, la estimación sólo procede si la prueba es necesaria, en estos casos debería bastar que la prueba fuera pertinente, habiendo sido denegada de hecho¹⁶⁶.

En tercer lugar, a través del mismo motivo, puede recurrirse por denegación de suspensión que ha impedido que la prueba se practique siendo aún posible. Pero, como ya se indicó, en este caso sólo puede obtenerse la práctica efectiva de las pruebas necesarias, no de las meramente pertinentes que pueden ser sustituidas, sin suspensión, por la lectura de la documentación del correspondiente acto de investigación. En los recursos por denegación de suspensión debe examinarse si la Sala de Instancia tuvo en

¹⁶⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1959 (*J. C.*, enero-abril 1959, núm. 30), 6 de marzo de 1963 (*J. C.*, marzo-abril 1963, núm. 381).

¹⁶⁵ Gómez Orbaneja: *Derecho...* (con Herce), cit., pág. 223.

¹⁶⁶ El Tribunal Supremo atiende, sin embargo, en estos casos a la aplicación de la norma de suspensión: véanse sentencias citadas en nota 164 -admitiendo el recurso-, y sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1973 (*J. C.*, marzo-abril, 1973, núm. 613) --desestimando el recurso porque la declaración no era necesaria.

cuenta la documentación sumarial y de qué modo para formar el juicio de «necesidad» en el procedimiento ordinario (artículo 746-3.º).

C) Infracciones procesales de imposible acceso a la casación

Según el artículo 142, regla 2.ª, de la Lecrim el Tribunal debe expresar en la sentencia exclusivamente el resultado de la- valoración de las pruebas: los hechos que estime probados¹⁶⁷. Consecuentemente, en la sentencia no debe expresarse el íter formativo de la convicción, lo que obligaría al Tribunal a consignar, entre otras cosas, qué manifestaciones de testigos o peritos, qué datos que él mismo pudo observar en un reconocimiento judicial o deducir de la lectura de un documento le ha conducido a estimar probados unos hechos determinados.

Vinculado sólo por la obligación de declarar los hechos probados, el Tribunal no sólo puede ocultar en virtud de qué razonamientos, sobre la prueba practicada en el juicio, ha podido efectuar aquella declaración, sino también qué material de convicción ha tomado en consideración para elaborar aquellos razonamientos, si el que le ofrecía la prueba practicada en el juicio o, por el contrario o además, el contenido en la documentación de investigación sumarial, sin limitación a los casos en que la Lecrim lo permite.

Siempre que el Tribunal no incurra en alguna de las infracciones indicadas en a) y b), fundar la sentencia no sobre la prueba practicada en el juicio oral y, en los casos permitidos, también sobre lo que resulte de documentos del sumario leídos en la vista, sino, puramente, sobre la completa documentación sumarial, es posible en la práctica y la sentencia sería inatacable en casación.

Lo único que se garantiza a través del recurso de casación (artículo 850-1.º), y ello aun con abundantes restricciones, es que las partes puedan practicar pruebas en el juicio oral, pero no que esa prueba y sólo ella sea valorada por el Tribunal para dictar la sentencia.

IV. LECTURA DE LA DOCUMENTACIÓN DE DECLARACIONES SUMARIALES SEGÚN EL ARTÍCULO 714

El artículo 714, cuya redacción se corresponde con la del 626 de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, permite, como el artículo 730, una lectura en la vista de la documentación de un acto de investigación sumarial. A diferencia de la lectura permitida por el artículo 730, la que autoriza este artículo no se funda en la necesidad de no perder determinados elementos de convicción que no pueden ser adquiridos en el juicio mediante la práctica del correspondiente medio de

¹⁶⁷ La Orden de 5 de abril de 1932 no hace más que insistir en una mayor precisión y extensión de esta mínima motivación fáctica.

prueba, con inmediación y en contradicción, porque, precisamente, el presupuesto de aplicación del artículo 714 se produce con ocasión de esa práctica.

Constituye, sin embargo, el mayor problema que el artículo 714 plantea, si los documentos leídos en base al mismo pueden ser considerados, para la formación de la convicción, del mismo modo como los que pueden serlo según el artículo 730. Respecto a los últimos no cabe duda de que se integran, junto a la prueba practicada, en el material del que el Tribunal ha de extraer su convicción sobre los hechos objeto del proceso. Pero si ello, dado el presupuesto en el que las lecturas según el artículo 730 se basan, es lógico que sea así, no lo es tanto que deba serlo en el caso del artículo 714, porque la práctica del medio de prueba es posible y se ha realizado con un cierto resultado que el Tribunal apreciará.

La finalidad de la lectura en el caso del artículo 714 es, sin embargo, clara y puede ser unitariamente aceptada incluso por quienes mantengan posturas enfrentadas sobre el tema apuntado. La diferencia sustancial entre las declaraciones prestadas por el testigo en el sumario y en la vista del juicio, constituye un claro indicio de que esta última puede no reflejar la verdad o todo lo que el testigo conoce; en tal caso es lícito someter expresamente a la consideración del testigo la situación creada por aquella divergencia y obligarle, a aclararla, con la finalidad de obtener una declaración completa y verdadera, a la que como testigo está obligado y que es requerida por el principio de investigación de la verdad¹⁶⁸. Si, insistiendo el testigo en su declaración divergente y no convenciendo ésta al Tribunal en un sentido positivo, puede éste formar su convicción en base a la declaración leída, es menos claro y constituye el punto en discordia.

1. Presupuestos de la lectura en base al artículo 714

Según el par. 1 del artículo 714, para que proceda la lectura se requiere que se trate de la declaración de un testigo, que exista disconformidad sustancial entre ésta y la que efectuó en el sumario, y que lo pidan las partes. Cada uno de estos tres presupuestos precisa, sin embargo, de alguna complementación.

A) *Subjetivos*

El artículo contempla, literalmente, sólo las divergencias en declaraciones de testigos, pero la jurisprudencia y la doctrina entienden que es también aplicable a las de los acusados y, en nuestra opinión, no hay obstáculo en extenderlo a los informes de peritos.

Habiendo emitido un perito informe en el sumario, si al emitirlo en la vista sobre el mismo objeto incurre en divergencias sustanciales, el artículo 714 es aplicable por existir identidad de razón: -necesidad de determinar cuál es, en definitiva, el parecer del perito y, si éste reconoce haber modificado su opinión consignada en el

¹⁶⁸ Así, por ejemplo, aun manteniendo posturas enfrentadas sobre el valor de la lectura según el parágrafo 253 *StPO*, Schmidt: *Lehrkommentar...* II, cit., pág. 722; Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., pág. 145; Schneidewin: *Der Urkundebeweis...*, cit., pág. 485; Sax, W.: recensión a la obra de Krause citada en este trabajo, *J.Z.*, 1967, pág. 230.

informe sumarial, de que exponga las razones por las que considera más atendible, su actual dictamen. En segundo lugar, si, como la doctrina penal estima¹⁶⁹, el artículo 715 es aplicable a los peritos a los efectos de verificación del tipo del artículo 330 del Código Penal, es lógico que igualmente se pueda conceder al perito la oportunidad de emitir su informe en el modo al que están obligados (artículo 474), y en todo caso, que se ofrezcan al Tribunal elementos para ordenar eventualmente la formación de sumario por falso testimonio, todo ello mediante la aplicación del artículo 714.

La posibilidad de lectura de la declaración sumarial prestada como procesado, en el caso de disconformidad sustancial respecto a la misma de la que efectúa como acusado en el juicio oral, fue ya admitida por la jurisprudencia al mismo tiempo que eliminaba la laguna de la falta de regulación de la última declaración. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1883¹⁷⁰, resolviendo un recurso interpuesto por denegación de la declaración de los acusados -entre los cuales, por lo demás, el Tribunal autorizó a efectuar un careo ¡mediante lectura de sus declaraciones sumariales!-, indicaba: «... la ley no autoriza la lectura de diligencias sumariales más que en el caso a que se refiere el artículo 730, o para reconvenir a los testigos que en el juicio declaran de diferente manera que en el sumario, lo que es perfectamente aplicable a los procesados». Las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1889¹⁷¹ y 5 de febrero de 1892¹⁷², contempla ya específicamente supuestos de denegación de lectura en caso de disconformidad, fundan la estimación de los recursos en la extensión a la declaración de los acusados del artículo 405 y del propio 714. La doctrina es también favorable a la lectura¹⁷³, aunque Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes indican que el caso no se halla previsto¹⁷⁴, lo que deja traslucir posibles dudas de estos autores sobre la solución expuesta respecto a esta falta de regulación.

B) Objetivos

Para que proceda la lectura debe haberse producido una disconformidad sustancial entre las declaraciones.

La disconformidad puede consistir tanto en la omisión de algún extremo, como en la complementación de la anterior declaración y, por fin, en la contradicción entre lo declarado¹⁷⁵. Sobre el carácter sustancial o no de la disconformidad ha de decidir el

¹⁶⁹ Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Sevilla, 1976, pág. 635.

¹⁷⁰ J.C., t. 30, núm. 600.

¹⁷¹ J. C., t. 43, núm. 293.

¹⁷² J. C., t. 49, núm. 26.

¹⁷³ Aguilera: *Comentarios...*, V, cit., págs. 318-320; Goldschmidt: *Problemas jurídicos y políticos...*, cit., pág. 93; Gómez Orbaneja: *Derecho...* (con Herce), cit., pág. 253; Ibáñez García-Velasco: *Curso...*, cit., pág. 263. Implícitamente, también, la Fiscalía del Tribunal Supremo en la instrucción núm. 54 de la Exposición de 1883, cit.

¹⁷⁴ Prieto-Castro, Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho...*, cit., pág. 225.

¹⁷⁵ Prieto-Castro, Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho...* cit., pág. 231, entienden que "disconformidad sustancial" y "contradicción" son casos distintos, porque en el segundo de ellos una declaración no puede ser verdadera. Pero, sin perjuicio de que tampoco en los restantes casos de disconformidad una de las declaraciones es *completamente* verdadera, la distinción no influye en la aplicación del artículo 714, porque el par. 2 del artículo, expresamente considera como casos de disconformidad la diferencia y la contradicción.

Tribunal teniendo en cuenta la relevancia respecto a los hechos objeto del proceso del dato al que aquélla afecta¹⁷⁶.

La Lecrim no prevé de modo expreso la admisión de la lectura cuando se manifieste por el testigo, perito o acusado, no recordar un determinado dato. La doctrina considera que en tal caso es admisible la lectura¹⁷⁷, lo que es correcto, porque el olvido no es, en definitiva, más que una de las posibles causas de la disconformidad.

Para que se pueda advertir disconformidad entre la declaración del sumario y la efectuada en el juicio oral es necesario que esta última se haya producido o, cuanto menos, que ante una determinada pregunta se haya manifestado no poder responder por haber olvidado el dato sobre el que se pregunta. Por esa razón no es admisible la lectura en base al artículo, 714 cuando, en vez de formular el interrogatorio para obtener una declaración sobre los hechos o sobre la valoración de los mismos (en el caso del perito), se pide inmediatamente al interrogado que ratifique su anterior declaración en todo o en parte, para pretender su lectura en el caso de que no la ratifique¹⁷⁸.

C) Formales

Del mismo modo que en el artículo 730, vuelve el artículo 714 a expresar, como uno de los presupuestos de la lectura, la petición de cualquiera de las partes. A diferencia, sin embargo, de aquel supuesto, no influye en la admisibilidad de la petición que la parte de la que ésta proceda hubiera propuesto la declaración como medio de prueba. Precisamente esta petición puede ser un instrumento para eliminar o disminuir el valor probatorio de las declaraciones de testigos o peritos presentados por la parte contraria¹⁷⁹.

A pesar del texto del artículo también el Tribunal puede acordar de oficio la lectura de la declaración. La Fiscalía del Tribunal Supremo fundó esta facultad en el número 2 del artículo 729, considerando que la lectura tiene el carácter de diligencia de prueba¹⁸⁰. Sin necesidad de prejuzgar hasta ese punto el valor de la lectura, la posibilidad de acordarla de oficio podría igualmente fundarse en la facultad del Tribunal de «dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren» (artículo 708, par. 2), a la que serviría de complemento la previa lectura de las declaraciones sumariales.

2. Documentos objeto de lectura según el artículo 714

Los documentos susceptibles de lectura según el artículo 714 son los del sumario correspondiente al juicio en el que se presta la declaración, que contengan declaraciones del mismo acusado, testigo o perito.

¹⁷⁶ Aguilera: *Comentarios...*, V, cit., págs. 441-442.

¹⁷⁷ Gómez Orbaneja: *Derecho...* (con Herce), cit., pág. 255; Silva Melero: *La prueba...*, II, cit., pág. 194.

¹⁷⁸ Gollwitzer, en Löwe-Rosemberg: *Die Strafprozessordnung...*, II, cit., pág. 1371.

¹⁷⁹ Reus, E.: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Madrid, 1883, pág. 416.

¹⁸⁰ "Resolución dada por el Fiscal del Tribunal Supremo a las consultas...", cit., pág. 543.

No la documentación de toda diligencia sumarial --como en el artículo 730-, sino sólo la de aquéllas que consistan en declaraciones, es susceptible de lectura según el artículo 714. En los casos de diligencias sumariales complejas, integrados por recepción de declaraciones y actos de investigación de otra naturaleza (por ejemplo, las de inspección ocular -artículos 328, 329, 333- o las relativas al cuerpo del delito -artículos 336, 337-), sólo la parte de la documentación en la que se recojan las declaraciones es susceptible de lectura.

De tales declaraciones sólo pueden ser leídas las que fueron efectuadas por la persona que está declarando en el juicio oral, no las que realizaron otros sujetos de prueba. Para resolver las posibles divergencias entre declaraciones de distintos sujetos de prueba, la ley establece un medio de prueba específico que es el careo (artículos 713, 729-1. °).

Una extensión de la posibilidad de lectura a documentos que contengan declaraciones de la misma persona, pero no efectuadas en el sumario del proceso en sentido estricto, no está justificada como en el caso del artículo 730¹⁸¹. Estos documentos, sin llegar a tener el valor de aquéllos cuya lectura expresamente admite el artículo 714, pueden aún ser utilizados en el juicio oral de dos formas: basando en su contenido el interrogatorio oral para conseguir que el declarante explique las divergencias y asuma, en su caso, aquella declaración anterior¹⁸²; aportando, además, el documento al juicio oral para que sea tenido en cuenta en la determinación del valor probatorio de la declaración prestada en el juicio (artículo 729-3. °)

La expresión literal del artículo 714 sobre, los documentos susceptibles de lectura puede ser aceptada, porque no se traduce en una total exclusión de la eficacia de otros documentos similares -pero no expresamente comprendidos en el artículo- para la investigación de la verdad, sino sólo en una limitación del valor que pueden tener respecto a esa finalidad.

3. Resultados, de la lectura y valor probatorio del documento leído

Después de efectuada la lectura, dispone el artículo 714, par. 2, el Presidente invitará al testigo (perito o acusado) a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.

Esa explicación, junto a manifestaciones de otro tipo, siempre contendrá una toma de posición frente a la anterior declaración en el sentido de aceptar o rechazar como correspondiente a lo declarado el contenido del documento leído.

Si el testigo (perito o acusado) reconoce haber declarado en su momento lo que contiene el documento leído, su declaración en el juicio, en la que el Tribunal podrá fundar su convicción, estará integrada por lo declarado antes de la lectura por el contenido de la declaración leída que él acepta haber emitido y por las explicaciones

¹⁸¹ Sobre la necesidad de tal extensión en el caso del artículo 730 *supra*, III, 1.

¹⁸² Se trata de un expediente del interrogatorio denominado *Vorhalt* en la doctrina alemana, sobre el que véase Krause: *Zum Urkundebeweis...*, cit., págs. 181-186.

que dé sobre la disconformidad entre aquéllas, que complementan, aclaran o matizan las declaraciones anteriores. Como elementos auxiliares para la valoración de este conjunto se ofrecen específicamente al Tribunal la actitud mantenida por el declarante frente a la oposición de su anterior declaración y, sobre todo, la coherencia y plausibilidad de sus explicaciones sobre la disconformidad.

Por el contrario, puede ser negado por el declarante haber efectuado con anterioridad una determinada manifestación, que el documento leído contiene, o haberlo hecho en el modo en el que figura documentada. Es, en este caso, indudable que el documento leído y la reacción frente a su lectura pueden ser tenidas en cuenta por el Tribunal para valorar la declaración emitida en el juicio, quedando convencido o no por ella, pero ¿está facultado el Tribunal para fundar positivamente su convicción sobre el contenido de la declaración leída no reconocido por el declarante?

Las opiniones de la doctrina española sobre este punto, expresadas en ocasiones con cierta oscuridad, son divergentes.

Goldschmidt mantiene que la lectura del documento constituye una prueba documental sobre un hecho relevante para valorar la fehaciencia de un medio de prueba¹⁸³, de lo que hay que deducir que no entiende que la convicción pueda fundarse sobre el contenido de la anterior declaración.

Para Gómez Orbaneja «la finalidad de la lectura no es la utilización de la declaración sumarial como base de la sentencia (porque «los magistrados han de formar su convicción con abstracción de la parte del sumario susceptible de ser reproducida en el juicio»), sino provocar la explicación a que se refiere el párrafo 2.º del artículo citado, cuyo contenido constituye a su vez un elemento para la valoración de lo manifestado en el juicio y sólo de ello»¹⁸⁴.

Una opinión contraria mantiene Silva Melero, quien, tras reseñar la postura de Gómez Orbaneja, indica: «Sin embargo, no podrá evitarse que aquella declaración (la sumarial), como ya dijimos del sumario, grave en el ánimo de los juzgadores a efectos de formar el convencimiento»¹⁸⁵.

Para Prieto-Castro y Gutiérrez de Cabiedes «la disparidad puede quedar o no explicada; pero también es posible que no se produzca una aclaración suficiente, y, en este caso, parece indudable que ha de ser el Tribunal quien, a la vista del comportamiento del testigo y de los resultados de las restantes pruebas, decida sobre los efectos para la sentencia de las diferencias inaclaradas»¹⁸⁶. En cuanto la diferencia inaclarada puede consistir en la falta de reconocimiento de la anterior declaración, los autores parecen inclinarse por la misma tesis que Silva Melero.

La Fiscalía del Tribunal Supremo, considerando el supuesto del acusado que se retracta en el juicio de una precedente confesión sumarial, no asume directamente el

¹⁸³ Goldschmidt: *Problemas jurídicos y políticos...*, cit., Pág. 93.

¹⁸⁴ Gómez Orbaneja: *Derecho...* (con Herce), cit., Pág. 255.

¹⁸⁵ Silva Melero: *La prueba...*, II, cit., pág. 194.

¹⁸⁶ Prieto-Castro, Gutiérrez de Cabiedes: *Derecho...*, cit., pág. 231.

problema, sino que pretende evitarlo refiriéndose a la existencia de otras pruebas preparadas ya en el sumario a raíz de la propia confesión (artículo 406), indicando que «si así se ha procedido, como es de suponer, desaparecerán en gran parte, si no por completo, las dificultades del Tribunal, que tiene **además** absoluta libertad para sentencia»¹⁸⁷. De este **además** parece deducirse que, incluso a falta de esas otras pruebas, podría el Tribunal condenar teniendo en cuenta la confesión sumarial.

En la jurisprudencia falta una declaración expresa sobre este punto, pero puede ser sintomático de la postura favorable a que se valore en la sentencia la declaración sumarial, el hecho de que los recursos por denegación de lectura se estimaran en base al artículo 911-1.º (actual 850-1.º), como denegaciones de diligencias de prueba¹⁸⁸.

La doble postura reseñada se ha mantenido también en la doctrina italiana y alemana respecto a esta cuestión. Los autores italianos, a la vista de la actual regulación de la materia (artículo 462, 2, CPP)¹⁸⁹, no discuten el problema y se limitan a admitir que la lectura en base al artículo 462, 2, del «Codice», produce los mismos efectos que la fundada en las restantes causas, sirviendo para formar la convicción del Tribunal, con independencia de que el testigo acepte su contenido¹⁹⁰.

«De lege ferenda», fundamentalmente Cordero, considera que a esa lectura únicamente se le debe atribuir una función auxiliar respecto a la valoración de la declaración del juicio, siendo rechazable una yuxtaposición de la declaración leída y la actualmente formulada, porque son entidades heterogéneas y sólo la segunda ha sido obtenida con las garantías del principio de contradicción¹⁹¹.

La doctrina alemana está dividida respecto al valor de las lecturas en los supuestos de los parágrafos 253 (declaraciones de testigos y peritos: por razón de olvido, para comprobar y eliminar contradicciones) y 254, 2 (declaración del acusado: para comprobar y eliminar contradicciones) de la StPO. Schmidt encabeza la postura minoritaria que considera que estos preceptos suponen sólo una especial regulación de

¹⁸⁷ Instrucción 54 acompañada a la Memoria de 1883, *R.G.L.J.*, t. 64, págs. 57-58.

¹⁸⁸ Véanse sentencias del Tribunal Supremo citadas en nota 163.

¹⁸⁹ "Può essere data lettura delle deposizioni testimoniali ricevute...; 2) Dal giudice o dal pubblico ministero nella istruzione, quando, si debbono far, risultare contraddizioni o variazioni fra le deposizioni rese nell'istruzione e quelle rese nel dibattimento o quando occorre aiutare la memoria del testimoniaio...". Es una causa de admisión de la lectura, situada en el mismo plano que la de imposibilidad de reproducción y otras, todas ellas enumeradas en el artículo 462 del Codice.

¹⁹⁰ Foschini: *Il dibattimento penale...*, cit., pág. 87 –con noticia del vicio de "pedir ratificación" en la aplicación práctica de esta norma-; Leone, G.: *Manuale di Diritto processuale penale*, Napoli, 1977, pág. 492; Cordero, F.: *Procedura penale*, Varese, 1977, pág. 468, fundando la conclusión en que, según el sistema del *Codice*, con el presupuesto de la lectura contenido del documento se integra en el material de convicción -sobre ello, véanse págs. 191 y sigs. de la misma obra.

¹⁹¹ Cordero, F.: "Scrittura e oralità", en *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, págs. 211-213; el mismo: "Linee di un processo di parti", en *Ideologie del processo penale*, Varese, 1966, págs. 190-192; siguiéndole, Nobili: *Lecture testimoniali consentite...*, cit., págs. 270-271.

un «Vorhalt»¹⁹² que debe llevarse a cabo mediante lectura y no por libre reproducción del contenido del documento¹⁹³. Como consecuencia de ello, únicamente pueden ser fundamento de la sentencia las explicaciones, la respuesta que dé el declarante al «Vorhalt» que se le ha hecho, pero no el contenido del documento en el que aquél se basa¹⁹⁴. La consecuencia de considerar que no se trata de un «Vorhalt», sino de una prueba documental, sería que el parágrafo 250¹⁹⁵ sólo regiría cuando las declaraciones de la instrucción («Vorverfahren») y el juicio («Hauptverhandlung») fueran conformes, convirtiéndose en un precepto formal que sólo garantizaría que el Tribunal viera y oyera al declarante y que la documentación de la instrucción adquiriría una decisiva importancia para fundar la sentencia, todo lo cual es contrario al sentido de la Ley¹⁹⁶.

Para la mayoría de la doctrina, por el contrario, se trata en estos casos, de una propia prueba documental valorable en la sentencia aunque el declarante no admita haber efectuado las declaraciones contenidas en el documento, entre otras razones, porque carecería de sentido que sólo consistieran en la permisión de un «Vorhalt», desde el momento en que, la Ley no prohíbe en general esta modalidad de interrogatorio¹⁹⁷. Para Heissler ni siquiera se produciría aquí una lesión del principio de inmediación, porque, estando presente el sujeto de prueba, está garantizada, la posibilidad de percibir los factores que influyen en la valoración y la utilización exhaustiva de la fuente de prueba correspondiente¹⁹⁸.

En nuestra opinión, el documento leído en base al artículo 714 puede ser valorado en la sentencia con independencia de que la persona a quien se opone, admita o, no haber efectuado esa declaración. Dos razones apoyan esta solución.

En primer lugar, el artículo 714 sería rigurosamente innecesario si su función fuera exclusivamente permitir la aportación de una prueba (documental) con el objeto de proporcionar al Tribunal elementos de juicio sobre la credibilidad de una declaración efectuada en la vista, dado que ésta es una posibilidad que ya establece con carácter general el número 3.º del artículo 729. Del mismo modo sería superfluo, si se quisiera ver en el precepto la autorización para exigir del testigo una expresa toma de posición respecto a anteriores manifestaciones suyas divergentes de su

¹⁹² El *Vorhalt* es un expediente del interrogatorio consistente en oponer a la persona interrogada datos que resultan de la documentación de la que dispone el Tribunal, relacionados con su actual declaración, con el objeto de que se manifieste concretamente sobre ellos, Krause: *Zur Urkundebeweis...* cit., pág. 1-83.

¹⁹³ Schmidt: *Lehrkommentar...*, II, cit., págs. 724-725; Löhr: *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., pág. 146; Krause: *Zur Urkundebeweis ...*, pág. 190.

¹⁹⁴ Schmidt: ob cit., págs. 723-724; Löhr: ob. cit., pág. 146; Krause: ob. cit., pág. 191.

¹⁹⁵ Véase su texto *supra*, nota 79.

¹⁹⁶ Krause: *Zur Urkundebeweis...*, cit., págs. 189-190; Löhr: *Grundsatz der Unmittelbarkeit...*, cit., pág. 145; Schmidt: *Lehrkommentar...*, cit., pág. 723.

¹⁹⁷ Schneidewin: *Der Urkundebeweis...*, cit., pág. 485; Sax: *recensión a la obra de Krause*, cit., pág. 230; Gollwitzer, en Löwe-Rosemberg: *Die Strafprozessordnung...*, II, pág. 1.371; Kern-Roxin: *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 226; Gössel: *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 241.

¹⁹⁸ Heissler: *Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme...*, cit., págs. 203-205.

declaración en el juicio, porque también esto lo permite la Lecrim en general, siempre que se formule mediante un interrogatorio admisible por respetarse los límites de la pertinencia y del carácter no sugestivo ni capcioso de las preguntas (artículo 709, par. 1).

En segundo lugar, negándose el testigo (perito o acusado) a admitir en todo o en parte el contenido de su anterior declaración, una segunda posibilidad quedaría abierta para integrar aquél en el material de convicción, en el caso de que se entendiera que este efecto no lo produce la lectura de la documentación: recibir declaración al Juez de instrucción en calidad de testigo de referencia (artículo 710)¹⁹⁹. Ahora bien, el Juez de instrucción está autorizado a prestar su declaración por escrito (artículo 703, par. 2), lo que conduciría al absurdo de evitar una infracción del principio de inmediación con una nueva infracción de ese mismo principio. Habida cuenta de que una posibilidad de adquisición en el juicio del contenido de la anterior declaración no está absolutamente excluida, hay que pensar que el artículo 714 la permite a través del medio de prueba de más fácil acceso y rodeado de suficientes garantías: el documento sumarial en el que se recoge la declaración²⁰⁰.

Aunque el documento objeto de lectura tiene la naturaleza de documento público, al regir en el proceso penal el sistema de la libre valoración, mediante aquél ni quedan probados los hechos manifestados en la anterior declaración ni tampoco el hecho de que la anterior declaración hubiera sido emitida en el modo en el que viene documentada. Respecto a este segundo aspecto, el Tribunal, teniendo en cuenta las explicaciones del testigo (perito o acusado), puede negar todo valor en la formación de

¹⁹⁹ La declaración del testigo de referencia, que la Lecrim no excluye, como lo demuestra el artículo 710, es aquí perfectamente adecuada porque no se trata de probar los hechos percibidos por el testigo más inmediato, sino el hecho de la declaración de este último ante el instructor.

²⁰⁰ En apoyo de esta argumentación hay que referirse al párrafo 2.º del parágrafo 253 de la StPO. "*Dasselbe Kann geschehen (scilicet: lectura parcial de protocolo de una anterior declaración), wenn ein in der Vernehmung hervortretender Widerspruch mit dem früheren Aussage nicht auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung festgestellt oder behoben werden kann.*" Este párrafo brinda un argumento al que no se ha prestado suficiente atención en la discusión de la doctrina alemana sobre el tema. Dos medios de prueba permite la StPO para poner de manifiesto o remediar la contradicción: la lectura del documento y -si es posible sin interrupción del juicio- la declaración como testigo del que recibió la declaración -Heissler: *Der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*, cit., págs. 219-223; Kleinknecht, Th.; Müller, H.; Reitberger, L.: *Kommentar zur Strafprozessordnung*, Nürnberg-Düsseldorf-Berlin, 1963, pág. 700-. Que, utilizado el segundo medio de prueba, el contenido de la anterior declaración podría ser objeto de valoración si fuera relatado por el que la documentó, es una conclusión que la doctrina mayoritariamente aceptaría, sin considerarlo ni siquiera como una lesión del principio de inmediación -Schmidt: *Lehrkommentar....*, II, cit., pág. 708; Schäfer: *Strafprozessrecht*, cit., pág. 253-. En tal caso si la utilización de uno u otro medio de prueba no viene determinada por la finalidad de obtener distintos efectos, sino que sólo está condicionada por razones de protección del principio de concentración, hay que concluir que la lectura, tanto como la declaración de quien documentó las anteriores manifestaciones, introduce en el juicio el contenido de la declaración anterior.

En la discusión de la ponencia de Cordero para el "IV Convegno Enrico de Nicola" que versaba sobre las "Linee di un processo acusatorio" -referencia a su contenido, *supra*, en texto IV, 3-, también indicó D'Orsi que, en caso de contradicción entre declaraciones de testigos, podría concederse a los autos instructorios al menos el valor de una "testimonianza de relato"; véase *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Varese, 1965, pág. 246.

su convicción al documento, por estimar que la declaración no fue correctamente documentada. Pero como el contenido del documento queda sometido a su valoración, puede basar en él su convicción, desatendiendo la declaración del juicio, si estima que en esta última el declarante ha incurrido en omisiones o falsedades.

EL PROCESO PENAL EN LA LEY ORGÁNICA 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Extremadura (Cáceres)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. — 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL NUEVO PROCEDIMIENTO. — 3. MODIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA. — 4. ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. — 5. RESOLUCIONES SOBRE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. — 6. LA INSTRUCCIÓN PREVIA. EN ESPECIAL, LAS NUEVAS FUNCIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL: A) En general. — 7. B) Naturaleza jurídica de las funciones de la policía judicial en la instrucción previa del nuevo procedimiento. — 8. C) Extensión objetiva de las funciones de la P.J. en el nuevo procedimiento. — 9. D) Régimen jurídico de la práctica de los actos de investigación por la P.J. — 10. APERTURA DE JUICIO ORAL O SOBRESEIMIENTO. — 11. PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL: A) En general. — 12. B) El «escrito» de acusación. — 13. C) Señalamiento de la vista del juicio. — 14. D) Calificación provisional del acusado y del tercero responsable civil y conformidad. — 15. E) Problema de la admisibilidad de artículos de previo pronunciamiento. — 16. F) Actos relativos a la prueba. — 17. EL JUICIO ORAL: A) En general. — 18. B) Régimen jurídico de la incomparecencia del acusado y del tercero responsable civil. — 19. C) Nueva posibilidad de proposiciones de prueba. Práctica de la prueba. — 20. D) Calificaciones definitivas. — 21. E) Informes y formulación eventual de alegaciones sobre la suspensión de la condena. — 22. F) Suspensión e interrupción del juicio oral. — 23. LA SENTENCIA. — 24. RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA. SEGUNDA INSTANCIA.

^(*) Publicado en Justicia, 1984, número IV, páginas 775-824.

1.— INTRODUCCIÓN

No sólo los medios de comunicación, sino instancias más técnicas, como la Fiscalía General del Estado en sus últimas memorias anuales, venían advirtiendo del notable incremento de un tipo determinado de criminalidad (fundamentalmente ciertos delitos contra la propiedad de gravedad no excesiva), que provocaba una creciente sensación colectiva de inseguridad¹ y la opinión, cada vez más extendida, de que la Administración de Justicia no reaccionaba frente a ello con la eficacia deseable².

La primera respuesta legislativa frente a esta situación fue la reforma de los presupuestos de la prisión provisional en un sentido facilitador de la adopción de esta medida en mayor número de supuestos, llevada a cabo por Ley 16/1980 de 22 de abril. Esta afirmación se halla avalada por el propósito declarado del Gobierno al presentar el proyecto³, por la justificación que la Fiscalía General del Estado hacía de la reforma poco antes de su entrada en vigor⁴ y por el análisis objetivo del resultado de la reforma —tanto de lo que innova, cuanto de lo que mantiene⁵—.

La crítica jurídica a esta reforma radica, fundamentalmente, en el mantenimiento y acentuación de la función «punitiva» de la prisión provisional, que ahora puede cumplir, en mayor número de supuestos, fines -propios de la pena- de prevención general y especial⁶. Esto es rechazable, no sólo ni principalmente, por la razón dogmática de que esos fines son extraños a una medida cautelar, sino sobre todo porque contradicen la presunción de inocencia proclamada en el art. 24.2 de la Constitución⁷.

En la práctica, los resultados de la reforma supusieron un incremento notable del número de presos preventivos, concausa importante de la calamitosa situación vivida en los centros de detención y penitenciarios⁸.

Esto último puede haber contribuido a hacer comprender que la eficacia de la justicia penal no se consigue facilitando la encarcelación por vía cautelar, sino

¹ MFGE, 1978, pp. 61, 64; MFGE, 1979, pp. 82, 175; MFGE, 1981, pp. 56-57.

² MFGE, 1979, pp. 173-175.

³ Véase la cita del preámbulo del proyecto de Ley remitido por el Gobierno, en MUÑOZ CONDE, F., MORENO CATENA, V. M., *La prisión provisional en el derecho español*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 368.

⁴ Véase la Circular 2/1980, sobre la nueva regulación de la prisión preventiva, de la Fiscalía General del Estado. Ni el MF se sustrajo a la tentación de considerar adecuado este tratamiento del problema: véanse MFGE, 1978, p. 64; MFGE, 1979, pp. 84-85.

⁵ Sobre el tema mi *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, en RGLJ, 1978, pp. 455-461; MUÑOZ CONDE, MORENO CATENA, *La prisión provisional*, pp. 364-382.

⁶ ORTELLS, *Para una sistematización*, pp. 460-461; MUÑOZ CONDE, MORENO CATENA, *La prisión provisional*, pp. 377-382; MFGE, 1982, p. 73.

⁷ ORTELLS, MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, obs. y lugs. citados en notas 5 y 7; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Cien años después. Lo que queda de la ley de enjuiciamiento criminal*, Poder Judicial, 1982-4, p. 44. Como es sabido, la redacción actual de los arts. 503 y 504 Lecrim es la dada por LO 23 abril 1983, derogada de la reforma criticada en el texto.

⁸ MFGE, 1981, pp. 72-75; *Memoria del Consejo general del Poder Judicial*, Madrid, 1982, pp. 87-89.

logrando una mayor rapidez en la realización del juicio y en la emisión de la sentencia⁹.

La Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos menos graves, dolosos y flagrantes, persigue alcanzar ese objetivo con un medio al que el legislador nos tiene acostumbrados: la creación de un procedimiento normativamente más rápido¹⁰.

Esta solución, sin embargo, no acaba de comprenderse con todo lo dicho. Es cierto que el sistema procesal penal instaurado por la Lecrim de 1882 ha adolecido, durante mucho tiempo, del defecto estructural de no prever un procedimiento intermedio entre el de delitos y el de faltas, para el enjuiciamiento de delitos de menor gravedad y de más frecuente comisión, en el que pudiera reducirse la complejidad y correlativa lentitud del procedimiento para los delitos más graves¹¹.

Este defecto se subsanó —sin que sea éste el momento de entrar en juicios críticos sobre el tema— con la reforma de 8 de abril de 1967, creadora del procedimiento de urgencia en el que instruyen y juzgan los jueces de instrucción. Sin embargo, ahora el legislador no se ha limitado a extender la competencia de los juzgados ni el ámbito de aplicación de ese procedimiento, sino que ha optado por crear un procedimiento nuevo.

Ello revela, en consecuencia, que otro nuevo factor, además de los antedichos, ha influido en la opción legislativa: el fracaso del citado procedimiento de urgencia en cuanto a los objetivos de eficacia (rapidez) que se propusieron con el mismo. El fracaso se centra, fundamentalmente, en la desmesurada extensión que en la práctica adquiere la instrucción previa en este procedimiento¹².

2. —NATURALEZA JURÍDICA DEL NUEVO PROCEDIMIENTO

En punto a la naturaleza jurídica del nuevo procedimiento hay que rechazar, de entrada, la idea de que se trata de una especie de monitorio penal. Calificarlo de

⁹ MFGE, 1982, pp. 75-76. Incluso en los medios de comunicación ha acabado por calar esta convicción: Véanse los extractos de prensa que ofrece Poder judicial, 1982-2, pp. 142, 146-147; 1982-3, pp. 144, 149-150.

¹⁰ Así en la CFGE 4/1980, *Sobre la aplicación de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes* (Introducción); LLOBELL, J., *El proceso por delitos dolosos, menos graves y flagrantes, regulado en la Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre*, en *La Ley*, 1981, número 136, pp. 1-2; SÁNCHEZ, R., *Procedimiento para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes*, en *RD Pro Iberoam*, 1981, pp. 415-416; FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *¿Es urgente la reforma del enjuiciamiento criminal?*, en *Poder judicial*, 1982-4, p. 74; LORCA, J., *Estudio de la Ley Orgánica de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos graves perseguibles de oficio*, en *ADP*, 1981, p. 59; PUEBLA, A., *Procedimiento de la Ley Orgánica 10/80 para el enjuiciamiento oral de los delitos dolosos, menos graves y flagrantes*, Madrid, 1982, pp. 33-34. Probablemente no sea éste el medio más eficaz para tratar el problema de la excesiva duración de los procesos: la insuficiencia de medios personales y materiales de la organización judicial puede impedir, por razones puramente fácticas, que un procedimiento tenga la duración, más o menos breve, prevista para el mismo.

¹¹ Una rápida historia de este problema en DOMÍNGUEZ, S., *El procedimiento monitorio penal*, Madrid, 1980, pp. 23-29.

¹² MFGE, 1978, p. 90; MFGE, 1979, pp. 167-168, 173, 175-176; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 1; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 32.

monitorio ha tenido cierto éxito en el plano terminológico¹³, pero en todo caso se ha reconocido que su estructura no es la propia de lo que se conoce con aquel término¹⁴.

El llamado procedimiento monitorio se caracteriza en materia penal -tomando como base dos regulaciones suyas de Derecho extranjero como el *giudizio por decreto* italiano¹⁵ y la *Strafbefehl* alemana¹⁶— por la emisión de una resolución judicial de condena, sin previo juicio contradictorio, aunque fundada en una limitada cognición del caso. La falta de oposición a la misma, en determinando plazo, por parte del sujeto pasivo confiere firmeza y eficacia ejecutiva a la resolución. Formulada oposición, se procede, por el contrario, a la realización del juicio en la forma ordinaria. Es también característica su limitada aplicación a delitos castigados con penas de escasa gravedad (multas, restrictivamente algunas privativas de derechos, en ningún caso las privativas de libertad).

En el nuevo procedimiento -como en todos los de nuestro Derecho- ninguna pena puede imponerse sin previa realización del juicio oral, con la excepción de los supuestos de conformidad, que representa, también, una estructura procesal esencialmente diferente a la del procedimiento monitorio¹⁷.

Se ha insistido también, en términos bastante difusos, en la abreviación y pérdida (comparativa) de importancia de la instrucción previa y en la consiguiente potenciación del juicio oral y de los principios de concentración y oralidad propios del mismo¹⁸. Así, ha dicho la Fiscalía General del Estado que «dado que es posible llegar a esta fase final del procedimiento tras un simple escrito de acusación construido sólo sobre los actos de investigación practicados por la Policía Judicial, bien puede decirse que las pruebas de carácter propiamente judicial pueden serlo únicamente las del juicio oral. Así, se presenta este acto como el culminante del nuevo proceso, lo que le otorga una singular significación y una importancia extraordinaria. Como todas las pruebas se concentran en él, éstas proyectarán una influencia más decisiva que en los demás procesos sobre la alternativa condena-absolución»¹⁹. Concretando estas impresiones cabría apuntar una asimilación de este procedimiento a determinados modelos de Derecho comparado caracterizados por la realización inmediata del juicio,

¹³ Como informa DOMÍNGUEZ, *El procedimiento*, pp. 34-35, en la tramitación parlamentaria del proyecto se le añadió al título oficial el subtítulo de monitorio, pero ni el proyecto, ni las enmiendas tendieron a establecer este tipo procedimental; LLOBELL, *El proceso por delitos*, pp. 2-4.

¹⁴ DOMÍNGUEZ, Ob. y lug. cit. en nota 16; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 34-35; BONET NAVARRO, A., *El enjuiciamiento oral penal (Estudio Sistemático)*, en La Ley, 1981-111, pp. 786-788.

¹⁵ BELLAVISTA, G., *El proceso penale monitorio*, Milano, 1952, passim; CORDERO, F., *Procedura penale*, Varese, 1979, pp. 525-537; LEONE, G., *Manuale di Diritto processuale penale*, Napoli, 1979, pp. 557-560.

¹⁶ ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht*, 1980, pp. 351-355; PETERS, K., *Strafprozess*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pp. 534-537.

¹⁷ ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso penal*, Buenos Aires, 1962, pp. 149-150, a lo que habría que añadir que en el mecanismo de la conformidad ni la eficacia declarativa y ejecutiva derivan de la calificación aceptada sino de la sentencia, a diferencia de lo que ocurre con la resolución de condena en el monitorio frente a la que no se ha formulado oposición.

¹⁸ MFGE, 1979, pp. 175-176 (como postulados a los que debería responder el nuevo procedimiento); LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 3; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 433; FENECH, *El proceso penal*, p. 457 (advirtiendo sobre la divergencia entre la intención del legislador y el resultado obtenido).

¹⁹ CFGE 4/1980, apartado 3, B).

sin o con una muy reducida instrucción previa²⁰. Pensar esto no sería desacertado pues se han advertido ciertas similitudes con el juicio de faltas²¹.

Yo no creo, en primer lugar, que el nuevo procedimiento suponga una innovación tan importante como se dice en punto al valor de la práctica de la prueba en el juicio oral, porque, con la excepción espúrea que podemos centrar en el art. 791, regla 5.ª, pár. 2 Lecrim, y en sus consecuencias, la Lecrim ya regula el tema de modo coherente con un sistema procedimental de oralidad. Probablemente cuando se afirma aquello no se comparan normas con normas, sino normas con prácticas²². El problema será que con el nuevo procedimiento no se reincida en las mismas prácticas desnaturalizadoras²³.

No es cierto, en segundo término, que en este procedimiento falte una instrucción previa: existe, aunque presente importantes diferencias respecto a los demás procedimientos.

Pero además esa instrucción no podría faltar, dado que los delitos que pueden ser objeto del nuevo procedimiento no se determinan siempre en función de la concreta facilidad de proceder de inmediato a una práctica de pruebas suficientes²⁴. Esto último sólo podría mantenerse respecto a los delitos flagrantes. Y no hay que olvidar que esa facilidad probatoria —y en Derecho alemán, también un límite de penalidad²⁵— condiciona, de una u otra forma²⁶, la admisibilidad de los modelos procedimentales antes referidos.

En fin, ¿ha de calificarse el nuevo procedimiento de ordinario o de especial?

Ello dependerá del criterio que se asuma para efectuar la calificación, acerca de lo cual existe poca unidad en nuestra doctrina²⁷.

²⁰ Me refiero al *beschleunigt Verfahren* alemán -sobre el cual ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pp. 333-334- o al *giudizio direttissimo* italiano -sobre el cual PANSINI, G., *I giudizi direttissimi atipico*, Milano, 1980; CORDERO, *Procedura*, pp. 509-524; LEONE, *Manuale*, pp. 555-557.

²¹ DOMÍNGUEZ, *El procedimiento*, p. 35; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 418; ARAGONESES, P., *Instituciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 1981, p. 468.

²² Véase, tanto respecto a la ordenación legal, cuanto respecto a su desnaturalización en la práctica, mi artículo *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Lecrim*, RD Pro Iberoam, 1982, pp. 365-427.

²³ ARAGONESES, *Instituciones*, pp. 468-469.

²⁴ Se ha referido algún autor —así PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 32; FERNÁNDEZ BERMEJO, *¿Es urgente la reforma...?*, p. 74— a la simplicidad del acaecer fáctico constitutivo de los delitos para los que está «pensado» el nuevo procedimiento, como justificación de la instrucción previa muy abreviada. Dejando a un lado que, como el propio FERNÁNDEZ BERMEJO advierte, el hecho de que la norma de adecuación del procedimiento atienda a la gravedad de la pena y no al tipo de los delitos puede contradecir en algún caso aquella apreciación, he de indicar que lo condicionante de un juicio oral inmediato no debe ser la simplicidad de los hechos en abstracto, sino la facilidad de su prueba en concreto, sin una compleja preparación.

²⁵ No es admisible el procedimiento acelerado si puede imponerse en privativa de libertad superior a un año: ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, p. 333.

²⁶ Es decir, bien condicionando inicialmente la admisibilidad del procedimiento acelerado o bien su prosecución si, en el acto del juicio, el órgano jurisdiccional estima que no puede practicarse una prueba suficiente sin una previa instrucción; véanse autores y obras citados en nota 20.

²⁷ Puede verse, con diferentes opiniones al respecto, PRIETO-CASTRO, L., GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1976, pp. 355-356; FENECH, *El proceso penal*, pp. 217-219; VIADA, C., ARAGONESES, P., *Curso de Derecho procesal penal*, II, Madrid, 1970, pp. 4-5.

Quien concibe como criterio el de las diferencias de regulación respecto al proceso por delitos originariamente establecido en Lecrim, puede concluir que el nuevo procedimiento es especial²⁸.

Ahora bien, la diversidad de procedimientos no implica necesariamente que todos menos uno deban reputarse especiales²⁹. Lo decisivo para esta calificación estimo que debe ser la generalidad o especialidad de las normas que determinan la respectiva adecuación de cada procedimiento. En nuestro sistema procesal penal la norma más general respecto a la adecuación de los procedimientos es la que atiende a la gravedad de la pena, aunque no dejen de incidir otros factores como la flagrancia, la perseguibilidad o no de oficio y, ahora, la forma de culpabilidad³⁰. En atención a esto el nuevo procedimiento puede considerarse ordinario³¹.

De cualquier modo no creo que deba darse excesiva importancia a esta cuestión sistemática. Lo decisivo son los problemas que plantea la diversificación procedimental, a saber: la adecuación de cada procedimiento y las resoluciones sobre la misma; presupuesto que la regulación de algún procedimiento no sea completa —y no lo es la del que ahora estudiamos³²— la determinación de la normativa supletoria —problema que la Disposición final primera de la LO 10/80 ha complicado sin sentido alguno, en nuestro caso—.

3. — MODIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

Alterando el orden de las disposiciones de la LO hay que referirse, en primer término, a la modificación que ésta ha producido en la competencia objetiva en materia penal, mediante su art. 2, par. 1, en relación con su artículo 1.

En primer término hay que advertir que la LO deja expresamente a salvo las atribuciones especiales de competencia por razón de la materia y de la persona -o por ambas- (art. 1,2-2.º), afectando sólo a la atribución ordinaria realizada, fundamentalmente, en función de la pena.

En ese ámbito, determina una disminución de la competencia objetiva de las Audiencias provinciales y un correlativo incremento de la que ya correspondía a los Juzgados de Instrucción según el artículo 14-3.º Lecrim³³.

Limitándonos a lo que supone innovación cabe decir que, con arreglo a la LO, los juzgados de instrucción son competentes para conocer en juicio oral de los siguientes delitos:

²⁸ SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 419; FENECH, *El proceso penal*, p. 219.

²⁹ Así, por ejemplo, se consideran ordinarios los cuatro procedimientos previstos para el proceso civil cuya adecuación se determinará en atención a la cuantía.

³⁰ Así se deduce de los artículos 14 y 779 Lecrim y, ahora, del art. 1 LO 10/80.

³¹ ARAGONESES, *Instituciones*, p. 468, con idéntica conclusión.

³² SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 418; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 60.

³³ Esto contribuirá a acentuar el desequilibrio en la distribución del trabajo entre estos dos tipos de órganos jurisdiccionales, sobre el que llaman la atención MFGE, 1980, pp. 119-120; MFGE, 1982, p. 139. Este efecto tal vez sea contrario al objetivo de aceleración.

A) Delitos dolosos y flagrantes castigados con pena privativa de libertad superior a seis meses y que no exceda de seis años, es decir, con prisión menor (art. 1-1, 2.º)³⁴.

B) Delitos dolosos, sean o flagrantes, castigados con pena distinta a la de privación de libertad, cuya duración no exceda de seis años, sea única, conjunta o alternativa de las penas privativas de libertad que el juzgado sea competente para imponer de acuerdo con lo dicho antes (art. 1-1, 1.º y 2.º).

Esta parcialmente³⁵ nueva atribución competencial ha suscitado un problema importante. Ciertamente la norma habla de cualquier clase de pena distinta a la privativa de libertad, pero esta amplitud viene luego literalmente restringida al establecerse que éstas tengan una determinada duración. Lo problemático no es la limitación de la duración, cuanto que existen penas no caracterizables por este requisito temporal.

La cuestión importa sobre todo³⁶ respecto a los delitos castigados con multa. La doctrina ha adoptado tres posturas diferentes.

Una, encabezada por la Fiscalía General del Estado³⁷, estima que corresponden a la competencia del juzgado los delitos castigados con multa cualquiera sea su cuantía, por diversas razones (penas de cualquier naturaleza incluyen las pecuniarias; por impago se transforma en privación de libertad no superior a seis meses; lo contrario implicaría ineficacia de la ley dada la cantidad de delitos comprendidos, en principio, en ella que conllevan multa; multa es la última de todas las escalas graduales).

Otra postura³⁸ excluye los delitos castigados con multa del ámbito de aplicación de la ley, con la excepción de que esta pena corresponda a delitos conexos con los enjuiciables por el nuevo procedimiento o a estos últimos, pero sólo en el caso de que deba imponerse por proceder rebajar en uno o dos grados la inicialmente prevista.

Por fin una tercera posición entiende³⁹ que la LO no ha modificado la competencia objetiva determinada por el art. 14-3.º Lecrim —es decir, el juzgado sigue siendo sólo competente respecto a delitos castigados con multa que no exceda de

³⁴ La supresión de la agravante de multirreincidencia por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, priva de base de aplicación al art. 2-2, 1.º de la LO y elimina el problema de si esa disposición presuponía también la competencia del juzgado para enjuiciar delitos dolosos, flagrantes o no, castigados con arresto mayor, pero en cuyo autor concurría aquella agravante. Obsérvese que, a la vista de lo dispuesto en el art. 14-3.º penúltimo inciso, Lecrim, esto último hubiera supuesto también una modificación de la competencia objetiva.

³⁵ Digo parcialmente nueva porque ya el art. 14-3.º Lecrim hace al juzgado competente para conocer de delitos penado con multa hasta 300.000 ptas. y privación del permiso de conducción.

³⁶ Afecta también a la pena de reprensión pública, habiéndose manifestado opiniones dispares sobre la competencia para conocer de delitos castigados con la misma; así, en favor de la competencia del juzgado, LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 5; FENECH, *El proceso penal*, p. 461; en contra, LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 61.

³⁷ MFG 4/80, 2, B, c; seguida por SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 427; FENECH, *El proceso penal*, p. 461; ARAGONESES, *Instituciones*, p. 472; LLOBELL, *el proceso por delitos dolosos*, p. 5; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 795-796.

³⁸ LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 61-62.

³⁹ PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 58-61; FERNÁNDEZ BERMEJO, *¿Es urgente la reforma...?*, nota 2 en la p. 76.

300.000 ptas.—, sin que ello excluya la aplicación de la LO cuando los delitos sean dolosos.

Sólo según la primera postura habría supuesto la LO, en este punto, una modificación de la competencia objetiva. Las dos restantes conducen al tema a la adecuación de los procedimientos.

c) No supone innovación para determinar la competencia del juzgado que los delitos deban ser perseguibles de oficio (art. 1-1), pues ya disponía eso mismo el art. 14-3.º. Se excluyen de la competencia del juzgado, por esta razón, no sólo los delitos para cuya persecución se requiera querrela⁴⁰, sino también los condicionados por denuncia del ofendido o instancia de la Administración⁴¹.

D) En punto a la atribución de competencia objetiva por acumulación, sólo cabe respecto a infracciones de menor gravedad que las ordinariamente incluidas en la competencia objetiva del juzgado, es decir, respecto a las faltas.

En este ámbito, art. 6-1, 2.º demuestra que no ha habido innovación: el juzgado es competente para conocer de las faltas incidentales o no, imputadas a quien figura como imputado en el proceso por delito.

Por el contrario, la conexión y acumulación consiguiente, sí que pueden provocar la incompetencia objetiva del juzgado respecto a un delito conexo con otro atribuido a la competencia objetiva de la Audiencia, que, en ese caso, es la competente para conocer también del conexo.

4. - P DECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La LO 10/1981 no se ha limitado a ampliar la competencia de los juzgados de instrucción, sino que ha creado también un nuevo procedimiento⁴² para que enjuicien los delitos cuyo conocimiento les está atribuido. El art. 1 dispone directamente sobre este tema y, sólo a través del art. 2, sobre la competencia.

¿Cómo ha influido esta reforma en la anterior situación? Resumidamente: determinando la existencia de dos procedimientos en el área de la competencia objetiva de los juzgados de instrucción, cuando antes -dejando a un lado los diferentes procedimientos de instrucción- sólo había uno.

El nuevo procedimiento es adecuado:

⁴⁰ FENECH, *El proceso penal*, p. 460, entiende que se excluyen sólo de la competencia del juzgado, junto a delitos cuya persecución dependa de otros presupuestos relativos públicos, aquellos para cuya persecución se requiere querrela. Frente a esto cabe observar que cuando la ley ha querido excluir sólo a estos últimos y no genéricamente, a las no perseguibles de *oficio*, lo ha dispuesto con claridad: compárense arts. 14-3.0 y 779 Lecrim.

⁴¹ SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 427-428, PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 68-69; ARAGONESES, *Instituciones*, p. 474; LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 5; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 61; BONET, *El enjuiciamiento oral*, p. 797.

⁴² La mayor complejidad del sistema de procedimientos ordinarios que esto genera, tiene consecuencias negativas: actividad procesal específicamente destinada a determinar el procedimiento adecuado y posibles errores que pueden comportar nulidad de actuaciones. Sobre estos problemas, *Memoria del Consejo General*, 1981, p. 75; MFGE, 1982, p. 138; DOMÍNGUEZ, *El procedimiento*, p. 44; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 2; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Las líneas inspiradoras de la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal*, en *Poder Judicial*, 1982, p. 28.

A) Para el enjuiciamiento de los delitos que, según lo dicho antes, han pasado a integrarse en la nueva competencia objetiva de los Juzgados de Instrucción.

B) Para el enjuiciamiento de los delitos castigados con las penas que se indican en el art. 14-3.º Lecrim, si se han cometido dolosamente.

C) La adecuación del procedimiento en caso de conexión y correlativa acumulación ha quedado como una importante laguna. No hay problema en cuanto a las faltas, porque expresamente se declaran enjuiciables en este procedimiento (art. 6-1, 2.º).

En el supuesto de que, por razón de la conexión, la competencia se atribuya a la A.P., tampoco hay problema, porque los delitos individualizadamente atribuidos a la competencia de J.I. son atraídos, por la conexión, a la competencia de la A.P. y sustraídos de esta forma de procedimiento⁴³.

Tratándose de conexión entre delitos dolosos comprendidos en el artículo 14-3.º Lecrim y delitos comprendidos en el art. 1-1 LO, la competencia objetiva no se altera, pero ¿cuál es el procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de los objetos acumulados?

La regla general deducible de Lecrim —que tampoco regula esta materia con precisión⁴⁴— es la de que en competencia y procedimiento marca la pauta el delito más gravemente penado, lo cual siempre coincide con que el enjuiciamiento de los delitos conexos viene rodeado de las mayores garantías del enjuiciamiento del delito principal, en el supuesto de que aquéllos estuvieran sometidos a competencia y procedimiento distintos.

Aplicar aquí esta regla puede conducir, eventualmente, a la consecuencia contraria: que siendo más grave el delito del art. 1 de la LO, el conexo, comprendido en el art. 14-3.º Lecrim, se enjuicie por el nuevo procedimiento, cuyas garantías son menores que las del procedimiento de urgencia.

LORCA, sobre la base de la remisión del art. 6-1, 2.º LO al art. 800 Lecrim —que permite acusar, en procedimiento de urgencia de la Audiencia provincial por los delitos del art. 14-3.º Lecrim— concluye, efectivamente, que la conexión entre delitos del art. 14-3.º y los enjuiciables por el nuevo procedimiento, determina que este último sea adecuado para unos y otros⁴⁵.

Por el contrario la Fiscalía General del Estado⁴⁶, seguida por varios autores⁴⁷, entiende que -textualmente- «mediando conexidad homogénea la concurrencia en unas

⁴³ Argumentando artículos 18-1.º, 800-3.ª y 4.ª, 802-1.º, 791-4.ª y 8.ª par. 4 -este último artículo *a contrario sensu*- todos de Lecrim.

⁴⁴ Sobre las insuficiencias de la Lecrim en cuanto a la regulación de las consecuencias de la conexión, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, I, Barcelona, 1947, pp. 434-438; DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972. En cuanto al efecto estricto sobre el procedimiento adecuado, la laguna se hace sentir en la medida en que existen diversidad de procedimientos y una misma competencia objetiva.

No obstante la regla general que indicamos en el texto es deducible tanto de los artículos citados en la nota 43, cuando del art. 142-4.ª, quinto Lecrim. Como argumento en favor del procedimiento con mayores garantías, sea o no el adecuado al delito más grave, puede aducirse también el art. 272, par. 3 Lecrim.

⁴⁵ LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 61-62. Podría añadirse a su argumento el que resulta de la remisión del art. 10 LO al art. 791 regla 8.ª Lecrim y de éste al 800 de la misma Ley.

⁴⁶ CFGE 4/80, 2, B, g.

mismas diligencias de delito doloso decididamente sometido a esta Ley y delito excluido por razón de la pena o de su naturaleza, deberá resolverse en favor de la tramitación que más garantías ofrezca, que no será- en ningún caso el nuevo procedimiento oral».

La solución de la Fiscalía conduce, sin embargo, a una consecuencia sorprendente: no sería adecuado el nuevo procedimiento para enjuiciar los delitos de imprudencia (conexos) comprendidos en el art. 14-3.º Lecrim, pero el procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción tampoco sería adecuado para enjuiciar los delitos del art. 1 LO (conexos), cuando las penas excedieran de las fijadas en el art. 14-3.º. De ese modo, al final del camino, acabaría por excluirse la competencia del Juzgado en favor de la Audiencia y por establecerse la adecuación del procedimiento de urgencia atribuido a esta última.

Lo absurdo⁴⁸ de esta consecuencia hace que me incline por la tesis de LORCA que tiene en su favor un sólido argumento literal.

⁴⁷ LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 5; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 55, 66; ARAGONESES, *Instituciones*, p. 473; BONET, *El enjuiciamiento oral*, p. 791.

⁴⁸ Entiendo que es absurdo porque ninguno de los delitos individualizadamente considerado es de competencia de la Audiencia, ni para ninguno de ellos es adecuado el procedimiento de urgencia de la Audiencia, es decir, desde uno y otro punto de vista (competencia y procedimiento), no se sale del ámbito del juzgado y, sin embargo, la conexión provoca ese efecto.

5.—RESOLUCIONES SOBRE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Las resoluciones del Juzgado de Instrucción sobre la adecuación de este procedimiento (y sobre su competencia objetiva) han de fundarse sobre un determinado material de hecho que califican jurídicamente.

En punto a lo último, las circunstancias relevantes para la calificación jurídica son las que se deducen del art. 1 LO (penalidad, flagrancia, forma de la culpabilidad o no de oficio, posible incidencia de competencia objetivas especiales). Sólo apuntar, respecto a esto, con el profesor FENECH⁴⁹ que resulta criticable la relevancia atribuida a estos efectos al tipo de culpabilidad, porque la complejidad del enjuiciamiento del mismo no se compadece con la previsible insuficiencia, antes de la prueba, de materiales suficientes para realizarlo.

El material de hecho a tener en cuenta variará según los momentos en los que estas resoluciones pueden dictarse a lo largo del procedimiento.

No sólo nada excluye, sino que lo impone el art. 3-1 de la LO, que la actividad procesal se ajuste desde su comienzo a las normas de este procedimiento. Por tanto, necesarias no son para la adopción de la resolución de incoación de este procedimiento ni las ilegales «diligencias indeterminadas», ni las «diligencias previas»⁵⁰. Sí que es necesario y suficiente que sobre los datos con los que llegue al juzgado la «notitia criminis», a falta aún de cualquier investigación judicial u ordenada por el juez, pueda establecerse la calificación jurídica determinante de la adecuación de este procedimiento⁵¹.

Si esto último no es posible⁵², han de incoarse «diligencias previas» y, sobre la base de la breve investigación judicial desarrollada en las mismas, cabrá resolver que es adecuado este procedimiento como una alternativa más que se añade a las previstas en el art. 789 Lecrim⁵³.

Siguiéndose el procedimiento con arreglo a las disposiciones de la LO, ésta prevé expresamente dos nuevos momentos para reconsiderar la adecuación del mismo:

⁴⁹ FENECH, *El proceso penal*, p. 460.

⁵⁰ PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 84-85, entiende que, en todo caso, procede incoar diligencias previas si el procedimiento se inicia por presentación de querrela. Esta injustificada opinión viene condicionada por el problema planteado por la LO, acerca de la intervención contradictoria de las partes en la instrucción, sobre el que véase *infra*, apartado 9.

⁵¹ Así la CFGE 4/80,1, con cierta contradicción puesto que, por un lado, afirma que el auto de incoación de este procedimiento se contempla en el art. 5-1 LO y, por otro, entiende que si la adecuación del mismo es clara *ab initio* a él deberá ajustarse desde entonces la tramitación; también PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 84-85, 118-119; LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 5; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 434-435.

⁵² Y salvo, también, que proceda acordar inmediatamente la incoación del sumario ordinario (las previas no han de anteceder necesariamente a toda instrucción por delito: FERRER MARTÍN, D., *La reforma procesal penal de la Ley 311967, de 8 de abril*, en Pretor, 1968, p. 657) o la remisión a juzgado de Distrito.

⁵³ Véase autores y obras citadas en la nota 51. De acuerdo con el par. 3 del art. 789 contra esta resolución no cabe recurso de apelación. Según lo que deriva del art. 780, par. 2 los actos de investigación judiciales practicados en las diligencias previas no pierden su eficacia si se resuelve, luego, que es adecuado el procedimiento de la LO, lo que puede permitir una abreviación o, incluso, una exclusión de la investigación policial.

después de la recepción de las diligencias de investigación policiales practicadas por orden del juez (art. 5-1) y a instancia de las partes acusadoras, al término de la instrucción previa (art. 6-1). Ninguno de esos momentos es preclusivo; yo creo que puede aplicarse al art. 780 Lecrim que permite resolver sobre la adecuación de procedimiento en cualquier momento en que se den razones para ello. En todos estos casos la base fáctica de la resolución la constituyen los resultados totales o parciales de la instrucción previa.

Queda, por fin, otro supuesto que entra en la Ley por la remisión del art. 791-8.^a Lecrim: resolución sobre la competencia objetiva y el procedimiento al término del juicio oral, en la cual el fundamento fáctico viene constituido por la prueba practicada en el juicio. Esta remisión presenta varios problemas; el único al que aquí hay que referirse es al de que la norma destinataria de la remisión sólo contempla la declaración de incompetencia, no la de inadecuación de procedimiento; hay que entender que en este último caso, tampoco puede dictar sentencia de fondo respecto a delitos para los que este procedimiento sea inadecuado.

Sin embargo, la genérica remisión a Lecrim y, específicamente, la del art. 10 LO al art. 791-8.^a plantea una duda que la LO hubiera debido resolver con una normativa más expresa. Se trata de lo siguiente: ¿subsiste en el nuevo procedimiento la desigualdad de trato entre el Ministerio Fiscal y el acusador particular que instauran, para el procedimiento de urgencia, el art. 791 reglas 4.^a, 5.^a y 8.^a párs. 4 y 5?

En cuanto a la petición de cambio de procedimiento como alternativa a la de archivo o a la acusación (situación análoga a la contemplada por el art. 791, reglas 4.^a y 5.^a), la cuestión ha de resolverse negativamente en base al art. 7-1 en relación con el 6 de la LO: si cualquier acusación —por tanto, también la del acusado particular— permite al juez abrir el juicio, es porque no se halla vinculado a una eventual petición de cambio de procedimiento que provenga del Ministerio Fiscal. Así lo ha entendido la doctrina⁵⁴ y también, aunque con reticencias, la Fiscalía General del Estado⁵⁵.

El supuesto de las calificaciones definitivas en que se pida pena que implique la incompetencia del juzgado o la inadecuación del procedimiento, es aparentemente más difícil por la expresa remisión del art. 10 LO al art. 791-8.^a Lecrim. Tal vez por esto domine, a este respecto, la postura favorable a la vinculación a las calificaciones del Fiscal⁵⁶. Pero esta tesis es inaceptable porque si esa vinculación quedó excluida en cuanto a las peticiones que pueden formularse antes de la apertura del juicio, lo ha de ser también coherentemente en este momento procesal posterior⁵⁷.

⁵⁴ SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 438; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 65; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 127-128; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 792, 801.

⁵⁵ CFGE 4/80, 3, A; siguiéndola LLOBELL, *Proceso por delitos dolosos*, p. 5. Apunta la CFGE una argumentación favorable a la vinculación; la referencia a la falta de procesamiento no la entiendo, porque el cambio de procedimiento no va a implicar que el imputado no pueda ser acusado en el procedimiento adecuado; la alusión al monopolio de la acusación por el MF es falsa en nuestro Derecho; como tampoco es cierto que la solución aquí defendida implique dejar en manos de la acusación particular el trámite que ha de darse al proceso, porque el juez no queda vinculado a la petición del acusador particular.

⁵⁶ CFGE 4/80, 3, B; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 153; LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 6.

⁵⁷ Así, también, SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 444-445.

6.— LA INSTRUCCIÓN PREVIA. EN ESPECIAL, LAS NUEVAS FUNCIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL:

A) En general

La novedad más importante que la LO introduce en nuestro ordenamiento procesal penal se refiere a la instrucción previa del nuevo procedimiento y consiste en las nuevas funciones que se confieren a la P.J., en virtud de las cuales ésta practicará, bajo las órdenes del juez, la mayor parte —todos, menos algunos legalmente excepcionados— de los actos de investigación que integran la instrucción.

Con ello el legislador por un lado, se ha separado del sistema tradicional en nuestro Derecho, según el cual el juez no se limita a dirigir los actos de investigación de la instrucción previa, sino que él mismo los practica⁵⁸. Por otro lado, tampoco ha acogido otro sistema que le ofrecía el Derecho comparado, como es el de la instrucción previa practicada o dirigida por el Ministerio Fiscal.

Me limitaré a estudiar aquí⁵⁹ la naturaleza jurídica de las nuevas funciones atribuidas a la P. J., su extensión objetiva —es decir, los actos que, en su virtud, puede realizar- y el régimen jurídico al que debe someterse su ejercicio.

7.— B) Naturaleza jurídica de las funciones de la policía judicial en la instrucción previa del nuevo procedimiento

En primer término la LO ha conferido a los actos practicados por la P. J. en ejercicio de sus nuevas funciones una eficacia jurídica de la que carecía con arreglo al

⁵⁸ Tal vez con esto se ha pretendido obviar los reproches a la unidad instructor-sentenciador. Obsérvese, en efecto, la falta de referencia a la instrucción en el par. 1 del art. 2, pero, inmediatamente, el par. 2. Sobre esto, LLOBELL, *El proceso por delitos dolosos*, p. 3; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 86; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 789-790.

⁵⁹ Aparte de ese estudio, cabe también otro que se proponga determinar si esta opción legislativa es conforme a los postulados constitucionales y si, presupuesto que lo sea, es efectivo y conveniente.

La valoración de la constitucionalidad ha de versar sobre si todas las actividades que el juez desarrolla en la instrucción responden o no al ejercicio de la potestad jurisdiccional, que el art 117-3 CE atribuye en exclusiva a los órganos jurisdiccionales. Sobre esta cuestión puede verse SERRA, M., *La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 720-723; el mismo, *El juicio oral*, en *Estudios*, pp. 764-772; GIMENO SENDRA, J. V., *El Ministerio Fiscal y la Constitución: Su naturaleza jurídica*, en *Comentarios a la Legislación penal*, dir. por COBO DEL ROSAL, I. Madrid, 1982, pp. 327-335; ALMAGRO NOSETE, J., *Sobre la reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal al cumplirse su centenario*, en *Justicia*, 1982-11, páginas 75-80.

La apreciación de la conveniencia de la reforma exige partir de la base de que la instrucción previa no ha de servir sólo para la acusación y preguntarse, después, si la imparcialidad necesaria para que ello quede garantizado, se logra igualmente con la intervención de un juez que con la de la policía -que, si bien se halla obligada a una actitud imparcial por el art. 2 Lecrim, no goza de un estatuto adecuado para asegurar esa imparcialidad-.

La efectividad de la reforma dependerá, como siempre, de la disponibilidad de personas y medios para esa nueva función, respecto a lo cual surgen algunas dudas: DEL TORO MARZAL, A., *La reforma del Ministerio Fiscal y la realidad socio-jurídica*, en *Sociología y Psicología jurídicas*, 1980, pp. 50-64; LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 60-61; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 421-422.

régimen de la Lecrim (arts. 282-298 y concordantes Lecrim). El mejor modo de determinar esa eficacia jurídica es el de contrastar ambas regulaciones.

De los arts. 282-298 Lecrim, integrados con otros preceptos se deduce que la P.J. tiene dos clases de funciones: con anterioridad a la incoación de la instrucción previa judicial, tienen la función que Lecrim llama de «prevención de las diligencias» (art. 284) cuyo alcance normativo concreta el art. 13 Lecrim⁶⁰. Esta función presenta una doble característica: *a)* no consiste en el desarrollo de una investigación, sino —aparte de la protección a los perjudicados y, en su caso, detención de sospechosos en la conservación del estado material de cosas resultante de la acción delictiva, con apoderamiento de elementos materiales con ella relacionados y constatación de datos relevantes para la investigación; *b)* es una función que la ley atribuye inmediatamente a la P.J. ante la presencia del supuesto de hecho descrito en el art. 284 Lecrim. En este sentido es una competencia propia de la P.J., no delegada de los jueces de Instrucción, ni que requiera una orden de éstos para su ejercicio. No obstante, su ejercicio está subordinado a las competencias judiciales en el sentido que se deduce del art. 286 Lecrim: cuando el juez de instrucción se hace cargo del caso que motivó la actuación policial, cesa la competencia de la P.J. para la práctica de estos actos.

En segundo término, la P.J. tiene la función de practicar, por orden del Juez o del M.F., diligencias «para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás», relacionadas con la investigación (art. 287). Esta función se diferencia de la anterior en que, iniciada ya la instrucción previa judicial, se requiere para su ejercicio orden del Juez o del M.F. Ni siquiera dándose esta condición de la orden, supone esta función que la P.J. pueda practicar los actos que integran la instrucción previa: las diligencias que se le ordena practicar constituyen algo así como la infraestructura de la instrucción previa, que sólo aporta a ella sus resultados, en base a los cuales el juez de instrucción ha de acordar la práctica de nuevos actos de investigación sumariales. Si las diligencias se han practicado por orden del M.F. su valor es aún más claro: no es imaginable que lleguen directamente al sumario, sino que sirven de base a peticiones de actos de investigación del M.F.⁶¹.

En definitiva, como la Lecrim presupone la realización por el juez de los actos de investigación de la P.J. la eficacia jurídica propia de los actos de investigación de la instrucción. Ese es el significado del artículo 197 Lecrim cuando dispone que los atestados o relaciones verbales de la P.J. valdrán como denuncias o como declaraciones testificales, es decir, valdrán exclusivamente en cuanto al resultado de las actividades (de investigación) que la P.J. ha tenido que practicar y que ha comunicado al juez, pero no valdrán esas actividades por sí mismas, de modo que el juez no queda relevado de «repetirlas», por así decir, si juzgándolas de interés para la instrucción estima que han de integrarse en la misma.

En los procedimientos de urgencia y siendo el delito flagrante, las funciones de la P.J. de la primera clase antes citada experimentan una ampliación, aunque no todo

⁶⁰ Esta concreción que permite el art. 13 Lecrim, al que cabe recurrir por similitud entre arts. 284 y 12 Lecrim, es necesaria para una adecuada interpretación sistemática de la Ley, pues si hubiera que atender sólo al art. 282, la P.J. resultaría autorizada para formar una especie de sumario «paralelo».

⁶¹ Véanse las precisiones que sobre la posición del M.F. en la instrucción previa realiza GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal penal* (con HERCE), Madrid, 1984, p. 72.

el texto del art. 786 la suponga, pues algunas de sus disposiciones se limitan a especificar funciones que la P.J. ya tenía⁶². Sin profundizar en él, baste advertir que la ampliación no supone que la P.J. pueda desarrollar actividad de investigación.

La situación cambia radicalmente en el procedimiento de la LO, pues: primero, su art. 3-1 dispone que «Inmediatamente que el Juez tenga conocimiento de la comisión de algún hecho que pueda constituir delito de los que han de ser enjuiciados por el procedimiento regulado en esta Ley ordenará a la Policía judicial que se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal»; y, segundo, de los arts. 3-2, 4, 5-1 y 6-1 se deduce que, con excepción de la incorporación de certificaciones de antecedentes penales y de nacimiento y de -la recepción de la incorporación de certificaciones de antecedentes penales y de nacimiento y de la recepción de la declaración del detenido, no hay más actos de investigación en la instrucción previa de este procedimiento que los practicados por la P.J. por orden del juez.

Este conjunto de disposiciones implica necesariamente que la investigación policial en el nuevo procedimiento adquiere una eficacia jurídica de la que carece en los restantes procedimientos penales: al reducirse casi completamente a ella la investigación que se realiza en la instrucción previa, todos los actos que, en los procedimientos de Lecrim, obtenían sus fundamentos de hecho de la investigación judicial, en el nuevo procedimiento, habrán de apoyarse en la investigación policial⁶³. Esta última proporcionará la base fáctica precisa para las resoluciones sobre la competencia y la adecuación del procedimiento, para las resoluciones sobre medidas cautelares y preventivas personales y, sobre todo, para la petición de los acusadores y la resolución judicial relativas a la celebración o no de juicio oral. Abierto el juicio oral, en correspondencia con la función preparatoria de la instrucción previa, los actos de investigación servirán para el enjuiciamiento de la pertinencia o necesidad de medios de prueba y para que el o.j. ejercite sus poderes oficiales de acordar la práctica de pruebas⁶⁴.

No sería necesario aclarar, si la Lecrim no hubiera sufrido los embates de una práctica desnaturalizadora de su normativa, que esa equiparación de eficacia jurídica del acto de investigación policial en este procedimiento con el practicado judicialmente en los demás, no arguye un valor probatorio del primero. Pero lo que excluye este valor no es la falta de intervención judicial⁶⁵, sino simplemente -y por la

⁶² Sobre el art. 786 véase FERRER MARTÍN, D., *La reforma procesal penal de la Ley 311967, de 8 de abril*, en *Pretor*, 1967, pp. 504-510.

⁶³ PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 14; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 3; implícitamente DE ALBA Y OSUNA, A., *El nuevo procedimiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes*, en *Actualidad jurídica*, 1981-V, p. 6. Esta es la tesis que mantiene también la CFGE 4/1980, ap. 3, A). En contra BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 788-789. Sobre la pretendida excepción de los actos de investigación practicados a instancia de parte véase apartado 9 de este trabajo.

⁶⁴ Los actos de investigación de la instrucción previa pueden tener, en el juicio oral, aparte de la eficacia ordinaria que se indica en el texto, una eficacia excepcional en base a los arts. 730 y 714 Lecrim -sobre la que véase mi *Eficacia probatoria, passim*- y en caso de conformidad del acusado FAIRÉN, V., *La disponibilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio español*, en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, p. 1223 y nota 67 en la misma p.; sobre este efecto en el procedimiento de la LO, LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 68-.

⁶⁵ Como parece entender la CFGE 4/1980, apartado 3, B).

misma razón que en los demás procedimientos- que es un acto (de investigación) de la instrucción y no un acto (de prueba) del juicio⁶⁶.

En segundo término, debe analizarse la técnica jurídica de atribución de funciones utilizada, en este caso, por el legislador para lograr el resultado antes expuesto.

La Fiscalía General del Estado ha hablado de delegación⁶⁷. La LO, según esta tesis, habría permitido al juez, muy ampliamente, delegar en la policía judicial las funciones judiciales para la práctica de los actos de investigación. Esta tesis no es aceptable porque sus consecuencias podrían ser excesivas en algún caso⁶⁸, porque el mecanismo de la delegación no es terminológicamente atendido por la LO en precepto alguno⁶⁹, y —tercero y principal— porque la técnica de la delegación lleva implícitas una serie de posibilidades⁷⁰ que acabaría por eliminar esta importante innovación que ha querido introducirse en la instrucción previa. En efecto, bastaría una resolución judicial no delegando la práctica de los actos de investigación en una determinada causa para que la instrucción deviniera completamente judicial.

Parece más acertado pensar que la LO ha hecho de la práctica de los actos de investigación en este procedimiento una función propia de la policía judicial y no una función del juez que éste pueda, luego, delegar.

Pero esta concepción hay que matizarla, inmediatamente, en un doble -sentido.

En primer término, no significa que se haya facultado a la P.J. para apreciar por sí misma la adecuación de este procedimiento y, consecuentemente, para ejercitar *motu proprio* unas funciones que sólo en el ámbito del mismo le corresponden⁷¹. En contraste con los arts. 284 y 786 Lecrim que subordinan la realización de las diligencias de prevención o el ejercicio de las especiales funciones contempladas por el segundo precepto a la apreciación de la P.J. sobre la existencia de un delito o de un delito flagrante enjuiciable en procedimiento de urgencia, respectivamente, el art. 3-1 LO encomienda al juez la apreciación de las circunstancias condicionantes de la adecuación del nuevo procedimiento y hace depender de ella la emisión del correspondiente mandamiento de investigación a la policía judicial. Consecuentemente son infundadas las críticas sobre el carácter normalmente incompleto del atestado inicial de la P.J. e inadmisibles las llamadas a la práctica contraria⁷² en aras de una economía procesal que se opondría a la ley.

En segundo lugar, tampoco significa que el juez carezca de toda atribución respecto a la investigación. La LO conduce, en definitiva, a una distribución de funciones respecto a esta última: al juez corresponde ordenar los actos de

⁶⁶ Matizando también esto PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 50-51.

⁶⁷ CFGE 4/1980, apartado 3, A). La expresión también se desliza en LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 3; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 105.

⁶⁸ Véase *infra*, nota 95.

⁶⁹ Véanse, diferentemente, los artículos 353, par. 2 y 563 Lecrim.

⁷⁰ La facultad de delegar implica la de no hacerlo, la de delegar sólo en parte y la de avocar la función delegada.

⁷¹ Es inaceptable, en este sentido, lo que mantienen LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 64; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 114-115; DE ALBA, *El nuevo procedimiento oral*, p. 5. Correctamente, en cambio, FENECH, *El proceso*, p. 462.

⁷² En favor de eso, cambio de práctica SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 422, 435; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 105-106.

investigación que han de practicarse; a la P.J. la función de practicar, de realizar esos actos.

Los mandamientos de investigación impartidos por el juez pueden ser de dos clases.

De carácter genérico, cuya validez resulta claramente amparada en el art. 3-1 Lecrim. Consiste simplemente en el mandato de que practique los actos de investigación adecuados al hecho objeto de la instrucción y los que vaya aconsejando la marcha de la investigación misma. Estarán en todo caso incluidos los actos de investigación que la propia Lecrim dispone que se realicen cuando los hechos objeto de la investigación son unos determinados, fundamentalmente los incluidos en los capítulos rotulados «De la inspección ocular» y «Del cuerpo del delito».

De carácter específico, es decir determinando concretamente los actos de investigación que el juez estima necesarios a la vista de los hechos que han llegado a su conocimiento que, en todo caso, deberán incluir los previstos legalmente para supuestos típicos. Esta modalidad permite imprimir a la investigación una orientación más precisa en cuanto a lo que debe considerarse jurídicamente relevante.

8.- C) Extensión objetiva de las funciones de la P.J. en el nuevo procedimiento

Cuáles son los actos que la P.J. puede practicar en ejercicio de sus nuevas funciones lo determina fundamentalmente el art. 3-1 LO: los actos de investigación. Es decir, fijándonos en el art. 299 Lecrim, aquellos actos de la instrucción previa destinados a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes. El concepto de acto de investigación se convierte así en un concepto normativo que hay que determinar con precisión en cuanto condicionante de la extensión de las funciones de la P.J.

a) Por no ser actos de investigación quedan excluidos de la posible atribución a la P.J. los actos siguientes:

— Las resoluciones sobre adecuación del procedimiento, que, además, varias disposiciones de la nueva ley atribuyen al juez de instrucción.

— Las resoluciones sobre admisión de querrela y de personaciones en calidad de parte en el proceso, en su caso respondiendo al ofrecimiento de acciones, también practicado judicialmente⁷³. Corroborado, además, por arts. 3-3 y 5-1, par. 3 LO.

— La adopción de medidas cautelares personales y patrimoniales y de medidas preventivas personales. Expresamente se atribuye al juez la resolución sobre libertad o

⁷³ La incidencia del par. 5 del art. 5-1 sobre la posición del perjudicado roza la inconstitucionalidad, en cuanto parece considerar irrelevante que el ofrecimiento de acciones se haga o no en momento oportuno para que aquél pueda personarse e influir con su actividad en el resultado del proceso. El problema de la constitucionalidad debe analizarse en atención a los arts. 24-1 y 125 CE y distinguiendo la legitimación para el ejercicio de la acción penal y de la civil acumulada. Genéricamente sobre disminución de garantías del perjudicado CFGE 4/1980, apartado 3, A); SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 424; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 81; ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Cien años después. Lo que queda de la Ley de Enjuiciamiento criminal*, en Poder Judicial, 1982-4, p. 44; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 791-792.

prisión provisional, en art. 5-1. La P.J. continúa conservando la potestad de detener en los casos y con el régimen establecido en Lecrim, pero la LO no ha supuesto ningún cambio en la naturaleza de esta potestad, estableciendo la autonomía de la P.J. respecto a la situación del detenido durante el plazo de las 72 horas; el juez continúa teniendo durante esas 72 horas la potestad de resolver sobre la situación del detenido⁷⁴.

La exclusión de estos actos se explica también porque no es posible reproducir a su respecto el esquema de relaciones entre juez y P.J. asumidos -por la ley. Para que la P.J. adquiriera funciones respecto a estos actos sería necesaria una auténtica delegación, y ello sin entrar en el problema de la constitucionalidad.

b) Tampoco pueden ser practicados por la P.J. los actos de práctica anticipada de medios de prueba.

Estos aunque son actos dirigidos al conocimiento de los hechos, no son actos de investigación, sino actos de prueba verificados antes y fuera del juicio oral. Participan de la naturaleza de los actos de prueba del juicio oral y son por tanto intrínsecamente jurisdiccionales, debiendo realizarse necesariamente con intervención del juez.

Lo dicho comprende no sólo los actos de prueba anticipada propuestos en los escritos de acusación (art. 6-2, par. 3) o en la calificación provisional de la defensa, que se enmarcan en la fase preparatoria del juicio oral (art. 8), sino también los que resulten admisibles mientras la causa se halla en período de instrucción (arts. 448 y 467 y concordantes Lecrim).

c) Dentro de los actos de investigación se presentan algunas excepciones y algunos supuestos problemáticos respecto a la regla general de su práctica por la P.J.

– Considero dudoso el supuesto de vigilancia de lesiones, porque no es fácil decidirse por su naturaleza de acto de investigación o de prueba anticipada pericial: piénsese que si bien no hay motivo para pensar que sea irreproducible en el juicio la declaración de los peritos, puede no serlo, sin embargo, el examen pericial⁷⁵.

– El segundo supuesto dudoso es el de los llamados actos de investigación garantizados, es decir, entrada y registro en lugar cerrado, detención y apertura de correspondencia postal y telegráfica e intervención de comunicaciones telefónicas. Se ha mantenido que no pueden incluirse en el atestado policial salvo delegación expresa del juez⁷⁶; o sea que, con la última, sí podría practicarlos la P.J. Yo aceptaría esta tesis pero con otra formulación y con matizaciones: la P.J. no puede practicar esos actos cuando sólo dispone de una orden judicial genérica de practicar los actos de investigación que sean pertinentes, sino que requiere una orden judicial específica y concreta para realizar estos actos. Esta conclusión se impone a la vista de los preceptos del art. 18-2 y 3 CE. Además ha de tenerse en cuenta que, desde un punto de vista valorativo, la solución de estos problemas interpretativos ha de ser más homogénea con la regulación ordinaria de estos actos que con su especial regulación en casos de terrorismo y de estado de excepción.

⁷⁴ Respecto a esto GIMENO SENDRA, J. V., *La detención gubernativa y la detención judicial*, en *La detención* (con VIVES), Barcelona, 1977, pp. 117-121.

⁷⁵ Sobre esto mi *Eficacia probatoria*, pp. 397-398. Es innecesario plantearse el problema respecto a la autopsia, pues si el delito es doloso y el resultado muerte no será adecuado este procedimiento.

⁷⁶ LLOBELL, *El procedimiento por delitos*, p. 3; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 105.

— Un tercer supuesto problemático es el de los actos de investigación propuestos por el M.F. y las demás partes personadas. De él nos ocuparemos luego, porque constituye un aspecto del tema más general de la vigencia de Lecrim como normativa supletoria específicamente en cuanto a la contradicción en la instrucción previa.

— Por fin, dispone la LO que algunos actos de investigación los practique el juzgado: interrogatorio del imputado (art. 5-1), sin perjuicio de que haya sido también practicado por la P.J.; petición de certificaciones de antecedentes penales y de nacimiento, en su caso (art. 3-2⁷⁷).

9.- D) Régimen jurídico de la práctica de los actos de investigación por la P.J.

Los actos de investigación se llevarán a cabo con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento criminal, dispone el art. 3-1 de la Ley. Con ello y con la D.F. 1.^a que remite como normativa supletoria genéricamente a Lecrim, no se hace más que plantear un serio problema, porque Lecrim contiene una parcialmente doble regulación de la práctica de los actos de investigación: la del sumario ordinario que es la más extensa y completa; la que, considerando como supletoria la anterior normativa, disciplina los actos de investigación que tienen lugar en la instrucción previa de los procesos de urgencia.

El texto del proyecto se refería expresamente a la segunda regulación pero la ponencia sustituyó esa referencia por una genérica a Lecrim⁷⁸. Con ello se oscurece sin ningún sentido el problema de la normativa supletoria, porque de la disposición resultante tampoco se deduce que la normativa deba ser la del sumario ordinario, permaneciendo la opción abierta para el intérprete.

Tres argumentos inclinan, a mi juicio, por estimar que la regulación a seguir -es la de los procedimientos de urgencia⁷⁹. Primero, el designio legislativo de crear un procedimiento rápido⁸⁰. Segundo, que en la anterior situación legislativa estos delitos ya se enjuiciaban por procedimientos de urgencia. Tercera, que la normativa supletoria para el juicio oral es la del procedimiento de urgencia de competencia de los juzgados de instrucción (art. 10).

Un aspecto específico de la vigencia de Lecrim como normativa supletoria es el de la aplicación de las disposiciones reformadas en 1978 que introducen, con ciertas limitaciones, el principio de contradicción en la instrucción previa⁸¹.

⁷⁷ LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, p. 64, advierte que la reserva al juez de la petición de estas certificaciones probablemente obedezca a que suponen una imputación. Ahora bien, teniendo en cuenta los efectos de la imputación en este procedimiento -véase *infra*, apartado 10 de este trabajo que deba ser judicial es sólo una garantía aparente.

⁷⁸ DOMÍNGUEZ MARTÍN, *El procedimiento monitorio*, pp. 80 y 107.

⁷⁹ Así, también, SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 429, 433.

⁸⁰ Un objetivo importante de la reforma de 1967, en este punto, era también la celeridad: FERRER MARTÍN, *La reforma procesal penal*, pp. 516-521.

⁸¹ Sobre la reforma introducida en la Lecrim por L. 53/1978, de 4 de diciembre, véase GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., *La ley 53/1978 de 4 de diciembre y la instrucción sumaria penal*, en *Justicia* 81, número especial, pp. 95-105; PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *La defensa*, en *Temas de Derecho actual y de su práctica*, Salamanca, 1979, pp. 121-137; MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, *passim*.

Sintéticamente esta normativa, por lo que atañe en especial a los actos de investigación supone lo siguiente: derecho del imputado detenido a la presencia de abogado en los interrogatorios y reconocimientos de identidad (art. 520 Lecrim)⁸², derecho de las partes personadas —incluido el imputado, a tenor del art. 118 Lecrim— a proponer diligencias (art. 311 Lecrim), a tener conocimiento de las actuaciones y a intervenir en la práctica de las diligencias (art. 302, par. 1). Los dos últimos derechos pueden ser limitados para las partes distintas al M.F. por la declaración judicial de secreto, en los términos del art. 302, par. 2.

Algunas enmiendas al proyecto de ley se dirigían a que éste formulara una referencia expresa a las citadas disposiciones⁸³. No se consiguió este objetivo, pero la remisión a Lecrim como normativa supletoria es suficiente, en principio, para entenderlas aplicables. Sin embargo, la falta de expresa referencia ha producido cierta desorientación.

Es indiscutible la aplicabilidad del art. 520 Lecrim⁸⁴.

Tampoco ofrece dudas el derecho a proponer diligencias⁸⁵ en sí mismo considerado, aunque no siempre prevea la LO una concreta oportunidad de proponerlas⁸⁶.

Que la proposición de diligencias debe dirigirse al o.j. y no directamente a la P.J., es claro, salvo una insinuación -porque no se produce con suficiente nitidez- de la Fiscalía General del Estado en el sentido de que el M.F. podría ordenárselas directamente a la P.J.⁸⁷. Ahora bien, ni es ése el sentido del art. 287 Lecrim⁸⁸, ni podría esto admitirse según la LO que atribuye sólo al juez la función de ordenar actos de investigación.

Pero, con una excepción⁸⁹, suele entender la doctrina que la práctica de los actos de investigación propuestos por las partes será judicial y no se ordenará a la P.J.⁹⁰.

⁸² Por LO 14/1983, de 12 de diciembre, se ha dado nueva redacción a los arts. 520 y 527 Lecrim.

⁸³ Véanse en DOMÍNGUEZ MARTÍN, *El procedimiento monitorio*, pp. 84-86 y 100 -las enmiendas- y pp. 104-105 -referencia a su rechazo-.

⁸⁴ PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 94; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 424-425, 431. No podría plantearse ninguna duda, puesto que la disposición es absolutamente clara en no distinguir entre detención policial y judicial.

⁸⁵ CFGE 4/1980, apartado 3, A); PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 114; LLOBELL, *El proceso por delitos*, pp. 34; FENECH, *El proceso*, p. 462. Expresamente con referencia a la proposición por el imputado PUEBLA, ob. cit., p. 89.

⁸⁶ CFGE 4/1980, apartado 3, A); FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *¿Es urgente la reforma del enjuiciamiento criminal?*, en Poder judicial, 1982-4 pp. 74-75; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 126. Esto explica, probablemente, que se haya centrado la atención en la proposición de diligencias en la querrela -así, p. ej., BONET, *El enjuiciamiento oral penal*, p. 797-. A mi juicio, como en la instrucción previa no hay momentos preclusivos para la realización de los actos, son admisibles las peticiones de actos de investigación prescindiendo del momento en que se formulan y darán lugar a órdenes complementarias de investigación.

⁸⁷ CFGE 4/1980, apartado 3, A); también en términos imprecisos PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 90-91; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 7.

⁸⁸ Véase *Supra*, nota 61.

⁸⁹ FENECH, *El proceso penal*, p. 462.

⁹⁰ CFGE 4/1980, apartado 3, A); LLOBELL, *El proceso por delitos*, pp. 34;

El resto de implicaciones de la contradicción quedan muy difuminadas: se formulan genéricas referencias al art. 118 Lecrim⁹¹, pero se presupone generalmente la inadmisibilidad de la intervención de las partes en los actos de investigación practicadas por la P.J. —que suele aducirse como razón para defender la práctica judicial de los actos de investigación no acordados de oficio—⁹² y la referencia al derecho a tomar conocimiento parece limitarse --en cuanto al imputado— a lo que dispone el art. 7-1, 2.^o⁹³.

Este panorama requiere una clasificación consistente en mantener una aplicación sin reticencias de la normativa supletoria, pero respetando las innovaciones de la LO. Partiendo de esto puede mantenerse: 1) que la proposición de diligencias ha de hacerse ante el Juzgado y a él corresponde su admisión; 2) que la práctica de los actos de investigación admitidos corresponde a la P.J. y que en ella tendrán intervención las partes personadas, pues el argumento utilizado en contra de esto carece de sentido al no distinguir la Lecrim, en orden al derecho a intervenir, entre actos de investigación ordenados de oficio o a instancia de parte⁹⁴; 3) que las partes personadas tienen derecho a tomar conocimiento de las actuaciones en cualquier momento; y 4) que los dos últimos derechos pueden limitarse mediante la declaración de secreto la cual no corresponde a la P.J. sino al juez⁹⁵.

10.— APERTURA DE JUICIO ORAL O SOBRESEIMIENTO

La LO no habla expresamente en ningún caso de apertura del juicio oral, pero la realidad jurídica que esos términos designan es indudablemente objeto de su regulación. La petición de apertura está implícita en la presentación del escrito de acusación: la idea de GÓMEZ ORBANEJA⁹⁶ aparece en esta normativa más claramente realizada aún que en los procedimientos de urgencia, en los que se reúnen en un solo acto la petición de la apertura y la calificación provisional de la acusación, pues la omisión de toda referencia expresa a la petición de apertura revela que ésta va implícita en la formulación de acusación. La resolución de apertura está igualmente presupuesta en una resolución que directamente se destina a ordenar una serie de actos preparatorios de la visita (art. 7).

Finalizada la instrucción se presenta ante los acusadores una alternativa trimembre: pedir el cambio de procedimiento, pedir el archivo de las actuaciones o formular acusación (art. 6-1).

⁹¹ PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 94; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 424-425.

⁹² El argumento está implícito en CFGE 4/1980, apartado 3, A) y LLOBELL, *El proceso por delitos*, pp. 34; lo expresa claramente PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 114.

⁹³ SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 431; ARAGONESES, *Instituciones*, p. 470; FENECH, *El proceso*, p. 464.

⁹⁴ La CFGE 4/1980, apartado 3, A), parte efectivamente de esta distinción que el art. 302 de la Lecrim no hace y se remite también a un art. de Lecrim (el 316) precisamente derogado en 1978.

⁹⁵ En la distribución de funciones entre el Juez y la P.J. se comprende que el juez declare el secreto y la P.J. ejecute esta orden. Entender que la P.J. pueda establecer el secreto según las circunstancias presupondría una delegación de la potestad del juez respecto a ello.

⁹⁶ Sobre lo absurdo de separar en momentos distintos la petición de apertura del juicio oral y la calificación acusatoria, GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), pp. 233-235.

El tratamiento procesal de los dos últimos términos de la alternativa constituye el índice de vigencia del principio acusatorio en un procedimiento penal⁹⁷.

Pero la regulación de estos extremos en los demás procedimientos por delito de Lecrim representa una garantía frente a acusaciones infundadas, bien directamente -como es el caso del deber judicial de sobreseer de oficio previsto en el art. 645 Lecrim- o bien indirectamente⁹⁸, por la incidencia que tienen sobre la procedencia de la apertura de juicio una previa resolución judicial de imputación (procesamiento⁹⁹, «encartamiento»¹⁰⁰), en unos casos, o que sea el M.F. quien acuse a una persona determinada¹⁰¹, en otros.

Pasemos a considerar, desde esos puntos de vista, la normativa de la LO.

Que la misma refleja, en primer término, la vigencia del principio acusatorio es inequívoco en base al art. 7-1 en sentido contrario: sólo si se ha formulado alguna acusación (por el M.F. o por el acusador particular) puede haber juicio oral¹⁰². El texto definitivo de la LO se ha separado del tratamiento inquisitivo que, para este aspecto, preveía el proyecto¹⁰³. Sólo subsiste la duda acerca de si el o.j. tiene el deber de «buscar acusador» con arreglo a la normativa supletoria de Lecrim: la solución debe ser positiva, pero con limitación a lo dispuesto en el art. 644, dado que el art. 5-1, par. 3 prohíbe que el ofrecimiento de acciones al ofendido paralice el procedimiento¹⁰⁴.

Pero, en segundo término, siempre que haya una acusación (del M.F. o del acusador particular) ¿deberá el juez abrir el juicio?

Los términos del art. 7-1 son tajantes en apoyo de una respuesta afirmativa¹⁰⁵. Pero no cabe conformarse con una interpretación literal del precepto. Vamos a analizarlo distinguiendo las diferentes situaciones que pueden darse¹⁰⁶.

1.^a Que exista alguna petición de cambio de procedimiento.

Si rigiera como supletoria la normativa del procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción habría que distinguir según la petición la hubiera formulado el M.F. o el acusador particular: en el primer caso, el juez quedaría vinculado por la petición (art. 791-4.^a Lecrim); en el segundo, la estimaría sólo si fuera procedente (artículo 791-5.^a Lecrim).

⁹⁷ En cuanto ilustra sobre si el órgano jurisdiccional puede o no abrir el juicio *ex officio*.

⁹⁸ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, II, Barcelona, 1952, pp. 202-203; PASTOR LÓPEZ, M., *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Valencia, 1979, p. 139.

⁹⁹ GÓMEZ ORBANEJA, ob. y lug. cit. en nota 98; GIMENO SENDRA, J. V., *El auto de procesamiento*, RGLJ, 1979-3, pp. 314-315.

¹⁰⁰ FERRER MARTÍN, *La reforma procesal*, p. 675. Véase el art. 730, par. 1, 3.^a; PEDRAZ PENALVA, E., *En torno al procedimiento de urgencia: especial consideración del atribuido a los juzgados de Instrucción*, en RDPro Iberoam, 1980, pp. 484-485.

¹⁰¹ Véase nota 100.

¹⁰² SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 430; BONET, *El enjuiciamiento oral*, p. 801.

¹⁰³ Sobre esto véase DOMÍNGUEZ, *El procedimiento monitorio*, p. 36.

¹⁰⁴ En favor del ofrecimiento, de acciones al ofendido BONET, *El enjuiciamiento oral*, p. 802.

¹⁰⁵ Así parece entenderlo LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 65-66.

¹⁰⁶ Los distintos trabajos sobre el nuevo procedimiento que venimos citando se ocupan de esta cuestión, aunque no de modo muy clarificador, a mi juicio. En el planteamiento del texto se han tenido en cuenta sus aportaciones, aunque se prescinda de citas puntuales.

Pero ya hemos advertido que este tratamiento no es adecuado en la LO: la situación postula una diferencia de peticiones (M.F. pide el cambio; acusador particular califica), que la Lecrim resuelve del modo antedicho, pero que la LO resuelve de modo distinto: según art. 7-1 basta la acusación del acusador particular para abrir juicio.

Pero ¿significa lo dicho que, en tal caso, debe abrirse el juicio? Yo entiendo que no, porque esto significaría no tanto de negar la petición de cambio, cuanto ni siquiera resolver sobre ella; también significaría vinculación a la petición del acusador particular, lo cual el legislador no se atrevió a establecer en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción porque supondría una restricción de las garantías procesales sin control jurisdiccional; lesionaría, por fin, la economía procesal en cuanto pudiendo el juez resolver de oficio la inadmisión en la sentencia (art. 791-8. pars. 4 y 5, en la medida en que son aplicables como normativa supletoria), se obligaría a desarrollar el juicio, aunque esta resolución pudiera ser ya adoptada a la vista de la situación existente antes de su incoación. Es rechazable además, por analogía con lo dispuesto en el art. 645 en relación con el 639 Lecrim¹⁰⁷.

2.ª Que se haya formulado una petición de archivo por alguno de los varios acusadores.

En el ámbito de la Lecrim hubiera descrito la situación de otro modo, al menos terminológicamente: hubiera hablado de petición de sobreseimiento.

Pero esto es, precisamente, un problema en la LO, que, en ningún caso, usa el término sobreseimiento. Cabe, sin embargo, cuestionarse si cuando el art. 6-1 habla de archivo se refiere —mal, por designarlo mediante su efecto menos significativo— al sobreseimiento o si quiere referirse a otro modo distinto de terminación o al menos paralización del proceso penal.

En cualquier caso no cabe pensar que al decir archivo haya creado la LO una nueva figura, dejando plenamente indeterminados sus presupuestos y efectos, y, menos aún, que haya abandonado su configuración a la discrecionalidad del juez o de los acusadores. Ese archivo habrá de estar normativamente configurado y habrá que buscarlo en la normativa supletoria.

En efecto, recurriendo a Lecrim, hallamos que del art. 789, 2, 1.ª se deduce que existen dos «archivos» distintos: un simple archivo porque, como consecuencia de las diligencias previas, los hechos aparecen como no constitutivos ni de delito ni de falta, equiparado a las resoluciones previstas en los arts. 269 y 313 Lecrim, sólo que acordado tras una breve investigación¹⁰⁸; el archivo que es consecuencia del sobreseimiento y al que el art. 5-1 se refiere implícitamente, *denominándole simplemente archivo*, al disponer que se ordene el archivo de las actuaciones con arreglo a lo previsto en el art. 789 Lecrim.

¹⁰⁷ De acuerdo con estos preceptos si el Tribunal considera que los hechos no son constitutivos de delito sobresee de oficio (art. 645, par. 1) y, del mismo modo, ordena remitir las actuaciones a juzgado de Distrito para su enjuiciamiento a título de falta (art. 639).

¹⁰⁸ FERRER MARTÍN *La reforma procesal*, pp. 658-659.

Admitamos, a efectos meramente dialécticos, que el art. 6-1 se refiere al primer archivo, es decir, al que no es consecuencia del sobreseimiento.

Pero ese archivo, como hemos indicado, sólo tiene una causa legal: que los hechos no sean típicos. Así las cosas, el juez sólo tendría dos opciones en presencia de una acusación y de una petición de archivo: o archiva por esa única causa legal o abre el juicio.

Es oportuno recordar, ahora, algo que ha llamado la atención a la doctrina en la normativa del nuevo procedimiento. Sin duda se producen durante la instrucción actos judiciales de imputación, a los que se vincula el efecto de permitir al sujeto pasivo de los mismos personarse para ejercitar su derecho de defensa (art. 118 Lecrim). Pero, a diferencia de lo que ocurre en los demás procedimientos por delito, ninguno de esos actos condiciona la eficacia de la acusación en orden a provocar la apertura de juicio frente a una persona determinada, de modo que en este procedimiento es posible que alguien se vea sometido a juicio en base a una acusación cuya fundabilidad no ha sido judicialmente determinada¹⁰⁹. Y, ahora, a diferencia del procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción, tampoco en cuanto a esa posibilidad incondicionada de acusar se distingue entre M.F. y acusador particular¹¹⁰.

A la vista de lo acabado de decir, ¿resulta aceptable mantener que el archivo del art. 6-1 es aquel simple archivo con su única causa legal y no el archivo derivado del sobreseimiento y, por tanto, de las diversas causas por los cuales puede ser solicitado este último?

A mi juicio no y por dos razones.

Primera, porque la situación prevista en el art. 6 de la LO es paralela no a la del art. 789 Lecrim —que tiene su correspondencia, por expresa remisión, con la prevista en el art. 5¹¹¹—, sino a la del art. 791 Lecrim: se ha dado traslado de las actuaciones a los acusadores para que formulen las peticiones correspondientes sobre la apertura de juicio oral o el sobreseimiento.

Segunda y fundamental, porque sólo si se entiende que ese archivo es el que corresponde al sobreseimiento puede impedirse la apertura de juicio sobre la base de una acusación infundada, al menos en el caso de que alguna de las partes (cabe pensar preferentemente en el M.F., obligado a la imparcialidad) pida el sobreseimiento por alguna causa, lo que permitiría al juez acordarlo y negar el juicio¹¹².

3. ^a Que es el único acusador o que todos los acusadores formulen acusación.

Es obvio que el juez no puede sobreseer por cualquiera de las causas legales (art. 645, pár. 2 Lecrim); pero ¿Tampoco por la causa 2.^a del art. 637 (art. 645, pár. 1 Lecrim)? Una respuesta negativa basada en la interpretación literal del art. 7-1, puede

¹⁰⁹ Véase *Supra*, notas 98 a 101 y texto sobre ellas y PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 85-86, 96-97, 133; ARAGONESES, *Instituciones*, p. 469; BONET, *El enjuiciamiento oral*, pp. 792-793.

¹¹⁰ CFGE 4/1980, apartado 3, A); LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 6.

¹¹¹ PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 122.

¹¹² No sólo no puede abrirse el juicio sin acusación (implícita en la petición de apertura) (art. 642), sino que no puede sobreseerse (salvo 645, pár. 1) sin que se haya pedido el sobreseimiento por alguna de sus causas (art. 645, pár. 2). La argumentación del texto se dirige a posibilitar esto último.

tener sentido en este caso. Obsérvese que el juez ha tenido oportunidad de denegar el juicio por esa causa en el trámite del art. 5-2 (remisión al art. 789 Lecrim) y, con posterioridad, a diferencia de lo que ocurre en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción, en el que se practican las diligencias preparatorias, no se realizan en este proceso nuevos actos de investigación que pueden justificar una modificación del enjuiciamiento.

11.— PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL: A) EN GENERAL

Bajo esta denominación se recogen una serie de actos bastante heterogéneos, caracterizados en conjunto por ser previos a la fase propiamente oral del proceso penal aunque ya no integrados en la instrucción previa, y por su función preparatoria de la vista. Esta última aparece incluso en el acto de acusación y en la calificación provisional de la defensa, destinados a entrar los términos del debate y de la actividad probatoria¹¹³.

12.— B) El « escrito » de acusación

Este acto presenta, en primer término, una diferencia formal con el correspondiente de los demás procesos ordinarios: denominarse escrito de acusación y no calificación provisional (art. 6-1). También es peculiar que, en caso de pluralidad de acusadores, el plazo para formular la acusación no es sucesivo, sino común (art. 6-1 y 2 en relación con el 5-1, par. 2).

Más importantes son, sin duda, las siguientes tres diferencias frente a la regulación de la calificación provisional: a) La no referencia a que deba contener la relación del hecho del que se acusa (véase, para la calificación provisional, art. 650-1.^a Lecrim); b) la admisibilidad de la acusación inicial por faltas no incidentales (no conexas) (art. 6-1, 2.^o); c) la admisibilidad de la pretensión civil de indemnización formulada como ilíquida (art. 6-1, 5.^a en contraste con 650, par. 2, 1.^o Lecrim).

a) En cuanto a la primera novedad, la doctrina, con dos excepciones, concuerda en considerarla una laguna¹¹⁴ que debe ser integrada y, consecuentemente, en que el escrito de acusación ha de contener una descripción de los hechos resultantes de la instrucción que proporcione el soporte concreto a la tipificación¹¹⁵. De otro modo opinan FENECH¹¹⁶ y LORCA¹¹⁷.

Los argumentos en favor de la primera tesis han sido: la necesidad de una afirmación de hechos para poder calificar jurídicamente, para que la defensa pueda conocerlos en orden a prestar conformidad o a estructurar, en otro caso, su labor

¹¹³ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), p. 237.

¹¹⁴ Una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista, dirigida a que se incluyera como requisito del escrito de acusación la narración de hechos, fue rechazada: DOMÍNGUEZ, *El procedimiento monitorio*, p. 114.

¹¹⁵ DOMÍNGUEZ, *El procedimiento monitorio*, pp. 41-42; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 439-440; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 132-133; LLOBELL, *El proceso por delitos*, p. 6; BONET, p. 803; CFGE 4/1980, apartado 3, A).

¹¹⁶ FENECH, *El proceso*, p. 464.

¹¹⁷ LORCA, *Estudio de la Ley Orgánica*, pp. 67-68, aunque muestra su extrañeza por la falta de este requisito.

defensiva y para deslindar el objeto procesal, que es un hecho y no un tipo penal abstracto.

En contra se ha advertido que el objeto de la conformidad no son los hechos, que en todo caso la defensa puede conocerlos en la documentación de la instrucción y que resultaría difícil deducir la descripción de los hechos de la muy limitada instrucción.

A mi entender el argumento fundamental en apoyo de la tesis mayoritaria -dejando aparte la crítica de la últimamente aludida dificultad que, verdaderamente, no existe ni en sentido material ni en sentido jurídico- es la importancia de los hechos para la delimitación del objeto del proceso. Ciertamente el objeto del proceso es el hecho tal como resulta de la actividad probatoria del juicio y no como lo narran los acusadores inicialmente, pero el sistema acusatorio postula que el hecho sentenciado no difiera del hecho por el que se acusó hasta tal punto de que ambos hechos sean distintos. Y por este mismo principio acusatorio tampoco es posible entender que basten para precisar el objeto del proceso los hechos resultantes de la instrucción, porque en el caso de que constituyeran una pluralidad de hechos delictivos, lo importante es determinar si se ha acusado sólo de algunos de ellos¹¹⁸ o de todos.

b) El art. 6-1, 2.º plantea fundamentalmente dos problemas: si la remisión al art. 800-3.ª vale sólo en cuanto a la referencia de éste a las faltas, o también en cuanto a la referencia a los delitos comprendidos en el art. 14-3.º Lecrim; segundo, qué sentido tiene el precepto en cuanto se refiere -por la remisión- a las faltas incidentales o no incidentales.

En cuanto a los primero hay que advertir que si de esa remisión no hay que excluir la referencia de 800-3.ª a los delitos de 14-3.º¹¹⁹, habrá que entender necesariamente que esos delitos han de ser distintos y conexos con los que constituyan objeto específico de este procedimiento. Otra conclusión sería absurda: los delitos del art. 14 3.º Lecrim -los que restan tras la «sustracción» operada por el artículo 1 de esta Ley- tienen, caso de no ser conexos con otros que originen diferente atribución competencial objetiva y distinto procedimiento, su procedimiento adecuado en el de urgencia de los Juzgados de Instrucción.

En cuanto al segundo problema ha de advertirse, previamente, que la admisibilidad del enjuiciamiento de faltas en los procesos por delito sólo existe en nuestro ordenamiento en dos casos: a) cuando son conexas con el delito y esa conexión existe en los supuestos del art. 142-4.ª, quinto Lecrim¹²⁰; b) en los procesos de urgencia cuando el hecho enjuiciado se califica como falta, admitiéndose entonces que se sentencie por este título (ese es el sentido del art. 800-3.ª y 4.ª cuando se refiere a faltas no incidentales).

En el nuevo procedimiento puede acusarse inicialmente por faltas no incidentales -a diferencia de los procedimientos de urgencia (artículo 790-3.ª)-. Sería absurdo entender que si los hechos se califican inicialmente sólo como falta fuera adecuado el nuevo procedimiento. Es más correcto interpretar que -de este modo tan

¹¹⁸ Sobre la reducción del contenido objetivo del proceso en las calificaciones provisionales véase DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, Pamplona, 1972, p. 93.

¹¹⁹ Y no hay que excluirla puesto que, como se ha concluido más arriba, estos delitos aun siendo culposos pueden enjuiciarse, si son conexos, en el procedimiento de la LO.

¹²⁰ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), p. 290.

indirecto- se ha introducido un nuevo supuesto de conexión delito-falta, consistente en la simple unidad de responsable (por tanto, con menos requisitos que el supuesto análogo de conexión entre delitos del artículo 17-5.º).

c) La tercera especialidad se comprende, en sí misma, fácilmente: no se requiere la precisión cuantitativa del objeto de la pretensión de condena a indemnización (como en 650, 2, 1.º), sino que es admisible la sola fijación de las bases de liquidación.

El problema surge en caso de conformidad (que es, en cuanto a la pretensión civil, auténtico allanamiento). Como Lecrim presupone que, en todo caso, la pretensión de condena es líquida (art. 688, 2; 689, 692), permite que en caso de conformidad -allanamiento- se dicte inmediatamente sentencia que, además, será líquida (art. 694); pero, si el acusado o el tercero responsable civil discute el *an debeat* o el *quantum*, impone la continuación del juicio limitadamente a la parte del objeto procesal civil que se mantiene litigioso (artículos 695, 2; 700, 1). En este proceso, teniendo en cuenta la especialidad referida, es posible que el acusado o tercero responsable civil se allane, sin que la cantidad de la indemnización haya quedado fijada ni por el allanamiento, ni por el resultado de la prueba. En tal caso: ¿procede, como establece art. 7-2, «dictar sentencia sin más trámites» con el carácter de ilíquida, reservando la liquidación para un incidente declarativo del proceso de ejecución? O, diversamente, ¿ha de realizarse el juicio oral sobre el extremo del *quantum* de la indemnización? El art. 984, 3 Lecrim conduce inequívocamente a la primera solución.

13.— C) Señalamiento de la vista del juicio

Formulada alguna acusación —viene a decir el art. 7-1—, si fuera procedente según las diversas situaciones antes consideradas —diríamos más correctamente—, se procederá de inmediato a señalar la fecha de celebración del juicio para dentro de los quince días siguientes y a realizar otros actos preparatorios.

Sin duda la intención del legislador es imprimir a esta fase procesal una gran celeridad. El plazo para resolver sobre el señalamiento es impropio y, como su duración no está fijada, se entenderá que ese acto ha de realizarse sin dilación (art. 198, 1 Lecrim y el propio art. 7-1: «se procederá de inmediato»). La LO sí que fija, en cambio, el plazo en que la vista deberá empezar una vez señalada, imponiendo al juez que la fecha de celebración se halle, en principio, dentro de los quince días a contar desde la resolución (art. 7-1, 1.º).

Ahora bien, la norma del art. 7-1, 1.º —aparte del margen de maniobra que, de hecho, permite al juzgado el plazo para resolver sobre el señalamiento— sufre dos excepciones según el art. 9.

Uno de los supuestos que permiten la excepción está perfectamente definido: los delitos de lesiones en cuya calificación influyen la duración de éstas y sus secuelas, de modo que hasta que la sanidad no esté acreditada no podría realizarse la vista. Esta norma requiere, sin embargo, alguna precisión. En primer término, parece que no excluye la aplicabilidad del primer inciso de la regla 6.ª del art. 785 Lecrim (no ser necesario el acreditamiento de la sanidad cuando proceda el archivo o el sobreseimiento), porque sólo se refiere al caso de que proceda el juicio oral, determinando la suspensión del señalamiento de la vista. En segundo lugar, sí que excluye en cambio el inciso segundo de aquella disposición, en el sentido de que siendo imprescindible el acreditamiento de la sanidad, el juicio no puede proseguir aunque el perjudicado lo pida y el M.F. no se oponga. Pero, en tercer lugar, la norma implícitamente permite que la influencia de la sanidad en la calificación no se produzca en la calificación provisional de la acusación (escrito de acusación), porque ésta ya se ha realizado cuando el señalamiento se aplaza por no hallarse acreditada la sanidad; será, pues, en calificaciones definitivas y en la sentencia, donde se tendrá en cuenta para la tipificación del delito; de no admitirse esta interpretación, la norma debería decir algo similar a lo que dispone el art. 790-2.ª Lecrim, aunque excluyendo el «en su caso».

El segundo supuesto de la excepción es más impreciso: «excepcionalmente, la práctica de cualquier otra diligencia esencial que no sea posible realizar en el plazo de quince días». El supuesto se concibe con extraordinaria restricción («excepcionalmente», «diligencia esencial»), pero no creo que deba entenderse establecido un ámbito de discrecionalidad en el que el juez pueda decidir si procede o no aplazar el señalamiento. Si un acto es esencial o no deberá deducirse de la ley; si es esencial, el aplazamiento es imperativo y no discrecional. El «excepcionalmente» no cabe entenderlo como que, por regla general, pueda prescindirse de actos esenciales preparatorios de la vista si no pueden tener lugar en el plazo de quince días, porque sería absurdo.

A la vista de lo dicho, pienso que este impreciso segundo supuesto puede concretarse en los siguientes actos: práctica de las citaciones de las partes; traslado

para calificación provisional de la defensa; actos preparatorios de los medios de prueba admitidos.

14.—D) Calificación provisional del acusado y del tercero responsable civil y conformidad

Al tiempo que se señala la vista, se ha de dar traslado a los acusados del escrito de acusación para que formulen calificación provisional, requiriéndoles, en su caso, para que nombren Abogado y Procurador o nombrándoles de oficio (art. 7-1, 2.º y 2). Estas actuaciones impondrán normalmente que deba suspenderse el plazo de quince días.

Como es sabido, el acusado carece —salvo restringidísimas excepciones— de capacidad de postulación, por lo que ha de actuar en el proceso mediante abogado y procurador. Por otro lado, su defensa mediante el órgano de postulación no es una carga suya, sino que el ordenamiento la impone, en último extremo, prescindiendo de su voluntad¹²¹. Esto implica que el plazo de cinco días para calificación provisional de la defensa no pueda transcurrir válidamente, sino desde el momento en que conste en el proceso que la capacidad de postulación del acusado está integrada¹²².

Si el acusado ha nombrado ya abogado y procurador, puede ordenarse el traslado de la acusación sin más preámbulos. Pero, en otro caso, es preciso requerirle previamente para que los nombre y nombrarles de oficio si fuera negativo el resultado del requerimiento. Es muy optimista pensar que estos actos, más luego los necesarios cinco días para calificar, puedan realizarse en el plazo máximo de quince días¹²³. Primera posibilidad, pues, de que ese plazo no se respete.

Por lo dicho antes, aunque la calificación no se presente dentro del plazo de los cinco días, la vista no puede empezar¹²⁴. Cualquier anomalía en el cumplimiento del plazo de calificación de la defensa comporta una nueva posibilidad de suspender el plazo de los quince días.

La razón de estos dos supuestos de suspensión del plazo de los quince días se halla en que, a diferencia de lo dispuesto en el proceso de urgencia J.I. (art. 791-7ª, par. 4), el plazo no se fija cuando han concluido los actos preparatorios —incluida la calificación de la defensa—, sino con anterioridad a algunos de ellos.

¹²¹ GIMENO SENDRA, J. V., *La naturaleza de la defensa penal y la intervención del defensor en la instrucción*, en RD Pro Iberoam, 1977, pp. 103-145; MORENO CATENA, *La defensa*, pp. 107-116.

¹²² SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 442. No muy claro sobre esta cuestión PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 138.

¹²³ SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, pp. 428-429, 440.

Por otra parte, aunque se pudiera, es obvio que el plazo de cinco días para calificación y proposición de pruebas es insuficiente para que un abogado que no ha seguido el desarrollo de la instrucción —por haber sido nombrado al darse traslado para calificar o como consecuencia de las dificultades interpretativas apuntadas sobre la intervención en aquella fase procesal—, pueda preparar una defensa eficaz. Este inconveniente se agrava por las insistentes referencias a la excepcionalidad en el aplazamiento de señalamientos y en la suspensión del juicio, que contribuirán a rigорizar una práctica ya restrictiva en estas cuestiones.

¹²⁴ SERRA, *El juicio oral*, en *Estudios*, pp. 774-775; RAMOS MÉNDEZ, F., *La situación del enjuiciamiento criminal en España*, en *Justicia* 83-111, p. 562.

Por lo demás, la calificación provisional de la defensa no presenta ninguna especialidad respecto a la normativa de Lecrim, con las excepciones (art. 7-2, pár. 1) de que 1) el plazo de calificación, si hubieran varios acusados, no es sucesivo sino común para todos ellos; y 2) no se da traslado de los autos para calificar, sino sólo del escrito de acusación, poniéndose los autos de manifiesto en secretaría.

Tampoco hay especialidad en punto a la conformidad del acusado, salvo que pueda entenderse que no se limita su admisibilidad a dos momentos del procedimiento (calificación de la defensa, apertura de la, vista), haciéndola admisible en cualquier momento del procedimiento posterior al acto de acusación y anterior a la conclusión de la vista (art. 7-2). En cuanto a sus restantes presupuestos y a sus efectos rige Lecrim.

La LO no se refiere al traslado para calificación al tercero responsable civil. Ha de regir en este punto la normativa supletoria, pues no hay motivo para pensar que, en caso de legitimación pasiva de tercero no responsable penal, la pretensión civil no se acumula y, presupuesta su acumulación, pronunciarse sobre ella sin dar oportunidad de defensa sería inconstitucional (art. 24-1 CE).

15. – E) Problema de la admisibilidad de artículos de previo pronunciamiento

No cabe duda de que las cuestiones enunciadas en el art. 666 Lecrim puede proponerse en este proceso -tanto por las partes acusadoras como por las acusadas- para que resuelva sobre ellas el o.j.

El problema es si estas cuestiones pueden proponerse antes de formularse el escrito de acusación o el de calificación provisional para que sean objeto de tratamiento y resolución separada y previa -como ocurre en el proceso ordinario y en el de urgencia de la Audiencia Provincial-, o si, diferentemente, habrán de proponerse en esos mismos escritos y ser objeto de discusión en el juicio y de resolución en la sentencia final -como en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción-: «También se propondrán (en el escrito de calificación provisional) cuantas cuestiones puedan plantearse, que serán resueltas en la sentencia» (art. 790-3.^a Lecrim)¹²⁵.

La remisión genérica a Lecrim¹²⁶ no resuelve, obviamente, el problema. El profesor FENECH se inclina por el planteamiento y resolución previas, de acuerdo con las normas del procedimiento de urgencia de la Audiencia Provincial¹²⁷.

A mi modo de ver, el recurso -sin duda necesario- a la normativa supletoria debe limitarse a lo que la propia LO no haya regulado. De los artículos 6-1 y 7-2 se deduce una regulación en -sentido negativo del planteamiento previo de las cuestiones del art. 666 Lecrim. Consecuentemente, la normativa supletoria adecuada es la del procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción que, partiendo de la misma prohibición, añade luego la posibilidad de planteamiento acumulado y la disposición de que estas cuestiones serán resueltas en la sentencia¹²⁸.

¹²⁵ FERRER MARTÍN, *La reforma procesal penal*, pp. 676-677, 694.

¹²⁶ PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 142-143.

¹²⁷ FENECH, *El proceso*, p. 465.

¹²⁸ Así, también, BONET, *El enjuiciamiento oral penal*, p. 803.

16.— F) Actos relativos a la prueba

Hay que distinguir tres tipos de actuaciones.

a) Proposición de la prueba y enjuiciamiento de su admisión.

En los escritos de acusación las partes acusadoras (art. 6-1, par. 3) y, en las calificaciones provisionales, las partes acusadas (art. 7-2), tienen la posibilidad procesal de proponer medios de prueba. Ese momento, a diferencia del proceso ordinario y de modo similar a los procesos de urgencia (art. 800-1.º y 791-8.a Lecrim) no es preclusivo, porque la prueba puede también proponerse en la vista, aunque su admisión está entonces condicionada por un presupuesto adicional, como veremos.

En cuanto a la forma de proponer cada medio de pruebas rigen las normas de Lecrim para el proceso ordinario (arts. 656, 657 Lecrim), que, por lo demás, son incompletas porque sólo se refieren a la testifical y a la pericial y, aun respecto a la última, no contienen indicación alguna sobre la determinación del objeto de la pericia. Un cumplimiento estricto de los requisitos de proposición de los medios de prueba es, en principio, condicionante de la admisibilidad de los medios en apelación en el caso de que no hubieran sido admitidos o practicados en la primera instancia (art. 11-1 en relación con el artículo 792-2.º Lecrim).

La admisión de los medios de prueba depende, aparte de su pertinencia (art. 8), de su correcta proposición formal y de la legalidad del medio propuesto, bien sea en general, bien en especial. Especialmente en este proceso, por la remisión del art. 10-1 al art. 791-8.ª Lecrim y de éste al art. 800 Lecrim, el juez puede acordar que la prueba pericial se practique por un solo perito, a diferencia del proceso ordinario en el que debe practicarse por dos como mínimo (art. 459, par. 1, art. 484 Lecrim).

No rige, en consecuencia, el peculiar límite a la admisión que, en el proceso de urgencia J.I., establece el art. 791-6.ª, par. 2: que las pruebas no se hayan practicado en las diligencias preparatorias por causas ajenas a la voluntad del proponente o que hubieran sido practicadas sin su previa citación. No rige, ni podría regir, porque si la LO se cumple en sus estrictos términos, los actos de investigación (no las pruebas) practicadas durante la instrucción previa no se habrán realizado como actos procesales con intervención judicial, sino por la policía judicial. La distinción entre acto de investigación y acto de prueba, no menos clara en los restantes modelos procesales aunque en ellos la investigación sea también judicial¹²⁹, es, en este proceso, radical. Como se ha advertido por la CFGE 4/1980 (3, B): «dado que es posible llegar a esta fase final del procedimiento tras un simple escrito de acusación construido sólo sobre los actos de investigación practicados por la policía judicial, bien puede decirse que las pruebas de carácter propiamente judicial pueden serlo únicamente las del juicio oral las cuales «proyectarán una influencia más decisiva que en los demás, procesos sobre la alternativa condena-absolución». Estas afirmaciones han de admitirse con reparos, porque no es menos cierto que en los demás procesos -excluido el de urgencia del Juzgado de Instrucción- la investigación previa aunque sea judicial carece de la eficacia de la actividad probatoria. Sin embargo, son reveladoras de que la degradación que ha sufrido en la práctica la distinción entre acto de investigación y de

¹²⁹ Véase mi *Eficacia probatoria del acto de investigación*, pp. 367-385.

prueba no debe alcanzar a este procedimiento, por el carácter no judicial de la investigación.

b) Preparación de la práctica de la prueba.

En algunos casos es necesaria la realización de específicos actos preparatorios de los medios de prueba admitidos para que puedan ser practicados en la vista. Estos actos han de realizarse antes de que la vista se inicie, lo cual, como dijimos antes en 11, puede motivar a la norma sobre señalamiento.

La prueba testifical ha de ser preparada en el caso de que, al proponerla, la parte hubiera pedido que los testigos o alguno de ellos ha manifestado que se encargará ella misma de hacerlos concurrir que se tenga que hacer uso de la excepción, establecida en el art. 9, fuera citado judicialmente (art. 656, par. 2 Lecrim), consistiendo la preparación precisamente en la práctica de la citación (arts. 659, par. 5, 660, 661 Lecrim). La preparación no es necesaria si la parte ha manifestado que se encargará ella misma de hacerlos concurrir a la vista.

La preparación de la prueba pericial puede ser necesaria por varias razones y consistir en diferentes actos. Si se requiere la práctica de algún reconocimiento previo, éste debe realizarse antes de la vista para evitar una eventual suspensión (art. 725 Lecrim) que esta Ley sólo permite en términos muy restrictivos (art. 10-1, 4.ª). Otro acto preparatorio de la pericial la resolución de la recusación de peritos que haya podido plantearse (arts. 662-663 Lecrim).

La preparación de la prueba documental adolece en la Lecrim de falta de regulación. No precisa ser preparada cuando los documentos han sido incorporados a las actuaciones en la instrucción previa y cuando la propia parte los acompaña al escrito de acusación o de calificación provisional, salvo que en estos casos se solicita cotejo con documentos originales. Las aportaciones documentales pueden también producirse hasta la apertura de la vista (Disposición final primera en relación con art. 799, par. 3 Lecrim), aparte de la posibilidad de realizarlas en la misma vista que luego veremos. Precisa de preparación cuando las partes la proponen solicitando del Juzgado que requiera de otros organismos o, en general, de terceros la aportación de documentos.

La prueba de inspección ocular requiere no sólo preparación anterior a la vista, sino que es un supuesto típico de necesidad de práctica anticipada.

c) Práctica anticipada de la prueba.

El art. 8 regula la práctica anticipada de la prueba respondiendo al planteamiento correcto de considerarla como una excepción justificada a la concentración de la vista. Es una norma -similar, por no decir idéntica, a la del art. 657, par. 2 Lecrim, aplicable al proceso ordinario y al de urgencia de la Audiencia Provincial (como se deduce, para el último, de art. 799, par. 4 Lecrim) y absolutamente diferente a la del art. 791-6.ª par. 1 Lecrim (aplicable en urgencia del Juzgado de Instrucción). Esta última disposición significa, pura y simplemente, un «despedazamiento» de la unidad de la vista, que depende de una decisión del juez ni

siquiera discrecional, sino meramente arbitraria y que conduce a la absoluta negación de la concentración.

Frente a eso, el art. 8 no autoriza incondicionalmente la práctica de pruebas antes del juicio oral sino que la hace depender de que las pruebas no puedan practicarse en el juicio.

Esta previsible imposibilidad —presupuesto de la anticipación— puede ser absoluta -la prueba no será previsiblemente practicable en ningún momento y lugar- o relativa -no podrá practicarse en el acto del juicio ya señalado-.

17.— EL JUICIO ORAL:

A) En general

La regulación del juicio oral está integrada por una normativa específica para este proceso («las siguientes particularidades » a las que se refiere el art. 10) y por una normativa supletoria expresamente invocada por el art. 10 («las normas establecidas en el art. 791, regla 8.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal»). Ahora bien, si se atiende a esta última disposición se observa cómo continúa la «cascada» de remisiones a normativas supletorias pues, a su tenor, «el juicio oral se celebrará ajustándose a la forma ordinaria, con las modificaciones establecidas en los artículos 800 y 801 de la Ley en cuanto sean aplicables» y, desde luego, con arreglo a las normas específicas establecidas en la propia regla 8.ª del art. 791.

Para aclarar, al menos formalmente, este complejo panorama de remisiones normativas, puede decirse que son aplicables a falta de específica disposición contenida en el grupo normativo aplicable con preferencia, las siguientes normas: 1) las normas específicas del artículo 10; 2) las normas específicas del juicio oral del proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción de la Audiencia Provincial (artículos 800 y 801 Lecrim); 3) por fin, las normas del juicio oral del proceso ordinario (arts. 680 y sigs. Lecrim).

De todo ello sólo han de estudiarse ahora las normas específicas del art. 10.

18.— B) Régimen jurídico de la incomparecencia del acusado y del tercero responsable civil

El art. 10-2.ª, par. 2 establece, en definitiva, el mismo régimen jurídico que el art. 791-8.ª, pár. 2 Lecrim para el procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción. Sólo hay una especialidad: la iniciación del juicio es momento preclusivo para la alegación del impedimento de comparecer, aunque una interpretación teleológica del precepto permitiría excepcionar esta norma de preclusión en algunos supuestos¹³⁰.

Aunque el carácter esencialmente no específico de esta regulación nos eximiría de extendernos sobre la misma, es conveniente efectuar tres consideraciones.

¹³⁰ Sobre esto véase mi *La ausencia del imputado en el proceso penal*, en RD Pro Iberoam, 1978, pp. 460-463.

Primera, que la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, se limita al supuesto de incomparecencia y sólo si concurren determinados requisitos, de modo que el régimen jurídico de la rebeldía permanece intangible en los términos de Lecrim y es aplicable en el nuevo procedimiento¹³¹.

Segunda, que el hecho de que la citación personal en sentido estricto sea presupuesto de la celebración del juicio en incomparecencia, no significa -como parece dar a entender el art. 7-1, que ése sea el único modo válido de citación del acusado y del tercero responsable civil¹³².

Tercero, que la interpretación literal del art. 10-2^a, pár. 2, en cuanto equipara el tratamiento de la incomparecencia del tercero responsable civil con la del acusado, conduce a resultados contrarias a los de la interpretación sistemática del precepto¹³³.

19.— C) Nueva posibilidad de proposición de prueba. Práctica de la prueba

De modo similar a los procesos de urgencia (art. 800-1. ^a Lecrim), es admisible también la proposición de prueba formulada en el acto del juicio (art. 10-3. ^a).

La admisibilidad de esta prueba depende, en primer término, de su pertenencia y, en segundo lugar, de que pueda «practicarse en el acto». Esto último significa, a mi entender, que el medio de prueba propuesto no precise de preparación, sino que pueda procederse a su práctica de modo inmediato. Esta limitación es comprensible porque, en otro caso, la posibilidad de proponer prueba en el juicio podría utilizarse como táctica dilatoria.

Decía que esta norma es similar a la del art. 800-1. ^a, similar pero no igual. En el art. 899-1. ^a se limita temporalmente la posibilidad de proposición al momento en que el presidente pregunta a las partes si tienen nuevas pruebas que aportar lo que ocurre apenas iniciado el juicio, después de que el trámite de conformidad haya dado resultados negativos. Del art. 10-3. ^a no se deduce esta limitación, por lo que la proposición de nuevas pruebas es admisible hasta el momento en que concluya la fase del juicio oral destinada a la práctica de la prueba.

La práctica de la prueba se somete a la normativa ordinaria de Lecrim, con la especialidad, derivada de la aplicación preferente de las normas de los procesos de urgencia, de que la prueba pericial puede practicarse por un solo perito (art. 10 en relación con 791-8. ^a y con 800-2. ^o, los dos últimos de Lecrim).

20.— D) Calificaciones definitivas

¹³¹ ORTELLS, *La ausencia del imputado*, pp. 434-450.

¹³² ORTELLS, *La ausencia del imputado*, pp. 450-453, 463-466.

¹³³ Ni el régimen de la rebeldía del imputado en el proceso penal es aplicable al tercero responsable civil (arts. 834 sigs. Lecrim), ni en el juicio oral del proceso ordinario por delitos graves había -ya antes de la reforma de 1967- obstáculo a su realización en caso de incomparecencia del t.r.c. (arts. 700, pár. 1 en relación con el 695 Lecrim). No tendría sentido pensar que el art. 791, 8.^a, pár. 2 Lecrim (y también el art. que comentamos) han pretendido aumentar las garantías para esta parte y disminuir las del acusado- todo ello en comparación con las que ofrece el proceso ordinario por delitos graves.

Respecto a las calificaciones definitivas el art. 10-5.^a introduce la especialidad de su formulación oral en todo caso. En los demás procesos han de presentarse por escrito (arts. 732, 800-3.^a Lecrim), aunque en la práctica no se exige la presentación de un nuevo escrito en el caso de que las partes se limiten a elevar a definitivas sus calificaciones provisionales.

Por la importancia de la calificación definitiva de la acusación para determinar la correlación de la sentencia con la misma, es necesario que su contenido se documente suficientemente en el acta.

Sobre las repercusiones de la calificación definitiva en orden a la competencia objetiva y a la adecuación del procedimiento ya se ha tratado antes¹³⁴.

21.— E) Informes y formulación eventual de alegaciones sobre la suspensión de la condena

Si pudiera interpretarse el art. 10-5.^a en el sentido de que cada parte informa inmediatamente a continuación de formular su calificación definitiva, esa interpretación debería rechazarse. Lo advierto porque el texto de la disposición es algo equívoco sobre ese aspecto.

Los informes finales se realizan después de la formulación de las calificaciones definitivas por todas las partes, con el objeto de que cada una de ellas pueda tomar postura frente a la calificación definitiva de las demás y, en su caso, frente a la tesis propuesta por el juez en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 733 Lecrim. Estos actos se realizan, pues, en el mismo orden que en el proceso ordinario (arts. 732-734 Lecrim), que no sufre alteración en la regulación de los procesos de urgencia.

Sí que constituye, en cambio, una especialidad la admisibilidad de formular eventualmente en los informes, alegaciones sobre la suspensión de la condena. En los demás procesos, la audiencia de las partes (no de todas, sino sólo del M.F. o del legitimado para instar la persecución de delitos no perseguibles de oficio¹³⁵) con este fin, se produce después de la firmeza de la sentencia que haya condenado a pena susceptible de suspensión. En este proceso se obliga a formular estas alegaciones con carácter eventual, es decir para que tomadas en consideración si se dicta sentencia de condena a pena susceptible de remisión, con lo que se consigue eliminar el incidente posterior a la firmeza de la sentencia.

22.— F) Suspensión e interrupción del juicio oral

Sobre la materia de suspensión e interrupción del juicio incide la regla 4.^a del art. 10. Es necesario determinar el preciso alcance de esta especialidad, no muy claro a primera vista.

¹³⁴ *Supra*, apartado 5.

¹³⁵ No parece correcto entender que por la genérica referencia a las partes del art. 10, 5.^a LO se haya ampliado el círculo de las partes que deben ser oídas antes de resolver sobre la remisión, cuya determinación puede verse en FENECH, *Derecho*, II, pp. 1439-1440.

En primer término hay que advertir que la nueva norma no supone que los supuestos de suspensión del juicio queden limitados en este proceso al de la imposibilidad de practicar en el acto un determinado medio de prueba que se considere imprescindible¹³⁶. Lo que ocurre es que la norma sólo introduce innovaciones en ese supuesto de suspensión, pero ésta cabe también por todos los restantes supuestos previstos en el art. 746 Lecrim, que es aplicable en este proceso en virtud del juego de remisiones normativas (art. 10, párr. 1 al art. 791-8.^a Lecrim; de éste al art. 801 Lecrim; del párr. 1 del último al art. 746).

Veamos ahora cuál es el alcance innovador del art. 10-4.^a respecto a los arts. 746 y 801 Lecrim. En primer término, aquella norma se refiere a la suspensión del juicio para practicar cualquier medio de prueba, mientras que éstas sólo contemplan directamente la suspensión por incomparecencia de algún testigo y, por tanto, con el fin de practicar una prueba testifical momentáneamente imposible y, de modo indirecto, la suspensión para practicar el reconocimiento judicial y la prueba testifical en el domicilio del testigo residente en la sede el Tribunal, en cuanto para estos fines toda la Sala o uno de sus miembros ha de constituirse fuera del lugar de las sesiones (artículo 746-2.º en relación, respectivamente, con arts. 727 y 718 Lecrim).

En segundo lugar, en su específica proyección sobre la prueba testifical, el art. 10-4.^a elimina la restricción establecida en el art. 801 par. 3 Lecrim -consistente en limitar la suspensión al caso de que, considerada la declaración prestada por el testigo en el sumario, el Tribunal no se estimará suficientemente informado con el resto de la prueba practicada en el juicio y con la declaración sumarial- y, esencialmente, reinstaura el presupuesto de suspensión en la formulación del número 3.º del art. 746 Lecrim. Esto implica que, para determinar si es imprescindible la declaración del testigo no comparecido, el Tribunal ha de hacer abstracción del contenido de la declaración que hubiera podido prestar en la instrucción previa¹³⁷.

Por fin, en cuanto a los restantes medios de prueba, el art. 10-4.^a aparte de reconocer directamente la posibilidad de suspender el juicio para hacer posible su práctica, subordina en general la posibilidad de suspensión a que se trate de una prueba imprescindible. Es decir, ha de ser una prueba susceptible de decantar en un sentido o en otro la consideración como probado de cualquier hecho jurídicamente relevante, sin que ese mismo resultado se haya obtenido o pueda obtenerse con la práctica de otras pruebas admitidas.

El art. 10-4.^a no es, en cambio, innovador en cuanto excluye que la suspensión del juicio por imposibilidad de practicar pruebas consideradas imprescindibles se convierta en interrupción del juicio. Eso mismo ya lo excluía el art. 749 a *sensu contrario*. Terminada la suspensión, el juicio continúa desde el momento en que se suspendió, sin tener que reproducirse desde el principio. La disposición es, no obstante, incorrecta al decir que el nuevo juicio (mejor: sesión) se limitará a la práctica de nuevas pruebas. En efecto, si el juicio se suspendió en la fase probatoria, ha de

¹³⁶ También en el sentido de no excluirse los restantes supuestos del art. 746 Lecrim, PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 158-160.

¹³⁷ Sobre la interpretación de estos dos artículos de Lecrim, véase mi *Eficacia probatoria*, pp. 403-407.

continuarse en esa fase, a la que seguirán la formulación de las calificaciones definitivas y los informes¹³⁸.

Es obvio, por lo acabado de decir, que el art. 10-4.^a deja intactos los supuestos de interrupción de la vista (art. 749), de modo que es innecesaria una expresa aclaración sobre la vigencia de los mismos en este proceso¹³⁹.

23.— LA SENTENCIA

Son tres las innovaciones a destacar: una referida a la motivación fáctica de la sentencia, la posibilidad de pronunciamiento oral del fallo en el acto del juicio y la declaración de firmeza de la ausencia por consentimiento de todas las partes en el acto del juicio.

De acuerdo con el artículo 10-6.^a, pár. 1 la sentencia no está correctamente motivada en cuanto a los hechos si solamente se expresa en ella qué hechos han quedado probados, sino que ha de expresar también qué pruebas han conducido a estimar probados esos hechos y mediante qué razonamiento sobre las mismas ha llegado el juez a un determinado resultado probatorio. Es decir, no basta con expresar el resultado de la operación, sino también los factores tenidos en cuenta y la operación misma.

La norma --en principio, aparentemente formal- permitirá corregir una concepción incorrecta del principio de libre apreciación de la prueba. Este principio sólo significa que ninguna norma legal impone al juez, dados ciertos presupuestos, que tenga por probado o no un determinado hecho, pero no le autoriza a llegar arbitrariamente a una declaración de hechos probados sino que le deja libre para llegar a la conclusión de acuerdo con las reglas (culturales) a las que debe ajustarse el razonamiento humano para ser calificado como correcto.

Al amparo de la expresión ambigua del art. 741, pár. 1 Lecrim («apreciando, según su conciencia, las pruebas...») y de una disposición sobre la motivación, no exclusiva, pero si excesivamente insistente sobre la «declaración de hechos probados» (art. 142-2.^a Lecrim), se ha mantenido entre nosotros una tesis contraria a la antes expresada. De ella se resiente la CFGE al reconocer a la nueva disposición una incidencia sobre el mismo sistema de valoración de la prueba en nuestro proceso penal¹⁴⁰. Eso es excesivo: la apreciación de la prueba continúa siendo libre; la nueva disposición supone un mecanismo formal que forzará a que ese sistema de valoración sea rectamente aplicado¹⁴¹.

Otra desviación en la concepción del principio de libre apreciación puede ser corregida mediante esta norma. Libre apreciación tampoco significa posibilidad de tomar en consideración todo dato relevante para la prueba de los hechos cualquiera sea

¹³⁸ FENECH, *El proceso*, p. 466. Contra lo que dice GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), p. 361, no creo que esto suponga una ruptura de la unidad de acto, más de lo que ya la implican los supuestos de suspensión previstos por Lecrim.

¹³⁹ Lo aclaran, aunque de modo incompleto, CFGE 4/1980, apartado 3, B); FENECH, ob. y lug. cit., nota 138; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 444.

¹⁴⁰ CFGE 4/1980, apartado 3, B).

¹⁴¹ Así FENECH, *El proceso*, p. 467; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 42-45, criticando las afirmaciones de la CFGE cit. en nota 140.

el modo en que haya sido conocido por el juez¹⁴². El ámbito de lo que el juez puede valorar está acotado por las normas procesales: la prueba practicada en el juicio oral (art. 741, par. 1, Lecrim), la prueba practicada anticipadamente o mediante auxilio judicial y los actos de investigación de la instrucción previa, pero en cuanto a estos últimos, sólo si se dan los presupuestos del art. 730 Lecrim y si se introducen en el juicio en la forma por él escrita (lectura)¹⁴³.

La nueva disposición, en cuanto obliga formalmente al juez a expresar en la sentencia los medios de prueba en que funda su convicción, permitirá el control¹⁴⁴ en el recurso de apelación de la infracción de aquellos límites en cuanto al material probatorio susceptible de ser tomado en consideración.

El art. 10-6.^a, par. 2 le permite al juez anticipar oralmente el fallo en el acto del juicio.

No se trata propiamente de una sentencia *in voce* como la prevista en el proceso laboral¹⁴⁵, porque aquí sólo se formula oralmente el fallo o parte dispositiva, siendo en todo caso preceptiva, posteriormente, la formulación escrita de la sentencia completa, con la motivación.

Si bien la norma no impone ni una formulación sumaria de la motivación en ese acto, la formulación oral del fallo debe ser completa, es decir no cabe ni dejar para la redacción escrita de la sentencia la resolución de alguno de los objetos del proceso (si fueron varios), ni condenar genéricamente a reserva de ulterior determinación de la clase y cuantía o duración de la pena. Lo último sólo es admisible en cuanto a la pretensión procesal civil acumulada (art. 984, par. 3 Lecrim).

Hay que entender, por otra parte, que el fallo es vinculante para el juez desde el momento en que lo emite y no desde el momento en que firme la sentencia, como dispone el art. 161 Lecrim para el caso de sentencia escrita.

La posterior redacción por escrito de la sentencia ha de ser coherente con el fallo precedentemente emitido, en el sentido de que la motivación ha de ser adecuada para fundamentar ese fallo. En la discordancia pueden hallarse motivos para la apelación de la sentencia. Es cierto que esto no ocurre diferentemente cuando fallo y motivación son simultáneos, sólo que es más probable, de hecho, que las discordancias se produzcan cuando no existe simultaneidad.

En la práctica pueden haber reticencias frente al uso de esta posibilidad por el temor a que un enjuiciamiento apresurado se convierta en fuente de errores¹⁴⁶. Sería una obviedad indicar que se utilizará en casos que le resulten claros al juez. Pero sí

¹⁴² Sobre la utilización del principio de libre apreciación para legitimar la toma en consideración, por el Tribunal del juicio, de la instrucción previa, véase mi *Eficacia probatoria*, pp. 370-371, 377-379.

¹⁴³ ORTELLS, *Eficacia probatoria*, pp. 383-385.

¹⁴⁴ Control difícil con la norma de motivación del art. 142, la Lecrim: ORTELLS, *Eficacia probatoria*, pp. 416-417.

¹⁴⁵ Sobre ésta véase MONTERO, J., *El proceso laboral*, I, Barcelona, 1982, pp. 166-167; RODRÍGUEZ SANTOS, B., AVILA ROMERO, M., *Comentarios a la Ley de procedimiento laboral*, II, 1981, p. 333.

¹⁴⁶ FENECH, *El proceso*, p. 467; PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 161-162; BONET, *En enjuiciamiento oral penal*, p. 805.

que tiene interés advertir que el óbice más decisivo provendrá generalmente de la dificultad de la *quaestio iuris*, porque, al menos en cuanto al más fácil recuerdo de los resultados probatorios, este momento parece el más oportuno para que el juez forme su juicio sobre los hechos.

El art. 10-7.^a se refiere a dos cosas distintas: expresamente, a la posibilidad de que la sentencia cuyo fallo se ha emitido *in voce* sea declarada firme en el mismo juicio oral si todas las partes la consienten; implícitamente, al consentimiento de la sentencia por alguna de las partes, que sólo implica la pérdida por ella de la posibilidad de recurso, pero no la firmeza de la sentencia.

Específicamente respecto al primer tema sólo es necesaria la advertencia de que se requiere el consentimiento de la sentencia por todas las partes; también, en su caso, del actor civil y del tercero responsable civil, aunque la norma olvide referirse a ellos, porque las otras partes no pueden disponer de derechos procesales ajenos.

Respecto a ambos temas, dos consideraciones.

Primero, que por las referencias al condenado y a la condena pudiera entenderse que el consentimiento del fallo en el acto del juicio sólo es admisible si la sentencia es de condena. El principio de igualdad sufriría, con esta interpretación, una excepción injustificada¹⁴⁷. Una interpretación más correcta es que resulta admisible el consentimiento cualquiera sea el sentido del fallo, pero que, en caso de ser éste condenatorio, se requiere -tanto para la firmeza como para la pérdida del derecho a recurrir- el doble consentimiento del defensor técnico y del condenado.

En segundo lugar, surge el problema de la impugnabilidad del fallo declarado firme (o de su impugnabilidad por la parte que lo hubiera consentido), en el caso de que los vicios aparezcan en la redacción escrita de la sentencia¹⁴⁸.

La doctrina lo resuelve en sentido negativo¹⁴⁹ o se limita a aconsejar que no se haga uso de la facultad de consentir la sentencia¹⁵⁰, probablemente porque no se ha formado una opinión segura sobre la solución que corresponde al problema expuesto.

A mi juicio la solución negativa sólo es indiscutible cuando los vicios que motivarían la impugnación queden explícita o implícitamente cubiertos por el fallo consentido. Es, en cambio, dudosa, en caso de divergencias entre el fallo oral y el fallo escrito o cuando la motivación fáctica resulte insuficiente o inadecuada para fundar el fallo emitido.

Por fin, resulta claro que el art. 10-7^a no implica que el plazo para interponer el recurso de apelación tenga su *dies a quo* en el momento en que se emita oralmente el fallo. La norma sólo contempla la eficacia de unos actos de consentimiento que las partes pueden realizar (facultativamente) si el fallo se emite en el juicio. El plazo del recurso continúa comenzando el día siguiente al de la última notificación de la sentencia escrita (art. 212, pár. 1 Lecrim).

¹⁴⁷ Rechazando esa interpretación PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 161.

¹⁴⁸ Este problema no se plantearía si hubiera que entender que la declaración de no recurrir no es atendible después de la emisión oral del fallo, sino después de la notificación de la sentencia. Esto último, si bien lo avalaría una interpretación literal («decretará la firmeza de la sentencia»), resulta contradicho por la interpretación sistemática.

¹⁴⁹ Así FENECH, *El proceso*, p. 468.

¹⁵⁰ CFGE 411980, apartado 3, B); PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, p. 162; SÁNCHEZ, *Procedimiento para el enjuiciamiento oral*, p. 430.

24.— RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA. SEGUNDA INSTANCIA

Contra la sentencia final cabe exclusivamente recurso de apelación ante la Audiencia provincial. No es admisible recurso de casación contra la resolución que dicte la Audiencia. La regulación del recurso de apelación es la misma que rige en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción (art. 11). Sólo es conveniente referirse expresamente a dos cuestiones: efectos del recurso y material probatorio sobre el que se basa la sentencia de la segunda instancia.

Este recurso de apelación es admisible en dos efectos, es decir, produce también el efecto suspensivo de la ejecución de la sentencia. Esto no lo dice la LO expresamente, pero se deduce con claridad del art. 11-3 cuando subordina la ejecución a la firmeza de la sentencia y de la normativa supletoria (art. 792-2^a, par. 2). El problema se plantea respecto la incidencia de la sentencia de primera instancia no firme sobre las medidas cautelares que estuvieran acordadas. El art. 11-2 hace una referencia parcial al mismo, aunque sin contenido normativo por usar la expresión «cuando proceda», que significa remisión a unos presupuestos que la disposición no establece. Puede aplicarse por analogía el art. 861 bis a) Lecrim que se refiere a la materia en el caso de que esté pendiente recurso de casación.

En cuanto a las medidas cautelares patrimoniales esa disposición no parece permitir su alzamiento aunque la sentencia sea absolutoria, lo cual parece contradictorio con lo dispuesto en el art. 612 Lecrim, según el cual procede el alzamiento parcial si hay motivos bastantes para creer que la cantidad garantizada es superior a la que previsiblemente pueda imponerse.

En cuanto a las medidas cautelares personales hay que distinguir. Si la sentencia fuera absolutoria y el acusado estuviera en prisión, procede que se decrete su libertad, absoluta y no provisional, pues el art. 861, bis a), pár. 4 Lecrim no restringe el alcance del término libertad; claro que, entonces, no se entiende por qué la norma no establece que se acuerde la libertad plena del acusado, cuando se hallara en libertad provisional¹⁵¹.

Si la sentencia condenara a pena privativa de libertad, el art. 11-2 dispone que el juez mantendrá o acordará, cuando proceda, la prisión provisional, lo que debe entenderse como una remisión a los presupuestos (y límites temporales) que fijan los artículos 503 y 504 Lecrim.

Respecto a la segunda cuestión hay que decir que el material probatorio en el que se funda la sentencia de segunda instancia puede ser, eventualmente, en parte nuevo respecto al recogido en la primera. Ello ocurre cuando se practican nuevas pruebas que no pudieron proponerse en primera instancia, que fueron entonces indebidamente denegadas o que, admitidas, no se practicaron por causas no imputables a las partes (art. 792-2.^a Lecrim). Pero, en todo caso, en la segunda instancia el tribunal *ad quem* puede valorar nuevamente la prueba practicada en la primera, aunque -habida cuenta de la regulación del art. 792- sin necesidad ni posibilidad de reproducción de la misma ante aquel tribunal. En segunda instancia se produce, pues, una excepción al principio de inmediación, porque el tribunal ha de

¹⁵¹ Sobre esto véase mi *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, en RGLJ, 1978-5, p. 483.

juzgar no sólo sobre la prueba eventualmente practicada ante él, sino también sobre la documentación de la prueba practicada ante el juez.

Esta documentación está constituida por el acta de las sesiones del juicio oral a la que se refiere, en esta Ley, el art. 10-8^a. La regulación del contenido del acta que hace el art. 743 Lecrim es muy parca¹⁵²: se comprende que así sea porque esa disposición se inserta en un sistema que no preveía la apelación y en el que era suficiente que el acta contuviera referencia precisa a aspectos importantes para el recurso de casación, no hallándose entre los mismos la narración pormenorizada de la práctica de la prueba¹⁵³. No es, en cambio, comprensible que esa regulación no haya sido completada cuando se han establecido procesos penales con segunda instancia. El acta del juicio, en este caso, debe ser lo suficientemente ilustrativa de la prueba practicada, que permita su valoración por el tribunal *ad quem*¹⁵⁴. De ahí la conveniencia de que la complementación de la misma «por cualquier medio de reproducción mecánica oral o escrita» no sea sólo facultativa ---como establece esta Ley en el artículo 10-8.^a— sino obligatoria. En otro caso se crea el peligro de que las insuficiencias del acta sean suplidas acudiendo a la documentación -más detalladamente regulada- de la instrucción previa.

¹⁵² Acerca de la misma véase LLORCA ORTEGA, Y., *La documentación de la vista en el juicio oral por delitos*, en Justicia 82-IV, pp. 114-137.

¹⁵³ GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho* (con HERCE), p. 261.

¹⁵⁴ PUEBLA, *Procedimiento de la Ley Orgánica*, pp. 167-168; FERNÁNDEZ BERMEJO, *¿Es urgente la reforma...?*, p. 75.

Manuel Ortells Ramos

EFICACIA PROBATORIA DEL SUMARIO EN EL JUICIO ANTE EL JURADO^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. JURADO Y SISTEMA PROCEDIMENTAL DE ORALIDAD. - 2. EL SISTEMA DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO ORDINARIO DE LA L.E.CRIM. Y SUS EXCEPCIONES. - . CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LAS REGULACIONES PROPUESTAS EN EL PUNTO DE LA VALORACIÓN POR EL JURADO DE LAS DILIGENCIAS SUMARIALES.

^(*) Publicado en *Justicia*, 1987, II, pp. 347-354. También publicado con el mismo título en *Jornadas sobre el jurado*, Salamanca, Publicaciones Universidad de Extremadura, 1989, pp. 121-126.

1. JURADO Y SISTEMA PROCEDIMENTAL DE ORALIDAD

Reiteradamente se ha puesto de manifiesto la relación existente entre la institución del jurado y el procedimiento oral.

Basta, por exigencias de brevedad, recordar que CAPPELLETI¹ apunta que los principios de oralidad, intermediación y concentración han encontrado aceptación en el procedimiento de los sistemas de *common law* con anterioridad al de los países europeos continentales y que todavía hoy se realizan más acentuadamente que en estos, precisamente por la institución del jurado. Según este autor, la causa de esta relación entre jurado y oralidad sería la ignorancia de la lectura y escritura por los jurados en los primeros tiempos de la institución, que les imposibilitaba decidir el proceso sobre la base de escritos -como hacían, en la misma época, los jueces-juristas de los Tribunales de la Europa continental- y hacía materialmente necesario que el proceso culminara en una audiencia oral, en la cual las partes y los sujetos de la prueba compareciesen personalmente a exponer los hechos y las razones ante el jurado.

Aunque la causa explicativa de la relación entre oralidad y jurado se ha modificado, sigue siendo cierto que el sistema de oralidad presenta una realización más efectiva ante un tribunal de jurado, que ante uno integrado por jueces profesionales, a pesar de que también éstos, desde las grandes reformas del proceso penal operadas en el siglo XIX, deben ajustar su actividad procedimental al principio de oralidad.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 se apuntaba que «la forma del juicio oral y público y de la única instancia, será siempre de necesidad absoluta e indispensable cuando el jurado intervenga, pues el juicio escrito es de todo punto incompatible con esta nueva institución».

Esta constatación derivada de la experiencia histórica ha permitido, en los actuales momentos de reinstauración del jurado en nuestro ordenamiento por imperativo constitucional, presentar como efecto positivo de esta reinstauración el de la mayor efectividad de la oralidad procedimental, corrigiéndose las corruptelas de las que adolece en la práctica de los Tribunales, fundamentalmente por el valor que -ilegalmente- se reconoce a las diligencias sumariales para fundar la sentencia².

Comparto en gran parte esta opinión, pero pienso también que para que realmente se produzca este efecto no hay que fiar los medios a esa simple afinidad histórica entre jurado y oralidad, sino que es necesario un tratamiento legislativo conscientemente puesto al servicio del objetivo perseguido.

¹ M. CAPPELLETTI, *El proceso civil en el Derecho comparado*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, pp. 86-88.

² Véase, en este sentido, la Exposición de Motivos de la proposición de Ley del jurado del Grupo Parlamentario Vasco, recogida como apéndice en V. FAIRÉN, *El Jurado*, en *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, II, Madrid, 1984, pp. 151-167; G. LÓPEZ-MUÑOZ LARRAZ, *La justicia penal por jurados*, en «R.D.Pro.Iberoam.», 1980, pp. 123-124; F. LEDESMA BARTRET, *El Jurado, un compromiso constitucional*, en «El Jurado», Alcoy, 1983, pp. 100-103; M. CID CEBRIÁN, *La regulación del jurado ante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en «Poder Judicial», 1982, núm. 49, p. 88.

Vamos a considerar si este tratamiento adecuado está o no previsto en los diferentes textos prelegislativos que, sobre la regulación del jurado en nuestro país, han sido ya elaborados.

2. EL SISTEMA DE LA ORALIDAD EN EL PROCESO ORDINARIO DE LA L.E.CRIM. Y SUS EXCEPCIONES

Antes de entrar en ello -y no sólo porque en algunos de los textos apuntados las normas del juicio oral de la L.E.Crim se establecen como supletorias de la regulación del juicio ante el jurado- conviene recordar las líneas generales de aquéllas en punto a los elementos de convicción que pueden ser tomados en consideración para fundar la sentencia³.

La regla general viene dada por el primer párrafo del artículo 741 L.E.Crim. Esto supone que los elementos de convicción debe adquirirlos el Tribunal en el juicio oral, con la extensión adecuada al objeto de la prueba, con sujeción a las normas que el principio de contradicción impone en la práctica de cada medio de prueba, con inmediación entre el juzgador y el medio de prueba y, en principio, con publicidad.

Esta regla general tiene excepciones de diferente alcance, porque, como es comprensible, a un texto legal no se le puede pedir el establecimiento de un sistema de oralidad a ultranza, sino una oralidad practicable. En este orden de cosas cabe citar la práctica anticipada de medios de prueba y la práctica de los mismos fuera de las sesiones y de la sala.

También la admisibilidad de introducir en el juicio la documentación de las diligencias sumariales, que el autor de L.E.Crim. reguló, con acierto en lo esencial, en el artículo 730.

Este precepto subordina la mentada admisibilidad a un doble requisito: uno de fondo, que es la imposibilidad de practicar en el juicio el correspondiente medio de prueba, lo que obliga a apurar, antes de recurrir al sucedáneo, las posibilidades legales para que dicha práctica se realice; otro, formal: la lectura en el juicio de la documentación del acto del sumario, con lo que se cumplen los principios de oralidad y publicidad, aunque no el de inmediación.

Sin estos requisitos -y fuera del caso del artículo 714 en el que no entraré por imperativos de brevedad- ningún acto de investigación del sumario debe ser utilizado para formar la convicción, no sólo sustituyendo un medio de prueba, sino ni siquiera complementariamente con él.

La práctica, por el contrario, es muy otra. Tal vez por supervivencia de la estructura del proceso penal anterior a la L.E.Crim. (plenario como corrección y complemento del sumario), la investigación sumarial constituye uno de los conjuntos de material de hecho sobre el que se funda la convicción, en el mejor de los casos junto a la prueba del juicio, y, en el peor, conduciendo a una serie de difusas restricciones de la extensión con la que la prueba debería ser practicada en el acto del juicio. La tendencia hacia este último efecto viene propiciada por la sobrecarga de trabajo de los Tribunales -que inclina a una práctica muy restrictiva de las causas de

³ Sobre este tema puede verse mi trabajo *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la L.E.Crim.*, en «R.D.Pro.Iberoam.», 1982, pp. 365-427.

suspensión del juicio- y por la exhaustividad innecesaria con la que en el sumario se examinan las fuentes de prueba y se documentan sus resultados.

Esta práctica ha pretendido justificarse mediante los principios de libre valoración de la prueba y de investigación oficial y mediante una determinada interpretación del artículo 726 L.E.Crim. Este último artículo regula la introducción en el juicio oral de la prueba documental en sentido estricto, haciéndola depender únicamente del presupuesto de la pertinencia y no sujetándola al requisito de la lectura. Me parece claro que tal interpretación del artículo 726 es incorrecta: así entendido el artículo, el artículo 730 sería superfluo, lo que es inadmisibles según el criterio sistemático de interpretación, siempre que, como efectivamente ocurre, cada precepto pueda tener un ámbito propio de aplicación.

En la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han precisado plantearse en qué elementos de convicción podía basarse el Tribunal de Instancia para destruir aquella presunción. Este planteamiento daba oportunidad para restaurar la correcta interpretación de la L.E.Crim. que antes exponíamos, pero, hasta el momento, la doctrina de la «mínima actividad probatoria» ha quedado corta en ese sentido, porque sólo excluye de la apreciación los atestados policiales, pero admite incondicionalmente que puedan ser considerados los actos de investigación del sumario realizados con intervención del juez⁴.

Se observa, pues, que la práctica es pertinaz y resistente. Veamos qué medios están previstos en los textos prelegislativos sobre el jurado para reconducirla hacia una realización efectiva del sistema de la oralidad que, como se dijo, tan consustancial resulta al juicio ante esta clase de Tribunal.

3. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LAS REGULACIONES PROPUESTAS EN EL PUNTO DE LA VALORACIÓN POR EL JURADO DE LAS DILIGENCIAS SUMARIALES

Es conocida la polémica suscitada en nuestro país sobre la constitucionalidad y la adecuación de desarrollar la previsión del artículo 125 C.C. estableciendo un modelo de jurado puro o un modelo de escabinato. La elección entre estos dos modelos podría tener cierta repercusión en el tema del acceso de los miembros del órgano juzgador a la documentación sumarial y de la utilización de la misma.

Si se acoge el modelo de escabinato, como los legos se integran en pie de igualdad con los técnicos en un único órgano juzgador, podría permitirse el mismo acceso al sumario a los jueces legos que a los técnicos, aunque no para cualquier utilización del sumario, sino para la utilización en los supuestos y con los fines previstos por la Ley concediéndoles, en este aspecto, el mismo margen de confianza que se da a los jueces técnicos⁵.

En los textos prelegislativos sobre el jurado elaborados recientemente en nuestro país no se observa que el modelo de jurado, que en cada uno se asume, incida

⁴ Sobre esto, véase J. MONTERO, *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en «Justicia», 1983, 11, pp. 263-308.

⁵ Este tema ha sido debatido en la doctrina alemana: véase H. L. SCHREIBER, *Akteneinsicht für Laienrichter? Zu den Grundsätzen von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Strafprozess*, en *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 943-956.

en una diferente regulación de la posibilidad de tomar conocimiento y utilizar, en la fase de juicio, la documentación sumarial.

Atendiendo a la regulación que se propone de esta materia, cabe clasificar los citados textos en dos grupos.

En el primero se integrarían la proposición de Ley que presentó el Grupo Parlamentario Vasco y los trabajos de USÚA y LÓPEZ MUÑOZ, con particularidades merecedoras de especial consideración en este último.

Del segundo formaría parte el anteproyecto elaborado por el profesor Gimeno.

A) Los textos del primer grupo se caracterizan por lo siguiente:

Primero, por no establecer ninguna norma especial para el juicio oral ante el jurado en punto a la toma en consideración de las diligencias sumariales, lo que supone que, en aplicación del precepto previsto en todos estos textos sobre el carácter supletorio de las normas de L.E.Crim. sobre el juicio oral, regirá también en el juicio oral ante el jurado el artículo 730 L.E.Crim.

Segundo, por la previsión de una norma que, con levísimas diferencias de redacción, dice así: «La causa, con sus piezas, quedará reservada al magistrado-presidente, quien, discrecionalmente, podrá facilitar al jurado copia de los particulares concretos que precisen durante la deliberación».

En cuanto al primer aspecto, estas propuestas no merecen censura en lo esencial, puesto que, por la vía de la normativa supletoria, vienen a mantener el correcto tratamiento de la cuestión que establece la L.E.Crim. y antes se ha expuesto.

No obstante, entiendo que incluso en este aspecto, los proyectos son perfeccionables.

En primer término, reforzando, de algún modo, la norma del artículo 730 L.E.Crim. para vencer la constatable resistencia que la práctica opone a su plena efectividad. En este sentido resulta adecuado el texto del artículo 3 del anteproyecto LÓPEZ-MUÑOZ cuando distingue, en el material sobre el que la convicción puede formarse, «las pruebas practicadas y las reproducidas ante ellos (los jurados) en el juicio plenario». Sería conveniente añadir: «las reproducidas *de acuerdo con lo establecido en el artículo 730 de la L.E.Crim.*».

En segundo lugar, reformando el artículo 726 L.E.Crim. en el sentido de establecer la lectura de la prueba documental en sentido estricto, lo que es acorde con el principio de oralidad, es condición de la efectiva publicidad de esta prueba y facilita la contradicción respecto a la misma.

Pasando al segundo aspecto relevante de este primer grupo de textos, es decir a la facultad discrecional del presidente de entregar a los jurados, durante la deliberación, copia de particulares concretos de la causa, debo mostrar mi absoluta disconformidad en el mismo.

A mi juicio, es una puerta francamente abierta para que se incumpla el artículo 730 y facilita la infracción de fundamentales principios del proceso penal y de un procedimiento oral.

El precepto -dejando aparte posibilidades interpretativas que luego apuntaré, pero en las que no debe confiarse- permite, en definitiva, que de cualquier diligencia

sumarial que el presidente entienda que pueda ser útil para la deliberación del jurado, se pueda dar copia al mismo, prescindiendo de la regulación del artículo 730.

Esta posibilidad, que en lo esencial no es novedosa respecto a nuestras leyes históricas del jurado⁶, supone lo siguiente:

a) Desvirtuar en general el sistema de la oralidad, puesto que sin sujetarse a los especiales presupuestos y forma del artículo 730 permite adquirir elementos de convicción no derivados de pruebas practicadas en el juicio.

b) Limitar la publicidad en la producción de los elementos de convicción, porque los particulares concretos de que se trate pueden no haber sido leídos en la vista y, consecuentemente, ser desconocidos por el público.

c) Poner en peligro el principio de contradicción, puesto que al no presuponerse la introducción en el juicio de estos particulares con arreglo del artículo 730 -y no ser, por tanto, en el momento del juicio material sobre el que la convicción pueda fundarse- las partes pueden no haber tenido oportunidad de debatirlos.

Cabría objetar que estos inconvenientes pueden obviarse mediante una interpretación sistemática del precepto, en el sentido de que esta facultad discrecional del presidente quedara limitada, en cuanto a la diligencias sumariales, a aquellas que se hubieran introducido en el juicio según el artículo 730. Ahora bien, no me parece razonable dejar un punto tan fundamental al azar de la interpretación, cuando nos hallamos en una fase prelegislativa, y, por tanto, aún es posible poner los medios para evitar prácticas divergentes de la finalidad perseguida por la Ley.

B) El anteproyecto del profesor Gimeno es, en cuanto a la materia que nos ocupa, muy diferente a los anteriores.

Sus líneas generales son las siguientes:

a) Los documentos intervenidos por la autoridad judicial -incluidas, entiendo, las diligencias sumariales- pueden ser utilizadas por el jurado para formar la convicción, sin más requisitos, es decir, sin necesidad de lectura en el juicio y sin que concurra el presupuesto del artículo 730, que según consideraciones del autor del proyecto quedaría derogado en el juicio ante el jurado.

b) Los documentos no intervenidos por la autoridad judicial no pueden ser tomados en consideración más que previa lectura en el juicio, pero ésta es admisible -sin el presupuesto del artículo 730, en virtud de las consideraciones antes apuntadas (art. 46,d y 64,IV). La infracción de esta norma motivaría recurso de casación (art. 70.2º).

A mi juicio, este anteproyecto es criticable en los puntos y por las razones siguientes:

a) Al permitir que las diligencias sumariales -que son documentos judiciales- puedan introducirse en el material de convicción sin el requisito de la

⁶ El artículo 753 de la L.E.Crim. de 1872 permitía la entrega de toda la causa al Jurado si éste lo solicitaba, lo que también hacía el artículo 78.2 de la Ley del jurado de 1888, artículo, este último, que fue reformado en 1931 en el sentido de imponer en todo caso la entrega de la causa, aun sin solicitud del jurado. Sobre la relación de estas regulaciones con el sistema de oralidad, véase mi trabajo *Eficacia probatoria*, cit., pp. 373-374.

lectura, no respeta en este punto los principios de oralidad y publicidad y no facilita la efectividad del principio de contradicción (precisa delimitación del material debatible).

b) Al permitir que los documentos no judiciales puedan adquirir valor probatorio mediante la lectura, supone un retroceso incluso respecto a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo antes expuesta, que niegan este valor a la documentación no judicial de actos de investigación. Debo apuntar, no obstante, que no es seguro que el autor del anteproyecto acepte esta consecuencia, a la vista de lo que expone en la memoria que precede al anteproyecto.

c) Lo que no acierto a entender es por qué la regulación que se propone en el anteproyecto deba conllevar la derogación, en los juicios con jurado, no sólo del artículo 726, sino también del 730 L.E.Crim.

Cabría mantener ese tratamiento diferenciado, en cuanto a la forma de introducción, de los documentos judiciales y de los no judiciales, pero subordinando en todo caso la admisibilidad de su introducción, cuando no se trate de prueba documental en sentido estricto, sino de documentación de actos de investigación previos al juicio, a que no sea posible practicar en éste el medio de prueba correspondiente, como dispone el artículo 730 L.E.Crim.

Cabría incluso, como ocurre en Derecho alemán (compárense los párrafos 1 y 2 del parágrafo 251 St.P.O.), distinguir, a los efectos de fijar los presupuestos de admisibilidad de introducción en el juicio, entre documentación judicial y no judicial de actos de investigación, estableciendo unos presupuestos menos y más rigurosos, respectivamente.

Pero suprimir llanamente el artículo 730 -y no sólo, de modo parcial, el requisito formal de la lectura- conduciría a legalizar, precisamente en el juicio ante el jurado, la práctica que antes denunciábamos: es decir, que los actos de investigación, en unos casos previa lectura y en otros sin ella, concurren con la prueba practicada en el juicio a formar el material de convicción sobre el que la sentencia puede fundarse.

Salvado este defecto, el anteproyecto del profesor Gimeno es muy apreciable, porque hace difícilmente eludible en la práctica el requisito de la lectura y porque dota de la debida cobertura casacional al modo de adquisición de los elementos de convicción.

EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO: ASPECTOS FUNDAMENTALES (*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1. ¿A VUELTAS CON EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS DELITOS MENORES O UN AVANCE DEL FUTURO PROCESO PENAL?.- 2. EL RÉGIMEN DE LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.- T. LA POSICIÓN DE LOS ACUSADORES, EN ESPECIAL, EL MINISTERIO FISCAL COMO INSTRUCTOR Y LOS PROBLEMAS DE EFECTIVIDAD DE LA ACUSACIÓN NO OFICIAL.- N LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO.- 5. LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO (CONTINUACIÓN).- 6. LA «DISPONIBILIDAD» DEL OBJETO DEL PROCESO Y LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA.- 7. RESTAURACIÓN DE LA TENDENCIA A UN SISTEMA DE ORALIDAD.- I. LA RACIONALIZACIÓN DEL CONTENIDO DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA.

(*) Publicado en JUSTICIA, 1989, número III, pp. 545-568. Publicado también en la obra *El proceso penal abreviado: (nueve estudios)*, Granada, Comares, 1997.

1. ¿A VUELTAS CON EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS DELITOS MENORES O UN AVANCE DEL FUTURO PROCESO PENAL?

Si se atiende a la motivación concreta de la reforma de la LECRIM. llevada a cabo mediante LO 7/1988 de 28 de diciembre, que en estas páginas vamos a analizar, podría pensarse que nos hallamos ante un nuevo intento de establecer un tratamiento procesal apropiado para los delitos de menor gravedad.

Fracasó el procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción, introducido por la reforma de la LECRIM. de 1967, y, en definitiva, la Ley Orgánica 10/1980 de 11 de noviembre venía a reconocer ese fracaso al configurar un nuevo procedimiento, confusamente coexistente con el de urgencia y cuya tramitación también correspondía a los Juzgados de Instrucción.

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988 de 12 de julio declaraba la inconstitucionalidad de una de las normas sobre las que descansaba, desde el punto de vista orgánico y competencial, el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980: la de no recusabilidad del juez a pesar de haber sido instructor de la causa. De ese modo dejaba de ser efectivo el tratamiento de los delitos menores que tenía una más amplia aplicación y quedaba, además, anunciada la suerte que podía correr el procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción.

Ante esa tesitura, y dado que el mecanismo de sustituciones previsto para los casos de abstención y recusación resulta inútil ante la magnitud del problema creado, el legislador hubiera podido optar por una reforma orgánica y de atribución de competencias. Sin embargo, no se ha limitado a esto sino que, como ya ocurrió con la propia Ley Orgánica 10/1980, ha decidido entrar en la reforma del procedimiento.

Ahora bien, si de lo que cabría haber esperado, habida cuenta de la situación que estaba reclamando una respuesta, pasamos a considerar la entidad de la respuesta que se ha dado, inmediatamente se observa que ésta supone algo más que un nuevo intento de tratamiento procesal de los delitos menores. El nuevo procedimiento es adecuado para enjuiciar delitos castigados con penas privativas de libertad de hasta doce años y con otras penas de distinta naturaleza cualquiera sea su cuantía y duración, lo que excede de la tradicional delimitación de los delitos menores. Por otra parte, la reforma también afecta a causas cuyo juicio oral era de la competencia de las Audiencias Provinciales y sobre las que, consiguientemente, no se cernía la amenaza de la inconstitucionalidad, que ha sido el preciso detonante de la reforma.

Parece, más bien, que el nuevo procedimiento introducido por la reforma quiere ser un ensayo, un avance del proceso penal que se proyecta para el futuro. La técnica no es nueva entre nosotros, concretamente en el ámbito de la reforma procesal penal: el profesor Fairén ya advirtió, en 1967, que la reforma de la LECRIM. de ese año estaba avanzando las líneas del proceso penal preconizado en el anteproyecto de bases del Código procesal penal de 1967.

Sin duda la anterior apreciación resultaría más convincente si el anteproyecto hubiera llegado al Congreso sin las importantes modificaciones a las que fue sometido, por influencia, fundamentalmente, del informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, y que supusieron restringir el notable incremento previsto de los poderes del Ministerio Fiscal y de la Policía Judicial en la fase de instrucción. A pesar de esas modificaciones, el proyecto conservó, y han llegado a ser ley, elementos novedosos en nuestro sistema procesal penal, como analizaremos a lo largo de la exposición.

Esta exposición va a versar no sobre las previsiones del futuro proceso penal, ni sobre el contenido del anteproyecto, sino sobre el procedimiento abreviado tal como ha llegado a ser ley. Aunque no es un trabajo de análisis de detalle, tampoco se queda en los rasgos generales, sino que intenta cierta profundización en los aspectos más significativos del nuevo procedimiento. También se atiende a la comparación con los tipos procedimentales sustituidos, porque ello es ilustrativo para quienes han de llevar la reforma a la práctica.

2. EL RÉGIMEN DE LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Un mérito que hay que apuntar en el haber de la reforma es el de la simplificación del régimen de la adecuación de los procedimientos ordinarios por delito.

El estado legislativo anterior, con cuatro procedimientos posibles cuyo respectivo ámbito de aplicación no siempre estaba precisamente delimitado, ejercía una influencia perniciosa sobre la economía procesal y sobre un objetivo general de aceleración. Por un lado, requería un incremento de la actividad procesal específicamente destinada a determinar el procedimiento adecuado. Por otro, hacía más probables los errores en esa determinación y las consiguientes nulidades de actuaciones.

La reforma de la LECRIM. simplifica esta materia en un doble aspecto. Desde el punto de vista cuantitativo, por reducir a dos los procedimientos por delito: el ordinario (cuyo ámbito de aplicación se reduce) y el abreviado.

En el aspecto cualitativo, porque se reducen a uno solo (y de más segura aplicación) los criterios relevantes para determinar la adecuación del procedimiento: la gravedad de la pena atendida, su duración y naturaleza (privativa o no de libertad) o su cuantía (si se trata de multa) (art. 779 LECRIM.). Desaparece así la incidencia en este punto de especiales requisitos de procedibilidad (arts. 14.3.º y 779.2.ª antigua redacción LECRIM.) y de una nada fácil valoración en el inicio del procedimiento de la forma de culpabilidad (el dolo o la culpa relevantes en el art. 1 LO 10/1980). También, a diferencia de lo dispuesto en el último artículo citado, el procedimiento abreviado es aplicable al enjuiciamiento de delitos atribuido a los Juzgados Centrales de lo Penal y a la Audiencia Nacional (arts. 14.3.º y 4.º y 779 LECRIM.).

A destacar igualmente, en este aspecto cualitativo de la simplificación, la referencia expresa a las penas que no tienen duración sino cuantía (la multa) (arts. 14.3.º y 779 LECRIM.), que excluye dudas razonables que se plantearon respecto a la adecuación del procedimiento de la LO 10/1980.

No obstante, hay aspectos afectados por cierta inseguridad que, al menos en parte, estaba excluida bajo la anterior regulación (art. 14.3.º *in fine* antigua redacción LECRIM., art. 1.2.2.º LO 10/1980):

1.º No es claro que el procedimiento abreviado sea inadecuado en los casos de aforamiento. Para éstos no se establece propiamente un proceso especial, sino especialidades en algunos actos procesales, por lo que la exclusión del abreviado que deriva del art. 779 LECRIM. no debería afectarles. Pero, por otra parte, puede ocurrir que alguna institución prevista en los casos de aforamiento sea totalmente ajena al procedimiento abreviado (por ejemplo: el procesamiento), o que los órganos jurisdiccionales competentes en aquellos casos no se correspondan con la estructura orgánica y competencial presupuesta para el nuevo procedimiento. Estas últimas razones determinarían su inadecuación.

2.º Para la tutela jurisdiccional penal de los derechos fundamentales el art. 2.3 de la Ley 60/1978 establecía la adecuación en todo caso del procedimiento de urgencia de la Audiencia Provincial si la competencia correspondía a ésta. Parece correcto interpretar ahora esa disposición en el sentido de la adecuación del abreviado también en todo caso.

3. LA POSICIÓN DE LOS ACUSADORES; EN ESPECIAL, EL MINISTERIO FISCAL COMO INSTRUCTOR Y LOS PROBLEMAS DE EFECTIVIDAD DE LA ACUSACIÓN NO OFICIAL

Al analizar la posición de los acusadores en el procedimiento abreviado llama inmediatamente la atención que, salvo uno, se hayan suprimido los supuestos de trato desigual de los acusadores no oficiales en comparación con el Ministerio Fiscal. Estos supuestos aparecieron en el régimen del procedimiento de urgencia de los Juzgados de Instrucción, y fueron blanco de reproches doctrinales.

En ese sentido puede observarse:

1.º En los procedimientos de urgencia la petición del Ministerio Fiscal vinculaba al Juez en cuanto a la atribución de competencia a la Audiencia Provincial (art. 791.4ª y 5.ª antigua redacción LECRIM.). Ahora el art. 790.6, IV LECRIM. deja claro -más que la primera redacción del proyecto- que en caso de disparidad de peticiones de cualesquiera acusadores el Juez resolverá.

2.º También se ha suprimido, y más adelante veremos la justificación, el monopolio del Ministerio Fiscal para acusar a personas que no hubieran sido previamente encartadas por el Juez (art. 790.3.ª, I, *in fine* antigua redacción, en comparación con art. 790.6, I, LECRIM.).

3.º En fin, y contra lo previsto antes por el art. 791.8.^a, IV y V, antigua redacción LECRIM., idéntico es el trato que el art. 793.8 LECRIM aplica a los acusadores cuando hubieran pedido pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal.

Con todo, la innovación más destacada de la reforma en el tema de la posición de los acusadores es el cambio operado en las funciones y poderes del Ministerio Fiscal que, de parte acusadora con cierto régimen especial en la instrucción previa, pasa a convertirse en la medida en que veremos en auténtico instructor, en órgano competente para la formación (aunque no completa y sin poderes para realizar todos los actos que la integran) de la instrucción previa en las causas penales a las que resulta aplicable el nuevo procedimiento.

Ciertamente los artículos 781, 181 bis, 786 y 789, II, del texto del anteproyecto establecían de una manera más clara la atribución de la instrucción previa al Ministerio Fiscal y le investían de los poderes necesarios para cumplir con eficacia las nuevas funciones.

Estas previsiones del anteproyecto fueron criticadas tanto en el informe del Consejo Fiscal, que aducía fundamentalmente la ambigüedad del modelo procesal elegido y el carácter improvisado de la reforma, como en el del Consejo General del Poder Judicial, más frontalmente contrario, aunque también sin prejuzgar cuál deba ser la posición del Ministerio Fiscal en el futuro proceso penal.

Tal vez la influencia del último informe determinó que desaparecieran del proyecto aquellas previsiones tan precisas. A mi juicio, sin embargo, quedaron en el proyecto y han llegado a ser ley disposiciones que apoyan la conclusión de que el Ministerio Fiscal puede formar, en parte, la instrucción previa en el nuevo procedimiento.

Muy sintéticamente el fundamento de mi tesis es el siguiente:

1.º En el sistema de la LECRIM, la instrucción previa (reciba el nombre de sumario ordinario, de sumario de urgencia, de diligencias previas o de diligencias preparatorias) es y era una actividad judicial, en el sentido de que el Juez no se limita a ordenar a sus auxiliares y colaboradores que practiquen los actos que integran la instrucción, sino que, salvo los de estricta ejecución, debe realizarlos él mismo. Ni la prevención de diligencias por la Policía Judicial, ni los actos de comprobación del hecho que puede practicar el Ministerio Fiscal al recibir una denuncia (art. 269 LECRIM.), ni las investigaciones que el Juez o el Ministerio Fiscal pueden ordenar a la Policía Judicial en el curso de la instrucción son, como tales, parte integrante de la instrucción previa. Si este régimen legal debe tener un sentido, parece que deba ser precisamente éste: que aquellas resoluciones u otros actos distintos a éstas que precisen fundamentarse en el contenido de la instrucción, no pueden más que basarse en aquellos actos de investigación que jurídicamente forman parte de aquélla, pero no en investigaciones sólo materialmente equivalentes.

Este sistema sólo tenía, hasta el momento, una excepción: la de la Ley Orgánica 10/1980, cuyo art. 3.1 establecía que el Juez «ordenará que por la Policía Judicial se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Con la excepción de los actos que el Juez debía practicar por sí, debía entenderse que los actos de investigación de la Policía realizados por mandato del Juez formaban parte de la instrucción previa del procedimiento de la LO 10/1980.

2.º Frente a todo lo anterior, el nuevo art. 785 bis LECRIM. inviste al Ministerio Fiscal del poder de practicar él mismo o de ordenar a la Policía Judicial que practique «las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo». A mi juicio esta disposición no alude a una prevención de diligencias o a la instrucción de las primeras diligencias, actuación cuyo contenido está legalmente tasado (art. 13 LECRIM.), sino que autoriza a realizar todos los actos de investigación que se consideren pertinentes respecto a los objetivos apuntados, salvo aquellos que precisen el ejercicio de poderes que exclusivamente están atribuidos al Juez (los llamados actos de investigación garantizados). Otro dato que desmiente que se trate de diligencias de prevención es la ausencia de un plazo u otra referencia temporal perentoria para remitir la investigación al Juzgado.

3.º Pero, aun con todo lo dicho, no quedaría demostrada la condición de instructor que la reforma atribuye al Ministerio Fiscal. La disposición clave para completar la argumentación es el artículo 789.3 LECRIM.: «Sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación,..., el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente...»

El profundo sentido de esta disposición creo que es el siguiente: si las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal sólo precisan ser complementadas mediante una instrucción judicial o dirigida por el Juez, en cuanto sean materialmente insuficientes para fundar la acusación, es que, desde un punto de vista jurídico-formal, tienen la eficacia propia de actos de la instrucción previa y no requieren ser judicialmente reiterados.

El Ministerio Fiscal es, pues, instructor en la medida que se deduce de los preceptos acabados de estudiar. Su actuación concurre, en diversa manera, con la del Juez de Instrucción: la del Juez es preferente (art. 785 bis LECRIM.) y, en cualquier caso, complementaria de la del Fiscal (art. 789.3 LECRIM.). Si también la Policía Judicial puede «instruir» por la genérica referencia al «atestado» del art. 789.3, es otro problema; en todo caso, el contenido de esta investigación policial «autónoma» sí que está limitado a las diligencias de prevención (artículos 284 y 286 LECRIM.).

De los problemas que plantean estas nuevas funciones del Ministerio Fiscal, algunos de los cuales se tratarán después, es oportuno mencionar en este apartado el riesgo que pueden suponer para la efectividad de la actuación de los acusadores no oficiales.

Si solamente el Ministerio Fiscal pudiera preparar, con su actividad instructoria, las bases de la acusación, podría quedar excluida o debilitada la efectividad práctica de la acusación no oficial, porque ésta no encontraría más fundamento que el resultante de la instrucción del Fiscal, cuyo contenido dependería sólo de los criterios y diligencia del mismo. Tal situación no resultaría coherente con un sistema en el que se reconoce constitucionalmente la acción popular (art. 125 CE) y, menos aún, con la inclusión por el Tribunal Constitucional de la acción penal del ofendido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

La reforma conjura adecuadamente este riesgo. Aparte la posibilidad incondicionadamente abierta de que la instrucción sea, desde el principio, sólo judicial («...así como cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el Juzgado o por querrela» artículo 789.3 LECRIM), son decisivos los siguientes preceptos:

1.º El art. 789.3 en cuanto dispone que el Juez de Instrucción, de oficio y desde su independencia e imparcialidad mejor garantizadas que las del Ministerio Fiscal, puede completar en lo necesario una instrucción previa no judicial.

2.º Más específicamente el art. 790.2 LECRIM. permite que las acusaciones no oficiales (y también el Ministerio Fiscal) pidan diligencias complementarias cuando, sobre las practicadas, les resulte imposible formular acusación. Es cierto que este precepto dispensa un trato desigual, porque la petición del Ministerio Fiscal vincula al Juez, pero también lo es que no deja desprotegidas las peticiones fundadas de los acusadores no oficiales.

4. LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO

En este capítulo, respecto al cual la exposición de motivos proclama haberse perseguido una mejora, pueden, en efecto, destacarse tres innovaciones que merecen una valoración favorable.

A) El mantenimiento y generalización del control judicial del fundamento de la acusación, a pesar de la supresión del procesamiento.

En el proceso ordinario y en el suprimido proceso de urgencia de la Audiencia Provincial el procesamiento dejó de producir, desde la reforma de LECRIM. de 4 de diciembre de 1978, el efecto de legitimar al procesado para su intervención como parte ya en la fase de instrucción. El entonces reformado art. 118 LECRIM. vinculaba este efecto a cualquier acto de imputación, que habitualmente se produce antes del procesamiento.

En aquellos procesos el efecto fundamental de la institución del procesamiento seguía siendo, no obstante aquel cambio, el siguiente: el Juez, y en su caso la Audiencia en el recurso, al verificar si concurren indicios racionales de criminalidad, está examinando si el fundamento de la acusación es, como mínimo, probable, y si el resultado de ese examen es negativo cierra la posibilidad de juicio oral frente al

inicialmente imputado. Sin duda es una apreciable garantía para éste no poder ser sometido a juicio oral sobre la base de la *mera afirmación* de la responsabilidad penal hecha por el acusador, sino que se requiera una comprobación judicial de que el fundamento de la acusación alcanza el grado de probabilidad.

Esta garantía se perdió, en diversa medida, tanto en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción, como en el proceso de la LO 10/ 1980. En ambos procesos, en el momento de decidir entre sobreseimiento y apertura de juicio, el Juez sólo podía negar de oficio esta última con base en la valoración estrictamente jurídica de no ser los hechos constitutivos de delito (arts. 645 en relación con el 637.2.º LECRIM.), pero no podía, del mismo modo, entrar a determinar la probabilidad de esos hechos. Todavía en el proceso de urgencia, el previo «encartamiento» judicial condicionaba la posible dirección subjetiva de las acusaciones no oficiales, pero al Ministerio Fiscal (en atención a su imparcialidad) no se le oponía esa limitación.

En el procedimiento penal abreviado desaparece el procesamiento, pero se conserva y generaliza la garantía que éste supone en cuanto control judicial, filtro de la acusación en atención a la probabilidad de su fundamento. El Juez de Instrucción, según el nuevo art. 790.6 LECRIM., puede negar de oficio la apertura del juicio oral, no sólo si concurre el supuesto del número 2 del art. 637 LECRIM., sino también «si estimare... que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado». Puede comprobarse que hasta la terminología muestra la huella del procesamiento, aunque la formulación negativa del presupuesto consigue incluso eliminar ciertos matices inculpatorios, poco compatibles con la presunción de inocencia, por los que a veces ha sido criticada esta institución procesal.

B) Innovación que era imprescindible para la plena efectividad de la defensa técnica del acusado, es la que se deduce del art. 788.2 LECRIM.: el abogado de oficio nombrado durante la instrucción (judicial o no) debe, por regla general, continuar prestándole su asistencia hasta la finalización del proceso.

En defecto de esa norma, se facilitaba la intervención de una serie de abogados de oficio (para la asistencia al detenido, durante la instrucción, en el juicio y en los recursos), que obstaculiza la efectividad de la defensa, tanto porque dificulta que pueda imprimirse a la misma una orientación unitaria, como -y esto, a mi juicio, es más grave- porque para preparar la defensa adecuada en la fase decisiva del juicio oral, el plazo de cinco días señalado para presentar escrito de defensa y de proposición de prueba (art. 791.1 y 2 LECRIM.) es claramente insuficiente para que un abogado, nombrado en ese momento y que no haya seguido la instrucción, pueda construir una defensa eficaz, particularmente en cuanto a la recogida de las convenientes fuentes de prueba.

C) Revela una exquisita tutela del derecho de contradicción de la defensa la potestad, ahora establecida en el art. 793.7 LECRIM., de suspender la vista hasta por diez días cuando la acusación provisional se haya modificado en el sentido de acusar por delito distinto, por más delitos de los inicialmente afirmados o de introducir un nuevo

elemento determinante de agravación de la pena. La suspensión tiene por finalidad permitir que se preparen y aporten las correlativas alegaciones y pruebas de descargo.

La justificación de esta novedad me parece clara, aunque se mantenga, con Gómez Orbaneja, que lo que requiere el principio acusatorio es que se respete, desde la acusación a la sentencia, la identidad en sus elementos esenciales del hecho justiciable, aunque se modifique cualquier componente de la calificación jurídica.

Pero esa modificación de la calificación jurídica, aunque no altere la identidad esencial del hecho justiciable, precisará casi siempre sustentarse en unos hechos accidentales (no identificadores), que no fueron destacados en el escrito de acusación probatoria del juicio. De otro modo: difícilmente se trata sólo de un cambio de punto de vista jurídico, sino que ese cambio influye en dar relevancia a unos elementos de hecho antes postergados o en segundo plano.

Puede ser inexigible y tal vez contrario a la economía procesal (por la magnitud de la prueba que debería prepararse y que, tal vez, después fuera inútil), que la defensa tenga que preparar su actividad probatoria previendo eventualidades que en la acusación provisional no pudieran ni atisbarse. Pero, una vez producidas esas eventualidades, el principio de contradicción impone no sólo dar oportunidad de discutir una nueva calificación jurídica, sino también de contrarrestar, con alegaciones y pruebas, elementos de hecho que, descuidados en la acusación provisional, han devenido influyentes para determinar la condena más grave.

5. LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO (CONTINUACIÓN)

Otros aspectos de la reforma relativos a la posición del imputado me parecen objetables.

Menciono ahora dos que, en los siguientes apartados, trataré más ampliamente: primero, cierta agobiante insistencia para obtener una rápida terminación del proceso mediante la admisión de los hechos o la conformidad con la acusación; segundo, el riesgo de que, por el objetivo de reducir el contenido de la instrucción previa, se dispense menor protección a derechos e intereses del imputado distintos al estricto de no ser condenado en el juicio.

Tema específico de este apartado es el del juicio oral en ausencia del acusado, que la reforma permite con sujeción a diversos requisitos (básicamente arts. 785.8.^a, h, 789, 193.1 y 797), con bastante moderación, pero, aún así, de manera no del todo afortunada. En los informes previos a la elaboración del proyecto y en el trámite parlamentario mereció una clara oposición.

Ningún reproche cabe en cuanto uno de los presupuestos del juicio oral en ausencia sea la citación estrictamente personal a juicio, como ya ocurría en el proceso de urgencia del Juzgado de Instrucción y en el de la LO 10/1980.

Los problemas comienzan cuando el traslado del escrito de acusación y la citación a juicio se hayan practicado no personalmente, sino en el domicilio o con la persona designados por el imputado en su primera comparecencia dentro de la instrucción judicial (art. 789.4 LECRIM.). Y los problemas surgen fundamentalmente por dos razones:

1.^a Porque ese modo de notificación no permite presumir con rigor que el acusado tiene conocimiento de la acusación y de la celebración del juicio. Consiguientemente, tampoco permite entender que con su actitud renuncia tácitamente al derecho de defensa considerado como autodefensa, que es derecho diferente al de la asistencia de abogado para la defensa.

2.^a Porque la información de la imputación en la fase de instrucción no puede suplir la información detallada de la acusación tal como se formula al principio y al final del juicio oral (en efecto: compárense arts. 17.2 y 24.2 CE y arts. 6.3, a y 5.2 CEDH). En este supuesto de juicio en ausencia no podría afirmarse que la acusación en sentido estricto ha llegado a conocimiento del acusado.

Frente a estas razones no me parecen suficientes para apoyar esta innovación consideraciones de eficacia del proceso penal, tanto menos cuando estas consideraciones tampoco son, en sí mismas convincentes; en efecto:

1.º La exposición de motivos aduce como justificación de la no suspensión del proceso la conveniencia de evitar dilaciones perjudiciales para las víctimas. Si la alusión, como es lógico, se entiende hecha a la satisfacción de las pretensiones civiles, habrá que recordar que la suspensión por rebeldía siempre ha dejado expedita la vía civil con mantenimiento de las medidas cautelares que se hubieran adoptado en el proceso penal. Lo que parece absurdo es que se invierta el fundamento de la acumulación de la pretensión civil al proceso penal y que se haga funcionar el proceso penal con el único fin de evitar remitir a las víctimas a un proceso civil que tal vez el propio legislador considera lento y oneroso. Aunque, ciertamente, ésta no sería la única muestra de ese sorprendente planteamiento en la reforma que estudiamos véase si no el art. 790.3 LECRIM. que sigue la pendiente iniciada por la reforma del art. 20 CP por LO 8/1983 de 25 de junio.

2.º Contra la sentencia condenatoria en ausencia es admisible un llamado recurso de anulación (art. 797 LECRIM.). Como es muy probable que el condenado intente apurar las posibilidades de impugnación, pienso que este régimen de la rebeldía conducirá en definitiva a aumentar la carga de trabajo judicial (juicio, apelación y, además, recurso de anulación).

Además de las precedentes apreciaciones críticas, es conveniente apuntar dos observaciones para la práctica de este nuevo régimen:

1.º No puede aplicarse a estos casos de ausencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia amparo, Sala 1.^a, 27 de julio de 1984; Sentencia amparo, Sala 1.^a, 26 de noviembre de 1986) en el sentido de que no infringe la prohibición de

indefensión la inadmisión de la personación de un procurador por el procesado rebelde. Basta con atender a lo expresamente dispuesto en el art. 793.1 LECRIM. y con aplicar a *contrario sensu* al razonamiento de la relevancia definitiva del juicio oral, que en estos casos sí que va a celebrarse. Pero incluso matizaría más: ni siquiera cabe mantener que el acusado ausente sólo pueda contar con representación y defensa de oficio.

2.º Sobre el recurso de anulación, tan parcamente regulado en el art. 797 LECRIM., se plantean algunas dudas: ¿Será asimilable a la *opposition au jugement par défaut* -cuya interposición anula los efectos de la sentencia- o el recurrente tendrá que asumir la carga de contradecir una responsabilidad penal ya declarada, sin beneficiarse de la presunción de inocencia? ¿La equiparación del régimen de este recurso al de la apelación, será tan estricta que incluso la admisibilidad de pruebas deberá sujetarse al restrictivo art. 795.3 LECRIM.?

6. LA «DISPONIBILIDAD» DEL OBJETO DEL PROCESO Y LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

Enmarcadas en lo que, con cierta impropiedad, pero de modo ilustrativo, podríamos llamar el tema del objeto del proceso, aparecen en la reforma dos innovaciones.

Por una parte, se modifica el régimen de la conformidad, lo que resulta muy explicable porque esta institución es ya tradicional en nuestro Derecho como técnica de aceleración en el enjuiciamiento de delitos de menor gravedad -se introduce en las reglas para la aplicación del Código Penal de 1848, pero tenía un precedente que cumplía similar función en la posibilidad, en algún caso, de sobreseimiento con condena del Reglamento Provisional de 1835-.

Por otro lado se regula expresamente y con diferencia respecto al proceso ordinario la correlación entre acusación y sentencia, lo que resulta sorprendente porque no se entienden las especiales razones que puedan aconsejar la ruptura de una regulación unitaria de esa materia.

A) La institución de la conformidad resulta muy potenciada en la reforma porque todas las modificaciones que en ella se introducen tienen el inequívoco fin de facilitarla en muchos sentidos: hacerla admisible con más amplitud y hacerla más ventajosa para incrementar su práctica. Y esto, en definitiva, va dirigido a un objetivo último de alcanzar una más pronta y económica terminación de un mayor número de causas penales.

Debe llamarse la atención frente al riesgo evidente de que esta especie de *estajanovismo* procesal-penal acabe por generar un ambiente constrictivo hacia la conformidad, de manera que ésta se halle continuamente rozando la lesión del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). Téngase en cuenta —más allá de cualquier planteamiento meramente terminológico o formal de la cuestión— que la conformidad, sobre todo cuando puede ser negociada como se verá que es el caso, puede ser forzada mediante la amenaza de sostener una acusación más grave.

Las diferencias con el régimen de la conformidad de los arts. 655 y 688-700 LECRIM.-que expresamente no han sido derogados ni modificados, pero que habría que plantearse en qué medida lo han sido tácitamente, pues el ámbito de aplicación del régimen reformado es igual o mayor- afectan a diversos aspectos del mismo:

a) En primer término, en cuanto a los requisitos de admisibilidad destaca la desaparición del límite de pena de prisión menor como condicionante del trámite de conformidad (art. 655 LECRIM.: «Si la pena pedida... podrá manifestar su conformidad...»); art. 688 LECRIM.: «Si la causa... fuese por delito... preguntará el Presidente... si se confiesa...»). Una lectura sin prejuicios de los nuevos arts. 791.3 y 793. LECRIM. revela claramente que ese requisito de admisibilidad no existe y que, por tanto, el trámite de conformidad debe realizarse en todo proceso abreviado, cualquiera sea la pena pedida. Cuestión distinta es la de la eficacia vinculante para el órgano jurisdiccional de la conformidad prestada.

b) Hay también diferencias en cuanto a la forma, porque la conformidad no sólo puede expresarse en el escrito de defensa, sino que puede formalizarse en el mismo escrito de acusación del Ministerio Fiscal (art. 791.3 LECRIM.). Este dato, que parece nimio, es claramente indiciario de que se persigue que el Ministerio Fiscal despliegue un actividad para obtener la conformidad, que ésta no quede a la iniciativa de la defensa.

c) Sobre las variaciones en cuanto a los efectos de la conformidad debe observarse, en primer término, que, aunque se mantienen los dos momentos en que puede prestarse (arts. 791.3 y 793.3 LECRIM.) no resulta claro de las disposiciones que la conformidad previa al juicio produzca un efecto inmediato, lo que plantea algunos problemas (por ejemplo: la revocabilidad de la primera conformidad).

Apuntado eso, vamos a centrarnos en la entidad de los efectos:

1.º La conformidad vincula estrictamente, en calidad de fijación de un límite máximo, a la pena aceptada, si ésta no supera los seis años (art. 793.3, inciso final LECRIM.).

Desaparece, en consecuencia, la facultad que el art. 655, III LECRIM. y, por remisión, el art. 694 LECRIM., concedían al órgano jurisdiccional para ordenar la continuación del juicio si entendía que, partiendo de la calificación, procedía imponer una pena mayor.

2.º La conformidad no vincula, en calidad de límite mínimo, a la pena aceptada (art. 793.3, II LECRIM.).

En este sentido no hay variación respecto a lo dispuesto ya antes por el art. 655, II LECRIM., al que se remite el art. 694 LECRIM.

Ahora bien, la posible condena más benévola o la absolución ha de «partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes». Puede entonces decirse que la conformidad vale, en cuanto al hecho, como una confesión vinculante, y habría que excluir la posibilidad —certeramente apuntada por el profesor Fairén— de una condena más leve o de una absolución fundadas en una utilización *in bonam partem* de la instrucción previa.

3.º Si la pena aceptada es superior a seis años lo único seguro es que el órgano jurisdiccional no está vinculado a la conformidad. Pero en un tema tan trascendental sorprende que se omita mencionar algún criterio al que el tribunal deba atender para determinar si dicta inmediatamente sentencia u ordena la continuación del juicio. Y en el segundo caso surge un grave problema: ¿qué valor probatorio habrá de darse, después del completo desarrollo del juicio oral, a una conformidad -que implícitamente supone confesión del hecho- que no se prestó espontáneamente, sino con la expectativa de obtener una ventaja?

d) Por último un aspecto difícilmente etiquetable, que se introduce en el art. 793.3, I LECRIM. de manera casi imperceptible y como si de una mera referencia procedimental se tratara, pero que a mi juicio persigue un importante objetivo: la posibilidad de modificar «a la baja» el escrito de acusación, antes de la práctica de la prueba en el juicio oral, para que sea a esa acusación minorada a la que se preste conformidad.

Es cierto que lo único que establece la disposición es esa posibilidad de modificación de la acusación. Pero, por el momento en que ello se produce, por los límites de la modificación (a la baja), conexión con la conformidad y ausencia de otra justificación razonable (no se han producido nuevas investigaciones que puedan alterar el fundamento de la acusación), resulta evidente que la teleología de la disposición es la de facilitar la obtención de la conformidad. Se supera la rigidez del régimen de la LECRIM. sobre la conformidad y se ponen los medios para una negociación de los acusadores - particularmente del Ministerio Fiscal- sobre ella, en la línea del norteamericano *plea bargaining*.

Con relación a esto debe, sin embargo, precisarse que el Ministerio Fiscal *lege data* sigue sometido en el ejercicio de la acusación al principio de legalidad (art. 6 EOMF). Si razones de política legislativa hacen aconsejable la introducción de un cierto ámbito de discrecionalidad, debe afrontarse directamente el establecimiento del marco legal necesario. Lo que sería grave, desde los postulados del Estado de Derecho, es escamotear la regulación de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal y, al amparo de unas disposiciones meramente procedimentales, dar entrada a una discrecionalidad de hecho como la que (se piensa que) practica en la realidad el Ministerio Fiscal.

B) Un específico régimen de la correlación entre acusación y sentencia se contiene en el nuevo art. 794.3: 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.

Junto con la expresa mención legal de la identidad esencial del hecho enjuiciado como uno de los elementos en que ha de haber correlación (el principal según la sólida doctrina de Gómez Orbaneja), merecen destacarse dos variaciones de importancia respecto al régimen implícito (porque se deducía de la interpretación de los arts. 733 y 851.4.º LECRIM.) de la correlación en el proceso ordinario (y, antes de la reforma, régimen general):

a) El art. 794.3 establece una vinculación, como límite máximo, a la *pena concreta* pedida por los acusadores, y no una simple vinculación al *delito más grave* que hubiera sido objeto de acusación. Con el último modo de fijar el límite el tribunal podía aplicar de oficio y en cualquier sentido (aumento o disminución) cualquier norma influyente en la concreta duración de la pena (circunstancias modificativas, grado de ejecución, forma de participación). Con la vinculación que establece el proyecto sólo puede aplicarlas en sentido de aminoración.

b) El órgano jurisdiccional no puede desvincularse, en modo alguno, del límite máximo que ha quedado dicho. Ni el art. 733 LECRIM. -inaplicable en este proceso, puesto que la función de ese precepto la asume el art. 793.7-, ni el art. 793.6, que permite al órgano jurisdiccional solicitar del Ministerio Fiscal y de los abogados «un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados», autorizan al órgano jurisdiccional a resolver en la sentencia sobre planteamientos eventualmente agravatorios de la penalidad que hubiera puesto a discusión, salvo que hubieran sido asumidos por algún acusador en conclusiones definitivas. Para comprobar esto basta comparar el nuevo art. 794.3 y el art. 851.4.º LECRIM. y darse cuenta de que, a diferencia del segundo, el primero no hace salvedad alguna del supuesto de que se hubiera debatido la tesis determinante de la agravación. Por cierto, que estas observaciones ponen en tela de juicio la estricta aplicación del art. 851.4.º LECRIM. en el recurso de casación de un proceso penal abreviado.

7. RESTAURACIÓN DE LA TENDENCIA A UN SISTEMA DE ORALIDAD

El tratamiento procesal de los delitos menores desde la reforma de LECRIM. de 1967 supuso, entre otras cosas, la recepción a nivel legislativo de una errónea concepción del valor de los actos de investigación de la instrucción para servir de fundamento a la sentencia. Lo que hasta ese momento se había limitado a ser una corruptela de la práctica forense, no combatida y hasta tolerada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acabó por hacer mella en la propia legislación. No sólo *de facto*, sino también *de iure* el juicio oral dejó de ser la única fase procesal en la que ha de realizarse la prueba del hecho justiciable, para convertirse en una oportunidad de complementar y corregir una prueba que ya había empezado a producirse durante la instrucción previa. Por esa vía, el procedimiento dejaba de responder a un sistema de oralidad, con sus exigencias de inmediación y concentración.

Este fenómeno se dio especialmente en el procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción y se manifestó de un doble modo:

1.º La unificación de funciones de instruir y juzgar en el mismo juez que, además del efecto más grave de la pérdida de la imparcialidad, venía a suponer también la imposibilidad o extrema dificultad psicológica de deslindar la información obtenida en la instrucción de la resultante de la prueba del juicio.

2.º Una serie de normas específicas infundidas por principios contrarios al de oralidad, como las contenidas en los arts. de la antigua redacción de LECRIM, 791.6.^a, II (subordinada admisibilidad de la prueba del juicio a su imposible práctica o práctica sin contradicción en las preparatorias), 791.6.^a, I (que permitía la práctica anticipada de prueba sin ninguna justificación, lo que supone establecer la dispersión en la práctica de la prueba), 801, III (facilitador de la sustitución de la prueba testifical por la declaración documentada en la instrucción) y 792.5.^a y 6.^a (que permiten, en la segunda instancia, una tota] dispersión de la práctica de la prueba y de los actos de alegación).

La reforma corrige indudablemente esa orientación y restaura, de acuerdo con el imperativo del art. 120.2 CE, una clara tendencia a la oralidad, que se manifiesta, genéricamente, en la separación de las funciones de instrucción y conocimiento del juicio y también en el intento de limitar el contenido de la instrucción previa, que favorece la oralidad como explicaré en el siguiente apartado.

De manera específica esta restauración se expresa en algunas disposiciones y en la significativa ausencia de otras, y así:

1.º La práctica de un acto como de investigación no influye en su admisibilidad como prueba.

2.º La anticipación de la prueba sólo es admisible si no pudiera practicarse en el juicio (arts. 790.5, III y 791.2 LECRIM.).

3.º La utilización subsidiaria de la investigación instructoria como prueba en el juicio no tiene una norma especial y se somete al estricto régimen del proceso ordinario y a las directrices de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4.º En la segunda instancia la prueba y las alegaciones se concentran en una vista como acto único (art. 795.7 y 8 LECRIM.). Sin embargo, el art. 787.3 LECRIM. (para las apelaciones de resoluciones de la instrucción) y el art. 795.1 a 6 LECRIM. (apelación de sentencia final cuando no deba practicarse prueba) se inclinan hacia la escritura, de manera injustificadamente desmesurada en el segundo caso.

5.º En fin, aunque ya no sea la oralidad proyectada sobre la práctica de la prueba, se potencia aquélla con disposiciones como las de los arts. 789.5.^a (mayor oralidad en causas más acelerables por haber admitido el imputado los hechos), 794.2 (sentencia oral, posible consentimiento inmediato de la misma y debate y decisión sobre remisión condicional) y 793.2 (debate oral previo en el juicio sobre cuestiones previas).

8. LA RACIONALIZACIÓN DEL CONTENIDO DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA

Una arraigada rutina inquisitiva de nuestro aparato judicial, no rectificadas mediante unas normas más explícitas y estrictas de la LECRIM., favoreció, desde el mismo momento de la gestación de esa ley, la conversión del sumario y de cualquier otra forma de instrucción previa en una recolección y examen exhaustivos de los elementos de convicción importantes para la causa. Añádase a ello la dosis complementaria de complejidad y formalismo que genera por sí una organización burocratizada y se comprenderá cómo en la fase de instrucción previa se producen los mayores retrasos del proceso penal.

Estos rasgos negativos de la práctica de la instrucción previa se producen contra todo fundamento, puesto que la función de esa fase del proceso en un sistema de oralidad no justifica la tendencia a la exhaustividad en su contenido de investigación. Es más, el claro desbordamiento que suele darse ha contribuido poderosamente a falsear el modelo procedimental de la LECRIM. Una instrucción previa judicial muy completa y, aún más, con las garantías para la defensa que se introducen en la reforma de 1978, hace difícilmente resistibles ciertas tentaciones de economía procesal mal entendida, que acechan en el momento del juicio oral: ¿Por qué echar a perder la labor realizada, con todas las garantías, por un juez? ¿Por qué deber reiterar esa labor, con sujeción a algunas formas distintas, cuando a esa «reiteración» (práctica como prueba) se oponga una mínima dificultad? Por ese camino los términos acaban invirtiéndose: en vez de ser la instrucción una preparación del juicio, el juicio pasa a ser un epílogo complementario y corrector de la instrucción.

Cualquier reforma del proceso penal que parta de una clara toma de conciencia de ese problema y se proponga reconducir a sus justos límites el contenido de investigación de la instrucción previa, merece aprobación, porque contribuye a la efectividad del procedimiento oral y a un proceso penal sin dilaciones indebidas.

Esta reforma se sitúa en la orientación apuntada, como lo demuestra la expresa declaración de intenciones en la exposición de motivos y la serie de disposiciones que inmediatamente analizaré. En verdad el acierto no ha sido completo, pero es que la materia (fijación de límites a la investigación) presenta especial dificultad.

Veamos las principales disposiciones puestas al servicio del objetivo apuntado:

1.^a Art. 789.3 LECRIM.: *a contrario* se deduce que si las diligencias practicadas en el atestado son suficientes para formular acusación, no hay que completarlas con diligencias previas judiciales. En todo caso, estas últimas han de limitarse a las esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el órgano competente para el enjuiciamiento.

2.^a Art. 789.4 LECRIM.: contemplando las solicitudes de actos de investigación de imputados, ofendidos y responsables civiles, insiste en que el juez debe rechazar diligencias no imprescindibles para abrir el juicio oral.

3.^a Art. 789.5.5.^a LECRIM.: con el límite de la competencia del Juez de lo Penal, la confesión del imputado, con ciertos requisitos, autoriza al Juez de Instrucción para concluir la instrucción inmediatamente y remitir a juicio. Ciertamente este contenido de la instrucción es suficiente para la acusación y la instrucción se simplifica en comparación con lo que debería hacerse si se aplicara el art. 406 LECRIM.

4.^a Art. 790.1 y 2 LECRIM.: permite expresamente un complemento de la investigación (y ello aún como excepción) cuando sea imposible formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación.

5.^a Otras disposiciones todavía más específicas con la misma finalidad son las de las reglas 1.^a a 4.^a del art. 785 LECRIM.

La consideración de estas disposiciones y el recuerdo de las funciones de investigación atribuidas al Ministerio Fiscal —que también se relaciona con el tema que ahora nos ocupa, puesto que se trata de la no reiteración judicial de las investigaciones del Ministerio Fiscal— conducen a expresar dos preocupaciones sobre el dudoso acierto de esta solución legislativa al «desbordamiento» de la instrucción previa:

A) Es claramente perceptible el predominio de una concepción unilateral de los fines de la instrucción. La lectura de las disposiciones citadas genera la inequívoca impresión de que el contenido de la investigación es suficiente si lo es para formular acusación.

Ahora bien, la investigación que forma el contenido de la instrucción previa tiene también otros fines respecto a los que el imputado tiene un interés digno de tutela: proveer de fundamento a las resoluciones sobre medidas cautelares y preventivas, excluir acusaciones infundadas. El imputado tiene interés en aportar datos para que no se adopten medidas frente a él, para que la acusación resulte infundada, o, tratándose de pruebas complejas por alguna razón, puede resultarle conveniente comenzar a prepararlas desde la instrucción.

La reforma de LECRIM. de 1978 vino a dar a ese interés una adecuada tutela: no bastaba, en efecto, para su debida protección con el deber del Juez de Instrucción resultante del art. 2 LECRIM., sino que debía darse acceso a la defensa del imputado para participar en la investigación desarrollada en la instrucción previa.

En el régimen del procedimiento abreviado no se elimina la garantía de la contradicción en la instrucción previa -basta atender a los arts. 788, 789.4 *in fine* y 790.2 LECRIM.-, pero esa garantía corre un riesgo claro de ineffectividad, porque:

1.º A pesar de lo dispuesto en el art. 2 LECRIM. el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial no tienen las mismas garantías de independencia e imparcialidad que el Juez y pueden postergar los intereses del imputado respecto a los fines de la

instrucción, no atendiendo debidamente a las solicitudes de actos de investigación formuladas por la defensa.

2.º Ya hemos visto que el complemento judicial de la investigación del Ministerio Fiscal se tiende a constreñirlo a la preparación de la acusación. Ciertamente, el Juez de Instrucción podrá escapar de una aplicación muy estricta de ese límite, pero la directriz legal ejercerá una clara influencia restrictiva.

3.º La práctica de actos de investigación por la Policía Judicial y por orden del Juez de Instrucción, técnica que fue introducida por la Ley Orgánica 10/1980 y que ha sido mantenida para su aplicación discrecional en el procedimiento abreviado (art. 789.3 LOPJ), ya demostré en otro lugar que dificultaba de hecho la intervención de la defensa en la instrucción previa.

Debe abandonarse cierta ambigüedad con la que la reforma trata este problema y definirse con precisión, aunque sea restrictivamente, el modo en que van a tutelarse los intereses del imputado respecto al contenido de investigación de la instrucción.

B) La segunda preocupación que anunciaba se refiere a la eventual necesidad de que la documentación de actos de investigación de la instrucción adquiera valor probatorio en caso de imposibilidad de práctica en juicio del correspondiente medio de prueba.

Partiendo de la jurisprudencia constitucional que requiere, para que esa utilización sea admisible, la intervención judicial en el acto de investigación, la concesión al Ministerio Fiscal de poderes para realizar tales actos y la posibilidad de que la Policía Judicial los practique —por orden del Ministerio Fiscal o del Juez, aunque sin intervención del último— obligará a hacer específicas previsiones de aquella eventual necesidad y a pedir o acordar de oficio la práctica judicial de ciertos actos de investigación.

Hay también en esto una diferencia con el sistema tradicional de instrucción judicial, cuya documentación siempre podía servir en principio para sustituir la práctica imposible de algún medio de prueba, aunque la necesidad de la sustitución no hubiera podido preverse, sino que hubiera surgido *a posteriori*.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

1. Para las cuestiones tratadas en este primer apartado véase mi artículo *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre*, en *Justicia*, 1984, pp. 775-776 y la bibliografía y documentación que en ellas cito.

La referencia al profesor FAIRÉN, está hecha a los párrafos iniciales de su *Presente y futuro del proceso penal español*, Valencia, 1967, pp. 11-12.

2. En mi trabajo sobre *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980*, cit. pp. 781-786, pueden encontrarse observaciones sobre los inconvenientes del exceso de clases de procedimiento y sobre los problemas que planteaba en la LO 10/1980 la referencia únicamente a la duración de las penas.

3. Críticamente frente al desequilibrio en favor del Ministerio Fiscal, FAIRÉN, *Presente y futuro del proceso penal*, cit., pp. 34-36; también PEDRAZ, E., *En torno al procedimiento de urgencia: especial consideración del atribuido a los Juzgados de Instrucción*, RDProlberoam, 1980, pp. 483-490.

Sobre la tendencia en nuestro país a encomendar la investigación en la instrucción previa al Ministerio Fiscal, MORENO CATENA, V., *La justicia penal y su reforma*, en *Justicia* 1988, pp. 313-318; GIMENO SENDRA, J. V., *Algunas sugerencias sobre la atribución al M. F. de la investigación oficial*, en *Justicia* 1988, páginas 829-834.

El Informe del Consejo Fiscal no me consta que esté publicado, pero en el apartado II del mismo, relativo a la «Reforma procesal», se formulan las críticas que apunto en el texto. Para el Informe del Consejo General del Poder Judicial puede verse su *Boletín de Información*, núm. extraordinario, Madrid, octubre 1988, pp. 12-14.

El carácter judicial de la investigación de la instrucción previa y sus excepciones hasta esta reforma de LECRIM, lo trato más ampliamente en *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980*, cit., pp. 789-794.

Sobre la inclusión de la acción penal del ofendido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, véase mi *Derecho Jurisdiccional*, I, Barcelona, 1987 (con MONTERO, J.), pp. 315-316.

4. A) Sobre los efectos del procesamiento FAIRÉN, V., *Procesamiento, sobreseimiento, acusación*, en «Temas del ordenamiento procesal», II, Madrid, 1969, pp. 1271-1288; GIMENO SENDRA, J. V., *El auto de procesamiento*, en RGLJ, 1979-III, pp. 306-346; y relacionando esos efectos con el sobreseimiento GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, pp. 202-203.

En el informe del Consejo Fiscal se critica esta ampliación de las posibilidades de sobreseer de oficio con base en la STC 30 septiembre 1988, amparo, Sala 2.ª, Suplemento BOE 14 octubre 1988, aunque en el caso contemplado por esta sentencia había una persona declarada procesada.

B) La cita de GIMENO está hecha a su trabajo *El derecho de defensa*, ahora recogido en «Constitución y proceso», Madrid, 1988, p. 118.

C) La exposición de la tesis de GÓMEZ ORBANEJA, en *Comentarios*, II, cit., pp. 286-317; del mismo, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1987 (con HERCE, V.), pp. 251-258, 290-292.

Sobre la materia de este apartado véase, igualmente, PRIETO-CASTRO, L., *El cambio de punto de vista jurídico*, en «Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal», Madrid, 1964, pp. 222-238.

5. Sobre el régimen de la ausencia del imputado he de remitirme a mi trabajo *La ausencia del imputado en el proceso penal Consideración especial de la incomparecencia*, RDProlberoam, 1978, pp. 433-492; más ampliamente, considerando todos los supuestos de ausencia, mi tesis doctoral inédita *La ausencia del imputado en el proceso penal español*.

Las críticas al juicio oral en ausencia regulado por la reforma pueden encontrarse en el apartado II, a), b') del Informe del Consejo Fiscal, y, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, *Boletín de Información*, cit., p. 24. Contra esta innovación fueron presentadas en el Congreso las enmiendas núm. 26 (Agrupación Partido Liberal), 51 (Grupo CDS), 75 (Grupo Coalición Popular), 131 (Grupo Parlamentario Vasco, PNV) y 190 (Agrupación IJ-EC, Grupo Mixto), todas las cuales pueden encontrarse en Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. III Legislatura. Serie A. 17 noviembre 1988, núm. 99-3.

Sobre la «*opposition au jugement par défaut*», RASSAT, M. L., *Droit pénal et procédure pénale*, París, 1986, pp. 168-169.

6. A) Sobre la conformidad y los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, 1988, p. 331.

Respecto a lo conformidad y sus efectos véanse GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., pp. 197-198; el mismo, *Derecho procesal penal* (con HERCE), cit., pp. 237-238, 266-268; FAIRÉN, V., *La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español*, en «Temas», II, cit., pp. 1203-1246; y para jurisprudencia SOTO NIETO, F., *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, 1979, pp. 170-176.

La conveniencia de introducir el principio de oportunidad en la actuación del Ministerio Fiscal puede verse defendida en los trabajos de MORENO CATENA y GIMENO citados en el apartado 3 de esta nota y también GIMENO, J. V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 194-201.

Con carácter introductorio sobre el *plea bargaining*, SCHMID, N., *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, Heidelberg, 1986, pp. 61-63. Más ampliamente KADISH S. H., SCHOLHOFER, S. J., PAULSEN, M. G., *Criminal Law and its process*, Boston-Toronto, 1983, pp. 152-179.

B) Sobre la correlación entre acusación y sentencia en nuestro Derecho es aconsejable recordar GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., pp. 187-207, 286-307; del mismo, *Derecho procesal penal* (con HERCE), cit., pp. 257-258, 290, 420-424; cit., *passim*. La opinión de GIMENO, en *Fundamentos*, cit., 201-205 prelude el régimen que ha instaurado la reforma.

7. Sobre los avatares de la oralidad en el proceso penal español, particularmente reflejados en el tema clave de la relación entre investigación sumarial y prueba del juicio, debe remitir a mi artículo *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECRIM.*, en edición separada de RGD, Valencia, 1979 y también en RDProlberoam, 1982, páginas 365-427, y a MONTERO, J., *El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal*, en «Trabajos de Derecho Procesal», Barcelona, 1988, pp. 529-574.

8. Para los temas de este apartado sigue siendo útil la bibliografía del apartado anterior y, además, la que sigue:

A) Sobre los fines o las funciones de la instrucción, entre nosotros, PASTOR LÓPEZ, M., *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Valencia, 1979.

Las dificultades para la intervención de la defensa en la instrucción previa del proceso de la Ley Orgánica 10/1980, las trato en *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980*, cit., pp. 797-800.

B) GIMENO SENDRA, J. V. (con otros autores), *Derecho Procesal. El proceso penal* (1), Valencia, 1987, pp. 448-449; del mismo autor, *El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida*, en «Constitución y proceso», cit., pp. 123-136; MASCARELL NAVARRO, M^a José, *La carga de la prueba y la presunción de inocencia*, en Justicia 1987, pp. 626-629.

NUEVOS PODERES PARA EL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL: LÍMITES CONSTITUCIONALES Y VALORACIÓN POLÍTICO-JURÍDICA^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO: 1. HACIA LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL: INTENTOS, REALIDADES, TENDENCIAS.-- 2. SOBRE LA NATURALEZA DEL MINISTERIO FISCAL.-- 3. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA EN EL PROCESO PENAL.-- 4. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL.-- 5. LÍMITES CONSTITUCIONALES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN: LOS RIESGOS DE UNA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA DE «POTESTAD JURISDICCIONAL»: A) Uno de los aspectos en los que puede sufrir menoscabo la integridad de la potestad jurisdiccional es el de la recepción y dirección de la prueba procesal. B) La resolución sobre medidas cautelares y otras medidas restrictivas de derechos no específicamente reservada por la Constitución a órganos jurisdiccionales. C) Función del Ministerio Fiscal y del órgano jurisdiccional en el sobreseimiento con imposición de sanciones o de medidas de corrección.-- 6. GARANTÍAS PARA LOS ACUSADORES NO OFICIALES Y PARA EL IMPUTADO EN LA FASE PREVIA DEL PROCESO PENAL CON INVESTIGACIÓN ENCOMENDADA AL MINISTERIO FISCAL: RÉGIMEN RESTRICTIVO O INCREMENTO DEL TRABAJO JUDICIAL POR TÉCNICAS DE COMPLEMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL: A) Investigación fiscal y efectividad del derecho a la tutela judicial del ofendido y de la acción popular. B) Tutela de los derechos e intereses del imputado en la fase previa: evitación de medidas cautelares y de acusaciones infundadas.-- 7. COMPARACIÓN DE MODELOS LEGALES Y COMPARACIÓN DE SU FUNCIONAMIENTO REAL.

^(*) Publicado en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2, Madrid, 1990, pp. 223-259.

1. HACIA LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL: INTENTOS, REALIDADES, TENDENCIAS

No es nueva en nuestro Derecho cierta tendencia favorable a la ampliación y al reforzamiento de las funciones y poderes del Ministerio Fiscal en la instrucción previa del proceso penal y en el ejercicio de la acusación¹. En la presente década, y sobre todo en los dos últimos años, esa orientación adquiere más fuerza, más probabilidades de llegar a ser Derecho positivo, hasta el punto de que ya ha dejado su precisa impronta en la reforma de la L.E.Crim. de diciembre de 1988.

Un primer intento de importancia fue el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. En su memoria se destacaba la novedad de las facultades de investigación de hechos delictivos que se atribuían al M.F. para una mayor agilización del proceso penal y para la auténtica realización de la oralidad, que requiere limitar el contenido de la fase de instrucción previa². El artículo 3.4 del Proyecto atribuía al M.F. la función de «actuar como órgano de investigación en el proceso penal, a cuyo fin instará de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y dirigirá la actividad de la policía judicial». El artículo 5 especificaba los actos que le correspondía realizar en la investigación, excluyendo de ellos la adopción de medidas cautelares y limitativas de derechos, salvo la detención.

Frente a este intento reaccionaron dos grupos parlamentarios de muy diferente signo político: el grupo comunista, que justificaba su enmienda número 23 en que la relación del M.F. con el Ejecutivo conduciría, a través de aquella función, a un control político del proceso y la justicia penal; y el grupo Coalición Democrática, que razonaba su enmienda clave -la núm. 211- con argumentos de eficacia (el M.F. no tiene medios, ni preparación para asumir la labor investigadora) y de insuficiencia de garantías de una investigación imparcial por la posición orgánica del M.F. Esta reacción tuvo éxito en lo esencial y ya el texto de la ponencia dio a aquellos artículos la redacción que llegó a ser Ley³. Este texto, a pesar de la apariencia, no supuso cambio en el régimen de la actuación del M.F. según la L.E.Crim., salvo la expresa atribución de la potestad de acordar la detención *v* una norma -que después analizaremos en el contexto adecuado- sobre presunción de autenticidad de diligencias practicadas por el M.F. o bajo su dirección.

Un segundo intento, que alcanza en parte su objetivo, ha tenido como motivo la S.T.C. 145/1988, de 12 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del precepto de la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre, que excluía la recusabilidad del juzgador que hubiera sido instructor. Esa declaración de inconstitucionalidad hizo conveniente una reforma de la L.O.P.J. y de la L.E.Crim. para evitar la paralización de la justicia penal respecto a delitos menores. Pero, además, se ha intentado aprovechar esa conveniente reforma para dar entrada a unas ideas sobre la instrucción previa ya expresadas, como

¹ Para algunos antecedentes doctrinales y de reforma legislativa en este sentido, véase V. FAIRÉN GUILLÉN, «La reorganización del Ministerio Fiscal español», en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, págs. 516-517; S. M. ^a MORENILLA RODRÍGUEZ, «El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español», en *Documentación jurídica*, 1981, enero-diciembre, pág. 104, y autores que cita en nota 14.

² B.O.C.G., Congreso, Serie A, 23 de mayo de 1980, núm. 139-I, págs. 1013-1014.

³ B.O.C.G., Congreso, Serie A, 23 de junio de 1981, núm. 139-I 3, págs. 1032/6, 12 y 13.

luego veremos, en textos oficiales de la F.G.E. y por una corriente doctrinal con influencia en las reformas legislativas.

El Anteproyecto avanzaba considerablemente en esa dirección. Sin establecer preceptivamente una investigación previa exclusiva del M.F., ponía, con algunos preceptos clave [arts. 789, 11; 786.1; 781.2, d), y 781.5, todos del Anteproyecto] la base para que eso fuera realidad en el mayor número de supuestos (canalización hacia el M.F. de las *notitiae criminis* provenientes de la policía y necesidad de expreso requerimiento judicial para desapoderar al M.F. de la investigación). En segundo término, era destacable que, junto a la genérica reserva al Juez de la adopción de medidas cautelares [artículo 781.2, d), del Anteproyecto], los números 5 al 8 del artículo 781 bis del Anteproyecto encomendaban al M.F. la adopción provisional de unas medidas que, como luego veremos, suponían una peligrosa excepción a la regla general.

Ya antes de llegar a la calidad de Proyecto desaparecieron del texto esas disposiciones, atendiendo a críticas formuladas en los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, los cuales, sin rechazar de plano el modelo de la investigación previa del M.F. no compartían su concreta plasmación en el Anteproyecto, ni la oportunidad de la innovación⁴. En los artículos 785 bis, 1 y 3, y 789.1 de la L.E.Crim. puede observarse la suavización de la técnica de derivación de procedimientos hacia el M.F.⁵.

Ahora bien, de un conjunto de artículos introducidos en esta reforma de L.E.Crim., y especialmente del artículo 789.3, cabe concluir que, al menos parcialmente, ya se ha introducido en nuestro proceso penal una investigación previa del M.F. En efecto, si las diligencias de investigación practicadas por éste sólo precisan ser complementadas mediante una instrucción previa judicial o dirigida por el Juez, en cuanto sean materialmente insuficientes para fundar la acusación, es que, desde un punto de vista jurídico-formal, tienen la eficacia de actos de la instrucción previa y no requieren ser judicialmente reiterados⁶.

Si del campo de los intentos, ya coronados en algunos supuestos por realizaciones parciales, pasamos al de las tendencias, podemos comprobar que la de renovar la posición del M.F. en el proceso penal se expresa muy claramente y en instancias que cabe suponer con influencia real en las reformas legislativas.

Ya en su Memoria de 1987 la Fiscalía General del Estado, tras apuntar que el grado de judicialización de los conflictos en nuestra sociedad desbordaba la capacidad de la organización judicial, indicaba la conveniencia de la descriminalización de ilícitos poco graves, que podrían someterse a sanción administrativa; de la reforma del proceso penal hacia objetivos de eficacia y aceleración sin pérdida de garantías, lo que se lograría modificando su fase preparatoria, encomendando la investigación al Fiscal,

⁴ En cuanto al informe del Consejo General del Poder Judicial, véase el *Boletín de Información del Consejo*, 2.ª época, año VII, número extraordinario, Madrid, octubre 1988, págs. 12-14 y 18-19. El Consejo Fiscal emitió informe el 13 de octubre de 1988, de cuyo contenido debe destacarse el apartado II, relativo a la reforma procesal.

⁵ Aunque la *Circular* núm. 1/1989, en Suplemento al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1522, págs. 1359 y 1365, intenta de nuevo reforzar la posición del M.F. en el aspecto tratado en el texto.

⁶ Sobre esto, más ampliamente, mi trabajo «El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales», pendiente de publicación en *Justicia*, 1989, apartado 3.

sin perjuicio del «control jurisdiccional de las decisiones que afecten a los derechos fundamentales (...) que deberían ser adoptadas por la autoridad judicial». En fin, invitaba a reflexionar sobre la conveniencia de introducir un principio de oportunidad «reglada» como rector del ejercicio de la acusación en algunos supuestos⁷.

En la Memoria de 1988 la tendencia se refuerza. La instrucción judicial, además de causa de ineficacia del proceso penal, es considerada como exceso sobre las atribuciones que al Juez le otorga la Constitución. Y, así, dice el Fiscal General: «Me atrevo a afirmar que del examen combinado de los artículos 117.3.º y 4.º, y 124.1.º de la Constitución se deduce que nuestros constituyentes quisieron separar las dos funciones esenciales de la justicia penal: la de juzgar que corresponde a Juzgados y Tribunales determinados por la Ley (art. 117.3.º) y la de promover el juicio, "promover la acción de la justicia", que otorga el Fiscal (art. 124.1.0). Dicho de otra manera, el sistema que propugna la Constitución supone que el Fiscal es el titular del impulso procesal de cuanto debe acontecer antes del juicio oral. Los Jueces y Tribunales son los titulares exclusivos de la potestad jurisdiccional, es decir, del juicio y de sus consecuencias: su ejecución»⁸.

La Memoria de 1989, sin dejar el tema de la atribución de la investigación al M.F.⁹, añade consideraciones sobre el reforzamiento del consenso como estrategia de pacificación social, es decir, de un modo de solución del proceso penal en el que prime el convenio y el consenso, lo que podría favorecer la función resocializadora de la pena¹⁰.

Esta tendencia es también alentada por una corriente doctrinal en la que participan autores muy significativos: GIMENO¹¹, MORENO CATENA¹², VIVES ANTÓN¹³ y RUIZ VADILLO¹⁴, entre otros. Es conveniente dejar para después las específicas referencias al modo en que estos autores conciben la eficacia jurídica de la investigación del M.F., los poderes que deben quedar reservados al Juez en la fase previa del proceso penal y en los supuestos -que proponen de forma más o menos precisa- de truncamiento de este proceso sin llegar a juicio oral.

⁷ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1987, págs. 12-17.

⁸ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1988, págs. 20-21.

⁹ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1989, pág. 15. También ponderando las ventajas de esa atribución la Circular 1/1989, en Suplemento cit., págs. 1355-1357.

¹⁰ *Memoria*, 1989, pág. 16.

¹¹ Seguramente sin exhaustividad cabe citar de este autor sobre el tema que nos ocupa, «El Ministerio Fiscal y la Constitución», en *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid, 1982, dir. por COBO DEL ROSAL, págs. 334-335; «Los procedimientos penales simplificados (Principio de "oportunidad" y proceso penal monitorio)», en *Poder Judicial*, núm. especial II, págs. 32-37; «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial», en *Justicia*, 1988, págs. 829-834; «El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, núm. especial VI, págs. 274-280.

¹² V. MORENO CATENA, «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», en *Poder Judicial*, núm. especial II, pág. 165 y, en general, todo el artículo; «La justicia penal y su reforma», en *Justicia*, 1988, págs. 313-318.

¹³ T. VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en *Poder Judicial*, núm. especial II, págs. 93-128.

¹⁴ E. RUIZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», en *Poder Judicial*, núm. especial II, págs. 53-89.

2. SOBRE LA NATURALEZA DEL MINISTERIO FISCAL

Existe notoriamente una relación entre la naturaleza del M.F., en el sentido de la integración o encuadramiento del mismo en alguno de los poderes del Estado, y la atribución a aquél de nuevas funciones y poderes en la instrucción penal.

No se trata sólo de que «de sostener la naturaleza jurisdiccional del mismo, nada grave se opondría a que se ampliaran sus facultades dentro de la instrucción»¹⁵. Esto respondería a un planteamiento estricto de la constitucionalidad de la atribución. Pero, además de ese planteamiento, cabe preguntarse si el régimen orgánico del M.F., particularmente en cuanto a su vinculación con el Poder Ejecutivo, legitima objetivamente esa atribución de nuevos poderes y puede experimentarse como legitimador en la opinión pública¹⁶.

La Constitución y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal han reavivado¹⁷ con nuevos datos el debate sobre el encuadramiento del M.F. entre los poderes del Estado.

Tras una observación bastante difundida sobre la ambigüedad de la referencia constitucional al M.F., no predomina ciertamente en la doctrina la tesis de que sea una institución inserta en el Poder Judicial¹⁸. Está más extendida la conclusión de su dependencia respecto al Ejecutivo¹⁹, conclusión que además es valorada diferentemente por los autores. Unos adoptan frente a ella una actitud crítica, fundada en que esa posición orgánica amenaza la efectividad de los principios funcionales de legalidad e imparcialidad²⁰. Por el contrario, otros autores se muestran favorables a la vinculación del M.F. respecto al Ejecutivo porque éste ejerce a través de la actuación del M.F. ante los tribunales, una de las manifestaciones de su función constitucional de dirigir la política interior (art. 97 de la C.E.), influyendo en que el M.F. postule ante

¹⁵ Como dice GIMENO en «El Ministerio Fiscal y la Constitución», en *Comentarios*, cit., pág. 328.

¹⁶ En este sentido, no limitado al aspecto de la constitucionalidad, aparece, por ejemplo, planteada la cuestión en la enmienda núm. 23 del Grupo parlamentario Comunista al Proyecto de Estatuto Orgánico del M.F., y por P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *El Poder Judicial* (con C. MOVILLA), Madrid, 1986, págs. 396-397.

¹⁷ Para información sobre el estado de la cuestión en nuestro país con anterioridad a las citadas referencias constitucional y legislativa, FAIRÉN, «La reorganización del Ministerio Fiscal», en *Temas*, I, cit., págs. 483-517; M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El Ministerio Fiscal en España (Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el Derecho Procesal español)», en *Documentación jurídica*, 1977, núm. 10, págs. 266-357, y núm. 11, págs. 521-661.

¹⁸ Sostienen, con diversos matices, tesis judicialistas, J. LLOBELL MUEDRA, «El nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal», en *La Ley*, 1982, págs. 909-912; J. APARICIO CALVO-RUBIO, «El Ministerio Fiscal en la Constitución», en *El Poder Judicial*, I, Madrid, 1983, págs. 627-651; C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico», en *El Poder Judicial*, I, cit., págs. 847-890.

¹⁹ En este sentido, V. FAIRÉN GUILLEN, «El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988(1)», en *Tapia*, 1989, enero-febrero, págs. 63-73; A. PÉREZ GORDO, «Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981», en *El Poder Judicial*, III, Madrid, 1983, págs. 2347-2382, y los autores que se citan en las siguientes notas 20, 21 y 22.

²⁰ MORENILLA, «El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal», cit., págs. 93-101 y 112; J. A. MARTÍN PALLÍN, «El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales», en *El Poder Judicial*, II, Madrid, 1983, págs. 1791-1804; J. L. MUÑOZ CALVO, «La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal», en *El Poder Judicial*, III, Madrid, 1983, págs. 2153-2175.

los órganos jurisdiccionales cuando sea necesario que ejerciten su potestad y el M.F. esté legitimado para promoverlo²¹. Desde esta segunda postura las críticas se dirigen más bien contra que la vinculación M.F.-Ejecutivo no haya recibido una expresión normativa más acabada y que elimine ciertas indefiniciones y ambigüedades²².

Sin entrar de lleno en esa polémica, y para los efectos de lo que tenemos que analizar después, es conveniente hacer tres observaciones.

Las dos primeras están muy próximas a la obviedad y se refieren a la tesis minoritaria que se inclina por la inserción del M.F. en el Poder Judicial. Esta inserción, sin duda, no puede significar:

A) Que el M.F. tenga la calidad de órgano jurisdiccional ordinario, es decir, de órgano jurisdiccional cuyos titulares están protegidos por el régimen general de las garantías de la independencia, particularmente la sujeción en aspectos gubernativos al Consejo General del Poder Judicial²³. Dejando aparte, que no es poco, la falta del requisito de la independencia, los miembros del M.F. carecen de los requisitos de unidad de cuerpo y de estatuto personal con el de los Jueces y Magistrados, y, además, no están sujetos a las potestades administrativas del Consejo, ni pueden formar parte del mismo en su específica calidad de miembros del M.F.²⁴.

B) Que el M.F. constituya una de las excepciones al principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 de la C.E.), es decir, que no siendo «Poder Judicial» en el sentido específico de esta expresión en la Constitución, lo sea, en cambio, en el sentido que esa expresión tiene en la ciencia jurídico-política. Sería entonces un órgano jurisdiccional dotado de potestad de esa naturaleza, pero de carácter especial y reconocido por la Constitución en su artículo 124²⁵.

El M.F. no puede ser considerado como una clase de órgano jurisdiccional especial constitucionalmente reconocido, en primer lugar y fundamentalmente, porque sus componentes carecen de independencia, a diferencia de lo que es requisito esencial de los titulares de órganos jurisdiccionales. Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 124.2 de la C.E.) conducen a que, dejando ahora a un lado la vinculación con el Gobierno, cada miembro del M.F. no pueda hacer por sí una autónoma determinación de cuál debe ser en el caso una actuación con arreglo a la Ley, sino que en esa determinación está sometido a las órdenes e instrucciones emanadas de sus superiores (arts. 24, 25 y 26 del E.O.M.F.), cuyo incumplimiento es sancionable por vía disciplinaria (arts. 62.1 y 63.2 del E.O.M.F.). Existen, además, instrumentos eficaces para alcanzar el cumplimiento específico de la orden superior, como la sustitución del Fiscal en cualquier momento del proceso o de la actividad que

²¹ A. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, «El Ministerio Fiscal», en *Documentación Jurídica*, 1985, enero-junio, págs. 227-239; E. JAURALDE MORGADO, «El Ministerio Fiscal», en *Poder Judicial*, núm. 1, 1981, diciembre, págs. 46-48.

²² Véase especialmente consideraciones en ese sentido en A. JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, «Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal», en *El Poder Judicial*, II, Madrid, 1983, págs. 1625-1645.

²³ Sobre el concepto y requisitos de un órgano jurisdiccional ordinario J. MONTERO, *Derecho Jurisdiccional* (con ORTELLS y GÓMEZ COLOMER), I, Barcelona, 1989, págs. 71-73.

²⁴ L. MOSQUERA, «La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978», en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, dir. PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, págs. 701-705.

²⁵ Sobre los criterios para una calificación del M.F. como la que se enuncia en el texto, MONTERO, *Derecho Jurisdiccional*, I (con ORTELLS y GÓMEZ COLOMER), págs. 62-75.

esté realizando (art. 23 del E.O.M.F.), específicamente cuando ha objetado la ilegalidad de las órdenes e instrucciones (art. 27, 11, del E.O.M.F.), o la facultad de específica designación de Fiscales para asuntos determinados (art. 26 del E.O.M.F.). Todo esto excluye la naturaleza jurisdiccional del órgano-M.F., aun prescindiendo de analizar su posible dependencia respecto al Gobierno.

Se añade a lo anterior que, a diferencia de otros órganos jurisdiccionales especiales contemplados por la C.E., no hay expresión alguna en el texto constitucional que signifique que le sea atribuible al M.F. potestad jurisdiccional en alguna medida. El artículo 124.1 de la C.E. deja claro qué función del M.F. no es actuar la justicia, sino promover la acción de la misma en defensa de cierta clase de intereses.

La tercera observación, después de descartar que el M.F. pueda ser calificado como órgano jurisdiccional en algún sentido, se refiere al grado de garantía con el que el régimen orgánico del M.F. protege la efectividad de los principios funcionales de legalidad e imparcialidad, evitando que queden muy estrechamente condicionados por las directrices políticas del Gobierno. Si, como dice RUIZ VADILLO, «sólo si el M.F. ajusta su difícil tarea a los principios de legalidad e imparcialidad (lo que es obligado, como acabamos de ver) puede desempeñar su función investigadora con plenitud de garantías y la incondicionada confianza de la sociedad»²⁶, parece necesario un régimen de garantías que asegure que aquel ajuste se produzca. No es suficiente la voluntarista afirmación de que el ajuste se producirá²⁷. Ni son comparables las posibles desviaciones del M.F. respecto a sus principios funcionales, cuando éstos no se dotan de garantías suficientes, con las de un Juez respecto a los principios de la sumisión a la Ley e independencia²⁸, porque la lógica de ese argumento podría conducir a estimar irrelevantes las garantías de la independencia judicial.

El juicio sobre el grado de esas garantías no puede, ciertamente ser positivo²⁹. En primer lugar hay que recordar las técnicas para la dependencia jerárquica dentro de la organización del M.F. que hace poco hemos apuntado.

Esas técnicas se complementan con otras que instrumentan la dependencia respecto al Ejecutivo y que sintéticamente son éstas:

a) El Fiscal General del Estado es nombrado y cesado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial (art. 29.1 del E.O.M.F.).

b) Aunque no se dice que el Gobierno pueda dirigir instrucciones al F.G.E., sí puede interesar del mismo que promueva ciertas actuaciones ante los tribunales en orden a la defensa del interés público. El F.G.E. -que ya vimos cómo fue nombrado y cómo puede ser cesado- no está vinculado por aquel acto del Gobierno y resuelve

²⁶ E. RUIZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal», cit., pág. 66.

²⁷ Como la que formula, por ejemplo, Ruiz VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal», cit., págs. 66 y 70-71; también responde a ese matiz voluntarista la opinión que expresa GIMENO, «El Juez imparcial», cit., pág. 280. Sobre este extremo, véase la reflexión de A. DE LA OLIVA, *Jueces imparciales, Fiscales «investigadores» y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia venal*, Barcelona, 1988, págs. 71-72.

²⁸ Hace esta comparación Ruiz VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal», cit., pág. 69, cuando dice que «Con análoga apoyatura y carencia de justificación podría ponerse en tela de juicio el comportamiento del Juez o Tribunal».

²⁹ En este mismo sentido, DE LA OLIVA, *Jueces imparciales*, cit., págs. 91-94.

motivadamente sobre su viabilidad y procedencia, previa audiencia de un órgano colegiado (la Junta de Fiscales de Sala) (artículo 8 del E.O.M.F.), cuyos componentes (art. 14.2 del E.O.M.F.) han sido *todos nombrados por el Gobierno* a propuesta del F.G.E. (art. 36 en relación con el 35.1 y 34.1.º del E.O.M.F.).

c) Todos los Fiscales Jefes de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el Gobierno a propuesta del F.G.E. (artículo 41 del E.O.M.F. en comparación con los 39 y 40 del mismo texto), de modo que está en manos del Gobierno y del F.G.E. el control de la composición de la Junta de Fiscales de Sala y el dominio inmediato de los grados intermedios de la estructura jerárquica (arts. 23 al 26 del E.O.M.F.).

No se está diciendo, obviamente, que las influencias que emanen del Ejecutivo serán en todo caso contrarias a los principios de legalidad e imparcialidad, sino que el Ejecutivo -que dispone de cauces perfectamente efectivos de dirección del M.F.- no es la entidad más idónea en nuestro ordenamiento para la realización de aquellos principios, pues en otro caso no se justificaría lo dispuesto en el artículo 106.1 de la C.E.

3. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA EN EL PROCESO PENAL

La cuestión puede plantearse en un doble plano: naturaleza jurídica de la instrucción previa tal como hoy está configurada por el Derecho positivo y, en otro nivel, su naturaleza jurídica en atención a los fines a los que responde esta fase previa del proceso penal y a las posibilidades de configuración de la misma de modo conforme a la Constitución³⁰.

En el primer plano, entiendo que, salvo la brecha que abrió la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre³¹, y que ha profundizado la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre³², la conclusión es la naturaleza jurisdiccional de la instrucción previa. Se trata de un proceso previo, regido por los principios procesales de oficialidad, investigación e impulso oficiales, y por el procedimental de escritura, dirigido principalmente (pero no sólo: también adopción de medidas cautelares) a un acto jurisdiccional final sobre la admisibilidad de una acusación³³. Los actos necesariamente previos a las resoluciones jurisdiccionales que repercuten en la admisibilidad de la acusación, son dirigidos y realizados, con menor o mayor intervención de las partes, por un órgano jurisdiccional. Esto último del mismo modo en que, en la estructura más frecuentemente considerada de un proceso de declaración, el órgano jurisdiccional no se limita a dictar la sentencia, sino que dirige los actos necesariamente previos a la misma.

En este trabajo importa, sin embargo, el segundo plano, en el que puede plantearse la cuestión de la naturaleza jurídica. Como se trata de valorar la tendencia reformadora de atribuir al M.F. nuevas funciones y poderes en la instrucción previa, lo decisivo es precisar qué componentes de ésta constituyen ejercicio de potestad jurisdiccional (de acuerdo con un concepto de ésta con arreglo a la Constitución) y cuáles no tienen esa calidad.

³⁰ Sobre la naturaleza jurídica de la instrucción previa -cuando el tema tenía una trascendencia preferentemente dogmática y no, como ahora, una repercusión sobre la constitucionalidad del régimen de la instrucción— han tomado postura en la doctrina española algunos autores, entre los que cabe citar a M. SERRA DOMÍNGUEZ, «El juicio oral» y «La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario», ambos trabajos en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, págs. 764-769 y 716-738, respectivamente; V. FAIRÉN, «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en *Temas*, II, cit., págs. 1210-1212, nota 30; M. FENECH, *Derecho procesal penal*, II, Barcelona, 1960, págs. 939-942; E. JIMÉNEZ ASENJO, «Concepción técnico-jurídica de la instrucción criminal», en *RDPro. Iberoam.-filip.*, 1960, págs. 575-606; M. PASTOR LÓPEZ, «El sumario: su función y naturaleza jurídica», en *RDPro.*, 1965-1, págs. 61-94; ID., *El proceso de persecución*, Valencia, 1979, págs. 152-155; N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, «En torno a la noción de proceso preliminar», en *Scritti giuridici in onore de la Cedam*, II, Padova, 1953, págs. 304-311; C. VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, *Curso de Derecho procesal penal*, II, Madrid, 1962, págs. 5-30.

³¹ Explico la entidad de esta reforma en «El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre», en *Justicia*, 1984, págs. 789-800.

³² Véase sobre esto mi «El nuevo procedimiento penal», cit., apartado 3.

³³ En realidad la admisibilidad de la acusación se somete a varios enjuiciamientos durante la instrucción, el último de los cuales es el que sirve para decidir entre apertura del juicio o sobreseimiento. Sobre esto, E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, págs. 188-191.

En una primera aproximación puede sostenerse que son ejercicio de potestad jurisdiccional:

- a) Las resoluciones sobre medidas cautelares.
- b) Las resoluciones restrictivas de derechos sin carácter cautelar, generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de las fuentes de prueba.
- c) Las resoluciones sobre la admisión de la acusación (admisión de querrela y de personación del acusador particular, procesamiento y sobreseimiento-apertura del juicio oral), en cuanto son ejercicio de potestad de dirección procesal respecto al proceso de declaración.
- d) Práctica anticipada de prueba.

Los actos de obtención que realizan las partes³⁴ con relación a las resoluciones y actos acabados de enumerar no son, ciertamente, ejercicio de potestad jurisdiccional, pero han de estar dirigidos y han de ser valorados por el órgano investido de esa potestad, precisamente porque persiguen influir en su ejercicio. No supone, en cambio, ejercicio de potestad jurisdiccional la actividad material dirigida a descubrir:

- a) Contra qué persona se puede dirigir la acusación.
- b) De qué hechos se la puede acusar.
- c) De qué fuentes de prueba se dispone para demostrar (en el juicio) el fundamento de la acusación y (antes del juicio) la probabilidad de ese fundamento a los efectos de que se acuerden medidas cautelares y de que la acusación sea admitida. Descubrir las fuentes de prueba requiere examinarlas y se acompaña de una documentación del resultado de ese examen y de la conservación de objetos que van a servir para las pruebas reales.

Ahora bien, hay que puntualizar: todo eso no supone ejercicio de potestad jurisdiccional a condición de que la eficacia de los resultados de esa actividad quede limitada a que el acusador los utilice para formular (con fundamento, en el sentido de hacerlo con conocimiento de causa) solicitudes de medidas cautelares, la acusación y proposiciones de prueba. Limitada a eso, tal actividad es en todos los procesos una actividad desarrollada por las partes y, en muchos casos, privada. Incluso en el proceso penal no está excluida, sólo que para introducir sus resultados en una instrucción previa judicial ha de instarse la práctica de las correspondientes diligencias³⁵.

La puntualización es necesaria, porque la tesis de la no jurisdiccionalidad de la actividad de investigación previa al proceso, no podría sostenerse sin grave dificultad -como después se explicará-, si tuviera que entenderse que la documentación que el acusador ha formado de dicha actividad, es eficaz *per se* para que el Juez funde en la misma sus resoluciones sobre medidas cautelares y admisión de la acusación y puede sustituir a una prueba que debe ser practicada ante y bajo la dirección del órgano jurisdiccional que ha de dictar la resolución.

³⁴ Sobre el concepto de esta clase de actos, ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, I (con MONTERO y GÓMEZ COLOMER), cit., págs. 572-577.

³⁵ Así, sobre la investigación realizada por la policía, en su caso por orden del Fiscal, y a la que se refiere el artículo 287 de la L.E.Crim., véase mi *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980*, págs. 790-791.

4. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL

Los criterios para apreciar esa tendencia legislativa son de un doble orden. Unos de carácter constitucional: las normas constitucionales como límite a la libertad de configuración normativa del legislador. Otros de política jurídica, que entran en juego tras resolver el problema de una configuración conforme a Constitución.

Una valoración desde criterios constitucionales debe partir principalmente del artículo 117.3 de la C.E., es decir, de la exclusiva atribución a los órganos jurisdiccionales de la potestad jurisdiccional, y también de otros preceptos que específicamente formulan esa reserva (arts. 17, 18.2, 18.3, 20.5, 22.4, y 25.1 de la C.E.). Si el M.F. no es un órgano jurisdiccional no será conforme a Constitución atribuirle en la fase previa del proceso penal poderes que sean potestad jurisdiccional.

Ahora bien, así como no es discutible la inconstitucionalidad de una atribución al M.F. de potestad jurisdiccional, no creo que sea cierto, como se está empezando a sostener por algunos autores³⁶ y por la propia Fiscalía General del Estado³⁷, que precisamente el modelo de la instrucción previa judicial sea disconforme con la Constitución, presupuesta, en todo caso, la separación orgánica de instructor y sentenciador. Pienso, por el contrario, que el artículo 117.4 de la C.E., que permite que la Ley expresamente atribuya a los órganos jurisdiccionales funciones distintas al ejercicio de potestad jurisdiccional en garantía de cualquier derecho, da cobertura constitucional suficiente a aquel modelo.

Esto abre paso a una valoración ya no constitucional, sino de política jurídica: presupuesta la no inconstitucionalidad de la atribución al M.F. de ciertas funciones en la fase previa del proceso penal, ¿se producirá con ese cambio una importante disminución de garantías para los derechos de los acusadores no oficiales y del imputado? Si para evitar esa importante disminución resulta conveniente establecer determinados complementos judiciales a la investigación fiscal, ¿se alcanzarán los objetivos de reducción de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y de aceleración del proceso penal, que también se persiguen con las nuevas atribuciones del M.F.?

³⁶ VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional», cit., págs. 99-102; MORENO CATENA. «La justicia penal y su reforma», cit., págs. 314-315.

³⁷ *Memoria*, 1988, págs. 20-21.

5. LÍMITES CONSTITUCIONALES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN: LOS RIESGOS DE UNA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA DE «POTESTAD JURISDICCIONAL»

La verificación del respeto al límite constitucional que deriva del artículo 117.3 de la C.E. presenta toda la dificultad de determinar en qué consiste esa potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la potestad jurisdiccional que no puede ser atribuida al M.F. Y existe el riesgo de que esa determinación, que ineludiblemente tendrá que hacer el legislador, se resuelva en una versión cicatera y reductora de la potestad jurisdiccional, que tenga por consecuencia un incremento efectivo de los poderes del M.F. a costa del propio ámbito de la potestad jurisdiccional, y no sólo de lo que claramente queda fuera de esa potestad.

Dentro del carácter lógicamente no del todo definido e impreciso de la corriente cuyas manifestaciones expusimos al principio, aparecen unos datos y apuntes que preanuncian esa orientación restrictiva en el modo de entender la potestad jurisdiccional. Vamos a examinar los supuestos más importantes en los que esto ocurre:

A) Uno de los aspectos en los que puede sufrir menoscabo la integridad de la potestad jurisdiccional es el de la recepción y dirección de la prueba procesal

Algún autor ha llegado a sostener, en un plano de construcción teórica, que los actos del Juez en el proceso, salvo la sentencia de fondo, son de naturaleza administrativa³⁸, de modo que administrativa sería también la potestad de realizarlos y cabría, por consiguiente, cuestionar su exclusiva atribución a un órgano jurisdiccional. Esa tesis me parece inaceptable³⁹, porque el proceso como actividad jurídica realizada con intervención del órgano jurisdiccional es impuesta por la propia Constitución.

El artículo 117.3 de la C.E. no permite que la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueda ejercitarse de cualquier modo, sino que somete su ejercicio a las normas de procedimiento que las leyes establezcan. E incluso la regulación legal del procedimiento específicamente judicial no es indiferente al legislador constitucional, que establece normas tanto respecto a la forma del mismo (art. 120 de la C.E.) como respecto a los derechos de las partes (art. 24.1 y 2 de la C.E.) y los poderes del Juez (art. 118 de la C.E.).

Considero, en consecuencia, que la tesis de que las potestades del órgano jurisdiccional en la relación jurídica procesal no son jurisdiccionales o son, de algún modo, «menos» jurisdiccionales, está llamada a permanecer en un plano puramente teórico y no puede tener ninguna incidencia en el Derecho positivo, aunque el

³⁸ M. BALLBE, «La esencia del proceso», en *R.G.L.J.*, 1947, págs. 42-46.

³⁹ Ya CHIOVENDA previó y criticó concepciones de ese estilo en *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. GÓMEZ ORBANEJA), II, Madrid, 1936, pág. 11. También críticamente en la doctrina española, E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Una nueva reflexión acerca del concepto del Derecho Procesal», en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, págs. 50-51; A. DE LA OLIVA, «Sobre conceptos básicos del Derecho procesal», en *RDPro. Iberoam*, 1976, págs. 198-199.

ordenamiento constitucional impide que esas potestades le sean sustraídas al órgano jurisdiccional.

No afirmaré que el sistema de investigación a cargo del M.F. suponga un riesgo de que una actividad probatoria recibida y dirigida por un Juez sea totalmente sustituida por la documentación que hubiera formado el M.F. Lo que quiero advertir es que, generalizada la investigación fiscal, en los casos de excepción, pero prácticamente nada infrecuentes, en que sea necesario suplir la práctica de una prueba por la lectura de una documentación previa sobre el examen de la correspondiente fuente de prueba, no será, por regla general, la documentación de una actividad judicial la que servirá para la sustitución.

Si se atiende a algunas manifestaciones sobre este tema de partidarios de la investigación fiscal, podría pensarse que el riesgo apuntado nunca se hará real⁴⁰. Es paradigmática, en tal sentido, esta afirmación de GIMENO: «El M.F. es una autoridad carente de independencia judicial y, por tanto, nunca puede generar actos de prueba., sino meros actos de investigación, por lo que *en momento alguno* (subrayado mío) el Tribunal decisor podría fundamentar su declaración de hechos probados de la sentencia en los referidos actos investigatorios»⁴¹.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la imposibilidad de practicar una prueba en el juicio oral no siempre es previsible antes de su celebración, sino que en muchos casos se manifiesta *a posteriori* en el mismo momento del juicio⁴². Eso conduce a que otras opiniones sobre el régimen de esta materia en un nuevo sistema de investigación fiscal sean más matizadas. Así, puede leerse en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 que «las diligencias de investigación del Fiscal carecen *en principio* de valor probatorio»⁴³ y que no pueden invocarse como prueba «salvo aquellas irrepetibles (reconocimientos oculares, test de alcoholemia, etc.) en las que la práctica probatoria deberá consistir en que la persona que ha recogido la prueba o practicado la pericia se ratifique en juicio...»⁴⁴. Otro autor significativo, RUIZ VADILLO, apunta que «a instancia de cualquiera de las partes, si el Tribunal lo autoriza podrían leerse las diligencias practicadas en la fase de investigación que por causas ajenas a la voluntad de quien lo propone no puedan ser reproducidas, si su integración en el proceso no vulnera el derecho de defensa»⁴⁵, y que el respeto a las garantías que establece la L.E.Crim. es esencial para que, dentro de ciertos

⁴⁰ MORENO CATENA, «Garantía de los derechos fundamentales», cit., pág. 165; Circular F.G.E. núm. 1/1989, apartado IV, B), c).

⁴¹ V. GIMENO SENDRA, «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal», cit., pág. 830 y también pág. 833.

⁴² En definitiva, una práctica anticipada de la prueba no siempre puede ser el tratamiento aplicable a los supuestos de imposibilidad de practicarla en el acto del juicio. Más ampliamente sobre este tema, M. ORTELLS, «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la L.E.Crim.», en *R.G.D.*, 1979, págs. 33-47 (también en *RDPro. Iberoam.*, 1982, págs. 365-427).

⁴³ En la edición del suplemento al núm. 1522 del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, pág. 24.

⁴⁴ En la edición que se cita en nota 43, pág. 30.

⁴⁵ RUIZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal», cit., pág. 82.

temperamentos, puedan tener eficacia en la decisión final, «por ejemplo, ocupación de efectos, reconocimientos, toma de huellas, fotografías, croquis, etcétera»⁴⁶.

En caso de pruebas irreproducibles será admisible introducir en el material probatorio la documentación de la actividad de investigación del M.F., realizada con garantías sí, pero por el M.F. en definitiva y no por un órgano jurisdiccional. Y, ciertamente, los casos de pruebas irreproducibles no serán escasos, porque junto a los de imposibilidad absoluta de práctica de pruebas, estarán los de imposibilidad relativa, es decir, aquellos en que para practicar una prueba tuviera que acordarse una suspensión de la vista que la Ley no autorice⁴⁷.

¿Será eficaz la doctrina de la «mínima actividad probatoria» para poner coto a estos riesgos? Entiendo que no del todo. A pesar de que para esa doctrina, principalmente, esa actividad probatoria debe realizarse con intervención de un Juez, también ha admitido que pueden preconstituirse pruebas sin esa intervención, siempre que se cumplan determinados requisitos⁴⁸. Es cierto que, además, se exige que se ratifique en el juicio oral el funcionario que hubiera realizado la «actividad probatoria», no bastando con un formal «por reproducida». Ahora bien, será suficiente que el funcionario, aunque no recuerde aspectos concretos, manifieste que él siempre practica correctamente las actuaciones correspondientes para que la documentación entre a formar parte del material de convicción y adquiera eficacia probatoria.

Queda, por fin, la influencia en este punto de una norma ya vigente y de no fácil interpretación⁴⁹: el artículo 5, III, del E.O.M.F., que dispone que «todas las diligencias que el M.F. practique o que se lleven a cabo bajo su dirección, gozarán de presunción de autenticidad». La Fiscalía de Barcelona, además de entender que esto supone que tales diligencias tienen el valor de prueba documental, apuntaba equívocamente una carga de la prueba de la parte acusada o perjudicada por el contenido de la diligencia para «destruir la presunción de autenticidad»⁵⁰. La Fiscalía General establece correctamente que se trata de una autenticidad formal (prueba que la diligencia se ha practicado y su resultado es el que consta documentado) y también que esa autenticidad se limita a la fase previa al juicio oral y no es efectiva dentro de éste⁵¹. Comparto esta última limitación, pero habrá que convenir en que no resulta del propio artículo 5, III, del E.O.M.F. y en que esta presunción de autenticidad podría llegar a

⁴⁶ RUIZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal», pág. 87. Obsérvese que en todo caso se trata de actos realizados sin intervención judicial.

⁴⁷ ORTELLS, «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial», cit., págs. 40-45.

⁴⁸ Sobre estas excepciones, Ss.T.C. de 3 de octubre 1985, 28 de octubre de 1985, 18 de febrero de 1988, 23 de septiembre de 1987 y 1 de octubre de 1987. En doctrina, J. A. MARTÍN PALLÍN, «Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal», en *Poder Judicial*, núm. especial VI, págs. 119-136; A. JUANES PECES, «El principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción», en *Poder Judicial*, núm. especial VI, págs. 143-151; V. GIMENO SENDRA, «El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida», en *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, págs. 123-136.

⁴⁹ PÉREZ GORDO, «Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución», cit., pág. 2374.

⁵⁰ Estas manifestaciones aparecen en un estudio recogido en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1983, pág. 235.

⁵¹ *Circular de la Fiscalía General del Estado* núm. 1/1989, págs. 29-30, en la edición del suplemento al núm. 1522 del *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*.

argumentarse para evitar la ratificación personal en el juicio del Fiscal investigador, que habría formado unos documentos fehacientes⁵².

B) La resolución sobre medidas cautelares y otras medidas restrictivas de derechos no específicamente reservada por la Constitución a órganos jurisdiccionales

En esta materia el riesgo de una configuración reductiva de la potestad jurisdiccional se manifiesta de un doble modo. En primer lugar, limitando la intervención de un órgano jurisdiccional en la fase previa del proceso penal a los supuestos en los que la Constitución la dispone de manera específica. En segundo término, concibiendo la potestad jurisdiccional como una potestad de control *a posteriori* de actos de la policía judicial y del M.F., en este caso.

Es verdad que, por ahora, estas orientaciones se manifiestan vaga e imprecisamente, pero, como se verá después, el Anteproyecto de reformas orgánicas y procesales penales de finales de 1988 demostró la probabilidad de una evolución en ese sentido.

Para ilustrar la primera modalidad de reducción de la potestad jurisdiccional llamo la atención sobre la determinación de los supuestos de preceptiva intervención de un órgano jurisdiccional en la fase previa del proceso penal, que realizan el artículo 5, 11, del E.O.M.F. y algunos autores representativos de la corriente en estudio.

Según el artículo 5, II, del E.O.M.F., el M.F. no puede adoptar medidas cautelares (salvo la detención) ni otras limitativas de derechos. Sin embargo, en algunas formulaciones doctrinales el círculo que no podría invadir el M.F. ya no parece ser tan amplio⁵³. Así, para GIMENO no podrían encomendarse al M.F. «actividades estrictamente jurisdiccionales, como lo son la adopción de resoluciones que puedan limitar el libre ejercicio de los derechos fundamentales (v. gr., autos de entrada y registro, intervención de la correspondencia, prisión e incomunicación)»⁵⁴. Similarmente afirma MORENO CATENA que «la autoridad judicial... estaría llamada a actuar para garantizar los derechos fundamentales, ordenando a instancia de parte las diligencias que supongan su restricción (entrada y registro, prisión provisional o levantamiento del secreto de las comunicaciones personales)...»⁵⁵.

A mi modo de ver estas formulaciones doctrinales, muy claramente cuando acometen una enumeración de los supuestos están restringiendo la intervención del

⁵² Efectivamente, la cualidad del documento auténtico es la de hacer fe «por sí mismo sin apoyo exterior alguno, frente al documento adicionado, que es heteróntico, pues deriva su eficacia del acto y documento adicional o de reconocimiento», como dice R. NÚÑEZ LAGOS, «Concepto y clases de documentos», en *Revista de Derecho Notarial*, 1957, págs. 29-30.

⁵³ No es el caso de RUIZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal», cit., págs. 77 y 87, que, entre las resoluciones reservadas al Juez, comprende, además de las expresamente señaladas en diversos preceptos de la C.E., las relativas a embargos, entrada en domicilio de personas jurídicas. También con una concepción amplia de la reserva, L. VARELA CASTRO, «El principio de contradicción: igualdad y derecho de defensa», en Congreso *extraordinario sobre proceso penal*, de la Asociación «Jueces para la Democracia», sin lugar ni fecha de edición (aunque son los trabajos del Congreso celebrado en San Sebastián, 22, 23 y 24 de junio), pág. 22.

⁵⁴ GIMENO, «El Ministerio Fiscal y la Constitución», cit., pág. 335. También de este mismo autor, «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal», cit., pág. 833.

⁵⁵ MORENO CATENA, «La justicia penal y su reforma», cit., pág. 315.

órgano jurisdiccional al mínimo constitucionalmente ineludible, a los supuestos de reserva literal y expresa a un órgano jurisdiccional de las decisiones respecto a ciertos derechos (arts. 17.2, 18.2 y 3, 20.5 y 22.4 de la C.E.). Esa interpretación no puede compartirse, porque margina completamente la relevancia del artículo 117.3 de la C.E. para determinar la potestad (jurisdiccional) exclusivamente atribuible a órganos jurisdiccionales. En nuestra Constitución no sólo aquellos preceptos antes citados y de alcance específico determinan el contenido de esa potestad exclusiva, sino que el artículo 117.3 contiene elementos para una determinación más general de esa potestad⁵⁶. Lo que resulte de esta determinación también debe ser exclusivamente atribuido.

Precisamente por esa determinación general entiendo que deben quedar comprendidas en la potestad jurisdiccional las resoluciones sobre medidas cautelares y otras próximas a éstas, como son las medidas preventivas personales⁵⁷. Las resoluciones sobre estas medidas no son más que una especial manifestación del juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la C.E.), caracterizada por su función de garantía de efectividad de un proceso (jurisdiccional) principal⁵⁸. Por eso, aunque no se disponga en una norma constitucional específica, sólo un órgano jurisdiccional debe poder dictarlas.

Lo mismo cabe decir del poder de limitar o restringir derechos sin finalidad cautelar, pero con carácter instrumental para practicar actos de investigación en la fase previa de un proceso penal. Si tuviera que aceptarse que el nuevo modelo de investigación previa comporta que el M.F. pueda asumir esos poderes sin otros límites que los específicos constitucionales, nos hallaríamos ante la mejor prueba de la anómala expansión de la Administración a costa del ámbito tradicional de la jurisdicción, porque la técnica de la autotutela administrativa penetraría en el procedimiento para la realización del Derecho penal⁵⁹.

Un segundo modo de reducir la potencialidad de la potestad jurisdiccional es configurarla como una potestad de control -se entiende que de actos previos de otros, en este caso del M.F.-, en vez de como una potestad de primera resolución. El matiz no pasa inadvertido en los escritos producidos dentro de la corriente reformadora⁶⁰. GIMENO ha sostenido, explícitamente, que los órganos jurisdiccionales han de tener, en las intervenciones que les estén reservadas, no sólo la última, sino también la primera palabra⁶¹.

⁵⁶ Sobre esta materia he meditado más ampliamente en mi «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 3, págs. 438-455.

⁵⁷ Acerca de estas medidas, véase mi «Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal», en *R.G.L.J.*, 1978, págs. 478-482.

⁵⁸ M. ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, II-2.º (con MONTERO y GÓMEZ COLOMER), Barcelona, 1989, págs. 270-271.

⁵⁹ Debo remitir, en este punto, a la fundamental aportación de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, muy accesible en su *Curso de Derecho Administrativo* (con T. R. FERNÁNDEZ), I, Madrid, 1983, págs. 455-498. También a mis reflexiones en «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional», cit., y págs. cit. en nota 56.

⁶⁰ Ni tampoco a la fina crítica de DF LA OLIVA, *Jueces imparciales*, cit., págs. 69 y 80-81.

⁶¹ GIMENO, «El Ministerio Fiscal y la Constitución», cit., pág. 335; «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal», cit., pág. 833.

Sin embargo, en algunos textos oficiales se deslizan expresiones nada claras -quisiera pensar que simplemente incorrectas- que parecen apuntar a la mera función de control. Así, cuando en la Memoria de la F.G.E. de 1987 se dice que «la dirección de la investigación por el Fiscal puede ser plenamente compatible con el *control jurisdiccional de las decisiones* que afecten a los derechos fundamentales (...) que *deberían ser adoptadas por la autoridad judicial*»⁶².

La demostración cumplida de la realidad de estos riesgos vinieron a darla algunas disposiciones del Anteproyecto de reforma de la L.O.P.J. y L.E.Crim. que, con grandes modificaciones, culminó en la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre. Concretamente:

a) En el artículo 781.2, b), se disponía que el Fiscal «solicitará del Juez de Instrucción competente la adopción de las medidas cautelares que exijan resolución judicial, *sin perjuicio de las que pueda adoptar por sí mismo con carácter urgente*». No quedaba claro si lo último era remisión a otras disposiciones -que específicamente autorizaran la intervención del Fiscal- o una norma general de competencia a prevención para adoptar medidas cautelares en favor del M.F.

b) El artículo 781 bis atribuía al M.F. los siguientes poderes:

«5. Acordar lo pertinente acerca de la ocupación y depósito de las piezas de convicción y objetos provenientes de la infracción, pudiendo ordenar la entrega provisional a sus poseedores legítimos de los pertenecientes a terceros no responsables, con las cautelas necesarias, sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el Juez, en su caso.

6. Acordar la intervención inmediata del vehículo utilizado en la comisión del hecho punible y la retención del permiso de circulación, cuando fuera necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las posibles responsabilidades pecuniarias en tanto no conste acreditada la solvencia del imputado o del tercero civil responsable, si bien en tal caso deberá solicitar del Juez de Instrucción el embargo pertinente, y siempre sin perjuicio de la resolución de éste, si el interesado reclamare.

7. En los hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, dentro de los límites del seguro obligatorio, requerir a la compañía aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros para que abonen a los perjudicados la correspondiente pensión provisional en la cuantía que, según las circunstancias, el Fiscal estime necesaria.

Los requerimientos de pago podrán alegar ante el Fiscal lo pertinente y, si se mantuviere el requerimiento en los mismos términos, reclamar ante el Juez de Instrucción lo que estimen oportuno. Si el Juez lo confirmare, el requerido abonará las cantidades devengadas con un interés anual del 25 por 100.

8. Requerir a los imputados no residentes en España, en los procedimientos por delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, para que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho a enjuiciar, designando persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerle, con la prevención contenida en el artículo 789, en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y presten caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional que responda de su presentación en la fecha o plazo que le señale.»

⁶² *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1987, pág. 15. De entrada cabría pensar en un simple defecto de expresión, pues simultáneamente se afirma el control jurisdiccional de las decisiones y la adopción de las mismas por la autoridad judicial. Sin embargo, lo que a continuación se expone en el texto revela que puede ser real reducir la intervención del Juez a un control de decisiones previas de otro órgano.

En el informe del Consejo General del Poder Judicial estas disposiciones fueron seriamente criticadas⁶³ y ya no pasaron al Proyecto. Ciertamente, como apuntaba el informe, los previstos requerimientos del M.F. carecían, en caso de incumplimiento, de consecuencias efectivas, pero no menos cierto el claro anuncio de una preocupante tendencia a reconocer eficacia inicialmente vinculante a actos del M.F. limitativos de derechos (de carácter patrimonial), dejándolos expuestos sólo a un posterior control judicial.

C) Función del Ministerio Fiscal y del órgano jurisdiccional en el sobreseimiento con imposición de sanciones o de medidas de corrección

Los riesgos de una concepción restrictiva de la potestad jurisdiccional y, como consecuencia, de una indebida atribución de la misma, presentan mayor gravedad cuando resultan afectadas ya no las potestades procesales de carácter instrumental, sino la propia potestad de resolver en cuanto al fondo del asunto sometido a un órgano jurisdiccional. Esto involucra radicalmente la comprensión de la potestad de juzgar del artículo 117.3 de la C.E., y, específicamente, de la de imponer penas mediante sentencia del artículo 25.1 de la C.E.

Los nuevos poderes del M.F. acabarán proyectándose también sobre ello, dado que, junto a la atribución a aquél de la investigación previa, se propone también la introducción del principio de oportunidad, más o menos condicionado, en la persecución de los delitos hasta cierto límite de gravedad. Precisamente en la configuración de los poderes del M.F. y del órgano jurisdiccional en esta materia, puede suscitarse el problema de constitucionalidad que apuntaba⁶⁴.

De entrada, y en principio, sin relación con los nuevos poderes del M.F., debe llamarse la atención sobre el enorme desarrollo alcanzado por el Derecho administrativo sancionador. En la fijación de sus límites no se ha seguido el criterio de restringirlo al ámbito de una autotutela administrativa suficientemente justificada⁶⁵, sino más bien el de la naturaleza de la sanción, en el sentido de que la privación de libertad queda reservada a las sanciones propiamente penales (art. 25.3 de la C.E.). Es cierto que se han registrado importantes progresos en las garantías para la aplicación del Derecho administrativo sancionador⁶⁶, pero no lo es menos que su expansión

⁶³ Puede verse ese informe en *Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, núm. extraordinario, octubre 1988; concretamente, las críticas que se indican en el texto en págs. 18-19.

⁶⁴ Otras perspectivas de inconstitucionalidad de esta posibilidad de futura regulación son: 1.1) La infracción del principio de legalidad, rector de la actuación del M.F. según el artículo 124.2 de la C.E., y que, para evitar una redundancia, no debe confundirse con la garantía de la determinación por Ley de los delitos y las penas (art. 25.1 de la C.E.). 2.º) La infracción de la reserva de Ley en materia penal (art. 25.1 de la C.E.) y tal vez de Ley Orgánica (artículo 81.1 de la C.E.), que puede producirse si, estableciéndose la llamada oportunidad reglada, las condiciones para una actuación con arreglo a la misma dentro de los límites de la Ley pueden ser materia de instrucciones internas del M.F.; estas instrucciones condicionarían con carácter general y abstracto la aplicación de la Ley penal.

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso* (con FERNÁNDEZ), I, cit., págs. 486-489; J. R. PARADA VÁZQUEZ, «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial», en *R.A.P.*, 1972, núm. 67, págs. 41-93.

⁶⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», en *R.E.D.A.*, 1981,

revela una correlativa retirada del Poder judicial a una función de control de actos previos de la Administración Pública -técnica cuyos inconvenientes sólo son muy trabajosamente vencibles⁶⁷-, con abandono de la función de primera resolución de los conflictos jurídicos. La tendencia al reforzamiento y ampliación del Derecho administrativo sancionador -que no parecía mirarse con demasiada simpatía por los administrativistas- recibe ahora un indirecto apoyo desde el campo del Derecho penal, con los planteamientos de la intervención penal mínima y de descriminalización, llamados también a tener importante incidencia en la descarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales penales⁶⁸.

Pero, además de este fenómeno, y probablemente con la misma finalidad de reducir esa sobrecarga de trabajo, se delinea también una técnica distinta: no se trata de trasvasar conductas al ámbito del Derecho administrativo sancionador, ni a su característico tratamiento jurisdiccional, sino que, dejándolas en el campo del Derecho penal y del proceso penal, para la determinación de su certeza, su valoración y declaración de sus consecuencias jurídicas no se aplica la dinámica normal de la resolución jurisdiccional, sino que al órgano jurisdiccional sólo se le encomienda una intervención «menos decisiva».

De momento, en esta materia y en nuestro país, sólo cabe considerar algunas manifestaciones de carácter doctrinal que se expresan de modo muy significativo⁶⁹.

GIMENO ha propugnado un sobreseimiento por razones de oportunidad, dentro de ciertos límites, y también «bajo el cumplimiento de determinadas condiciones (v. gr., el sometimiento del drogadicto a un procedimiento voluntario de curación, la realización de determinados trabajos sociales, la renuncia en favor del Estado de los beneficios obtenidos mediante la comisión del delito, etc.)»⁷⁰. La autoridad judicial tendría que disponer ese sobreseimiento, previa solicitud del imputado e informe favorable del M.F., con plena libertad de determinar la pena sustitutiva o la condición a imponer⁷¹. Y en otro trabajo insiste: «La resolución de dicho sobreseimiento ha de quedar siempre confiada a la autoridad judicial, sin perjuicio de que la intervención del M.F., vía de informe, sea siempre preceptiva»⁷².

págs. 362-368; F. LÓPEZ RAMÓN, «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», en *R.A.P.*, 1988, núm. 115, págs. 72-85; L. PAREJO ALFONSO, «La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo», en *R.E.D.A.*, 1986, págs. 32-34.

⁶⁷ Sobre estos inconvenientes y su superación, FERNÁNDEZ, *Curso* (con GARCÍA DE ENTERRÍA), II, Madrid, 1988, págs. 499-503, y GARCÍA DE ENTERRÍA, en el vol. I, págs. 491-495; J. R. PARADA VÁZQUEZ, «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», en *R.A.P.*, 1968, núm. 55, págs. 102-106; ID., «Derecho administrativo, Derecho privado, Derecho garantizador», en *R.A.P.*, 1967, núm. 52, pág. 93; S. MUÑOZ MACHADO, «La carga de la prueba en el contencioso-administrativo: su problemática en materia de sanciones administrativas», en *R.E.D.A.*, 1976, págs. 734-741; ID., «Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *R.E.D.A.*, 1980, págs. 496-510.

⁶⁸ E. BACIGALUPO, «Descriminalización y prevención», en *Poder Judicial*, núm. especial II, págs. 9-29; GIMENO, «Los procedimientos penales simplificados», en el mismo núm. de *Poder Judicial*, págs. 32-34; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1987, págs. 12-13.

⁶⁹ Además de las que se reseñan después en el texto, véase C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad reglada en el proceso penal», en *Poder Judicial*, núm. especial VI, págs. 17-36.

⁷⁰ GIMENO, «Los procedimientos penales simplificados», cit., pág. 48.

⁷¹ GIMENO, ob. y lug. cit. en nota 69.

⁷² GIMENO, «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal», cit., pág. 834.

MORENO CATENA contempla una facultad del M.F. «para dejar de perseguir ciertos hechos delictivos, tras una "negociación" con el inculpado (el *bargaining* del Derecho americano) en supuestos reglados y cuando la lesión social es escasa, *debiendo entonces acordarse el sobreseimiento provisional por la autoridad judicial*». En aquella negociación habrán podido pactarse prestaciones para la pronta reparación de las víctimas o medidas de readaptación del delincuente⁷³.

BACIGALUPO se refiere a los párrafos 153 y 153a StPO como modelo de regulación moderna del principio de oportunidad⁷⁴. Conviene apuntar que la última disposición contempla una *abstención de la acusación por parte del M.F. con imposición al imputado* de determinadas prestaciones, adecuadas para que quede satisfecho el interés que pudiera haber en la persecución; *con la aceptación por parte del imputado y del Tribunal competente para el juicio*, éste no se abrirá y, cumplidas aquellas prestaciones, los hechos ya no podrán ser perseguidos.

VIVES apunta la posibilidad de introducir, junto al principio de oportunidad en cierta medida, también una posibilidad de negociación de la conformidad. «Desde luego -añade- tanto la decisión de no perseguir por razones de oportunidad, cuanto la negociación de la conformidad habrían de ser sometidas, en todo caso, *a la aprobación del Juez o Tribunal competente*»⁷⁵.

En fin, la Fiscalía General del Estado en la Memoria de 1989 formula la siguiente propuesta: «Propugnamos, además, que en la reforma procesal que vamos a culminar, al igual que viene aconteciendo en el Derecho europeo continental, también debe avanzarse en el reforzamiento del consenso como estrategia de pacificación social. Hoy es por todos admitido que, en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena. Mientras los primeros deben reservarse para la persecución de la criminalidad grave, que es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que fijen y esclarezcan tal conflicto. La criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva e integrada por hechos que son incidentales en la vida del autor, debe conducir a soluciones consensuadas que contribuyan a la no estigmatización de quien, por la ocasionalidad de su delito y la propia aceptación de su responsabilidad, esté revelando ya una actitud resocializadora y de acatamiento a la legalidad. Sancionar judicialmente el convenio en estos casos debe ser un imperativo ético-social de necesario cumplimiento»⁷⁶.

Se habrá podido observar que, con excepción de la propuesta de GIMENO, en las demás formulaciones el órgano jurisdiccional no aparece ejercitando una potestad de juzgar, es decir, de formarse una convicción sobre cuáles son los hechos ciertos, de apreciar los aspectos valorativos en el caso concreto y de interpretar y aplicar la norma, declarando en concreto la consecuencia jurídica, sino que ejerce una función de homologación, de aprobación, bien sea de acuerdos entre el M.F. y el imputado, bien de iniciativas del M.F. para imposición de sanciones o medidas de readaptación social, cuya eficacia jurídica depende del consentimiento del imputado y del propio

⁷³ MORENO CATENA, «La justicia penal y su reforma», cit., pág. 316.

⁷⁴ BACIGALUPO, «Descriminalización y prevención», cit., pág. 14.

⁷⁵ VIVES, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», cit., pág. 109.

⁷⁶ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1989, pág. 16.

órgano jurisdiccional. Y no está de más recordar que incluso esa potestad de control de convenios o de actos del M.F., habrá de ejercitarse sobre la base de conocimiento de un material de hecho recogido sólo por el M.F. (y por la policía) como regla general.

Efectivamente en la doctrina alemana se han expresado serias dudas sobre la constitucionalidad del sistema del parágrafo 153, a StPO, porque deja indeterminado, a disposición del M.F. v de sus órganos rectores, el ámbito de aplicación del Derecho penal en un grupo importante de infracciones, que según los casos podrán ser sancionadas con penas o con otras medidas; porque no encomienda esa determinación de modo exclusivo a un enjuiciamiento jurisdiccional, y, en fin, porque conferir al M.F., que es quien ha realizado la investigación, la iniciativa de las medidas sancionatorias y de corrección infringe el requisito de imparcialidad⁷⁷.

En una primera aproximación, desde la perspectiva de la Constitución española, puede decirse que tanto si esas sanciones o medidas de corrección alternativas de las penas se mantienen en el ámbito del Derecho penal y las acciones por las que se imponen han de seguir considerándose como delitos, como si representan un sistema sancionador distinto del Derecho penal, pero también del Derecho administrativo sancionador, la atribución de funciones al M.F. y al órgano jurisdiccional para la aplicación de ese sistema que parece delinearse, podría ser contraria a la Constitución.

En la primera alternativa de interpretación, por infracción del artículo 25.1 de la C.E., que impone que la infracción que formalmente sea delito o falta sólo pueda ser castigada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional⁷⁸.

Si se asume el segundo modo de comprender ese posible nuevo sistema, la colisión se produciría con el artículo 117.3 de la C.E., dado que al no quedar aquél incluido tampoco en el Derecho administrativo sancionador, no hay fundamento para excluir que su aplicación se produzca mediante un inicial y pleno ejercicio de la potestad jurisdiccional⁷⁹.

6. GARANTÍAS PARA LOS ACUSADORES NO OFICIALES Y PARA EL IMPUTADO EN LA FASE PREVIA DEL PROCESO PENAL CON INVESTIGACIÓN ENCOMENDADA AL MINISTERIO FISCAL: RÉGIMEN RESTRICTIVO O INCREMENTO DEL TRABAJO JUDICIAL POR TÉCNICAS DE COMPLEMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL

Abandonemos ahora la perspectiva de valoración constitucional. Supongamos que, con un ajuste exquisito a los límites constitucionales, sólo quedara atribuida al M.F. la estricta actividad de investigación. ¿Qué valoración cabría hacer del modelo desde un planteamiento de política jurídica procesal? A la hora de hacer esa valoración entiendo que deberán tenerse presentes dos inconvenientes de peso que apunto y luego desarrollaré.

En primer lugar, las insuficientes garantías de la imparcialidad y de la actuación según el principio de legalidad del M.F., no aseguran objetivamente los intereses de las partes no oficiales (acusadores e imputado) respecto a la actividad de

⁷⁷ Véase, de entrada, K. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1987, pág. 71; ampliamente, E. KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, Berlín, 1980, *passim*.

⁷⁸ ORTELLS, «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional», cit. págs. 443-444.

⁷⁹ ORTELLS, «Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional», cit. págs. 444-453.

investigación, actividad cuyo resultado incluye decisivamente en los derechos procesales de aquellas partes.

Pero, en segundo término, si se intenta corregir el anterior defecto, concediendo a esas partes un adecuado acceso a un órgano jurisdiccional para que éste supla las insuficiencias de la actividad investigadora del M.F., no se obtiene -con el cambio de modelo- un especial progreso hacia los objetivos de mayor rapidez y eficacia, salvo que estas técnicas de complementación se configuren restrictivamente, lo que nos devuelve a la primera objeción.

A) Investigación fiscal y efectividad del derecho a la tutela judicial del ofendido y de la acción popular

El nuevo modelo para la fase previa del proceso penal ciertamente no podrá alcanzar a conferir al M.F. el monopolio de la acusación, ni siquiera en el ámbito en que se pretende introducir el principio de oportunidad. A esto se oponen precisos límites constitucionales: de un lado, el derecho a la tutela judicial de los ofendidos por el delito, que el Tribunal Constitucional ha reconocido como incluido en el artículo 24.1 de la C.E.⁸⁰; de otro, el artículo 125 de la C.E., que impone un reconocimiento legal, aunque sea mínimo, de la acción popular.

No puede afirmarse, sin embargo, que corran buenos tiempos para estos derechos tan arraigados en nuestro ordenamiento procesal penal. Pueden leerse frases significativas de una tendencia a configurar las acusaciones no oficiales como subsidiarias de la del M.F.⁸¹. Cabe encontrar actitudes genéricamente poco favorables a las mismas, que afloran al propugnarse interpretaciones restrictivas de preceptos rectores de la acción popular⁸², o planteamientos de *lege ferenda* en los que los antes citados preceptos constitucionales son «sentidos» como límites a un fortalecimiento de la oficialidad de la acusación, que se estima preferible⁸³.

No centro ahora la atención sobre este tema, sino sobre otro de menor calado constitucional. Aunque no se introdujeran especiales limitaciones a las acusaciones no oficiales, la sola atribución al M.F. de las funciones de investigación merma la efectividad de las mismas, en el sentido de que éstas, para alcanzar su efecto de que se abra el juicio oral frente a una persona determinada, efecto que -como es sabido- no sólo depende de presupuestos procesales, sino también de un juicio de probabilidad sobre el fundamento de la acusación⁸⁴, quedan completamente a expensas de la investigación que hubiera desarrollado el M.F. Esto es insatisfactorio porque, objetivamente, el M.F. no está rodeado, en términos relativos, con un órgano jurisdiccional, de garantías suficientes para una actuación imparcial y acorde con el

⁸⁰ ORTELLS, *Derecho jurisdiccional* (con MONTERO y GÓMEZ COLOMER), 1, págs. 415-416.

⁸¹ (81) Ruíz VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal», cit., pág. 76; GIMENO, «Los procedimientos penales simplificados», cit., pág. 46; MORENO CATENA, «La justicia penal y su reforma», cit., pág. 315.

⁸² Por ejemplo, la que aflora en el estudio de la Fiscalía de Las Palmas recogido en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1989, págs. 314-320.

⁸³ VIVES, «Doctrina constitucional», cit., pág. 107.

⁸⁴ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, págs. 198-207.

principio de legalidad, y, por consiguiente, es legítimo que los acusadores no oficiales puedan desconfiar de la suficiencia y corrección de la investigación⁸⁵.

No vale decir que los acusadores no oficiales siempre podrán desarrollar investigaciones fuera del procedimiento y obtener así fuentes de prueba con las que lograr, primero, la admisión de su acusación y, ya en el juicio, la condena. Estas investigaciones siempre serán menos efectivas que las del M.F., porque —como es lógico— la Ley no pone a disposición de los particulares los instrumentos para la investigación disponibles para un representante del poder público.

La realidad de este inconveniente ha sido reconocida y se han propuesto correcciones para obviarlo. Doctrinalmente se apunta que el Juez tendría que «asegurar el acceso a la fuente de prueba por los legitimados para el ejercicio de la acción popular, obviando eventuales inhibiciones del Ministerio Fiscal y ordenando, en su caso, las investigaciones necesarias»⁸⁶. O bien que «El acusador particular ha de gozar de un recurso judicial para el supuesto de que el M.F. no cumpliera las diligencias por él interesadas»⁸⁷. Ya en el plano legislativo, los artículos 789.3 y 790.2 de la L.E.Crim. (redacción de la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre) están puestos para resolver la cuestión en el nuevo procedimiento abreviado.

Si tales soluciones van a ser suficientes y reales y no meramente nominales, importaría determinar, con métodos adecuados, la incidencia de esos necesarios controles jurisdiccionales sobre la investigación del M.F. en la duración y en la complejidad de la tramitación de la fase previa del proceso penal. Tal vez esto revelara las limitadas ventajas del cambio de modelo de fase previa, incluso desde un punto de vista de eficacia⁸⁸.

B) Tutela de los derechos e intereses del imputado en la fase previa: evitación de medidas cautelares y de acusaciones infundadas

La investigación que se desarrolla en la fase previa del proceso no sólo tiene o debe tener por finalidad proveer de fundamento suficiente a la acusación, sino también otros fines respecto a los que el imputado ostenta un interés digno de tutela: proveer el necesario fundamento para la adopción de medidas cautelares y preventivas y excluir las acusaciones infundadas⁸⁹. El imputado tiene interés en que consten resultados de investigación que sirvan para que no se adopten medidas frente a él (o para que se alcen las adoptadas) y para revelar el carácter no fundado de la acusación.

⁸⁵ Se apunta esta objeción en el *Informe del Consejo General del Poder Judicial*, cit., pág. 13; L. BARDAJI y M., A. GARCÍA, *Del Juez instructor al Fiscal instructor: razones políticas del cambio*, comunicación presentada al tema «El Fiscal y la investigación criminal» en el III Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, junio 1988. La desconfianza que se menciona en el texto crece cuando los que son o pueden ser imputados son agentes del Poder ejecutivo, como se advierte en una de las aportaciones a la primera ponencia del *Congreso extraordinario sobre el proceso penal*, de la asociación «Jueces para la democracia», cit., pág. 11.

⁸⁶ VARELA CASTRO, «El principio de contradicción: igualdad y derecho de defensa», cit., pág. 22.

⁸⁷ GIMENO, «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal», cit., pág. 834.

⁸⁸ Se intuye este problema en una de las aportaciones a la segunda ponencia del *Congreso extraordinario sobre el proceso penal*, cit. pág. 84.

⁸⁹ PASTOR LÓPEZ, «El proceso de persecución», cit., págs. 131-139; MORENILLA. «El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español», cit., págs. 103-104.

La reforma de la L.E.Crim. por Ley de 4 de diciembre de 1978 vino a dar a ese interés una adecuada protección: No bastaba desde luego con el deber del Juez de Instrucción de actuar según el artículo 2 de la L.E.Crim., sino que debía reconocerse el derecho a la defensa del imputado para participar en la investigación, proponiendo actos de investigación e interviniendo en su práctica⁹⁰.

Un modelo de fase previa con investigación encomendada al M.F. no es el más adecuado para la protección de esa posición del imputado⁹¹.

Es cierto que se afirma que el M.F. debe proceder en la investigación con arreglo al principio de imparcialidad y, en ese sentido, orientar aquella también hacia la búsqueda de elementos exonerantes para el imputado⁹². Ni más ni menos que lo que ya dispone, también para el Fiscal, el artículo 2 de la L.E.Crim. Ahora bien, el M.F. no es el órgano más idóneo para desarrollar esa investigación imparcial, porque su Estatuto no le rodea de garantías suficientes para ello, al menos en comparación con las de un órgano jurisdiccional.

Por otra parte, esta materia aparece relacionada con el razonable objetivo de poner coto a una investigación previa excesiva y desbordada, que puede ir en detrimento de la importancia de la prueba en el juicio. Pues bien, al menos en la reforma de 28 de diciembre de 1988, esto ha conducido a una fijación de límites unilateralmente orientada a que en la investigación se recojan los elementos necesarios para la acusación⁹³. Hasta tal punto es así que la Circular que F.G.E. dedicó al nuevo procedimiento, junto a manifestaciones conformistas con esa restricción legal⁹⁴, ha resaltado la parquedad del tratamiento de la posición del imputado y propugnado interpretaciones que permitan tutelar su derecho de defensa en la fase previa⁹⁵.

No se trata sólo de que el imputado pueda ofrecer a un órgano jurisdiccional, en un debate contradictorio previo a la resolución sobre una medida cautelar⁹⁶ o sobre la apertura del juicio-oral admisión de la acusación, el resultado de investigaciones de efecto exonerante que haya podido practicar privadamente, sino, además de eso, de que el imputado pueda servirse de los medios potentes que el aparato estatal (la

⁹⁰ Dejando a un lado la influencia que pudo tener en esa reforma la corruptela de la sobrevaloración del contenido de la instrucción previa -MORENO CATENA, «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», cit., págs. 162-163-, la introducción de la contradicción y el derecho de defensa en la fase de instrucción por los efectos que de ésta derivan es, sin duda, una justificación objetiva, suficiente y correcta de tal reforma.

⁹¹ En efecto, en Alemania se reconoce que éste es uno de los puntos débiles de su régimen de instrucción previa, véase P. RIESS, en LÖWE-ROSEMBERG, *Strafprozessordnung. Grosskommentar*, II, Berlín-New York, 1989, págs. 23 218.

⁹² Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, en la edición que se cita en nota 43, pág. 25; punto VII de la «Propuesta sobre la proyectada atribución de la investigación criminal al Ministerio Fiscal», adoptada en el III Congreso de la Unión Progresista de Fiscales; GIMENO, «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal», cit., págs. 833-834.

⁹³ ORTELLS RAMOS, «El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales», cit., apartado 8.

⁹⁴ En la edición citada en nota 43, págs. 24-25.

⁹⁵ En la edición que cito en nota 43, págs. 25, 40-41.

⁹⁶ GIMENO, «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal», cit. págs. 830-831; Id., «El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional », cit., págs. 278-279.

policía, el M.F. o el Juez de Instrucción) tiene a su disposición para realizar la investigación en el proceso penal y que no son asequibles a un particular⁹⁷.

Si no se quiere admitir la reducción de las garantías del imputado en la fase previa, deberá establecerse la intervención de un órgano jurisdiccional para, que resuelva, en definitiva, sobre sus solicitudes de investigación no debidamente atendidas por el M.F. Esto tendrá, como ya advertimos para el caso similar de los acusadores no oficiales, una lógica incidencia en la complejidad y duración de la fase previa.

7. COMPARACIÓN DE MODELOS LEGALES Y COMPARACIÓN DE SU FUNCIONAMIENTO REAL

En la polémica sobre la atribución a un órgano jurisdiccional o al M.F. de la investigación previa, se han utilizado argumentos no referidos a la configuración legal del modelo de investigación judicial, sino a las corruptelas que se producen en su funcionamiento real.

Se ha dicho que ese modelo genera una tendencia a conferir valor probatorio a la investigación realizada, precisamente porque lo es con intervención de un órgano jurisdiccional, y por esa vía contribuye a la vaciedad probatoria del juicio oral⁹⁸. Un estudio detenido del tema revela que ésta no es una consecuencia necesaria del sistema de L.E.Crim., sino una corruptela que se puede corregir con pequeñas reformas en esa Ley⁹⁹.

También se ha apuntado que no es muy efectiva la garantía de la atribución a un Juez, porque la práctica lleva frecuentemente esa intervención a manos del personal auxiliar del Juzgado. A la vista de esto, la atribución al M.F. no supondría, en un planteamiento realista, una disminución apreciable de las garantías.

Evidentemente una argumentación centrada en las posibilidades de corrupción práctica de los modelos legales, sólo es aceptable en la medida en que se reconozca que esa posibilidad afecta a todos los modelos. También al de investigación fiscal. Y, en verdad, corruptelas en este sistema son muy razonablemente previsibles y hay experiencia de las mismas en países que lo tienen introducido en su proceso penal.

Por una parte, la carencia de medios materiales del M.F., la insuficiencia del personal fiscal y auxiliar del mismo y el escaso peso que tiene en la formación de los Fiscales la específica preparación en técnicas de investigación criminal, representan un obstáculo considerable a la asunción real por el M.F. de la investigación o de la

⁹⁷ Me parece en este aspecto un poco cínica la consideración que se formula en la Circular de la Fiscalía General del Estado (pág. 35 de la edición que cito en nota 43), según la cual: «Es de notar también que la prohibición de una investigación subsidiaria y paralela a la judicial no se predica de las demás partes, que podrán realizar investigaciones propias al no existir prohibición legal, lo que, *por el principio de igualdad de las partes* (subrayado mío), tampoco puede estar vedado al Fiscal.»

⁹⁸ VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», cit., págs. 99-100; MORENO CATENA, «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal», cit., pág. 162.

⁹⁹ El tema lo estudié muy ampliamente en mi «Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial», cit., y en «Eficacia probatoria del sumario en el juicio ante el Jurado», en Justicia, 1987, págs. 347-354.

dirección efectiva de la misma¹⁰⁰. Es, por ello, muy previsible que la actividad de investigación acabe por recaer realmente en la policía, que por la preparación técnica, por su infraestructura y organización asume más «naturalmente» esa función.

Y esa ha sido, en efecto, la experiencia alemana. Como advierte RIESS, en la realidad jurídica, de antiguo y con extensión considerable, la incoación y realización del procedimiento de investigación y particularmente la investigación de los hechos, está en manos de la policía. En el campo de la pequeña y mediana criminalidad la policía lleva autónomamente la investigación hasta el final. El M.F. ordena pocas investigaciones complementarias y se limita a dictar la disposición de conclusión. Una asunción amplia por la policía de las competencias a prevención para adoptar medidas de coacción, conduce a eludir también el recurso al M.F., que es quien debe pedir tales medidas al Juez¹⁰¹.

Considerando, pues, con realismo el nuevo modelo no hace más que incrementarse la desconfianza frente a la formación de un material de investigación al que se vinculan importantes efectos ordinarios (proporcionar los fundamentos necesarios para resolver sobre medidas cautelares y sobre apertura del juicio) y, más aún, los extraordinarios en caso de imposibilidad de reproducción del medio de prueba.

¹⁰⁰ Muy ilustrativa en este aspecto la enmienda 211 que el Grupo Coalición Democrática presentó al Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Se reconocen estas insuficiencias en el *Informe del Consejo Fiscal* sobre el Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que culminó en la L.O. 7/1988, apartado II, d), y en la *Circular de la Fiscalía General del Estado* 1/1989, págs. 25-27 de la edición citada en nota 43. De gran interés, A. DEL TORO MARZAL, «La reforma del Ministerio Fiscal y la realidad sociojurídica», en *Anuario de Sociología y Psicología jurídicas*, 1980, págs. 58-64.

¹⁰¹ RIESS, en Löwe-Rosemberg, *Strafprozessordnung*, II, cit., pág. 16, pero más ampliamente págs. 15-19; ROXIN, *Strafverfanrehsrecht*, cit., págs. 53-54; K. PETERS, *Strafprozess*, Heidelberg, 1985, págs. 182-183.

**CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA: ANTIGUAS Y NUEVAS
ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES (*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA POSTURA TRADICIONAL SOBRE LA FALTA DE CORRELACIÓN POR EXCESO. LAS POSIBLES INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 733 Y LA INTERPRETACIÓN, HASTA AHORA, PREDOMINANTE.- III. EL CAMBIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CORRELACIÓN COMO LÍMITE A LA POTESTAD DE RESOLVER: A) Un análisis particularizado de las principales sentencias: B) Las diferentes orientaciones en la nueva jurisprudencia.

(*) Publicado en *Justicia*, 1991, número III, pp. 529-550. Publicado también en la obra *El proceso penal abreviado: (nueve estudios)*, Granada, Comares, 1997.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los componentes esenciales de la estructura del proceso penal está experimentando en el ordenamiento español, desde hace pocos años, un cambio profundo. Me refiero a la correlación entre acusación y sentencia y, más específicamente, a aquel aspecto de la misma consistente en limitar la potestad de resolución del juez penal.

El cambio ha sido abierto y bien definido cuando ha hallado expresión legislativa, como ha ocurrido en el régimen del procedimiento abreviado. El art. 794.3 LECRIM, en sí mismo y en relación con el art. 793.6 y 7 LECRIM, supone una novedad en varios sentidos.¹ Primero, porque formula expresamente el precepto de deber de correlación como límite a la potestad de resolver, a diferencia del régimen del procedimiento ordinario, donde tal precepto hay que deducirlo de la sanción que establece el art. 851.4.º LECRIM para los casos de falta de correlación por exceso. Segundo, porque refiere ese deber -correctamente- al objeto del proceso como «hecho enjuiciado», referencia que, en el proceso ordinario, hay que deducirla de los principios y del sistema. Tercero -y aquí radica la verdadera innovación-, porque las limitaciones a la potestad de resolver que derivan de los actos de acusación, son más estrechas e ineludibles, en comparación con el régimen de esta materia en el proceso ordinario.

Pero el cambio también se ha producido, aunque de un modo más impreciso e inseguro, por vía jurisprudencial, como una nueva interpretación de las normas rectoras de la correlación en el proceso ordinario, motivada, principalmente, por determinados derechos reconocidos en el art. 24 CE y en convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España.

Las referencias a este cambio jurisprudencial que he encontrado en la literatura jurídica se caracterizan, de un lado, porque lo describen como una tendencia uniforme y bien definida, y, de otro lado, porque adoptan frente a la misma una actitud poco crítica, sea por limitarse a su simple exposición, sea porque, si revisan los fundamentos de la nueva jurisprudencia, los aceptan casi reconociéndoles la calidad de obvios.²

¹ Véase mi *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, en Justicia 1989, III, pp. 560-561; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *El nuevo proceso penal*, Valencia, 1989, con MORENO CATENA et al., pp. 218-219, no observa, sin embargo, tantas variaciones.

² GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal*, II, *Proceso penal*, Valencia, 1988, con ALMAGRO, CORTÉS y MORENO, pp. 412-413; GÓMEZ COLOMER, J.L. *Derecho jurisdiccional*, III, *Proceso penal*, Barcelona, 1991, con MONTERO, ORTELLS y MONTÓN, pp. 308-311; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La incongruencia penal por «ultra petita»: estudio jurisprudencial*, RGD, 1991, n.º 558, pp. 1095-1127; ESCUSOL, E., *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado*, Madrid, 1990, p. 196, la consulta FGE núm. 3/1990, 15 octubre, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 15 enero 1991, pp. 411-416, ya concluye, sin complicarse con demasiadas argumentaciones, la equiparación del régimen del proceso ordinario al del abreviado.

Lo que persigo con este trabajo es determinar el alcance y sentido precisos de este cambio jurisprudencial y las razones en que afirma fundarse. Dejo expresamente al margen el análisis de los problemas específicos de la correlación en el caso de conformidad del acusado,³ y advierto que, si bien resultará inevitable referirse a los grandes conceptos de principio acusatorio o de sistema procesal penal acusatorio, no pretendo realizar un estudio a fondo de los mismos. Estoy convencido de su dificultad,⁴ tanto como de su relativa inutilidad. Lo decisivo no es contrastar las normas procesales penales con modelos históricos o dogmáticos, sino determinar si caen fuera o permanecen dentro de los condicionamientos constitucionales y, en segundo caso, su adecuación a fines de política jurídica.

II. LA POSTURA TRADICIONAL SOBRE LA FALTA DE CORRELACIÓN POR EXCESO. LAS POSIBLES INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 733 Y LA INTERPRETACIÓN, HASTA AHORA, PREDOMINANTE

La concepción doctrinal y jurisprudencial de la falta de correlación por exceso entre acusación y sentencia, se ha mantenido estable y uniforme a lo largo del prolongado período de vigencia de la LECRIM.⁵

Sólo en un aspecto aparece una bien definida divergencia entre un sector doctrinal, por una parte, y, por otra, otro sector de autores y la jurisprudencia. Se trata del caso, ciertamente límite, de petición de absolución de todos los acusadores (en calificaciones definitivas), que la postura mayoritaria resuelve en el sentido de estimar que el juzgador se halla ineludiblemente vinculado a absolver,⁶ mientras que otros

³ Sobre los mismos -particularmente en el nuevo régimen de la conformidad instaurado por las normas del procedimiento abreviado-, véase, para empezar, FAIRÉN GUILLÉN, V., *Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la Ley 28 de diciembre de 1988*, en *Justicia*, 1989, I, pp. 7-33; GIMENO SENDRA, V., *La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)*, en la *Ley*, 1990-3; pp. 977-982; ORTELLS, M., *El nuevo procedimiento penal*, cit., pp. 557-560.

⁴ Acerca de los denominados sistemas procesales penales, MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, III, con ORTELLS, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, cit., pp. 16-20 y bibliografía que cita en p. 46; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en *RJC*, 1984, pp. 94-104.

⁵ Remitiría como demostración, en cuanto a la concepción doctrinal, a AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, V, Madrid, 1914, pp. 519-539; VI, Madrid, 1916, pp. 301-304, y, para ilustrar la *communis opinio* más próxima en el tiempo, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, II, Barcelona, 1951, pp. 286-291; el mismo, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1984, con HERCE QUEMADA, p. 258; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Incongruencia civil y penal*, en «Estudios de Derecho procesal», Barcelona, 1969, pp. 424-432; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La correlación entre acusación y sentencia*, en «Estudios de Derecho Procesal», Pamplona, 1974, pp. 510-537; SOTO NIETO, F., *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, 1979, *passim*.

Para la jurisprudencia, además de la sistematizada y analizada en las obras citadas de SERRA y SOTO NIETO, pueden verse los extractos que ofrece el *Diccionario de jurisprudencia penal*, III, Pamplona, 1972, pp. 1501-1516.

⁶ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios*, V, cit. pp. 534-537; FENECH, M., *El proceso penal*, Madrid, 1982, pp. 162-163. Con carácter informativo, aunque no asumen esa postura, SERRA, *Incongruencia*, cit., p. 431; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Correlación*, cit. pp. 513-514; VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio*, cit. p. 133. Además de la jurisprudencia que reseñan los últimos

autores -encabezados por Gómez Orbaneja- estiman,⁷ con argumentos sólidos, que si el tribunal ejercita la potestad configurada en el art. 733, aún podría dictar válidamente un pronunciamiento condenatorio.

Ya he advertido antes que, en la LECRIM y para el proceso ordinario por delitos graves, el deber de correlación como límite a la potestad de resolver no se recoge con expresión propia de precepto. El precepto hay que reconstruirlo a partir de la sanción de ineficacia con la que el art. 851.4.º amenaza a la sentencia que lo incumple, estableciendo el correspondiente motivo de casación.

Por otra parte, el art. 851.4.º se halla literalmente relacionado con el art. 733. Sin embargo, ya en una primera lectura, se observa que esa relación no es completa, en el sentido de que no todo lo que cabe entender que el art. 733 prescribe o prohíbe, se halla luego cubierto por la correspondiente sanción de ineficacia, a través del motivo casacional previsto en el art. 851.4.º. La sanción sólo se prevé para la infracción consistente en condenar por delito más que grave que el acusado, sin haber sometido previamente a debate la concurrencia de esa tipificación.

Del art. 733 LECRIM caben, como mínimo, dos interpretaciones distintas, con muy diferentes consecuencias sobre la determinación de la correlación.⁸

Por un lado, cabe una interpretación centrada en la letra de la disposición y en la voluntad del legislador expresada en la exposición de motivos. Según esa interpretación -y dejando a un lado el supuesto especial de los delitos perseguibles a instancia de parte- la correlación implicaría lo siguiente:

1.º) El juzgador no puede condenar por un tipo de delito distinto a aquél que los acusadores, en calificaciones definitivas, han afirmado que lo constituye el hecho justiciable, según resulta de la prueba. Ahora bien, el órgano jurisdiccional puede desvincularse de esa limitación, precisamente poniendo a debate ese tipo de delito distinto (art. 733, II).

2.º) El juzgado no puede absolver por apreciación de una circunstancia eximente no alegada por alguna de las partes (por cualquiera de ellas) en calificaciones definitivas.

autores citados, pueden verse: STS 29 enero 1982, RA 172; STS 3 noviembre 1988, RA 8959, entre otras muchas.

⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Sentencia 12 junio 1945. Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio*, en RDPPro, 1946, p. 128; PRIETO-CASTRO, L., GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1989, p. 343; SERRA y GUTIÉRREZ DE CABIEDES en ob. y lug. cit. en nota anterior; ORTELLS, M. *Derecho jurisdiccional*, III, con MONTERO, G. COLOMER y MONTÓN pp. 400-401.

⁸ Para la exposición de estas dos interpretaciones y crítica de las mismas es obligada la remisión a GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit. pp. 287-291; del mismo autor, *Sentencia 12 junio 1945*, cit., pp. 124-129. ALAMILLO CANILLAS, F., *El principio acusatorio y sus limitaciones en la Ley de Enjuiciamiento criminal*, en Actualidad Jurídica, 1981, X, pp. 16-19, sostiene la interpretación según la intención del legislador. Recientemente, también a favor, en principio, de esa interpretación TAPIA, *La incongruencia penal*, cit., pp. 1098-1102.

Pero puede obviar esa limitación igualmente sometiendo a debate la concurrencia de la eximente (art. 733, II).

3.º) El órgano jurisdiccional no puede agravar la condena por apreciar una circunstancia agravante no alegada por los acusadores en calificaciones definitivas. Como el art. 733, III, no autoriza a someter a debate la concurrencia de agravantes, cabría pensar que en ese extremo no cabe desvinculación.

4.º) El mismo razonamiento anterior serviría para excluir las posibilidades de apreciación de oficio de circunstancias atenuantes no alegadas. Tampoco con ese objeto concede el art. 733, III, la facultad de plantear la tesis.

5.º) El juzgador no puede condenar a tenor de una forma de participación diferente a la alegada por las partes en calificaciones definitivas. También aquí la interpretación del art. 733, III, conduce a entender no sometible a debate otra forma de participación, y, por tanto, no permitiría apreciarla en la sentencia.

6.º) Sin embargo, sí que podría pronunciarse sobre el grado de ejecución del delito y sobre cualquier otro elemento con relevancia jurídica no enunciado en los anteriores apartados (p. ej., las causas de extinción de la responsabilidad penal), aunque las partes no hayan formulado en calificaciones definitivas la alegación correspondiente. En cuanto al art. 733, respecto a estas cuestiones, ni dispone que se sometan a debate, ni lo prohíbe, cabe entender que implícitamente autoriza su apreciación con tal de que resulten de la prueba.

Ahora bien, el art. 733 no podía ser correctamente interpretado fuera del contexto de la ley de la que forma parte y, sobre todo, aislado de la norma que, de modo expreso, establecía y establece la consecuencia de ineficacia de las sentencias que infringen sus disposiciones. Esa norma, inicialmente expresada en el art. 912.3.º y luego —con la misma redacción— en el art. 851.4.º, sólo hacía casables las sentencias que hubieran condenado por «delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiera procedido previamente como determina el art. 733». Ese condicionamiento tan obvio de la interpretación del art. 733, pasó a dominar la configuración legal de la falta de correlación como límite a la potestad de resolver y vino a darle un alcance diferente al que hubiera tenido si a todo el contenido preceptivo del art. 733 se le hubiera dado la cobertura de la sanción de ineficacia.

Según esta interpretación, y comparando sus consecuencias con las que antes enuncié como propias de la otra interpretación posible, el resultado es el siguiente.

1.º) La vinculación inicial del juzgador que apunté en el anterior apartado 1.º se limita al supuesto de que el nuevo tipo de delito tenga mayor gravedad, por estar en el Código Penal más gravemente penado que el que hubieran afirmado los acusadores. En este caso sigue siendo presupuesto de eficacia de la sentencia haber sometido a debate -pero nada más- el nuevo tipo de delito.

2.º) La vinculación comentada en el apartado 2.º no subsiste. El juzgador puede apreciar circunstancias eximentes no alegadas, sin que el planteamiento *ex officio* de debate sobre su concurrencia sea presupuesto de la eficacia de la sentencia que las estime.

3.º) La vinculación citada en el apartado 3.º también deja de existir, salvo que se trate de circunstancias agravantes que determinen la concurrencia de un tipo cualificado agravado de delito (art. 59. I CP). En efecto, en el caso de circunstancias agravantes genéricas, no se castiga un delito más grave, sino uno de la misma o inferior gravedad, aunque aplicando, en virtud del régimen legal-judicial de determinación de la pena, una pena mayor que la pedida.

4.º) Evidentemente la apreciación de atenuantes no alegadas y no sometidas de oficio a debate no afecta a la eficacia de la sentencia.

5.º) Tampoco subsistiría la vinculación tratada en el apartado 5.º en cuanto, por regla general, la forma de participación no modifica el tipo de delito, sino que es un criterio legal para la determinación de la pena a imponer por un cierto tipo de delito (arts. 49 a 54 CP). Habría vinculación inicial, y por lo tanto necesidad de sometimiento a debate en su caso, si la diferente forma de participación constituyera por sí un tipo de delito diferente (art. 55 CP) y, además, más grave que el firmado por los acusadores.

6.º) En cuanto a los extremos considerados en el apartado 6.º sigue sin existir vinculación con la nueva interpretación. En cuanto a los diferentes grados de ejecución del delito, por las mismas razones y con el mismo alcance que acabamos de ver en cuanto a las formas de participación. Ello implica que habrá vinculación cuando el grado de ejecución determine, por sí, un tipo diferente (art. 55 CP) y más grave de delito. En cuanto a otros elementos con relevancia jurídica no enunciados en apartados anteriores, cabría sostener lo mismo: vinculación -y consiguientemente necesidad, en su caso, de plantear la tesis- sólo en el supuesto de que apreciar ese elemento implique estimar concurrente un delito más grave que el afirmado por los acusadores.

Con algunas desviaciones e imprecisiones de expresión y con un matiz importante que en su momento se verá -la vinculación al hecho justiciable-, esta última puede decirse que era la postura dominante sobre la correlación como límite a la potestad de resolver y, particularmente, sobre la función que respecto a la misma cumple el artículo 733.⁹

⁹ Véase la nota 5 de este trabajo. Y, además, en cuanto a la jurisprudencia: STS 4 junio 1981, RA 2571; STS 27 octubre 1980, RA 3884; STS 24 diciembre 1985, RA 6462; 20 enero 1987, RA 432; 21 octubre 1988, RA 8078; 12 junio 1989, RA 5090; 20 junio 1990, RA 5600; 20 enero 1990, RA 464; 19 septiembre 1990, RA 7187; 24 septiembre 1990; RA 7220; 5 octubre 1987, RA 6952; 9 febrero 1990, RA 1360.

III. EL CAMBIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CORRELACIÓN COMO LÍMITE A LA POTESTAD DE RESOLVER

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado, desde mediados de los años ochenta, una quiebra importante en la que había sido una línea jurisprudencial uniforme y estable.

El objetivo de este apartado es analizar las sentencias significativas de ese cambio dictadas hasta finales de 1990,¹⁰ con vista a precisar el sentido y alcance de las nuevas orientaciones y las razones que se aducen para fundarlas.

Las consideraciones críticas las reservo para otro trabajo de muy próxima publicación en el que comenzaré por repasar la jurisprudencia del TC y del TEDH sobre preceptos constitucionales y del CEDH, respectivamente, relevantes en esta materia y en los que suele verse, precisamente, la clave del cambio jurisprudencial que estudiamos.

A) Un análisis particularizado de las principales sentencias

1. La *STS 4 noviembre 1986*, ponente Soto Nieto, RA/6241, versa sobre un supuesto en el que el Ministerio Fiscal había calificado los hechos como constitutivos de un delito de robo con intimidación concurriendo la agravante de astucia. La Audiencia dictó sentencia condenatoria por ese delito y apreció las agravantes de premeditación y nocturnidad, que no habían sido afirmadas en las calificaciones de la acusación, ni sometidas a debate por el tribunal en ejercicio de la potestad que le confiere el art. 733.

El recurso de casación se interpuso por el motivo 1.º del art. 849, alegando como infringido el art. 24.1 CE en cuanto prohíbe la indefensión. La Sala segunda estima el recurso.

En el plano argumentativo la Sala empieza por recordar (fundamento jurídico/1 y 2) la doctrina tradicional del TS sobre la correlación y la funcionalidad del art. 733. Específicamente apunta (fundamento jurídico/3) que la apreciación de oficio de circunstancias agravantes no se ha entendido dependiente de la puesta a debate según el art. 733, y ello a pesar de que el efecto podría ser más grave que el cambio de *titulus condemnationis*, y de que, con ese modo de actuar, se cierra toda posibilidad de defensa sobre ese aspecto.

Esa postura le parece a la Sala lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva y constitutiva de la indefensión prohibida por el art. 24.1 CE, porque excluye la posibilidad de conocimiento de aspectos relevantes de la acusación y, consecuentemente, la de defenderse frente a ellos. Infringe el art. 24.1 y 24.2 (información de la acusación) CE. Y también los arts. 11 DUDH, 6.3, a CEDH y 14.3, a PIDCP.

¹⁰ Concretamente se han considerado las publicadas en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi hasta el año 1990 inclusive.

Por entenderla contradictoria con los preceptos constitucionales citados, la Sala estima derogada la parte de la disposición del párrafo tercero del art. 733 que lo declara inaplicable a efectos de apreciar circunstancias agravantes no alegadas por los acusadores. Se demuestra con ello que la Sala parte de la tradicional interpretación sistemática del art. 733 y entiende que lo derogado es la norma que excluye la necesidad de someter a debate las agravantes resultantes de la prueba, pero no formalmente alegadas. De no ser así, más que la derogación, debería haber sostenido la vigencia estricta del precepto, aunque según su interpretación atenta a la *voluntas legislatoris*, y, con ello, la incondicionada prohibición de apreciar agravantes no alegadas en calificaciones.

2. En el caso de la *STS 28 febrero 1987*, ponente Ruiz Vadillo, RA 2211, el Ministerio Fiscal había calificado los hechos como constitutivos de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas del art. 501. 5.º del CP, con la concurrencia de la agravante específica del art. 506.4.º CP. La Sala no estima la agravante específica, pero condena por el delito calificado, atendiendo además a lo dispuesto en el último párrafo del art. 501, que no había sido alegado por la acusación, ni sometido a debate por el Tribunal.

El recurso se interpuso al amparo del motivo 4.º del art. 851 y fue estimado. Sorprendentemente, porque los dos subtipos agravados de delito que se barajaban eran de la misma gravedad (grado máximo de la pena correspondiente).

La argumentación me parece confusa. Alude a la distinción entre las funciones de acusar y juzgar como implicación del principio acusatorio. Los límites que de ello derivarían para la potestad judicial de subsunción y calificación jurídica del hecho enjuiciado, tendrían una excepción en lo dispuesto por el art. 733. Quiebra luego esa línea de razonamiento y pasa a invocar los párrafos 1 y 2 del art. 24 CE, que imponen la información de todos los elementos de la acusación para posibilitar la defensa frente a los mismos. Esto habría «motivado una nueva interpretación más limitadora de las facultades judiciales del citado artículo 733... como ha señalado esta Sala en sentencia, entre otras, de 4 de septiembre de 1986».

La aplicación, en este caso, de tal interpretación «más limitadora» entiendo que consiste en que el tribunal, también para apreciar un tipo de delito de idéntica gravedad que el acusado y esencialmente homogéneo respecto al mismo, necesita someter a debate los elementos fácticos y jurídicos determinantes de su tesis, si no han sido formalmente alegados por los acusadores. No importa tanto (o sólo) la diferencia de penalidad, sino la clara fijación de los factores de hecho jurídico-penalmente relevantes y de la calificación jurídica como presupuesto de una defensa eficaz.

3. La *STS 21 abril 1987*, ponente Soto Nieto, RA 2586, se refiere a un caso similar al considerado por la sentencia estudiada en el apartado 1 (apreciación sin previo debate de circunstancia agravante genérica no alegada en calificaciones) y lo resuelve del mismo modo y con la misma argumentación.

4. La *STS 13 mayo 1987*, ponente Rodríguez López, RA 3059, que contempla un supuesto de apreciación de agravante no alegada en calificaciones, desestima el recurso en aplicación de la doctrina de la pena justificada.

Sostiene, sin embargo, que el art. 24 CE (cita también el 17.3) ha afectado al párrafo tercero del art. 733, en el sentido de derogar la potestad de apreciar, sin previo sometimiento a debate, agravantes no alegadas. Ello significa -dice, interpretando la *STS 4 noviembre 1986*, RA 6241- «que ahora para apreciar agravantes no objeto de acusación, deberá acudir al remedio procesal del art. 733».

5. El caso que contempla la *STS 16 junio 1987*, ponente Morenilla Rodríguez, RA 4953, encierra una mayor complejidad. Por una parte la Audiencia condenó, sin plantear el debate según el art. 733, por un tipo agravado de robo con violencia en las personas más grave que el alegado por el Ministerio Fiscal en calificaciones, aunque tenía sustrato fáctico en la narración de hechos de éstas. Por otra parte, y esta vez planteando la tesis del art. 733, condenó por un delito de detención ilegal, para el que proporcionaban una muy escasa base fáctica las calificaciones de la acusación que, ni antes alegó el correspondiente tipo penal, ni admitió, al ser formulada, la tesis propuesta por el tribunal.

El recurso, interpuesto en base al motivo 4.º del art. 851, pero también alegando la vulneración del art. 24.1 y 2 CE, y tanto por el MF como por el condenado, fue estimado en cuanto a las dos faltas de correlación por exceso que antes apunté.

Veamos la argumentación. A la condena por un delito más grave, sin proceder previamente según el art. 733, no dedica la Sala segunda más consideración que la de constatar que ello ha ocurrido y conduce a estimar el recurso. El grueso de la motivación se centra en el otro supuesto de falta de correlación. En el fondo la Sala segunda entiende que se ha aplicado erróneamente el art. 733, porque la nueva tesis jurídica no se refiere al hecho justiciable, sino a hechos distintos a los señalados por la acusación. La argumentación es luego multiforme: hay una referencia difícilmente comprensible a la presunción de inocencia; consideraciones sobre la preceptiva separación de las funciones de acusar y juzgar, oportunísimas en el caso porque el tribunal de instancia había actuado introduciendo un hecho justiciable distinto al afirmado por la acusación. Aparece, en fin, el argumento del conocimiento de la acusación y del derecho a la efectiva defensa frente a la misma. Este argumento, en definitiva, es acertado, pero se expone con algunos matices criticables: así, por ejemplo, no es cierto que el condenado hubiera conocido con la sentencia el tipo de delito por el que se le condenó (fundamento jurídico 6 *in fine*), precisamente porque el tribunal de instancia lo anunció según el art. 733, aunque otra cosa es que esto no garantizara plenamente la defensa; es, por otra parte, irrelevante a este efecto la advertencia de que la tesis del tribunal no fue aceptada por la acusación (fundamento jurídico 6), pues aunque lo hubiera sido, el derecho de defensa hubiera resultado idénticamente lesionado.

6. La *STS 31 octubre 1987*, ponente Barbero Santos, RA 7639, casa la sentencia de instancia por haber estimado la agravante de disfraz no alegada en calificaciones, ni sometida a debate por el tribunal.

La Sala segunda estima infringido el art. 24.1 CE (prohibición de indefensión) y afecta de inconstitucionalidad sobrevenida la regulación del art. 733, en cuanto permite apreciar agravantes no alegadas en las calificaciones, impidiendo que el acusado pueda defenderse al respecto. La sentencia no da base para entender que hubiera estimado correcta la sentencia si el tribunal de instancia hubiera planteado la tesis sobre la agravante.

7. En el caso de la *STS 1 diciembre 1987*, ponente Ruiz Vadillo, RA 9515, el Ministerio Fiscal había calificado unos hechos como constitutivos de robo con violación y otros como delito de detención ilegal. El tribunal de instancia «sin introducir nuevos elementos fácticos» (como puntualiza el fundamento jurídico 1 de la sentencia de casación) propone, en ejercicio de la potestad del art. 733, la tesis de que las violaciones posteriores a la que sirve para integrar el tipo de robo con violación, constituyen otros tantos delitos de violación, y, aunque el acusador no aceptó la tesis, en efecto condena por los mismos.

El recurso de casación planteaba un problema de error en la aplicación del Derecho material, pero la Sala segunda lo reconduce a un tema de «límites del principio acusatorio» y lo estima con una argumentación que, sólo aparentemente, sigue la línea de las anteriores sentencias consideradas.

El principal argumento se centra en una nueva interpretación del art. 733 -en virtud de la cual éste habría sido indebidamente aplicado en este caso- que vendría impuesta por el principio de separación de funciones de acusar y juzgar (deducido de preceptos constitucionales), por el art. 24 CE y por los arts. 10 y 11.1 DUDH, 6 CEDH y 14 PIDCP, y que, según la sentencia, ya habría sido mantenida ampliamente por la jurisprudencia del TC y del TS.

Esta nueva interpretación que, en el caso, excluiría la validez de la condena por violación a pesar de tener base fáctica en la acusación y haber sido formalmente sometida a debate, sin ser aceptada por el acusador único, tendría su fundamento en (aparentemente) dos razones: 1.^a El órgano jurisdiccional no puede asumir la función del acusador y, por tanto, las tesis al amparo del art. 733 sólo tienen eficacia ilustrativa para las partes acusadoras, pero el tribunal no puede acogerlas si éstos previamente no las asumen; 2.^a) El acusado ha de conocer previa y suficientemente la acusación y poder defenderse frente a ella con plenitud de medios y garantías, y esto la sentencia -sin pormenorizar las razones- no lo ve factible cuando un elemento relevante para la condena se evidencia mediante la tesis del art. 733.

A mi juicio en esta sentencia hay un cambio cualitativo respecto a sus precedentes vagamente invocados (y que antes hemos estudiado): su preocupación ya no es tanto que quede garantizada una contradicción efectiva respecto a todo elemento inculpatario (sentencias de los apartados 1 y 3, e incluso la del 2, aunque ya en ésta se anunciaba el criterio del ponente que ahora se expresa más nítido), sino excluir toda confusión entre funciones de acusar y juzgar, pero además apreciando esa confusión con tal rigorismo que no sólo la detecta cuando el tribunal introduce *otro* hecho justiciable (caso de la

sentencia del apartado 5), sino también aunque el tribunal de instancia no introduzca «nuevos elementos fácticos».

8. La *STS 13 febrero de 1987*, ponente Vivas Marzal, RA 1249, contempla un supuesto en que el acusador oficial (y único) había afirmado en calificaciones la eximente incompleta del art. 9.1.^a CP, mientras que el tribunal de instancia no aceptó que concurriera, apreció en su lugar la atenuante analógica del art. 9.10.^a y condenó a mayor pena que la resultante de la calificación del Ministerio Fiscal.

E] recurso, interpuesto por el motivo 1.º del art. 849 -lo que merece un cierto reproche de la Sala segunda, que estima más correcto el cauce del motivo 4.º del art. 851- es estimado por entenderse que la sentencia lesiona el art. 24 CE (prohibición de indefensión y derecho a ser informado de la acusación).

El desarrollo de esta justificación en el fundamento jurídico 3 es una exposición de los requisitos de una defensa plena frente a cualquier elemento inculpatario o de cargo. En él se concluye la preceptividad de ampliar el planteamiento de la tesis del art. 733 a todo supuesto en que el tribunal de instancia entienda debe apreciar un elemento de consecuencias agravatorias de la calificación de los acusadores, aunque en el caso se trata más bien de un supuesto de entender inaplicables elementos con consecuencias de atenuación de la posible condena.

9. En el caso de la *STS 6 junio 1988*, ponente Vivas Marzal, RA 4432, el tribunal de instancia había impuesto mayor pena que la pedida por el Ministerio Fiscal, aunque sin alterar la calificación jurídica sostenida por éste.

La Sala segunda desestima el recurso interpuesto por el motivo 4.º del art. 851, argumentando que no es preceptivo plantear la tesis prevista en el art. 733 para el ejercicio de las potestades discrecionales de fijación de la pena concreta que concede el órgano jurisdiccional al Código Penal, ni para imponer la pena correcta en función de la calificación jurídica formulada, corrigiendo el posible error de la pena pedida. Sin embargo, *obiter dicta*, la Sala segunda sostiene que el art. 24 CE impone interpretar el art. 733 en el sentido de deberse plantear la tesis para apreciar agravantes o grados de participación más relevantes si unas y otros no hubieran sido alegados por los acusadores.

10. En la *STS 21 septiembre 1988*, ponente Vivas Marzal, RA 6809, el mismo ponente tiene oportunidad de aplicar la doctrina que se había formulado en la sentencia del apartado 9, a un supuesto de apreciación de oficio y sin previo debate de la agravante de reincidencia.

Se especifica en esta sentencia la justificación de la doctrina, con referencia, dentro del art. 24 CE, a la prohibición de indefensión y al derecho a ser informado de la acusación. Extiende, además, la aplicación del art. 733, más allá de su letra, no sólo a los supuestos de agravantes y grados de participación, sino también a los de apreciación de un tipo de delito distinto aunque no sea más grave y salvo que guarde intensa

homogeneidad con el calificado por la acusación. Esta ampliación me parece discutible, porque puede implicar un atentado frontal a la esencia del principio acusatorio.

Por lo demás, esta sentencia y la del apartado 9, ilustran, con mayor claridad que las consideradas en los apartados 1 y 3, la postura de que la incidencia del art. 24 CE (básicamente) en el juego del art. 733, consiste en añadir a lo que derivaba de su interpretación tradicional, la exigencia de deberse también formular la tesis para apreciar agravantes y un mayor grado de participación.

11. La *STS 17 junio 1989*, ponente García Miguel, RA 5147 se ocupa nuevamente del tema de la apreciación de oficio de circunstancias agravantes genéricas.

En el caso, el Ministerio Fiscal y la acusación particular habían calificado los hechos como asesinato (por darse alevosía) y el tribunal de instancia había condenado por homicidio, con la concurrencia de la agravante de abuso de superioridad.

El recurso, interpuesto por el acusado por el cauce del motivo 1.º del art. 849 y alegando infracción del art. 24.1 CE fue, desestimado.

La Sala segunda sostiene, en tesis, que el refuerzo del sistema acusatorio en virtud de contenido normativo del art. 24 CE, ha implicado la derogación del párrafo 3 del art. 733 en el sentido de que «los tribunales de instancia no pueden apreciar circunstancias agravantes que no hayan sido alegadas en los escritos de calificación de las acusaciones». Obsérvese que esta sentencia entiende derogado el precepto citado de forma distinta a como lo entienden las sentencias comentadas en 1 y 3. Para éstas la derogación significa que también para apreciar agravantes hay que plantear la tesis. Para la que ahora nos ocupa que, ni aun planteando la tesis, pueden apreciarse agravantes no alegadas. Siendo así, más que de derogación, debería haber sostenido la interpretación subjetivista del art. 733.

En el caso concreto la Sala segunda entiende que el motivo no puede estimarse, porque entre las circunstancias de alevosía y de abuso de superioridad existe una homogeneidad de base fáctica y apreciación jurídica, que permite entender que hubo una posibilidad de defensa efectiva respecto a la tesis jurídica en definitiva acogida por la sentencia.

La *STS 27 junio 1990*, ponente Manzanares Samaniego, resuelve del mismo modo un caso similar, aunque no ofrece datos claros para determinar cómo debe interpretarse y aplicarse el art. 733.

12. La *STS 22 febrero 1990*, ponente Barbero Santos, RA 2966, que estima un recurso por haber apreciado la sentencia de instancia la agravante de abuso de superioridad no alegada en las calificaciones de los acusadores, es también exponente de la ambigüedad del significado de la afirmada derogación del penúltimo párrafo del art. 733. Comentamos esta cuestión al ocuparnos de las sentencias de los apartados 1 y 3. Como concluí en esos apartados, entiendo también que esta sentencia -que arguye

principalmente la indefensión porque la agravante que alegaron los acusadores no era homogénea con la estimada por la sentencia- concibe la derogación como preceptividad de plantear la tesis sobre la agravante no alegada.

13. La *STS 5 marzo 1990*, ponente Barbero Santos, RA 2390, estima el recurso por haber apreciado la sentencia de instancia la agravante de reincidencia no alegada en calificaciones, ni sometida a debate por el tribunal.

En la motivación se alude a la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 733 (¿de todo él?) y el contexto induce a pensar que la Sala segunda entiende esto en el sentido de que, aunque se hubiera planteado, la agravante no hubiera podido ser válidamente apreciada.

14. La *STS 4 abril 1990*, ponente García Pérez, RA 3164, estima el recurso por haber entendido la sentencia de instancia que la forma de participación era a título de cooperador necesario, cuando en calificaciones se había alegado complicidad.

La motivación se centra en la incidencia del art. 24 CE sobre la interpretación de los arts. 733 y 851.4.º LECRIM. La sentencia explicita, en cierto sentido, las divergencias en el modo de entender esa incidencia en la nueva jurisprudencia del TS. Se adscribe a la interpretación de que «sin previo planteamiento de la tesis el juzgador no puede agravar la posición penal del sujeto respecto al delito», como ocurre si estima una forma más grave de participación. Pero advierte que, de entenderse invencibles los obstáculos gramaticales para esta interpretación adaptadora, habría que concluir la derogación del art. 733, III.

15. La *STS 6 junio 1990*, ponente Delgado García, RA 5144, desestima un recurso de casación interpuesto al amparo del motivo 4.º del art. 851 y fundado en que la sentencia de instancia, sin alterar los hechos y calificación jurídica sostenidas por los acusadores, impone mayor pena que la pedida por éstos.

De esta sentencia no sorprende el modo de resolver el caso que se le plantea -fijación en concreto de la pena dentro de los límites legales de la correspondiente al delito acusado-, pero sí llama la atención la doctrina general que desarrolla sobre lo que exige el sistema acusatorio respecto a la correlación entre acusación y sentencia. Esta correlación ha de producirse de tal forma que «la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguientemente no pudo articularse la estrategia exigida por la ley en garantía de la posición procesal del imputado». La sentencia no puede «introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse». Pero esta interdicción no alcanza a todos los componentes del acto de acusación o calificaciones: alcanza a cualesquiera hechos con relevancia jurídico-penal y a la calificación jurídica de los mismos, pero no a la pena concreta, porque es una simple consecuencia de las anteriores premisas (elementos fácticos; calificación jurídica).

La extrañeza que esta doctrina general suscita consiste en la omisión (no sé si deliberada o no) de toda referencia a la función que el art. 733 puede cumplir dentro de esa concepción de la correlación. La vinculación de la sentencia por la acusación se configura de modo muy estricto y ni siquiera se insinúa que el artículo 733 pudiera liberar en alguna medida de tal encorsetamiento, sin quiebra de la garantía de la defensa.

16. La *STS 16 julio 1990*, ponente Delgado García, RA 6714, estima el recurso interpuesto, por los motivos 1.º y 2.º del art. 849 y alegándose infracción del art. 24.1 y 2 CE, a causa de que, afirmada por la acusación oficial «la agravante 13 del art. 10», el tribunal de instancia estimó las agravantes de nocturnidad y despoblado.

La justificación de la estimación del recurso se halla para la Sala segunda en que la imprecisa alegación de la agravante (en el número 13 del art. 10 se regulan tres) impidió articular efectivamente la defensa.

No hay mención del juego que hubiera podido dar en el caso el art. 733.

Como contraste puede servir la *STS 7 noviembre 1990*, ponente García Ancos, RA 8780, en que la imprecisión en designar la agravante por el precepto que la recoge, se entiende irrelevante porque de las actuaciones se deduce que todos conocían de cuál se trataba.

17. La *STS 21 septiembre 1990*, ponente Delgado García, RA 7208, se refiere a un caso cuyas características relevantes son las siguientes: el Ministerio Fiscal había calificado los hechos como homicidio, causado, además, en el curso de una pelea; el tribunal de instancia plantea, al amparo del art. 733, la tesis de que los hechos pudieran constituir un delito de asesinato; el Ministerio Fiscal acepta esa tesis, aunque mantiene inalterada la narración de hechos de la calificación que, por su referencia a la pelea, era contradictoria con la concurrencia de la alevosía.

El recurso, interpuesto al amparo del art. 5.4 LOPJ y por infracción del art. 24.2 CE (derecho a ser informado de la acusación), es estimado por la Sala segunda.

Las razones que se aducen para justificar la estimación son principalmente dos: de un lado, que el principio acusatorio -constitucionalizado en el art. 24 CE- limita al órgano jurisdiccional a la función de juzgar, con independencia e imparcialidad, sin constituirse en acusador, de modo que el art. 733 «carece de valor en orden a la posibilidad de ampliar los límites de sus facultades resolutorias» y sólo sirve como invitación para que los acusadores reflexionen sobre la corrección de su calificación y, en función de ello, acepten rectificarla; por otro lado -y, hay que entender, además de esa necesaria aceptación de rectificación- hay que garantizar que el acusado puede defenderse, con alegaciones y prueba, respecto a los elementos fácticos que, con la rectificación, adquieren relevancia. Esto no se habría garantizado en el presente caso, porque el Ministerio Fiscal ni siquiera modificó su narración de hechos, a la que habría de responder la nueva alegación y prueba de descargo.

18. En el caso contemplado por la *STS 24 septiembre 1990*, ponente Estévez Fernández, RA 7117, el Ministerio Fiscal había alegado la eximente incompleta del art. 9.1.º en relación con el 8.1.º CP, pero el tribunal de instancia impuso mayor pena, por limitarse a apreciar la atenuante analógica del art. 9.10.ª CP.

El recurso fue estimado por entenderse infringido el art. 24 CE, dado que la acusada no pudo defenderse frente a una variación de la calificación jurídica que tenía por consecuencia agravar su condena. En la motivación se argumenta también que el tribunal de instancia no hizo uso de la facultad que le concede el art. 733, lo que induce a pensar que -a juicio de la Sala segunda- ello hubiera salvado la validez de la sentencia.

Del mismo ponente, sobre un supuesto similar (aunque con el complemento de apreciación de una agravante no alegada por el MF) y en el mismo sentido, la *STS 18 octubre 1990*, RA 8177.

19. La *STS 30 septiembre de 1988*, ponente Vivas Marzal, RA 7181, se refiere a un supuesto en que el tribunal de instancia, rechazando la calificación de alzamiento de bienes sostenida por el Ministerio Fiscal, condena por un tipo de estafa menos grave que el alzamiento.

La estimación del recurso se funda en la infracción del art. 24 CE (prohibición de indefensión y derecho a ser informado de la acusación) producida por no haberse puesto a debate, en ejercicio de la potestad del art. 733, la nueva acusación por un tipo de delito que no se entiende homogéneo con el afirmado por el Ministerio Fiscal, impidiendo cualquier defensa respecto al mismo.

Previamente expone la sentencia el modo en que el precepto constitucional ha incidido sobre la interpretación de los artículos 733 y 851.4.º LECRIM: el planteamiento de la tesis se requiere también para apreciar delitos de la misma e incluso inferior gravedad, salvo estricta homogeneidad con el alegado por los acusadores, para apreciar agravantes y un mayor grado de participación no alegados. Sostiene también que le parece razonable la postura de cierto sector de que si la tesis no es asumida por los acusadores, tampoco es válida la sentencia que la acoge. Sorprende un tanto que, incluso para lo último, aduzca como fundamento el derecho de defensa impedido por una variación de elementos de cargo no previsible o desconocida.

20. En el supuesto que considera la *STS 22 de octubre de 1988*, ponente Bacigalupo Zapater, RA 8379, la sentencia de instancia, sin alterar ningún elemento de la calificación jurídica del acusador, condena a una pena concreta mayor que la pedida por el Ministerio Fiscal.

La Sala segunda se refiere a su doctrina de que la tesis del 733 ha de ser también planteada para apreciar válidamente agravantes no alegadas, pero entiende que esa doctrina -atendido sus fundamentos de evitar la indefensión e informar sobre la acusación- no es aplicable en este caso, puesto que el acusado conocía todos los

elementos de los que podía derivar la consecuencia (pena concreta) impuesta por la sentencia.

21. La *STS 11 diciembre 1989*, ponente Ruiz Vadillo, RA 9520, importa más que por la solución del caso concreto (condena por un subtipo de falsedad diferente al acusado, pero plenamente homogéneo), por la doctrina general que sienta sobre las exigencias derivadas del principio acusatorio: por un lado, que la condena debe ir precedida de una oportunidad eficaz de defensa y ésta de un conocimiento completo de la acusación (tipo, grado de ejecución, participación y circunstancias agravantes); por otro, que no es suficiente que esa información derive del planteamiento de la tesis del art. 733, porque si los acusadores no hacen suya la tesis planteada aquello significaría que el tribunal quiebra el tríptico (acusador, acusado y juzgador) en que descansa el proceso penal.

22. En el caso contemplado por la *STS 25 octubre 1989*, ponente Montero Fernández-Cid, RA 8477, el tribunal de instancia planteó la tesis del art. 733 acerca de si los hechos pudieran constituir homicidio en grado de frustración; el Ministerio Fiscal aceptó que pudieran calificarse como tentativa de homicidio; el tribunal condenó según la tesis planteada por él.

Dejando aparte el modo en que la Sala segunda llega a conocer el tema de la falta de correlación, concluye en definitiva que se ha producido una infracción del principio acusatorio y de diversos preceptos concretos (principalmente art. 24 CE). Sostiene que el simple planteamiento de la tesis del 733 no da validez a la posible condena, sino que se requiere que e] acusador «asuma la posición activa en una nueva pretensión punitiva», pues de otro modo se rompería la separación de funciones en el proceso penal. Por otro lado, no basta con una simple asunción de la tesis por el acusador, sino que es necesario que modifique su acusación alegando los hechos correspondientes, frente a los cuales se articulará la defensa.

23. La *STS 19 septiembre 1989*, ponente Bacigalupo Zapater, RA 8435, versa sobre un supuesto en que el tribunal de instancia condena por un delito de abusos deshonestos y otro continuado de violación en grado de tentativa, cuando el Ministerio Fiscal sólo había acusado por el segundo.

En teoría la Sala segunda entiende que podría producirse violación de los derechos a conocer la acusación y de defensa, que garantizan al acusado que el tribunal no asumirá funciones de acusador y que el acusado podrá discutir todo lo que incida en la pena. Sorprende, sin embargo, que advierta luego que «a estos fines se orienta el art. 733 LECRIM cuya no aplicación por la Audiencia fundamenta el presente recurso». En definitiva, entiende que este artículo no era aplicable pues el cambio de calificación se produjo sin exceder la pena pedida, sin alterar los hechos base y respetando la homogeneidad de los tipos delictivos.

24. En la *STS 7 febrero 1990*, ponente Ruiz Vadillo, RA 1290, no hay datos para determinar precisamente el problema procesal suscitado. Parece tratarse de la estimación por la sentencia de instancia de una modalidad de participación más grave que la afirmada por los acusadores, sin haberla sometido a debate por el art. 733 o habiéndola sometido, pero, en este caso, sin que los acusadores hubieran aceptado la tesis.

La doctrina general que sostiene es, sin embargo, muy clara. El principio acusatorio, con su doble exigencia de que el acusado sea informado plenamente de la acusación para defenderse con eficacia, y de que el tribunal no quiebre su imparcialidad, convirtiéndose en acusador, supone que la tesis del art. 733 -que también ha de suscitarse para apreciar delitos de la misma o menor gravedad no homogéneos, agravantes y modificaciones agravatorias de la participación y grado de ejecución- no salva la validez de la sentencia dictada a su tenor, si los acusadores no han asumido la tesis.

La doctrina general que sostiene es, sin embargo, muy clara. El principio acusatorio, con su doble exigencia de que el acusado sea informado plenamente de la acusación para defenderse con eficacia, y de que el tribunal no quiebre su imparcialidad, convirtiéndose en acusador, supone que la tesis del art. 733 -que también ha de suscitarse para apreciar delitos de la misma o menor gravedad no homogéneos, agravantes y modificaciones agravatorias de la participación y grado de ejecución- no salva la validez de la sentencia dictada a su tenor, si los acusadores no han asumido la tesis.

25. El caso que considera la *STS 3 noviembre 1988*, ponente García Ancos, RA 8959, hubiera sido resuelto del mismo modo aún con la anterior orientación jurisprudencial: el Ministerio Fiscal, único acusador, había retirado en calificaciones definitivas la acusación por el delito de tenencia ilícita de armas; el tribunal había sometido a discusión su concurrencia, el Fiscal se limitó a darse por enterado y la sentencia de instancia condenó por ese delito.

La sentencia es casada, con una motivación que no alude a lo que ya era antigua tendencia jurisprudencial en caso de retirada de acusación, sino que se ampara en una de las nuevas líneas de interpretación del art. 733 -que, sin duda, refuerzan la antigua tendencia-: no basta, para la validez de la sentencia, haber planteado la tesis, sino que es necesario que el Ministerio Fiscal la asuma, introduciendo las modificaciones correspondientes en sus calificaciones. En defecto de esto se produce indefensión, por no concretarse ante qué ha de reaccionar la defensa, y el tribunal pierde su posición imparcial y se convierte en acusador.

26. La *STS 28 enero 1988*, ponente Díaz Palos, RA 502, casa una sentencia que, sin previo planteamiento de tesis según art. 733, condenó atendiendo a la agravante de disfraz, cuya concurrencia no alegó el acusador, aunque sí- y muy claramente- los hechos que sustentaban su aplicación.

En la motivación hay una crítica de la interpretación anteriormente dominante de los arts. 733 y 851.4.º El art. 24.1 y 2 CE conduce a que dichos preceptos deban ser interpretados en el sentido de que cualquier cambio en extremos de la calificación

acusatoria en detrimento del acusado deban ser sometidos a debate, al amparo del art. 733, para ser válidamente apreciados en la sentencia. Aunque el cambio consista en introducir sólo, en el sentido más estricto, una calificación jurídica que tiene claro sustento en los hechos afirmados en las calificaciones acusatorias.

27. La *STS 30 diciembre 1990*, ponente Ruiz Vadillo, RA 9679, se refiere a un caso de aplicación del nuevo art. 793.7 (por tanto, en un proceso abreviado), aunque desestima el recurso por no existir las infracciones denunciadas, ya que el MF había formulado calificaciones alternativas, una de las cuales acogió el tribunal. La traigo a colación sólo para hacer notar la intención de asimilar el ordinario al régimen del procedimiento abreviado, que revela la advertencia de que el artículo antes citado «ha de contribuir, sin duda, a un mejor entendimiento del sistema procesal en su conjunto».

28. En el caso considerado por la *STS 4 diciembre 1990*, ponente Delgado García, RA 9410, se acusó por robo con fuerza en las cosas y la condena se produjo por coacciones (por entenderse que la sustracción se realizó con intención de forzar ciertas conductas).

El recurso se estimó porque el delito por el que se condena era heterogéneo respecto al acusado, por lo que se infringió el art. 24.1 y 2 CE. Frente a la tesis del recurrente de que debió haberse hecho uso del art. 733, la Sala segunda sostiene que ello no habría salvado la eficacia de la sentencia si los acusadores no hubieran asumido la tesis en su calificación.

29. En el supuesto al que se refiere la *STS 6 noviembre 1990*, ponente Montero Fernández-Cid, RA 8673, el tribunal de instancia sometió a debate, en ejercicio de la potestad del art. 733, la posible concurrencia de un tipo cualificado. La parte acusadora no hizo suya esa calificación, pero el tribunal, no obstante ello, condenó a tenor de la misma.

La estimación del recurso de casación va acompañada de la clara formulación de la doctrina de que no basta el planteamiento de la tesis, sino que es necesario que alguna parte acusadora «asuma el papel de ejercitante del nuevo contenido acusatorio».

30. En la *STS 18 octubre 1990*, ponente Cotta y Márquez de Prado, RA 8173, y en la *STS 24 septiembre 1990*, ponente Delgado García, RA 7910, el caso contemplado es similar: acusación por robo y condena por receptación.

Ambas sentencias estiman los recursos, argumentando la infracción del principio acusatorio y de la prohibición de indefensión, pero así como la primera sentencia alude a que hubiera evitado la ineficacia de la sentencia el planteamiento de la tesis según el art. 733, la segunda omite toda mención de este precepto.

B) Las diferentes orientaciones en la nueva jurisprudencia

Aun con una lectura rápida de lo anterior se habrá observado que el cambio jurisprudencial es importante, pero también que la nueva jurisprudencia resultante, si bien construye sus fundamentos sobre una argumentación bastante uniforme (principio acusatorio, prohibición de indefensión, derecho a ser informado de la acusación), no sigue una única orientación, sino que presenta una considerable diversidad -en ocasiones, casi disparidad- incluso en aspectos fundamentales de la materia.

En primer término, la nueva jurisprudencia empieza por dividirse en el punto básico de la interpretación que debe darse al art. 733 en el contexto del régimen normativo de la correlación. Así, además de algunas sentencias particularmente inseguras en este aspecto,¹¹ nos encontramos con que:

a) Según una de las corrientes esa disposición debe ser reinterpretada en el sentido de ampliar el requisito del planteamiento de la tesis -del que depende la eficacia de la sentencia en ciertos casos- a otros supuestos, además del de posibilidad de apreciación de un tipo de delito de mayor gravedad.¹²

b) Según la otra orientación, para evitar la ineficacia de la sentencia por falta de correlación, no sería suficiente con el planteamiento de la tesis -aun con la mayor amplitud postulada por la interpretación que acabo de mencionar-, sino que sería necesario que algún acusador hiciera suya la nueva tesis suscitada por el tribunal.¹³

c) Para una tercera orientación el párrafo III del art. 733 habría quedado derogado. Pero hay que precisar qué significa esta derogación.

Las sentencias parten de la interpretación tradicional del art. 733, en cuyo contexto el párrafo III significaba la no necesidad de poner en debate ciertas cuestiones, porque, en cuanto a las mismas, empezaba por no existir vinculación. Esta tercera orientación se limita a entender que existe, sin más, vinculación en cuanto a esas cuestiones, y, por tanto, el párrafo está derogado y no hay que reinterpretarlo en el sentido que lo hace la corriente expuesta en el apartado *a*.¹⁴

En segundo lugar, hay divergencia en cuanto a los casos en que procedería el planteamiento de la tesis -además, obviamente, de aquellos para los que tradicionalmente se requería-. Me parece que esto se explica más por el caso singular que contempla cada sentencia, que por diferencias de principio. No obstante hay que apuntar que unas sentencias se refieren a las circunstancias agravantes,¹⁵ otras a las formas de

¹¹ Las que he comentado bajo los números 2, 15, 19, 23 y 30.

¹² En ese sentido las sentencias analizadas en los subapartados 1, 3, 4, 6, 12, 18 y 26.

¹³ Se mantiene esa postura en las sentencias estudiadas en los números 7, 17, 21, 22, 24, 25, 27, 28 y 29.

¹⁴ Así las sentencias comentadas bajo números 11, 13, 14 -esta última plantea expresamente la alternativa entre las posturas de los apartados a) y c) del texto-.

¹⁵ Sentencias de los números 1, 3, 4, 6, 9, 10, 12, 13, 19 y 20.

participación,¹⁶ otras a la apreciación de un tipo de delito distinto aunque su gravedad sea igual o menor a la del acusado y salvo que sea homogéneo con éste,¹⁷ otras —en fin— a la apreciación de cualquier elemento inculpatario o agravatorio e incluso a la posibilidad de no apreciar un elemento favorable al acusado.¹⁸ Ninguna sentencia he encontrado, sin embargo, en que se plantee el problema de la estimación de elementos favorables al acusado, la necesidad de que sean formalmente alegados, o, en defecto de ello, sometidos de oficio a debate.

En tercer lugar, y dentro de la corriente que he descrito en el anterior apartado *b*, hay sentencias que se limitan a mencionar el requisito de que alguna acusación asuma la nueva tesis planteada por el tribunal,¹⁹ otras que puntualizan que esa asunción debe producirse de modo que resulten bien definidos los nuevos elementos de la acusación,²⁰ y, en fin, otras que a lo anterior añaden la exigencia de que la defensa pueda reaccionar, con alegaciones y pruebas, frente a la rectificación de la acusación.²¹

¹⁶ Sentencias de los números 9, 10, 14 y 19.

¹⁷ Sentencias comentadas en números 2, 10, 19 y 24.

¹⁸ Así las sentencias analizadas en 8, 18, 24 y 26.

¹⁹ Sentencias de los números 21, 24 y 28.

²⁰ Así las sentencias que he estudiado en los números 7 y 25.

²¹ Sentencias comentadas en números 17, 22 y 27.

**PRINCIPIO ACUSATORIO, PODERES OFICIALES DEL JUZGADOR Y PRINCIPIO DE
CONTRADICCIÓN. UNA CRÍTICA DEL CAMBIO JURISPRUDENCIAL SOBRE
CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA (*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE OTRAS NORMAS DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES EN ESE CAMBIO JURISPRUDENCIAL.- II. DESARTICULACIÓN DEL ARGUMENTO COMPLEJO PRINCIPIO ACUSATORIO -DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN- PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN.- III. LA INSUFICIENCIA DE LAS DISPOSICIONES DE LECRIM PARA TUTELAR EL ELEMENTO ESENCIAL DEL PRINCIPIO ACUSATORIO. LA INTERPRETACIÓN SUPLETORIA DE LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL.- IV. LA LIMITADA PROTECCIÓN DISPENSADA POR LA INTERPRETACIÓN TRADICIONAL DEL ART. 733 AL DERECHO DE CONTRADICCIÓN DE LAS PARTES (PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN). SU AMPLIACIÓN POR LA NUEVA JURISPRUDENCIA.- V. MODIFICACIÓN DE LA ACUSACIÓN, PRECLUSIONES PROBATORIAS Y DESPROTECCIÓN DE LA DEFENSA.- DE UNA INNOVACIÓN NECESARIA EN LA ESTRUCTURA DEL JUICIO ORAL: ADMISIBILIDAD DE PRUEBA DESPUÉS DE CALIFICACIONES DEFINITIVAS Y DEL PLANTEAMIENTO DE TESIS POR EL TRIBUNAL, EN DETERMINADOS SUPUESTOS.- VII. EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA AMPLITUD DE LOS PODERES OFICIALES DEL JUZGADOR.

(*) Publicado en *Justicia*, 1991, número IV, pp. 775-798. Publicado también en la obra *El proceso penal abreviado: (nueve estudios)*, Granada, Comares, 1997.

I. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN Y DE OTRAS NORMAS DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES EN ESE CAMBIO JURISPRUDENCIAL

Recientemente daba cuenta detallada, en las páginas de esta misma revista, de las nuevas orientaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de correlación entre acusación y sentencia¹

La principal razón de ese cambio jurisprudencial, expresamente aducida en casi todas las sentencias, está en las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales procesales (art. 24 CE) y también en las normas correspondientes del Convenio Europeo de Derechos Humanos —por su simple vigencia en nuestro país y por la específica virtualidad que le da el art. 10.2 CE—. Incluso cuando se aducen razones sin una precisa expresión normativa (p. ej. el principio acusatorio), suele argumentarse su raigambre constitucional.

Y, en efecto, no requiere una amplia explicación la incidencia que sobre la configuración de la correlación como límite a la potestad de resolver, tiene la prohibición de indefensión y el derecho a la defensa (art. 24. 1, *in fine*, y 2 CE, resultarían infringidos si pudiera válidamente resolverse sobre algo que no ha sido objeto de contradicción), el derecho a ser informado de la acusación (art. 24,2; su infracción acarrearía la violación de los anteriores derechos, porque, para la parte acusada, este derecho es lógicamente previo a aquéllos) y el más genérico, aunque en este aspecto innecesario en cuanto están reconocidos los anteriores, derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Pocas veces se cita, en este tema, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE), pero más adelante veremos cómo también guarda relación con el mismo.

Del Convenio Europeo de Derechos Humanos la incidencia más precisa corresponde al derecho reconocido a toda persona a que su causa sea oída por un tribunal que decidirá sobre cualquier acusación en materia penal dirigida contra aquélla (art. 6.1), al derecho a ser informado detalladamente de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él (art. 6.3, *a*) y al de disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa (art. 6.3, *b*).

Parece conveniente, para aproximarnos a un significado más concreto de las normas citadas, revisar cuál ha sido la doctrina de los intérpretes más autorizados de esos textos en punto a las exigencias que derivan de los mismos para el régimen de la correlación como límite a la potestad de resolver.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia es escasísima. Desde luego, la jurisprudencia directa sobre el mismo; también la indirecta, pero con valor orientativo.

¹ ORTELLS RAMOS, M., *Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, en Justicia, 1991, II, pp. 277 y sigs.

Entre la segunda suele citarse la STEDH 17 enero 1970, en el caso Delcourt, que, versando en esencia sobre los requisitos de independencia e imparcialidad del tribunal de casación belga por la participación en sus deliberaciones del Fiscal General, puntualiza incidentalmente -para justificar que la casación no se sustrae de las exigencias del art. 6.1 CEDH- que «la expresión *bien fondé*, que se halla en el texto francés del art. 6.1, se refiere no sólo a que la acusación esté bien fundada en los hechos, sino a que lo sea en derecho». Esta doctrina es recordada en la STEDH 27 febrero 1980, en el caso Deweer. De la misma se extrae, en definitiva, la razonable conclusión de que el sujeto pasivo de una acusación ha de poder conocer y contradecir en el juicio, tanto el fundamento fáctico, como la justificación jurídica de la misma, de modo que infringiría los derechos del art. 6 la sentencia que se pronunciara sobre una acusación respecto a la cual lo anterior no hubiera sido previamente garantizado.²

Una doctrina más directa sobre nuestro tema tuvo ocasión de sentarla el Tribunal en la STEDH 6 diciembre de 1988, en el caso Colak, aunque la prioridad de ciertas cuestiones de mero hecho, ha dejado en un segundo plazo la valoración jurídica de los acontecimientos del proceso penal interno desde el punto de vista del Convenio.

Estos habían sido, en esencial, los siguientes: la acusación inicial fue por tentativa de homicidio; el tribunal —en cumplimiento del parágrafo 265.1 StPO— advirtió que los hechos podrían ser también calificados como lesiones y heridas graves; al parecer, el presidente del tribunal, fuera de las sesiones, comunicó al defensor que el tribunal sólo contaba con la segunda hipótesis, no obstante lo cual la condena se produjo a título de tentativa de homicidio.

El recurso —fundado en la violación del derecho al juicio justo (art. 6.1), porque la advertencia del presidente indujo a la defensa a descuidar la primera calificación— fue desestimado por los motivos de que el defensor sabía que el tribunal fallaría fundándose sólo en los resultados de las sesiones del juicio y de que, en las mismas, no se dio a entender que ya no se consideraba la posibilidad de resolver sobre la acusación por tentativa de homicidio.

De esta sentencia hay que resaltar, de un lado, la trascendencia del conocimiento de la tesis jurídica de la cual se puede resolver, y, de otro, que no aparece objeción alguna a que sea el tribunal el que revele las posibles tesis jurídicas (distintas a la de la acusación) que se ajusten a los hechos enjuiciados.

Para terminar, por ahora, la referencia a la jurisprudencia del TEDH, destacaré sólo el hecho negativo importante de que los supuestos de falta de imparcialidad (o de riesgo de la misma) en el órgano decisor, no se han presentado ante el Tribunal con relación a casos en que los tribunales internos han condenado excediéndose en alguna medida de la acusación, sino como supuestos en los que en el órgano juzgador se

² Sin embargo alguna decisión de la Comisión se basó en el principio *iura novit curia* para negar infracción del principio de contradicción en el supuesto de que una parte no haya podido debatir sobre extremos de mero Derecho; véase sobre esto, CHIAVARIO, M., *Processo e garanzie della persona*, II, Milano, 1982, p. 159

integraban quienes habían sido instructor o actuado como Fiscal en la misma causa (sentencias de los casos De Cubber, Pauwels y Piersack). En el último apartado del trabajo volveremos sobre esta cuestión.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es ciertamente más abundante y también su orientación más uniforme si se compara con la jurisprudencia del TS.

De entrada conviene llamar la atención sobre que la mayor parte de la jurisprudencia constitucional se ha formado respecto a cuestiones sus citadas en juicios de faltas. Ello revela que el más fuerte déficit de ajuste de las normas ordinarias a los principios acusatorio y de contradicción, se produce en ese tipo de procedimiento y no en los procedimientos por delitos.

Por lo demás, esta jurisprudencia aduce de modo preponderante como fundamento el derecho a ser informado de la acusación y la prohibición de indefensión. Entiende que esos derechos no son vulnerados si se mantiene la identidad del hecho punible entre la acusación inicial y la sentencia y, aunque varíe la calificación jurídica, siempre que los tipos de delito sean homogéneos, en el sentido de que todos los elementos del tipo por el que se condene estén comprendidos en el tipo del que se acusó y, consiguientemente, haya podido haber defensa respecto a los mismos. En el caso de que el tipo que se estime correcto sea más grave que el acusado, el tribunal deberá someterlo a debate en ejercicio de la facultad del art. 733 (SSTC 104/1986, 17 julio; 134/1986, 29 octubre; 12/1981, 10 abril; 105/1983, 23 noviembre; 17/1988, 16 febrero; 54/1985, 18 abril; las cuatro últimas exponen el significado y aplicación del art. 733).

Esa doctrina viene a sintetizarse en el fundamento jurídico 2 de la STC 205/1989, 11 diciembre, que, además, extiende la garantía del art. 733 a la apreciación de oficio de circunstancias agravantes y encierra potencialidad para extenderla a la apreciación de otros elementos agravatorios. Así se expresa el Tribunal Constitucional: «El art. 24 de la Constitución establece, en lo que aquí interesa, un sistema complejo de garantías íntimamente vinculadas entre sí —principio acusatorio y de contradicción y defensa y prohibición de la indefensión— que, en el proceso penal, se traduce en la exigencia de que, entre la acusación y la sentencia, exista una relación de identidad del hecho punible, de forma tal que la condena recaiga sobre los hechos que se imputan al acusado, como configuradores de la ilicitud, punibilidad y responsabilidades criminales, puesto que el debate procesal vincula al juzgador impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración de la misma, ni sobre los cuales por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse, a no ser que el Tribunal sentenciador los ponga de manifiesto, introduciéndolos en el debate por el cauce que, al efecto, previene el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, de no hacer uso de la facultad que le confiere este precepto, no podrá calificar o penar los hechos de manera más grave a lo pretendido por la acusación, ni condenar por delito distinto, salvo que, respetando la identidad de los hechos se trate de tipos penales homogéneos -SSTC, entre otras, 12/1981, de 10 de abril; 105/1983, de 23 de noviembre, y 17/1988, de 6 de febrero.

La anterior doctrina, fundada en los principios acusatorio y de contradicción y defensa y, en último término, en la prohibición de indefensión, obliga a establecer que sin la tesis previa del citado art. 733, el Tribunal sentenciador no puede apreciar agravantes que no hayan sido objeto de la acusación, y así lo reconoce la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siguiendo consolidada jurisprudencia de la que cita la Sentencia de la misma Sala de 4 de noviembre de 1986.

Ciertamente no falta la utilización del argumento de la posición imparcial del juzgador en un proceso regido por el principio acusatorio, pero a mi juicio ese argumento se sitúa en un segundo plano respecto a la preocupación principal por la efectividad de la contradicción. Me refiero, a continuación, a algunos ejemplos probatorios de lo que acabo de decir.

En la STC 54/1985, 18 de abril, se llega a argumentar lo siguiente «Derechos de información y defensa que difícilmente pueden lograrse sin un previo trámite de exposición de la acusación *por el Juez, si se estimare indebidamente, que a éste corresponde ejercitarla en el juicio de faltas*, por no hallarse regulado el mismo en las minuciosas normas que desarrollan este proceso, y que resultaría imposible de admitir cuando la acusación se realizare, confundiéndola con la condena, en la sentencia, pues en tal supuesto la indefensión resultaría absoluta».

En varias sentencias relativas a supuestos similares de infracción de la prohibición de *reformatio in peius* (en segunda instancia de juicio de faltas) el argumento de la posición imparcial del juzgador no aparece siempre, mientras que se repite en todas ellas la argumentación atinente al derecho a conocer la acusación y a la defensa (véanse STC 115/1986, 6 octubre; 225/1988, 28 noviembre; 84/1985, 8 julio; 6/1987, 28 enero).

La STC 104/1985, 4 octubre, se refiere a un supuesto grave de infracción del principio acusatorio (en juicio de faltas una parte resulta condenada cuando ningún acusador había dirigido acusación contra ella). Al argumentar la estimación del amparo no se refiere a la asunción por el juzgador del papel del acusador, sino a la violación del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

La STC 53/1987, 7 mayo, tras una descripción demasiado esquemática del sistema acusatorio, en el análisis del caso concreto distingue acertadamente entre el principio acusatorio -respetado en cuanto el MF solicitó la agravación de la pena impuesta en primera instancia- y la prohibición de indefensión, que es violada en el caso concreto, porque la solicitud del MF no se produjo en el trámite adecuado para posibilitar la defensa.

II. DESARTICULACIÓN DEL ARGUMENTO COMPLEJO PRINCIPIO ACUSATORIO -DERECHO A SER INFORMADO DE LA ACUSACIÓN- PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN

Es muy frecuente que la jurisprudencia se refiera en conjunto a ese triple fundamento para justificar como límite a la potestad de resolver, o que cite ese principio y esos dos derechos como infringidos cuando se excede de ese límite. Sin negar que existe una relación estrecha entre esos tres elementos, que merece ser estudiada como tal relación, también entiendo que la claridad en el planteamiento de los problemas requiere deshacer ese argumento complejo y determinar, en primer lugar, la virtualidad por separado de cada uno de sus componentes.

Un sistema legal que responde al principio acusatorio más puro no asegura, por esa sola razón, la más plena satisfacción del derecho de defensa. Esto segundo dependerá de cómo se configure normativamente el régimen de información de la acusación y de las posibles modificaciones de la misma, y el régimen de las posibilidades defensivas frente a esa acusación. Una configuración inadecuada podría dejar incólume el principio acusatorio, pero dar al traste o proteger insuficientemente los derechos a ser informado de la acusación y de la defensa.

Del mismo modo tampoco es cierto que un sistema legal que responda al principio acusatorio, pero que reconozca un ámbito de poderes oficiales del órgano jurisdiccional, signifique en sí y por sí lesión o menor protección del derecho de defensa.

Lo último dependerá de cómo se regule el derecho a conocer previamente no ya la acusación, sino las opiniones del tribunal acerca del ejercicio en el caso concreto de sus poderes oficiales, y las posibilidades (subsiguientes a ese conocimiento) de tomar postura frente a las mismas y de contradecirlas por parte del acusado.

Acabamos de referirnos sólo a la posibilidad de contradicción de una de las partes procesales (la parte acusada). Pero otra de las desventajas de descomponer los argumentos que se aducen para fundar la correlación como límite a la potestad de resolver, es la de hacer evidente que si el derecho a la no indefensión corresponde a ambas partes en el proceso, también para el eficaz ejercicio de los más amplios poderes oficiales indudablemente no atentatorios al principio acusatorio (los que permiten no acoger la acusación y apreciar elementos favorables al acusado) sería necesario regular una posibilidad de previo conocimiento por los acusadores y de reacción efectiva de los mismos.

Partiendo de lo acabado de exponer, me parece imprescindible, a la hora de revisar los fundamentos de la correlación entre acusación y sentencia penal, distinguir, principalmente, entre lo que es exigencia del principio acusatorio y lo que es del principio de contradicción (o de los preceptos constitucionales que recojan, en alguna medida, estos principios).

El principio acusatorio, en su significado más estricto, está relacionado con la exigencia de que los titulares del órgano jurisdiccional queden situados en una posición de imparcialidad. En atención precisamente a ese principio (y a su raíz constitucional) debe tratarse la cuestión de hasta qué punto se excluye o es aceptable reconocer al órgano jurisdiccional poderes oficiales de dirección material del proceso penal (o tal vez menos que eso: la simple potestad de subsunción, determinando las consecuencias legales previstas, de hechos alegados y probados sólo por las partes).

Por otra parte, habrá que atender al derecho de defensa, a la prohibición de indefensión. En definitiva, al derecho a contradecir de modo eficaz sobre todo elemento, en principio, que sea relevante para la admisibilidad y el sentido de la sentencia, se introduzca en el proceso por las partes o, de oficio, por el órgano jurisdiccional.

En este aspecto del fundamento del deber de correlación, quedarían comprendidos:

1.º El derecho del acusado a ser informado de la acusación, como lógico presupuesto de otras manifestaciones del derecho de defensa.

2.º El derecho de acusador a ser informado de la defensa, porque en otro caso se produciría indefensión para la postura de aquella parte procesal.

3.º También como lógico presupuesto de otras manifestaciones del derecho de defensa, el derecho de las partes a ser previamente informadas del modo concreto en que el órgano jurisdiccional tiene previsto ejercer los poderes oficiales que le asisten.

4.º En fin, y de modo subsiguiente a los anteriores derechos-presupuesto, el derecho a reaccionar, en respuesta a esas informaciones, con medios procesales adecuados (alegaciones, medios de prueba).

III. LA INSUFICIENCIA DE LAS DISPOSICIONES DE DE LECRIM PARA TUTELAR UN ELEMENTO ESENCIAL DEL PRINCIPIO ACUSATORIO. LA INTERPRETACIÓN SUPLETORIA DE LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL

Como demostró hace tiempo Gómez Orbaneja, el autor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto con el modo en el que creyó estar configurando la correlación como límite a la potestad de resolver, como de la manera en que, por el resultado de la interpretación sistemática de las normas, vino en efecto a configurarla, acabó por dejar sin protección -expresa, por lo menos- un componente esencial del principio acusatorio.³

Lo más aparentemente resulta establecido en la LECRIM a efectos de determinar si se ha respetado la preceptiva correlación es la comparación entre las calificaciones jurídicas sostenidas por las partes en las conclusiones definitivas y las acogidas por el órgano jurisdiccional en la sentencia.

Esto resulta sorprendente por varias razones.

En primer lugar, porque establecer una vinculación del tribunal a lo que estrictamente es calificación jurídica sostenida por las partes (no a otros componentes de los actos fundamentales de iniciación procesal de éstas) contradice el principio *iura novit curia*, que ni siquiera en un proceso dispositivo se desconoce, aunque se matice su exacta comprensión.⁴

Segunda -y creo que principal- razón, porque lo que importa para la efectiva vigencia del principio acusatorio es que el hecho concreto del que se acusa y la persona a quien se acusa sean determinados por sujetos distintos al órgano jurisdiccional, y esto no en el momento de las conclusiones definitivas, sino en la acusación que da lugar a la apertura del juicio oral y le proporciona el objeto. Se consigue de ese modo que el tribunal del juicio no pierda su posición de imparcialidad, lo que ocurriría si debiera ser él quien, investigando en una realidad histórica de contornos indefinidos, tuviera que determinar cuál es el hecho posiblemente constitutivo de delito y quién su posible responsable.⁵

En tercer lugar, objeto del proceso no puede serlo estrictamente una calificación jurídica —que, por su esencial abstracción, no puede satisfacer las necesidades de identificación a las que sirve la noción de objeto procesal—,⁶ sino que ha de consistir en un concreto acaecer histórico. Esto lo impone tanto la funcionalidad hacia dentro del

³ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, pp. 290, 316-317; del mismo autor, *Sentencia 12 junio 1945. Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio*, en RDPro, 1946, pp. 128-129.

⁴ ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, II-1.º, *Proceso civil*, Barcelona, 1991, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, pp. 327-328.

⁵ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios* I, p. 187, VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en RJC, 1984, pp. 379-384.

⁶ Véase sobre esto ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, II-1.º, cit., con MONTERO y GÓMEZ COLOMER, pp. 96-97.

proceso del objeto del mismo, al que se refieren la alegación y la prueba de los datos de hecho de los que depende la aplicación de la norma, como la funcionalidad externa del objeto, es decir, dejar acotado el ámbito de la decisión a los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Con todos los inconvenientes derivados de la apuntada imperfección técnica,⁷ el conjunto de la LECRIM ofrece suficiente fundamento para entender que la esencial vinculación al hecho concreto por el que se acusa se halla establecida.⁸ Incluso se halla presupuesta en el art. 733, en cuanto las diferentes tesis jurídicas que puede suscitar el tribunal y a tenor de las cuales puede resolver han de estar referidas al llamado *hecho justiciable*.

Al mantenimiento de la identidad del hecho justiciable desde la acusación a la sentencia, respondía y sigue respondiendo⁹ una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo,¹⁰ ahora también acogida por el Tribunal Constitucional como hemos visto, que, aun partiendo de la no vinculación o de la posibilidad de desvinculación respecto al tipo de delito afirmado por los acusadores, requiere la homogeneidad con éste del tipo de delito que afirme la sentencia, porque esta homogeneidad es índice de la coincidencia de los elementos de hecho esenciales para los diferentes tipos de delito que se han barajado en el proceso.

IV. LA LIMITADA PROTECCIÓN DISPENSADA POR LA INTERPRETACIÓN TRADICIONAL DEL ART. 733 AL DERECHO DE CONTRADICCIÓN DE LAS PARTES (PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN). SU AMPLIACIÓN POR LA NUEVA JURISPRUDENCIA

Presupuesto que la vigencia del principio acusatorio no excluya de modo absoluto el reconocimiento al órgano jurisdiccional de poderes oficiales (en el apartado 7 entraremos más a fondo en este argumento), importa ver ahora de qué modo el ejercicio de esos poderes se conjuga con la efectiva vigencia del principio de contradicción.

En un proceso configurado según los principios (en cuanto a la determinación de su objeto), de aportación de parte (en cuanto a la introducción y prueba de los hechos relevantes para resolver) y de control a instancia de parte de los presupuestos de admisibilidad de la resolución de fondo, la mecánica de la contradicción se realiza casi «naturalmente». Cada parte conoce los actos de la contraria y puede tomar postura frente

⁷ Véase el detallado análisis de los mismos que hace VÁZQUEZ SOTELO, en *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en RJC, 1984, pp. 406-415.

⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La correlación entre acusación y sentencia*, en «Estudios de Derecho Procesal», Pamplona, 1974, pp. 519; ALAMILLO CANILLAS, *El principio acusatorio y sus limitaciones en la Ley de Enjuiciamiento criminal*, en Actualidad Jurídica, 1981, X, p. 16.

⁹ Así lo entendieron también GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1984, con HERCE QUEMADA, p. 413 y VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español*, en RJC, 1984, pp. 134-135.

¹⁰ Véase la amplia reseña de la misma que ofrece SOTO NIETO, *Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, 1979, pp. 83-141, y además, STS 5 julio 1990, marzo 1988, RA 2119; STS 5 julio 1990, RA 6231; STS 7 febrero, RA 1179; STS 14 mayo 1990, RA 3918; STS 25 mayo 1990, RA 4439.

a ellos. Y los actos de una y otra parte son los únicos relevantes para acotar el ámbito de la resolución e influir en su contenido.

Diversamente, si el órgano jurisdiccional tiene atribuidos poderes oficiales, su ejercicio puede sorprender a las partes, porque al no tener lugar y mostrar su resultado en la propia resolución judicial, las partes ya no tienen posibilidad de contradecir (con alegaciones y/o pruebas) para influir en el contenido de la resolución.

Para evitar, en estos casos, la lesión o insuficiente efectividad del principio de contradicción,¹¹ existe una técnica, nada novedosa y no sólo aplicada en el proceso penal, consistente en que, previamente al ejercicio de los poderes oficiales y como presupuesto de la eficacia del mismo, el órgano jurisdiccional ha de someter sus apreciaciones a contradicción de las partes.

Manifestación de esa técnica es el art. 733 LECRIM, pero también por ejemplo, los arts. 8.2, 62.2 y 47 LJCA y los arts. 35.2, 50.1, 83 y 84 LOTC. Más próximos al art. 733 LECRIM, porque los artículos acabados de citar sólo se refieren a poderes de dirección formal del proceso, están los arts. 43.2 y 79.2 LJCA y el art. 84 de la LOTC.

A) El artículo 733 es ciertamente una manifestación de esa técnica comentada de tutela del principio de contradicción. Pero la interpretación predominante del mismo -que expuso en otro momento-¹² y su propio contenido normativo -con límites claros, que no toleran cualquier intento interpretativo- hacen de ese precepto un instrumento insuficiente para cumplir aquel fin con efectividad plena.

En primer lugar, y como resultado de esa interpretación predominante, sólo está garantizado que se someterá a debate la concurrencia de un tipo de delito más grave que el afirmado por los acusadores. No la de un tipo de delito simplemente diferente, como hubiera permitido sostener sin dificultad la letra del art. 733. Ni siquiera queda asegurado que deba someterse a debate la posible concurrencia de una circunstancia eximente, porque la inequívoca mención que hace el art. 733, no tiene luego la cobertura del motivo casacional.

Por descontado —porque en esto la propia letra del artículo no da pie— no queda en absoluto garantizado que la apreciación de oficio de cualquier elemento de agravación diferente de un tipo delictivo más grave, dependa de su previo sometimiento a debate.

Y, de modo más evidente aún, nada obliga a someter a debate la apreciación de oficio de elementos de atenuación y de exención de la pena, de modo que el derecho a contradecir de la parte acusadora queda expuesto a importantes riesgos de lesión.

¹¹ En general sobre este tema puede consultarse DENTI, V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, en Riv. Dir. Proc. 1968, pp. 217-231.

¹² ORTELLS, *Correlación entre acusación*, cit. apartado 2.

Dice Gómez Orbaneja, en un resumen eficaz, que la «garantía que el art. 733 ofrece a ésta (la defensa) queda, en vez de extendida, sumamente limitada. Absolutamente inaplicada la que ofrece al acusador».¹³

Pero el art. 733 tiene una insuficiencia adicional muy distinta a las tratadas hasta ahora. No sólo no establece que se deba comunicar a las partes todo posible ejercicio de un poder de resolver *ex officio* cuestiones atinentes al fondo del asunto, sino que, incluso cuando lo establece, esa disposición y sus concordantes (art. 737 en relación con los tres anteriores y el último párrafo del propio 733) sólo prevén una actividad defensiva limitada a contradecir argumentativamente en los informes la tesis planteada. Particularmente, ninguna específica previsión de nueva proposición de prueba.

B) La nueva jurisprudencia antes reseñada ha venido a ampliar la garantía que supone el art. 733 para el principio de contradicción ante el ejercicio de poderes oficiales.

Como mínimo, y según una de las corrientes de esa nueva jurisprudencia, las calificaciones jurídicas diferentes a las sostenidas por las partes que deben ser previamente sometidas a debate para que sea válido el pronunciamiento a tenor de las mismas, ya no son sólo las que se refieren a un tipo de delito más grave, sino también a otras cuestiones.¹⁴

En este aspecto la nueva jurisprudencia es indiscutiblemente correcta, porque ha cumplido adecuadamente el mandato del art. 5 LOPJ de interpretar la norma de acuerdo con la Constitución. Partiendo de la interpretación predominante del art. 733 en relación con el 851.4.º, ha venido a extender el fomento de oficio de la contradicción sobre cuestiones jurídicas, más allá del restrictivo límite en el que antes se situaba.

Sin embargo creo, por una parte, que la jurisprudencia se ha quedado corta en las posibilidades que ofrece este camino de acomodación interpretativa. Por otro lado, que las técnicas de ajuste interpretativo no son suficientes para paliar las deficiencias de la efectividad del principio de contradicción en estos supuestos.

Por lo que hace a la primera observación, cabe resaltar que no he visto cuestionada —por más que la letra del art. 733 lo propicie— la interpretación tradicional sobre la apreciación de oficio de circunstancias eximentes.¹⁵ A partir de ahí no es posible extrañarse de que no haya mención de que la apreciación de oficio de elementos favorables a la parte acusada tuviera que ser precedida, como mínimo, por su sometimiento a debate, para no incurrir en la indefensión prohibida (art. 24.1 CE) de la posición de los acusadores, en este caso. No creo que explique la falta de eclosión de este

¹³ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, pp. 289-290.

¹⁴ ORTELLS, *Correlación entre acusación*, cit. apartado 3, B. También sobre la ampliación de la aplicación del art. 733 como técnica de tutela del principio de contradicción, DE DIEGO DíEZ, L.A., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción*, en Justicia, 1988, pp. 118-130.

¹⁵ Con la excepción de GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, con HERCE QUEMADA, p. 412.

problema en la nueva jurisprudencia la inexistencia, en favor de los acusadores, de un motivo análogo al del art. 851.4.º Se hubiera podido tratar del mismo *obiter dicta*. Había buenas razones, porque en alguna Sentencia se echa mano del argumento de la igualdad de las partes en el proceso. Por otro lado, hay que indicar que gran parte de los supuestos en torno a los que se ha formado la nueva jurisprudencia, no han accedido a casación por la vía del motivo 4.º del art. 851, sino con base en el art. 5.4 LOPJ, cauce sin duda también apropiado para las quejas de indefensión de los acusadores.

Vayamos a la segunda observación. Haber ampliado los supuestos en los que el órgano jurisdiccional debe someter una calificación jurídica a discusión, no resuelve el problema de las limitadas posibilidades de reacción que el art. 733 y correlativos reconocen a las partes acusadoras. Como se deduce del propio art. 733 («Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal...»),¹⁶ la tesis que somete el Tribunal a debate no significa, por lo común, sólo un cambio en las calificaciones jurídicas de los acusadores, sino que ese cambio responde al resultado de la prueba practicada, y, por lo tanto, puede sustentarse en una versión de los hechos en alguna medida diferente en comparación con la de las calificaciones (provisionales y definitivas) de las partes.

La fórmula que establece el art. 733 no impone que el órgano jurisdiccional defina con precisión ese cambio de la versión del hecho. Sólo le obliga a enunciar la nueva calificación jurídica. Y después de ello la ley tampoco permite que la parte acusada articule la defensa amplia (alegaciones, prueba) que, en algún caso, puede ser necesaria para contrarrestar las variaciones en la versión de los hechos, sino que se limita a considerar que las partes podrán discutir la cuestión propuesta (art. 733, IV) y que se acomodarán a ella los informes (art. 737).

La nueva jurisprudencia ha sido también sensible a estos inconvenientes para la plena efectividad del derecho a la defensa, pero, a mi juicio, ha cometido el error de achacarlos en exclusiva a los supuestos en que el órgano jurisdiccional ejercita sus poderes de oficio con arreglo al art. 733. Y, partiendo de ese error, al menos una de las orientaciones de esa nueva jurisprudencia¹⁷ ha acumulado argumentos en favor de la necesidad de que los acusadores asuman la tesis del tribunal —modificando en todo lo que corresponda sus calificaciones— para que pueda haber pronunciamiento a tenor de la misma, sin violación de los derechos a ser informado de la acusación y de defensa.

En realidad, esos mismos inconvenientes subsisten cuando no es el órgano jurisdiccional, sino las partes acusadoras las que modifican sus planteamientos en calificaciones definitivas.

¹⁶ Sobre este aspecto GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, I, p. 219; del mismo, *Sentencia 12 junio 1945. Quebrantamiento de forma. Delito continuado y principio acusatorio*, en RDPro, 1946, p. 129; ORTELLS, *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, en Justicia 1989, p. 554.

¹⁷ Así las sentencias que he estudiado en los números 7, 17, 22, 25 y 27 (del trabajo recogido en estos Estudios bajo el número 8).

V. MODIFICACIÓN DE LA ACUSACIÓN, PRECLUSIONES PROBATORIAS Y DESPROTECCIÓN DE LA DEFENSA

El término de comparación para determinar la correlación entre acusación y Sentencia son las calificaciones definitivas, y éstas pueden modificar -como se halla expresamente dispuesto (art. 732)- las iniciales calificaciones provisionales. Los problemas son, en primer lugar, dónde están los límites de la posibilidad de modificación, y, en segundo término, cuáles son o deberían ser las consecuencias de la modificación.

No quisiera extenderme ahora sobre el tema de la interdicción o de las eventuales condiciones en que podría permitirse modificaciones que afectaran al propio objeto del proceso, sustituyendo el hecho justiciable afirmado en calificaciones provisionales, o introduciendo, junto a aquél, otro nuevo y distinto. Aunque falten normas expresas formuladas con la conveniente perfección técnica, la interpretación sistemática de varios preceptos de LECRIM. y algunos derechos proclamados en el art. 24 CE y en el art. 6 CEDH, indudablemente excluirían la validez de una Sentencia que fuera correlativa a una acusación modificada con aquel alcance.

Pero, ¿por qué razón se excluiría la validez? No, ciertamente, por infringirse el principio acusatorio, en absoluto lesionado si el órgano jurisdiccional decide debidamente vinculado por la nueva acusación. La razón es que se escamotearía plenamente la garantía de la contradicción respecto al propio objeto del proceso, porque faltarían todas las posibilidades defensivas que sí han estado abiertas para tratar el objeto del proceso tal como venía propuesto en calificaciones provisionales.

Otra cosa es que con las normas adecuadas, o instrumentando con ese fin normas ya existentes (pienso en la que regula la sumaria instrucción complementaria¹⁸), pudiera ser alterado el propio objeto del proceso con pleno respeto al principio de contradicción, tal como está expresamente regulado en algunos ordenamientos (arts. 517, 518 y 519 *Codice di procedura penale*; art. 359 *Código de processo penal*; la llamada *Nachtragsanklage* del parágrafo 266 StPO).

Considero de mayor interés centrarme en las modificaciones que no afectan a la identidad del objeto del proceso.

Habría que distinguir entre aquellas consistentes en cambios de la mera calificación jurídica sostenida en provisionales (con la consecuente repercusión en el punto 5.º de la calificación) y las consistentes en cambios de los propios hechos que se narraban en la calificación provisional, no determinantes de un hecho justiciable-objeto del proceso distinto -por referirse a hechos accidentales, no identificadores del objeto-, pero relevantes para el sentido de la resolución sobre él. A esta segunda clase de cambios

¹⁸ Sobre las posibilidades que abre el art. 746.6º LECRIM véase SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Información suplementaria*, en «Estudios», cit., pp. 785 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, *El principio acusatorio*, cit., p. 132; GARCÍA DE LA PUERTA, M^a Isabel, *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, Córdoba, 1987, pp. 123-215.

acompañan los de calificación jurídica (para ajustarla a la nueva narración) y, como lógica derivación, el de la conclusión relativa a la penalidad.

Si las modificaciones se refieren sólo a la calificación jurídica las posibilidades defensivas previstas por la ley parecen adecuadas. Es suficiente la argumentación que puede desarrollarse en los informes finales para rebatir la pretendida mayor corrección de la nueva calificación que se sostiene. Sólo es criticable que, a diferencia de lo previsto para su caso por el art. 733, IV, no se prevea la posibilidad de una breve suspensión antes de los informes, para permitir un cierto estudio de las cuestiones que suscite la nueva calificación.

Más insatisfactorio es el régimen legal cuando la modificación se refiere —de entrada y con las lógicas repercusiones— a la propia narración de los hechos para ajustarla al resultado de las pruebas.

La LECRIM., en el proceso ordinario por delitos graves, no tiene un modelo definido sobre el tratamiento de la modificación de las alegaciones iniciales de las partes, característica de un procedimiento oral¹⁹ y en concreto del que regula la propia LECRIM. (art. 732, I: la modificación de las conclusiones de los escritos de calificación se realiza en atención a la prueba practicada). Esa indefinición ha conducido a un tratamiento incorrecto.

De entrada, la ley parece inclinarse por soluciones próximas a los principios de eventualidad y de preclusión, que, en realidad, resuelve la cuestión antes expuesta con la sencilla técnica de impedir que se plantee. La proximidad a aquellos principios —principalmente al primero de ellos— se demuestra en el art. 653 LECRIM., que prevé el planteamiento de conclusiones alternativas²⁰ sobre los diferentes puntos de la calificación «para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera, pueda estimarse cualquiera de las demás en la Sentencia». La preclusión relativa a la proposición de prueba, resulta del art. 728,²¹ y ciertamente tiene excepciones, pero no tan amplias como sería necesario según luego veremos.

Ocurre luego, sin embargo, que la ley no es consecuente con esos principios o con alguno de ellos. Principalmente: no limita las posibilidades de modificación de las calificaciones a aquellas diversas tesis que, de modo alternativo o subsidiario, ya se enunciaron en calificaciones provisionales, sino que, omitiendo toda restricción en ese sentido, a pesar del recuerdo que podía suponer el párrafo tercero del art. 732, autoriza ampliamente el ajuste de las calificaciones definitivas al resultado de las pruebas practicadas.

¹⁹ Véase, por ejemplo, MONTERO, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, pp. 216-266.

²⁰ El artículo habla sólo de conclusiones alternativas, pero de su texto se deduce que está pensado -o, como mínimo, que está pensando también- en una formulación subsidiaria de las conclusiones.

²¹ Véase mi *Derecho jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN, cit. p. 340.

Se inclina, de ese modo, en definitiva, por la elasticidad de las alegaciones, pero mantiene la rigidez de la preclusión en las aportaciones de prueba, al menos en cuanto no prevé específicamente que éstas sean admisibles para contrarrestar ciertas versiones de los hechos, ahora afirmadas, pero que en calificaciones provisionales no aparecían o no estaban suficientemente definidas.

Ese defecto de la estructura procedimental acaba por lesionar al principio de contradicción, porque la contradicción efectiva frente a una nueva alegación de hecho, puede no consistir sólo en rebatir argumentativamente, en los informes, que haya resultado probada, sino también en articular prueba en contra.

VI. UNA INNOVACIÓN NECESARIA EN LA ESTRUCTURA DEL JUICIO ORAL: ADMISIBILIDAD DE PRUEBA DESPUÉS DE CALIFICACIONES DEFINITIVAS Y DEL PLANTEAMIENTO DE TESIS POR EL TRIBUNAL, EN DETERMINADOS SUPUESTOS

En definitiva, pues, las deficiencias que se detectaban en caso de ejercicio de los poderes oficiales del juzgador según el art. 733 LECRIM. (en los supuestos que expresamente contempla y en los más amplios a los que debe aplicarse a tenor de la nueva jurisprudencia), coinciden con las que también se observan cuando las calificaciones definitivas consisten en determinadas modificaciones respecto a las calificaciones provisionales.

Subsiste, entre los dos casos, alguna diferencia: que la forma de planteamiento de la tesis prevista en el art. 733, no prevé que el tribunal manifieste cuál es -a su juicio- el resultado de las pruebas que le induce a plantear tesis jurídicas no sostenidas por las partes; de otro modo: no impone describir el hecho hipotético. Pero esta diferencia, con ser importante y deber ser específicamente corregida, resulta, en el actual contexto normativo de la materia, irrelevante, porque en un caso, como en otro -sin expresión de las variaciones no sustanciales de los hechos, o con ella, respectivamente-, lo decisivo en perjuicio de la contradicción es que no se halla específicamente prevista una posibilidad de defensa completa.

La protección efectiva del principio de contradicción en estos casos requiere, en definitiva, una innovación en la estructura del juicio oral para recoger esa posibilidad, como ya ocurre en otros ordenamientos europeos, y en el nuestro, aunque limitadamente al proceso abreviado.

El párrafo 265 de la StPO establece la suspensión de la vista a petición del acusado que alegue no estar suficientemente preparado para la defensa, respecto a un simple cambio de calificación jurídica a otra más grave, o ante nuevas circunstancias que determinan un aumento de la penalidad o la aplicación de medidas de seguridad. Más genéricamente establece la suspensión, a instancia de parte o de oficio, cuando un cambio en la situación de hecho haga adecuada la suspensión para una preparación suficiente de la acusación o la defensa. Evidentemente resulta admisible en estos casos la proposición

de nuevas pruebas, porque el momento *a quo* de esa admisibilidad viene situado en el comienzo de la publicación de la sentencia al término de la vista.²²

El nuevo *Código de proceso penal* portugués distingue entre alteraciones sustanciales (art. 359; en realidad son nuevos objetos procesales, que dan lugar a acusaciones complementarias en el mismo procedimiento, o a otro procedimiento) y alteraciones no sustanciales de los hechos descritos en la acusación (o en la pronuncia si la hubiere) relevantes para la decisión de la causa (art. 358.1).

En este segundo caso el presidente del tribunal, de oficio o a instancia de parte, los comunica al acusado, y, si lo pide, le concede el tiempo estrictamente necesario para preparar la defensa. La admisibilidad de nuevas proposiciones de prueba está asegurada, porque, aunque el art. 340 no fija límite temporal a la proposición, hay que entender que éste se halla en el inicio de las alegaciones orales, que incluso pueden ser interrumpidas para practicar nuevas pruebas en ciertos casos (art. 360.4).

En fin, por lo que hace a los ordenamientos extranjeros, el art. 519 del *Codice di procedura penale* establece la posibilidad de suspensión del juicio y, aquí de manera expresa, de proposición de nuevas pruebas, no sólo cuando hay un cambio en el propio objeto del proceso (y se puede continuar procediendo respecto al nuevo objeto -arts. 518.2 y, discutiblemente, delitos conexos según art. 517-), sino también cuando aparezcan circunstancias agravantes no mencionadas en el *decreto che dispone il giudizio* (art. 517.1), o resulte de la prueba que el hecho es distinto a como viene descrito en ese decreto (art. 516.1).

Por lo que hace a nuestro ordenamiento, el art. 793.7, aplicable en el procedimiento abreviado, revela una exquisita tutela del derecho de contradicción de la parte acusada, y palía -en este aspecto- las insuficiencias del régimen del proceso ordinario por delitos graves, permitiendo, en caso de cambio de la tipificación o de apreciación de mayor grado de participación o de ejecución, o de circunstancias de agravación de la pena, un aplazamiento y la aportación de elementos de descargo, incluidas nuevas pruebas.²³ Que este artículo sólo se refiera a los casos en que lo anterior resulta de una modificación de las conclusiones de las partes, y no de las cuestiones que, de oficio, ha podido plantear el tribunal -art. 793.6-, es, en ese momento, del todo secundario.

Esa matización es relevante como indicativa de la postura tomada por el autor de esta ley en punto a la amplitud de los poderes oficiales del juzgador, pero en nada afecta a la justificación y virtualidad del artículo 793.7 como técnica de tutela del derecho de contradicción.

²² GOLLWITZER, M., en LOWE-ROSEMBERG *Die Strafprozessordnung und die Gerichtsverfassungsgesetz*, III, Berlín-New York, 1987, marg. 102 del comentario del art. 244.

²³ ORTELLS, *El nuevo procedimiento penal abreviado*, cit. p. 554.

VII. EL PRINCIPIO ACUSATORIO Y LA AMPLITUD DE LOS PODERES OFICIALES DEL JUZGADOR

Después de lo dicho hasta ahora, creo que puede afirmarse que el fundamento constitucional del principio acusatorio no se halla estrictamente en la prohibición de indefensión derecho a la defensa (y en el previo derecho a ser informado de todo lo relevante para la Sentencia), fundamento consistente en que sólo la vigencia de aquel principio permite garantizar esos derechos.

Hemos visto que en supuestos de nítida vigencia del principio acusatorio (modificación por los acusadores de sus calificaciones provisionales), la preceptiva contradicción es insuficientemente realizada. Por contraste, con las matizaciones a un principio acusatorio puro que caracterizan al sistema procesal español y a otros europeos, puede coexistir una cuidadosa tutela del principio de contradicción, y, concretamente en Derecho español, una de las corrientes de la nueva jurisprudencia sobre los arts. 733 y 851.4.º) ha supuesto un loable avance en esa dirección.

Se impone, pues, la revisión desde una perspectiva distinta a la del principio acusatorio-garantía de contradicción, de aquella otra corriente de esta nueva orientación jurisprudencial que argumenta con el principio acusatorio para sostener que, si el juzgador entiende que algunos puntos de las calificaciones han de ser rectificadas en función del resultado de la prueba, es necesario que algún acusador asuma la propuesta del tribunal, para que éste pueda válidamente sentenciar también a tenor de esa rectificación. Y ciertamente esa revisión crítica será extensible a la plasmación legal que, en el proceso abreviado, ha tenido este modo de entender la correlación entre acusación y sentencia.²⁴

A mi juicio, el fundamento constitucional del principio acusatorio para el proceso penal, radica en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que, a través del art. 10.2 CE, conecta con el derecho a que la causa sea oída por un tribunal imparcial, reconocido por el art. 6.1 CEDH. Sin salirse de la Constitución también sería correcto decir que descansa en el derecho a un Juez que responda a la imagen constitucional del mismo (art. 24.2 CE), que sin duda comprende el requisito de imparcialidad.

La comisión de un delito hace nacer en el Estado un concreto poder de imponer una pena, pero dicho poder, a diferencia de otros que el Estado puede actuar por la vía de la autotutela administrativa, sólo puede ser actuado por los órganos jurisdiccionales mediante su potestad jurisdiccional. El poder de penar, en el Estado moderno, es un poder del Estado-Juez, es jurisdicción, potestad jurisdiccional.²⁵

²⁴ Sobre el mismo, véase, en principio mi *El nuevo procedimiento penal abreviado*, cit., pp. 560-561.

²⁵ GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935, pp. 23-26; CALAMANDREI, P., *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en «Opere giuridiche», I, Napoli, 1965, pp. 160-161; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, cit., pp. 32-33, II, cit., pp. 162-165, 183-188.

Ahora bien, la potestad jurisdiccional dirigida a la actuación del Derecho penal puede ser ejercitada de dos modos: de oficio por el propio órgano jurisdiccional, que conduciría el proceso hasta la sentencia sin ningún impulso exterior (principio inquisitivo); a instancia de otro órgano estatal o sujeto ajeno al órgano jurisdiccional, que le pide que ejercite su potestad jurisdiccional, actuando el Derecho penal respecto a un determinado hecho y persona.²⁶ Cuando la potestad jurisdiccional se ejercita según esa modalidad decimos que rige el principio acusatorio formal.

El fundamento de este principio es garantizar la imparcialidad del juez que podría verse comprometida si se le atribuyeran a él mismo las funciones de descubrir, investigar y perseguir los posibles delitos. Para conseguir ese distanciamiento del juez respecto a la proposición del objeto del proceso, que asegura su imparcialidad, se reproduce artificialmente en el proceso penal de estructura del *actus trium personarum* a la que responde el proceso civil, como lógica consecuencia de la estructura jurídico-material de las relaciones que en él se deducen.²⁷

Si es correcto establecer esta conexión entre principio acusatorio y el requisito constitucional de la imparcialidad del juzgador, el problema de constitucionalidad de ciertas normas por contradicción con aquel principio, habría que plantearlo así: ¿qué poderes cabe atribuir al juzgador y cómo ha de configurarse su ejercicio para que pueda afirmarse que se mantiene en la posición de imparcialidad que es exigencia constitucional? ¿A partir de qué punto la atribución de poderes ejercitables de oficio pone esencialmente en cuestión la imparcialidad?

Estas cuestiones tienen una respuesta segura y comúnmente aceptada para un aspecto que es fundamental para la vigencia del principio acusatorio: la concurrencia en un mismo titular de la potestad de dirigir el juicio oral y dictar sentencia, y de los poderes de conducir la investigación-instrucción previa en el mismo proceso, se entiende que, en un sentido objetivo, excluye el requisito de imparcialidad, porque el juzgador se sitúa ante los materiales que se aportan al juicio oral con un criterio ya formado en el desarrollo de la investigación.²⁸

²⁶ Sobre esta alternativa GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos*, pp. 68-70; ROXIN, K., *Strafverfahrensrecht*, München, 1989, p. 66.

²⁷ SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Göttingen, 1964, p. 197; SCHAFER, K., *Strafprozessrecht. Einführung*, Berlín-New York, 1976, pp. 220-221; BERTEL, Ch, *Grundriss des österreichischen Strafprozessrecht*, Wien, 1975, p. 7; GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos*; cit., pp. 28-31; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, cit., pp. 164-165.

²⁸ Respecto a esto son de obligada cita las sentencias del TEDH de 1 octubre 1982, en el caso Piersack, y de 26 de octubre 1984, en el caso De Cubber; y las sentencias del TC 145/1988, de 12 de julio, 164/1988, de 26 de septiembre. Información principalmente sobre doctrina española en torno a esta garantía y a su proclamación en las citadas sentencias, en FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un juez objetivamente imparcial*, en RGD, 1989, núm. 534, pp. 1041-1094; DE DIEGO DíEZ, L.A., *El principio «el que instruye no debe juzgar» como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal*, en Poder Judicial, 1987, núm. 8, pp. 9-26. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, pp. 13-58.

Pero no es ciertamente ese el aspecto del principio acusatorio que ahora está en discusión, sino este otro: ¿El poder del juzgador de resolver a tenor de la calificación jurídica que estime más ajustada a los hechos probados, y los poderes de contribuir con las partes a la prueba del hecho justiciable, ejercitados unos y otros sin más limitación a lo alegado y pedido por las partes que la relativa al hecho justiciable y persona del acusado, implican, objetivamente, pérdida de imparcialidad y prejuicio, y, por consiguiente, chocan con el fundamento constitucional del principio acusatorio?

Conviene distinguir y ocuparse, en primer término, de los poderes oficiales relativos a la calificación jurídica.

No creo que haya pérdida de la imparcialidad, ni prejuicio, si se reconoce al juzgador el poder de determinar de oficio cuál es la calificación jurídica más correcta de los hechos que resultan de la prueba practicada, y, en función de ello, también cuáles son las consecuencias jurídicas previstas por la ley penal en concreto procedentes, porque la única implicación activa del juzgador absolutamente indiscutible es la del ejercicio de su potestad de juzgar, que comprende la determinación de los hechos ciertos y la aplicación de la norma, proclamando el efecto jurídico que de ello derive.

Otra cosa es que, en la parte del ordenamiento cuya realización jurisdiccional está informada por el principio dispositivo, la potestad de juzgar, de actuar el Derecho en el caso concreto, no autorice a decir cuál es la consecuencia jurídica que, con arreglo a Derecho, deriva del hecho cierto, sino, solamente, si la consecuencia jurídica pretendida es la que corresponde, atendidos cuales son los hechos probados y las normas aplicables. Pero la razón de ser de este principio estructural de un proceso de tipo dispositivo no es, en verdad, garantizar una posición imparcial al juzgador, sino dejar a salvo, en el momento de la tutela jurisdiccional, la libre disponibilidad de los derechos e intereses jurídicos privados, que se corresponde con el principio de la autonomía de la voluntad, informador de una parte del Derecho material.²⁹

La realización jurisdiccional del Derecho penal no se ha entendido, en nuestro ordenamiento -y no sólo en él-,³⁰ hasta ahora, de ese modo. Pero si así tuviera que

²⁹ CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en «Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento», II, Milano, 1951, p. 752 y el conjunto del artículo; JAUERNING, O., *Zivilprozessrecht*, München, 1981, p. 66; CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el Derecho comparado*, Buenos Aires, 1973, (trad. Sentís Melendo), pp. 3-39; MONTERO, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, pp. 214-215; del mismo, *Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución*, en «Trabajos de Derecho Procesal», Barcelona, 1988, pp. 233-239; GIMENO, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pp. 178-179; ALMAGRO, I., *Garantías constitucionales del proceso civil*, en Justicia 81, núm. especial, pp. 17-19.

³⁰ Para lo que ocurre en Derecho alemán basta remitirse a los parágrafos 264 y 265 de la StPO. Para el Derecho italiano, el art. 521.1 CPP dispone que «Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza», el apartado 2 del mismo concede al juzgador el poder de oficio de remitir las actuaciones al Ministerio Público, si entiende que los hechos aparecen de la prueba como distintos a la descripción contenida en el decreto de apertura, para que el Ministerio Público, de acuerdo con el principio de obligatoriedad de la acción penal, asuma las correspondientes variaciones y las notifique al acusado (sobre esto ILLUMINATI, G., en CONSO, G, GREVI, V., *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*,

entenderse -mediante el oportuno cambio legislativo o por imponerse una de las corrientes jurisprudenciales estudiadas-, y si así tiene que serlo en el ámbito de aplicación del art. 794.3 LECRIM, diré que la clave explicativa habrá que buscarla no en el objetivo de garantizar la imparcialidad del juzgador, sino en el de reforzar el poder de disposición de los acusadores sobre los efectos jurídico-penales.

Vayamos, en segundo lugar, a la vigencia, dentro del juicio oral, del que suele llamarse principio de investigación oficial, frente al principio de aportación de parte. Ciertamente el aumento de los poderes del juzgador en cuanto a la introducción y prueba de los hechos relevantes para resolver sobre el objeto del proceso, no es una cuestión extraña a la imparcialidad del órgano jurisdiccional.³¹ Ahora bien ese reconocimiento no ha conducido a excluir de un modo absoluto estos poderes del Juez en los procesos civil, laboral y administrativo,³² y muchísimo menos en el proceso penal.

La atribución al juzgador penal de esta clase de poderes oficiales se salva del reproche de riesgo para la imparcialidad, principalmente porque no hace del juzgador un investigador, sino que sólo le autoriza para, sin alterar en esencia el acaecer histórico acotado y llevado ante él por el acusador, contribuir, en concurso con la actividad probatoria de las partes, a comprobar la certeza de los elementos fácticos jurídicamente relevantes de aquel acaecer, y a utilizar con ese fin las fuentes de prueba que la propia actividad del juicio oral y la instrucción previa han revelado existentes.³³

El párrafo 244, II StPO dispone que, para la investigación de la verdad, el tribunal puede extender de oficio la práctica de prueba a todos los hechos y medios de prueba que sean importantes para la resolución. Y, por referirse a procesos penales de

Padova, 1990, pp. 362-372; AMODIO, E., DOMINIONI, O., *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, pp. XL-XLIII).

El reciente *Código de processo penal* portugués considera nula, en su art. 379, *b*, la sentencia que condene por *hechos diversos* a los descritos en la acusación o en la «pronuncia» en su caso, salvo cuando la ley permite acusación supletoria y se han cumplido sus requisitos (art. 359), o cuando se trate de alteraciones no sustanciales de los hechos, y el juzgador, a instancia de parte o *de oficio*, las hubiera comunicado al acusado (art. 358.1). Ninguna vinculación, pues, a las calificaciones jurídicas, como también resulta del apartado 3 del art. 368 que dispone que se deliberarán y votarán «todas las cuestiones de derecho suscitadas por los hechos referidos en el número anterior», y tales hechos son no sólo los alegados por la acusación y la defensa, sino también los que resultaren de la discusión de la causa (art. 368.2).

³¹ LIEBMAN, E.T., *Fundamento del principio dispositivo*, en Riv. Dir. Proc., 1960, pp. 551-565; BAUR, F., *Potere giudiziario e formalismo del diritto processuale*, en Riv. trim. Dir. Proc. Civ., 1965, pp. 1698-1699; CAVALLONE, B., *Crisi delle maximen e disciplina dell'istruzione probatoria*, en Riv. Dir. Proc., 1976, pp. 697-698; MONTESANO, M.L., *Le prove disponibile d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, en Riv. trim. Dir. Proc. Civ., 1978, pp. 189-205; CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal civil*, III, Madrid, 1936 (trad. GÓMEZ ORBANEJA), pp. 59-60; CORDÓN MORENO, F., *En torno a los poderes de dirección del juez civil*, en RDP, 1979, p. 811.

³² Sobre esto MONTERO, *Introducción*, p. 230; CORDÓN, *En torno a los poderes de dirección*, cit., p. 826; SENTÍS MELENDO, S., *La prueba. Los grandes temas de Derecho probatorio*, Buenos Aires, 1978, pp. 141 y ss., 437 y ss.; MONTESANO, M.L., *Le prove disponibile d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, cit., pp. 189-206.

³³ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, cit., pp. 112-113, 114-116; BAUR, *Potere giudiziario*, cit., p. 1699; MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio*, pp. 192-196.

reciente configuración decididamente orientada hacia el principio acusatorio, el art. 340.1 del código portugués formula nítidamente el principio de investigación («El tribunal ordena, de oficio o a petición de parte, la producción de todos los medios de prueba cuyo conocimiento le parezca necesaria para el descubrimiento de la verdad y la acertada decisión de la causa»), y el código italiano, sin excluirlos, ha optado por un sistema de poderes del tribunal complementarios de la normal iniciativa probatoria de las partes (arts. 506, 507)³⁴

En nuestro Derecho, tanto para el proceso ordinario por delitos graves como para el proceso abreviado (art. 780. 1 LECRIM), rige el principio de investigación oficial en cuanto a la prueba de los hechos en el juicio oral.³⁵ Partiendo de ahí, me parece un despropósito pretender amparar en la imparcialidad del juzgador, como fundamento constitucional del principio acusatorio, la concepción de la correlación que aflora en el primer inciso del art. 794.3 LECRIM y que se sostiene por una de las corrientes de la nueva jurisprudencia.

Si se le reconocen al juzgador poderes de intervenir de oficio en la prueba de los hechos es, sin duda, para que pueda resolver válidamente sin quedar sujeto a los hechos tal como resulten sólo de las alegaciones y pruebas de las partes, sino atendiendo también a lo que provenga de la intervención *ex officio* en la prueba.³⁶

Pues bien. He aquí el despropósito: el art. 794.3 LECRIM y la corriente jurisdiccional antes mencionada, vienen a eliminar esta consecuencia práctica del principio de investigación oficial, pero dejan subsistente un sistema en el que el juzgador (pretendidamente) ha perdido su imparcialidad, por poder actuar y haber actuado de oficio en la actividad probatoria. La imparcialidad quedaría puesta en cuestión y, además, sin objeto alguno.

Ya como última crítica relativa a la extensión de los poderes oficiales del juzgador cuando rige el acusatorio, estimo que la disposición y la línea jurisprudencial de continua referencia, merecen una objeción fundamental precisamente desde la perspectiva de la preservación de la imparcialidad del juzgador.

Pocas veces he visto defender que la apreciación de elementos absoluta o relativamente exculpatórios dependa, en su validez, de que hayan sido previamente sometidos a debate contradictorio. Menos veces -por no decir ninguna- he visto sostener que la apreciación de dichos elementos no pueda hacerse de oficio.

³⁴ Sobre la solución del Código Italiano ILLUMINATI, G., *Giudizio*, p. 367; AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo Codice*, cit., p. XXXVII.

³⁵ Remito para un repaso de sus diversas manifestaciones a nuestro *Derecho Jurisdiccional*, III, cit., pp. 329-330, 339-342, 608.

³⁶ Como dice el art. 368.2 del Código portugués para formar la sentencia se someten a deliberación y votación “los hechos alegados por la acusación y la defensa, así como *los que resultaren de la discusión de la causa*, relevantes...».

Quisiera, antes de seguir, salir al paso de la opinión de que esto pudiera ser un reflejo del derecho a la presunción de inocencia. No. Presupuesto ese derecho o con independencia de él, queda abierta la cuestión sobre si los hechos relevantes sólo van a poder ser válidamente apreciados si resultan de la alegación y prueba de las partes, o también si resultan de la prueba oficial, o una cosa u otra según las clases de hechos.

En la línea en que vengo argumentando, y a la vista de lo dicho dos párrafos antes, llega el momento de preguntarse si es razonable sostener que la imparcialidad sólo se quiebra si el ordenamiento admite que el juzgador contribuya con sus poderes oficiales a clarificar los elementos de cargo, pero no si le autoriza a hacer lo mismo con los de descargo.

Si fuera cierto —que no acepto que lo sea— que la atribución al juzgador de ciertos poderes oficiales pone en cuestión su imparcialidad, habrá que concordar en que resulta evidente que permitir el juego de la investigación oficial sólo para los hechos favorables a una de las posiciones procesales, implica admitir —en flagrante contradicción con el primer postulado— que es correcto que la propia ley empiece por crear un riesgo de parcialidad estrictamente unidireccional.

**PROBLEMAS DE CONTENIDO Y DELIMITACIÓN DE LAS FASES DEL PROCESO
ABREVIADO (DILIGENCIAS PREVIAS, FASE INTERMEDIA, JUICIO ORAL)(*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1. PROBLEMAS DE CONTENIDO Y FUNCIÓN DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS: A) Un cambio trascendental: el fin de la exclusividad de la instrucción previa judicial y la especial eficacia de los actos de investigación de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal; B) Los límites de la actividad de investigación de la Policía Judicial (diligencias de prevención). Su inalterabilidad por medio de instrucciones del Ministerio Fiscal y de los órganos jurisdiccionales; C) Alcance de la actividad de investigación del Ministerio Fiscal. Carácter no limitado -dentro de la adecuación del abreviado- de su posible contenido. Dudas en supuestos de aforamiento. Límites instrumentales y temporales. La extinción de la competencia del Fiscal por incoación de instrucción previa judicial; D) El contenido necesario y suficiente de las diligencias previas en cuanto a actividad de investigación. El interrogatorio judicial del imputado. El parámetro de la suficiencia de la actividad de investigación: las contradicciones en su fijación por el art. 789. 3 y 4; E) El contenido de las diligencias previas en cuanto a la responsabilidad civil *ex delicto*. Incidencia de la admisibilidad de pretensiones de condena genérica. Necesidad de determinación cuantitativa provisional a efectos de fianza y embargo; F) La necesidad de una imputación judicial en la fase de diligencias previas. Requisitos y efectos de esa imputación.- 2. LOS PROBLEMAS DE LA LLAMADA FASE INTERMEDIA: A) Las repercusiones en el régimen de la fase intermedia de la doctrina de la STC 186/1990; B) La resolución de proseguir el procedimiento abreviado. Contenido. Notificación. Régimen de su impugnación. Motivos de su impugnación por el imputado; C) La alternativa apertura del juicio oral -sobreseimiento. Ratio de la ampliación de la oficialidad del sobreseimiento. Incidencia en esta materia de la STC 186/1990; D) Fase intermedia y resolución de remisión para juicio oral inmediato; E) Preclusión de la personación de acusadores no oficiales y actores civiles. Artículo 110, II y su interpretación sistemática con las normas del procedimiento abreviado. Sobre la procedencia del especial emplazamiento al ofendido en casos de petición de sobreseimiento del MF como acusador único.- 3. ZONAS GRISAS EN LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS FUNCIONALES DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN Y DE LOS JUZGADOS DE LO PENAL - AUDIENCIAS PROVINCIALES: A) Juicio oral en ausencia del acusado. Competencia para apreciar los presupuestos que lo hacen admisible. La desacumulación de procesos respecto a co-acusados; B) Diligencias complementarias de investigación, práctica anticipada pruebas y preparación de la prueba admitida; C) Suspensión del juicio por necesidad de una sumaria instrucción complementaria y suspensión del juicio para aportación de nuevas pruebas en el caso del art. 793.7.

(*) Ponencia en el curso de perfeccionamiento de jueces y magistrados “El procedimiento abreviado en la Ley de 28 de diciembre de 1988. El proceso de la D. A. de la Ley 21 de junio de 1989”; publicada en “El procedimiento abreviado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, pp. 111-146. Publicado también en *Revista General de Derecho*, 1993, julio-agosto, números 586-587, pp. 7195-7222 y en la obra *El proceso penal abreviado: (nueve estudios)*, Granada, Comares, 1997.

I. PROBLEMAS DE CONTENIDO Y FUNCIÓN DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS

A) Un cambio trascendental: el fin de la exclusividad de la instrucción previa judicial y la especial eficacia de los actos de investigación de la policía judicial y del ministerio fiscal.

Hasta la reforma de 28 de diciembre de 1988, la instrucción previa en el proceso penal español era, con una sola excepción a la que luego aludiré, una instrucción previa exclusivamente judicial, en el sentido de que ni actividades materialmente investigadoras distintas a las realizadas por el juez se integraban jurídicamente en la instrucción, ni el juez se limitaba a ordenar a sus auxiliares y colaboradores la práctica de los actos que integraban la instrucción, sino que, salvo los de estricta ejecución, debía realizarlos él mismo - (sobre estos temas, con cierta amplitud, ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal*, pp. 789-793; *El nuevo procedimiento penal*, pp. 549-552; *Derecho Jurisdiccional*, III, pp. 126-142) . En síntesis, esta regla se establecía -y se establece, aún hoy, para el proceso ordinario común- por el art. 303 LECRIM, según el cual

«la formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de Instrucción por los delitos que se cometan en su partido.....».

Esto no supone negar que Órganos del Poder Público distintos al órgano jurisdiccional puedan y deban realizar comprobaciones e investigaciones relativas a hechos aparentemente delictivos. Lo que significa es, en cambio, esto: que si ese régimen legal que atribuye sólo al juez la realización de la instrucción previa debe tener un sentido, ése debe ser que las resoluciones y otros actos que precisen fundamentarse en el contenido de la instrucción, no pueden más que basarse en los actos de investigación que jurídicamente forman parte de la misma, pero no en investigaciones sólo materialmente equivalentes a aquellos.

Efectivamente, la policía judicial en el ámbito del Proceso Ordinario Común, puede realizar, por lo que ahora interesa, dos clases de actividades:

1ª) Antes de la iniciación del sumario debe llevar a cabo las diligencias de prevención (art. 284), cuyo alcance se especifica en el artículo 13. Esta actividad presenta una doble característica. Primera: no consiste en desarrollar una investigación, sino -además de asistir a los ofendidos y efectuar detenciones en su caso- en conservar el estado material de cosas resultante de la acción delictiva, con apoderamiento de elementos materiales relacionados con ella y constatación de datos relevantes para la investigación. Segundo: para realizar esa actividad la policía no precisa órdenes del juez ni del Fiscal, sino sólo constatar el supuesto de hecho del artículo 284; pero su competencia está subordinada a los jueces y al Ministerio Fiscal, porque está sujeta a las instrucciones de estos (art. 35.a) y b) L.O.F.C.S.) y porque debe cesar su ejercicio cuando el juez se hace cargo de las actuaciones (art. 286).

2ª) Practicar por orden del juez o del ministerio fiscal diligencias «para la comprobación de delito y averiguación de los delincuentes y todos los demás» que se los encarguen durante la causa (art. 287). Una elemental interpretación sistemática impide entender que esas diligencias practicadas por la Policía sean, por sí mismas, parte del sumario. Su función es poner la técnica de investigación criminal al servicio

del juez, para que, de oficio, acuerde la práctica de concretos actos de investigación, y del Ministerio Fiscal para que pida esa práctica.

En definitiva, como la LECRIM presupone que es el juez quien debe realizar los actos de investigación que forman el sumario, no puede reconocer a estos actos de la Policía la eficacia jurídica de acto del sumario. Y ese es el sentido de lo dispuesto en el artículo 297, I y II: valor de denuncia, (es decir, de una declaración sujeta a posterior comprobación); valor de declaración testifical en cuanto se refiera a hecho de conocimiento propio, (es decir, que para la introducción en el procedimiento de informaciones recibidas por la Policía, deberá declarar el informante).

También el Ministerio Fiscal puede desarrollar, en el ámbito dicho, investigaciones de dos clases:

1º) Previas al sumario, a los efectos de presentar una querrela o denuncia bien fundamentadas. Pueden entenderse previstas en la LECRIM en los artículos 269 y 287 y concordantes y, muy claramente, en el artículo 5 E.O.M.F. Estas investigaciones no forman parte del sumario; no en ellas, sino en los actos de investigación practicados por el juez de Instrucción, han de fundarse las resoluciones sobre medidas cautelares y admisibilidad de la acusación.

2º) Simultáneas al sumario y comprendidas en la general referencia del artículo 287 y concordantes a la posibilidad de que el Ministerio Fiscal imparta a la Policía órdenes de investigación en el curso de la causa. Tampoco estas investigaciones se integran directamente en el procedimiento, sino que sirven para que el Ministerio Fiscal solicite del juez la práctica de actos de investigación.

La instrucción previa exclusivamente judicial sólo tenía, hasta la reforma de 1988, una excepción: la del Procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, cuyo artículo 3.1 establecía que el juez

«ordenará que por la Policía Judicial se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Esto significaba, sin duda, que, salvo algunos actos de investigación que tenía que practicar el propio juez, los actos de investigación realizados por la Policía Judicial por orden del juez formaban (jurídicamente) parte de la instrucción previa del Procedimiento de la LO 10/1980.

En el régimen del Proceso Abreviado, la regla general de la instrucción previa exclusivamente judicial, queda matizada por una excepción de gran importancia. La disposición clave es el artículo 789.3 LECRIM, según el cual:

«Sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación..., el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente...».

El profundo sentido de esta disposición -una vez corregida su interpretación literal, que parece limitarla al atestado de la Policía (CFGE 1/1989, pág. 37 del suplemento al BIMJ, núm. 1522)- es el siguiente: si las diligencias de investigación practicadas por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal sólo precisan ser completadas mediante una instrucción previa judicial, o dirigida por el juez, en cuanto

sean materialmente insuficientes para fundar la acusación, es que, desde un punto de vista jurídico-formal, tienen la eficacia propia de actos de la instrucción previa y no necesitan ser judicialmente reiteradas.

Se produce, en consecuencia, una limitación del contenido de las diligencias previas, en cuanto a los actos de investigación que en ellas deben realizarse por el juez o siguiendo sus órdenes, por la Policía Judicial. Cuál debe ser el alcance de esa limitación, es lo que voy a estudiar en los siguientes apartados.

B) Los límites de la actividad de investigación de la Policía Judicial (diligencias de prevención). Su inalterabilidad por medio de instrucciones del Ministerio Fiscal y de los Órganos jurisdiccionales.

La suficiencia para formular acusación de las diligencias practicadas en el atestado, depende de dos factores de muy distinta naturaleza: primero, de las diligencias que el atestado puede contener, o, de otro modo, de las diligencias de investigación que la Policía Judicial está legalmente autorizada a practicar en el mismo; segundo, de que, realizadas las diligencias del atestado dentro de los límites legales, sean o no de hecho suficientes para fundar la acusación.

En cuanto al primer factor, y como ya he apuntado antes, entiendo que de una interpretación sistemática de los preceptos rectores de la actividad de la Policía Judicial (con especial atención, por lo que aquí interesa, al art. 284 LECRIM, que especifica las investigaciones «autónomas» de la policía por razón de delito concreto antes de iniciarse proceso, y al art. 13 LECRIM, que determina cuáles son las diligencias de prevención o primeras diligencias) se deduce que la Ley habilita a la Policía -además de para dar protección a los perjudicados y para detener a los presuntos responsables- para realizar una constatación del estado material de cosas resultante de la aparente acción delictiva, con secuestro de los elementos materiales relacionados con ella y dejando constancia de aquellos datos que se observan como relevantes para la investigación (nombres de los testigos próximos y primeras declaraciones, primera declaración del presunto responsable, determinaciones periciales y reconocimientos necesitados de práctica inmediata: arts. 292 y 293 LECRIM).

La Policía Judicial, de propia autoridad y cuando su actividad se proyecta sobre un concreto hecho aparentemente delictivo, no puede traspasar esos límites y desarrollar, más allá de la comprobación de los datos que inmediatamente le presenta la situación resultante de aquel hecho, una investigación compleja para alcanzar un cabal conocimiento del hecho y de la participación en el mismo del presunto responsable. Tiene competencia para participar en esa investigación, pero, en cuanto exceda de las diligencias de prevención, esa competencia se halla subordinada al Ministerio Fiscal y a los Órganos jurisdiccionales, a quienes ha debido dar noticia inmediata de la práctica de las primeras diligencias (arts. 284, 286 y 295 LECRIM).

Las expresiones que, en los arts. 282 LECRIM, 445.1, a LOPJ y 11.1, g L.O.F.C.S., describen con gran amplitud las funciones de investigación de la Policía Judicial, no pueden interpretarse en un sentido que autorice esa ilimitada investigación policial autónoma, sino sistemáticamente con las disposiciones que distinguen entre las actividades «autónomas» de investigación (diligencias de prevención) y las que

debe realizar con subordinación al Ministerio Fiscal y a los Órganos jurisdiccionales. Los artículos 4 («Practicarán por propia iniciativa... las primeras diligencias de prevención y aseguramiento...») y 20 y 21 del Real Decreto 769/1987, 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, responden con bastante precisión a esa distinción.

Una última observación: las especialidades sobre la investigación policial respecto a delitos para los que es adecuado el Abreviado, que establece el artículo 786 LECRIM, no suponen una ampliación de los límites vistos de la investigación policial «autónoma». La regla segunda más bien los confirma.

Tras la incidencia de este primer factor limitativo del contenido del atestado, que el mismo sea o no suficiente para formular acusación será una cuestión de hecho, en el sentido de que dependerá de que la Policía haya sabido o haya podido reunir, en las diligencias de prevención que documenta el atestado, comprobaciones suficientes con aquella finalidad.

¿Cómo y hasta qué punto pueden el Ministerio Fiscal y los Órganos jurisdiccionales ejercer influencia para que ese resultado de mero hecho se produzca del mejor modo posible, entendiéndose por tal que los atestados se presenten con un contenido óptimo, que haga innecesarias posteriores diligencias de investigación fiscales y judiciales?.

La vía puede ser la de entender que las órdenes e instrucciones a las que se refiere el artículo 35, a L.O.F.C.S., pueden versar no sólo sobre actividades concretas, sino tener un carácter general (como expresamente reconoce, para el Ministerio Fiscal, el art. 781, II LECRIM) orientador del contenido suficiente de los atestados según, por ejemplo, tipos de delito. Pero, en todo caso, habría que tener en cuenta que esas instrucciones generales no podrían ampliar las competencias que la Policía puede ejercer por propia iniciativa, porque esas instrucciones -según el propio artículo 35, a L.O.F.C.S.- están sometidas a los límites de la Ley y se dictan en ejecución de la misma. Tales instrucciones tendrían que ceñirse a encauzar el ejercicio de esas competencias hacia la constatación más completa posible de los datos jurídicamente relevantes.

C) Alcance de la actividad de investigación del Ministerio Fiscal. Carácter no limitado -dentro de la adecuación del Abreviado- de su posible contenido. Dudas en supuestos de aforamiento. Límites instrumentales y temporales. La extinción de la competencia del Fiscal por incoación de instrucción previa judicial.

La desafortunada expresión del artículo 789.3, que sólo se refiere a las «diligencias practicadas en el atestado», puede plantear ciertas dudas sobre si la especial eficacia que en el Proceso Abreviado corresponde a los actos de investigación no practicados por el juez, la tienen también los actos de investigación que el MF realice según el artículo 785 bis.

Es cierto que el anteproyecto de Ley, que pretendía encomendar claramente la dirección de la instrucción previa el MF, no logró alcanzar su objetivo con plenitud. Pero sería sorprendente que, por aquella defectuosa expresión literal, ni siquiera se entendiera subsistente en la Ley aprobada el residuo de aquel modelo, que encuentra

su apoyo en la interpretación conjunta de los artículos 785 bis y 789.3. Tanto más cuanto que a una investigación policial, aún no dirigida por el MF, sí que se le reconocen legalmente especiales efectos.

Por otra parte, me parece desenfocado el tratamiento que, a veces, se hace de los artículos 5 EOMF y 785 bis, para determinar si el último amplía o restringe las competencias de investigación que el primero ya reconoció al MF (CFGE 1989/1, pp. 25-26; - MARCHENA GÓMEZ, M., *Significación procesal de las diligencias*, pp. 1109-1113; ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos* 1990, pp. 100-101).

Entre los dos preceptos hay, ciertamente diferencias en cuanto al modo de regular aquello que *efectivamente* regula. Pero el tema que ahora interesa -la especial eficacia de los actos de investigación- no está normado por ninguno de esos dos preceptos, sino por el artículo 789.3. De modo que la solución de las dudas interpretativas que al respecto puedan suscitarse me parece clara: la investigación que el MF pueda realizar, al amparo del artículo 5 de su Estatuto y del artículo 785 bis, tendrá, una vez presentada su documentación ante el juez de Instrucción, la especial eficacia que deriva del artículo 789.3, si se ha realizado respecto a un hecho para cuyo enjuiciamiento es adecuado el procedimiento abreviado, y carecerá de la misma en otro caso.

Entremos ahora en la cuestión del alcance que puede tener la actividad de investigación del MF.

En primer lugar, y a diferencia de lo que hemos visto respecto a la investigación de la Policía Judicial, la competencia del MF es más amplia en el sentido de los contenidos que su investigación puede abarcar.

El art. 785 bis inviste al MF del poder de practicar por sí mismo y de ordenar a la Policía Judicial que practique -por tanto, ya tampoco la Policía, cuando actúa bajo las órdenes directas del Fiscal, está sujeta a los límites de «contenido» antes vistos- «las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo». Esta disposición no alude a una prevención de diligencias o a la instrucción de las primeras diligencias, cuyo contenido está legalmente tasado (art. 13 LECRIM), sino que autoriza a realizar todos los actos de investigación que el MF considere pertinentes respecto a los objetivos apuntados, salvo a aquellos -y éste es un límite que se refiere no al contenido de la investigación, sino a los medios para llevarla a cabo- que requieran el ejercicio de poderes que exclusivamente están atribuidos al juez. Otro dato que excluye que estemos ante diligencias de prevención es la ausencia de un plazo y de cualquier otra referencia temporal perentoria para remitir la investigación al Juzgado.

A diferencia de lo que ocurre con el atestado policial, la posibilidad de que las diligencias de investigación presentadas por el MF «sean suficientes para formular acusación» (art. 789.3) es mucho mayor, por el más completo contenido del que ha podido dotarse a las mismas.

Es dudoso -y me inclino por excluirlo- que, apareciendo como responsable una persona aforada, la investigación del MF pueda tener la extensión apuntada. Téngase en cuenta que, en ese supuesto, incluso la competencia del juez de Instrucción ordinario está sometida a muy especiales limitaciones: se trata de una competencia a prevención, cuyo contenido sólo puede extenderse a las primeras diligencias (las del art. 13 LECRIM, que el art. 303.V, de la misma Ley restringe aún más en el caso de

aforados) y cuya duración no puede exceder del término más breve posible y en ningún caso de tres días (art. 303.V, LECRIM).

Fuera de ese supuesto especial, la competencia de investigación del MF respecto a los hechos para cuyo enjuiciamiento es adecuado el Procedimiento Abreviado, tiene dos clases de límites.

En primer lugar, unos límites que podríamos denominar instrumentales o mediales: el MF puede extender el contenido de su investigación a todo lo pertinente para la comprobación del hecho y de la responsabilidad de los partícipes, pero no puede realizar aquellos actos de investigación (eventualmente necesarios) que requieran una potestad de la que sólo el juez está investido.

Hasta cierto punto lo que acabamos de decir está prejuzgando indebidamente la solución de un problema que suscita la interpretación del artículo 5, II E.O.M.F. Es cierto que el MF no puede realizar aquellos actos que requieran una potestad que la Constitución y/o la Ley reserven en exclusiva a los jueces (que serían los llamados actos de investigación garantizados: entrada y registro en lugar cerrado, registro de libros y papeles, intervención de comunicaciones). Pero eso no es lo mismo que afirmar, sin más, que puede realizar todos los que no requieran de esa potestad exclusiva. El art. 5, II, E.O.M.F. -«puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal"- está remitiéndose a una habilitación legal para realizar tales actos. Lo que ocurre es que esa habilitación la da el artículo 785 bis LECRIM en términos muy genéricos en su apartado 1, en términos más específicos en su apartado 2 (potestad de citar a personas para recibirles declaración) y la interpretación sistemática de ese artículo con otros (particularmente, en cuanto a entender también atribuidos al MF poderes de secuestro provisionalísimo de documentos y objetos en los mismos supuestos en que legalmente se reconocen a la Policía -en cuanto ésta puede actuar bajo la dirección del MF- y, por la misma razón, los poderes previstos en el art. 553 LECRIM -en este sentido CFGE 1/1989, pp. 28-29; VARELA CASTRO, L., *Investigación y preparación*, p. 133; GIMENO SENDRA, J.V., *El nuevo proceso penal*, pp. 73-85-). En definitiva, lo decisivo acaba por ser, en efecto, que el acto de investigación, por la potestad que requiere su práctica, esté reservado al juez.

La segunda clase de límites es de carácter temporal y se expresa en el art. 785 bis. 3.

En primer lugar es conveniente precisar -porque es un tema que suscita dudas (CFGE 1/1989, pp. 33-35; MARCHENA, *Significación procesal de las diligencias*, pp. 1113-1114; VARELA, *Investigación y preparación*, pp. 135-136)- que el deber de cesar en las diligencias de investigación, no puede entenderse en el sentido de prohibirse toda investigación sobre los mismos hechos, sino en el de extinción de la competencia del MF para realizar actos de investigación con la especial eficacia de formar parte de la instrucción previa del procedimiento. Puede, en cambio, continuar realizando actos de investigación, con la eficacia prevista en las disposiciones generales de LECRIM; es decir, para proponer al Juzgado de Instrucción la práctica de diligencias de investigación y para proponer pruebas.

En segundo lugar, el conocimiento que determina la extinción de la competencia del MF debe ser un conocimiento oficial (así CFGE y MARCHENA; en contra VARELA). Los supuestos en que éste se produce pueden ser variados. Entre los mismos puede citarse la recepción de parte de incoación de sumario (art. 308) o de diligencias previas (art. 789.3), la personación del MF en las actuaciones judiciales como consecuencia o no de un previo acto de comunicación, la solicitud por el MF de la necesaria intervención judicial para actos de investigación garantizados (en cuanto acceder a la misma debe conllevar, dados los presupuestos de la resolución, la incoación de procedimiento judicial). No creo, en cambio, que produzca el efecto de extinguir la competencia del MF la recepción de copia del atestado remitida por la Policía. Es cierto que, por el artículo 789.1, al MF le constará que el original ha sido remitido al Juzgado, pero ése no es el supuesto del artículo 785 bis.3, que requiere, además, el conocimiento de que ese atestado ha dado efectivamente lugar a la incoación de diligencias judiciales.

D) El contenido necesario y suficiente de las diligencias previas en cuanto a actividad de investigación. El interrogatorio judicial del imputado. El parámetro de la suficiencia de la actividad de investigación: las contradicciones en su fijación por el art. 789. 3 y 4.

Una arraigada rutina inquisitiva de nuestro aparato judicial, no rectificadas mediante unas normas más explícitas y estrictas de la LECRIM, favoreció, desde el mismo momento de la gestación de esa Ley, la conversión del sumario y de cualquier otra forma de instrucción previa en una recolección y examen exhaustivo de los elementos de convicción importantes para la causa. Añádase a ello la dosis complementaria de complejidad y formalismo que genera por sí una organización burocratizada y se comprenderá cómo en la fase de instrucción previa se producen los mayores retrasos del Proceso Penal.

Estos rasgos negativos de la práctica de la instrucción previa se producen contra todo fundamento, puesto que la función de esa fase del proceso en un sistema de oralidad no justifica la tendencia a la exhaustividad en su contenido de investigación. Es más, el claro desbordamiento que suele darse ha contribuido poderosamente a falsear el modelo procedimental de la LECRIM. Una instrucción previa judicial muy completa y, aún más, con las garantías para la defensa que se introducen en la reforma de 1978, hace difícilmente resistibles ciertas tentaciones de economía procesal mal entendida, que acechan en el momento del Juicio oral: ¿Por qué echar a perder la labor realizada, con todas las garantías, por el juez? ¿Por qué deber reiterar esa labor, con sujeción a algunas formas distintas, cuando a esa «reiteración» (práctica como prueba) se oponga una mínima dificultad? Por ese camino los términos acaban invirtiéndose: en vez de ser la instrucción una preparación del juicio, el juicio pasa a ser un epílogo complementario y corrector de la instrucción.

Cualquier reforma del proceso penal que parta de una clara toma de conciencia de ese problema y se proponga reconducir a sus justos límites el contenido de investigación de la instrucción previa, merece aprobación, porque contribuye a la efectividad del procedimiento oral y a un Proceso Penal sin dilaciones indebidas.

El régimen del Proceso Abreviado se sitúa en la orientación apuntada, como lo demuestra la expresa declaración de intenciones en la exposición de motivos y la serie de disposiciones que inmediatamente analizaré. En verdad, el acierto no ha sido completo, pero es que la materia (fijación de límites a la investigación) presenta especial dificultad.

Veamos las principales disposiciones puestas al servicio del objeto apuntado:

1ª Artículo 789.3 LECRIM.: *A contrario* se deduce que si las diligencias practicadas en el atestado son suficientes para formular acusación, no hay que completarlas con diligencias previas judiciales. En todo caso, estas últimas han de limitarse a las esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el Órgano competente para el enjuiciamiento.

2ª Artículo 789.4 LECRIM.: Contemplando las solicitudes de actos de investigación de imputados, ofendidos y responsables civiles, insiste en que el juez debe rechazar diligencias no imprescindibles para abrir el Juicio oral.

3ª Artículo 789.5.5ª LECRIM.: Con el límite de la competencia del Juez de lo Penal, la confesión del imputado, con ciertos requisitos, autoriza al Juez de Instrucción para concluirla inmediatamente y remitir a juicio. Ciertamente este contenido de la instrucción es suficiente para la acusación y la instrucción se simplifica en comparación con lo que debería hacerse si se aplicara el artículo 406 LECRIM.

4ª Artículo 790.1 y 2 LECRIM.: permite expresamente un complemento de la investigación (y ello aún como excepción) cuando sea imposible formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación.

5ª Otras disposiciones todavía más específicas con la misma finalidad son las de las reglas 1ª a 6ª del art. 785 LECRIM.

En definitiva, el problema a resolver es el siguiente ¿Cuando la instrucción previa de este procedimiento debe considerarse completa desde el punto de vista de los actos de investigación a practicar en la misma? ¿Cuál es el contenido de investigación que la instrucción previa debe tener, tanto si ésta se realiza, desde el principio, como diligencias previas, como si en estas últimas diligencias sólo han de complementarse los resultados de un atestado policial o/y de unas diligencias de investigación del MF? Y, por fin, un perfil específico dentro de ese mismo planteamiento: ¿Cómo puede incidir en ese contenido el derecho de defensa que el imputado tiene también en la fase de instrucción previa?

Me limitaré a mencionar que es contenido preceptivo de las diligencias previas el interrogatorio judicial del imputado (art. 789.4).

Es cierto que la naturaleza de ese acto es compleja, y que no puede sostenerse, sin más, que es un acto de investigación. Pero también lo es que no pueden despreciarse sus resultados informativos sobre los hechos investigados (lo demuestra la disposición del art. 789.5.5ª).

Por lo demás, la fijación del parámetro de la suficiencia del contenido de investigación de las diligencias previas, no se hace en la Ley de un modo uniforme, sino que es objeto de varias disposiciones entre sí divergentes.

En el mismo apartado 3 del artículo 789 hay dos menciones relevantes para esa fijación que en absoluto concuerdan entre sí. Se empieza por disponer que «sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación» el juez practicará otras diligencias. Razonable parece pensar que

éstas deban ser las que falten para conseguir que el conjunto sea suficiente para formular acusación y no las adecuadas para otros fines. Pero el Legislador, con un notable requiebro a la lógica, dispone inmediatamente que, tanto en el supuesto del inciso primero, como en el de investigación *ab initio* judicial, las diligencias que se ordenarán serán las «esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el Órgano competente para el enjuiciamiento»; es decir, unos objetos no tan unilaterales como el de formular acusación.

Por sí hiciera falta aumentar la confusión, el artículo 789.4, al sentar el criterio con el que el juez ha de resolver sobre la proposición de diligencias del imputado, del acusador particular y del actor civil, se refiere a que las diligencias sean necesarias para abrir el Juicio oral. Finalidad que, por ser absolutamente absurda respecto a las diligencias que el imputado tiene legítimo interés en proponer, entiendo que sólo puede interpretarse en el sentido más neutro de que sean diligencias necesarias *para resolver* (en uno u otro sentido) sobre la apertura del Juicio oral.

Sin perjuicio de que cabe intentar una interpretación que unifique los significados de las tres dispares referencias legales (la del apartado 4 está muy próxima a la segunda que establece el apartado 3; la de suficiencia para formular acusación sería reconducible, interpretada sistemáticamente con los preceptos que determinan que la acusación ha de plantearse ante el Órgano competente y que, para ser admisible, no han de concurrir causas de sobreseimiento: art. 790.6), lo realmente decisivo para fijar la regla de la suficiencia de la investigación me parece que son las necesidades de enjuiciamiento que plantean las resoluciones que han de fundarse en los resultados de esa investigación (a saber: resoluciones sobre medidas cautelares, sobre competencia y adecuación del procedimiento, y sobre apertura del juicio o, alternativamente, sobreseimiento).

En este sentido es pertinente, y debe practicarse de oficio o a propuesta de parte, todo acto de investigación que tenga por objeto datos cuya comprobación tenga influencia en el sentido de aquellas resoluciones.

El derecho del imputado a la práctica de actos de investigación que pueden inclinar a su favor el sentido de tales resoluciones, ya fue reconocido en el CFGE 1/1989, pp. 40-41, y encuentra clara expresión en la STC (Pleno) 186/1990, 15 de noviembre (y en otras de amparo sobre supuestos similares), que, sí bien estima que no es inconstitucional que el imputado no deba ser oído y no deban aceptársele diligencias complementarias en el trámite del artículo 790.2, lo hace precisamente por entender que antes de ese trámite y dentro de la fase de diligencias previas, el imputado, informado de su condición de tal y de los derechos que le asisten, ha podido personarse, formular alegaciones y solicitar la práctica de actos de investigación con vistas a que se pueda acordar el sobreseimiento o dictar otra resolución favorable a su postura procesal.

Sólo puntualizaré, para terminar, que, por no ser la investigación policial y la del Ministerio Fiscal las más adecuadas para dar plena efectividad a los derechos de la defensa en la instrucción previa, suplir sus insuficiencias precisamente desde la perspectiva de la defensa, puede ser uno de los principales supuestos de la complementación que aquellas investigaciones requerirán (ORTELLS, *El nuevo*

procedimiento penal, pp. 564-565; *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal*, pp. 252-259).

E) El contenido de las diligencias previas en cuanto a la responsabilidad civil «ex delicto». Incidencia de la admisibilidad de pretensiones de condena genérica. Necesidad de determinación cuantitativa provisional a efectos de fianza y embargo.

En la práctica se han suscitado a este respecto principalmente tres problemas.

1º) Si la pretensión civil *ex delicto*, al menos en la etapa de diligencias previas, ha de entenderse acumulada al proceso penal *ex officio* o sólo a instancia de parte legitimada, lo que repercute específicamente en los requisitos para la adopción de medidas cautelares para asegurar el pronunciamiento sobre ellas.

La duda deriva de que el artículo 790.6, refiere la adopción de tales medidas cautelares a las interesadas por los legitimados para el ejercicio de la acción civil.

Como luego veremos, el trámite previsto en ese artículo no es el único -ni siquiera el más oportuno desde el punto de vista de la evitación de dilaciones indebidas- para preparar la interposición de la pretensión civil. Es lógico que en ese trámite se mencione sólo la instancia de parte, porque ya se ha interpuesto la pretensión; pero en las actuaciones respecto a la responsabilidad civil en la etapa de diligencias previas no hay Norma que altere el régimen común de LECRIM.

Y ese régimen, como es sabido, consiste en lo siguiente; en cuanto la responsabilidad civil sea atribuible al propio imputado, la acumulación al Proceso Penal de las actuaciones relativas a la misma se produce de oficio, acordándose de ese modo las medidas cautelares correspondientes (art. 589); es necesario un acto de renuncia o de reserva para ejercicio separado por parte del perjudicado, para que la desacumulación se produzca (arts. 110 y 112). Si se trata de responsabilidad civil de tercero, se requiere instancia del actor civil para la acumulación de la pretensión y la adopción de medidas cautelares (art. 615), pero téngase en cuenta que ese «actor civil» puede serlo el MF, en virtud de la legitimación que le confiere el artículo 108 y salvo renuncia o reserva del perjudicado.

2º) Según el artículo 790.5 la pretensión de condena a indemnización es admisible interponerla como pretensión de condena genérica.

Eso se convierte, a mi juicio, en un importante punto de referencia para determinar el contenido que deben tener los actos de investigación de la instrucción previa orientados a la comprobación de los datos relevantes para la interposición, en forma admisible, de la pretensión civil. Resumidamente: basta realizar aquellos actos necesarios para determinar la dirección subjetiva de esa pretensión y el *an debeatur*, mientras que no son necesarios aquellos que tienen por objeto la determinación del *quantum*.

Esto, sin embargo, debe matizarse, porque si bien es cierto que la última determinación no es necesaria para la interposición admisible de la pretensión, si lo es, en alguna medida, para que el Juzgado pueda cuantificar la fianza exigible (art. 589, II) y determinar los límites cuantitativos del embargo subsidiario. Será necesario, pues, algún acto de investigación para determinar esa cuantía, aunque a los meros efectos de la adopción de la medida cautelar y sin que vincule y limite la cuantía de la

indemnización que puede solicitarse en el escrito de acusación o en el incidente de liquidación de sentencia (art. 798. 1ª).

3º) De la letra del artículo 790.6, III nadie ha extraído la conclusión de que las peticiones de medidas cautelares respecto a las responsabilidades civiles y las resoluciones correspondientes sólo puedan tener lugar en el trámite al que el artículo citado se refiere.

Lo normal es que se realicen dentro de las diligencias previas (arts. 785.9ª, b, c y d, 789.4). Incluso resulta inconveniente -por dilatorio de los trámites procesales que en ese momento ya están en curso-, aunque no inadmisibles, que tales peticiones se formulen por primera vez en el escrito de acusación, porque, al menos en el caso de responsabilidad civil de tercero, será necesario suspender las actuaciones principales mientras se tramita y resuelve el incidente de los artículos 615-618 LECRIM.

F) La necesidad de una imputación judicial en la fase de diligencias previas. Requisitos y efectos de esa imputación.

Sin duda alguna en las diligencias previas pueden realizarse actos judiciales de imputación, cuyo efecto es el de conferir a su sujeto pasivo la condición de imputado con los derechos reconocidos en el artículo 118 y otros de la LECRIM, principalmente el de personarse con abogado y ejercitar su derecho de defensa ya en la instrucción previa. Tienen esa calidad la admisión de querrelas y denuncias que contengan indicación de responsable, la adopción de medidas cautelares penales respecto a determinada persona, la recepción de declaración a la misma en calidad de presunto responsable (arts. 486, 488, 789.4).

Pero la STC (Pleno) 186/1990, de 15 de noviembre, ha vinculado a esos actos una eficacia que no era previsible en una primera interpretación del régimen del Proceso Abreviado.

Para no declarar la inconstitucionalidad del artículo 790.2 -por contrario a la prohibición de indefensión, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa- en cuanto no contempla expresamente que, en su trámite, el imputado puede ser oído y puedan admitírsele diligencias complementarias con vistas a obtener una resolución de sobreseimiento, el TC ha argumentado básicamente lo siguiente:

1º) Que, dentro de las diligencias previas,

«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 sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción» (STS 186/1990, fundamento jurídico 5º).

2º) Esa imputación permite al imputado personarse en el procedimiento con abogado, tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga, acordando el juez lo procedente en cuanto a la práctica de las diligencias propuestas en función de su necesidad para la apertura del Juicio oral (STC 186/1990, fundamento jurídico 7º), aunque luego añade una imprecisa referencia, más restrictiva, a que

fundamentalmente el imputado perseguirá instar y probar la procedencia de las resoluciones del artículo 789.5.

3º) La acusación no puede,

«exclusivamente desde un punto de vista subjetivo, dirigirse contra persona que no haya adquirido previamente la condición judicial de imputada, puesto que, de otro modo, se podrían producir, en la práctica, 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 este sentido no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el Proceso Penal (cfr. arts. 299 y 789.3º, en cuya virtud constituye objeto de las diligencias previas determinar "las personas que en él hayan participado"), función que en el Proceso Común se realiza través del procesamiento y que en el Proceso Penal Abreviado, suprimido el procesamiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano, confundiendo el principio acusatorio con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de la defensa, permitiéndose, en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la "penalidad" de la publicidad del juicio oral».

En conclusión: esta necesaria imputación judicial a la que se refiere la sentencia viene a desempeñar la misma función que el suprimido (para el Abreviado) Auto de Procesamiento, en el sentido de que, no sólo posibilita la personación para ejercitar el derecho de defensa ya en la instrucción previa (efecto que, en el Proceso Ordinario Común ya no es exclusivo del procesamiento), sino que condiciona la apertura de juicio a que la acusación se dirija frente a persona previamente imputada y a que la acusación verse sobre un hecho-objeto del proceso que se le imputó.

Esto resulta un tanto sorprendente, porque la ampliación de los supuestos en los que el sobreseimiento puede acordarse de oficio -es decir, no obstante la existencia de acusación- (art. 790.6), conducía a pensar, razonablemente, que el examen jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación (condicionante de su admisibilidad) había pasado, en toda su extensión, a la resolución de apertura del Juicio oral o sobreseimiento.

Aunque me parece que complica las cosas considerablemente, ésta construcción del TC es positiva para garantizar el derecho de defensa en la instrucción previa, a condición de que no se entienda:

1º) Que el examen jurisdiccional de la fundabilidad de la imputación se agota en ese acto de imputación.

2º) Que ese examen sólo se extiende, en cuanto es beneficioso para el imputado, a lo dispuesto en el artículo 789.5.1ª (sobreseimiento porque el hecho no es típico o porque no hay responsable conocido), 2ª (considerar el hecho como falta) y 3ª (estimar la minoría de edad penal).

3º) Que el único alcance admisible de la defensa, en la fase de previas, sea, en conexión con la posible restricción acabada de mencionar, el de evidenciar los datos que fundarían esas resoluciones. Demostrar otros datos, aunque necesariamente en la fase de previas y no en el trámite del artículo 790.2 en el que no tiene intervención, es lo único que deja abierta para la defensa la expectativa de obtener una resolución de sobreseimiento por cualquiera de las causas legales que la hacen procedente.

II. LOS PROBLEMAS DE LA LLAMADA FASE INTERMEDIA.

A) **Las repercusiones en el régimen de la fase intermedia de la doctrina de la STC 186/1990.**

La fase intermedia no es, ni en el Ordinario, ni en el Abreviado el *nomen iuris* de una etapa procesal de contenido precisamente determinado.

Sin embargo, se concuerda, implícita o explícitamente, en denominar así al conjunto de actos que tienen por función revisar si la instrucción previa está completa -y en su caso completarla- y resolver sobre la procedencia de la apertura del Juicio oral en atención a la fundabilidad de la acusación.

La doctrina de la STC 186/1990 (reiterada en posteriores Sentencias del mismo Tribunal: STC (Sala 1ª) 21/1991, 31 enero; STC (Sala 1ª 22/1991, 31 enero; STC (Sala 2ª) 54/1991, 11 marzo; STC (Sala 2ª) 124/1991, 3 junio) ha influido decisivamente en la interpretación del régimen de esas dos funciones de la fase intermedia en el Proceso Abreviado. En cuanto a la primera, porque ha entendido que la exclusión del imputado de participar en los actos correspondientes (art. 790.2), no lesiona su derecho de defensa que ha podido ejercer plenamente en la etapa procesal anterior. En cuanto a la segunda, porque la eficacia que reconoce a la imputación judicial en la etapa de diligencias previas anticipa en parte y condiciona la definitiva resolución sobre apertura del Juicio oral.

B) **La resolución de proseguir el procedimiento abreviado. Contenido. Notificación. Régimen de su impugnación. Motivos de su impugnación por el imputado.**

La resolución de continuación del Procedimiento Abreviado (arts. 789.5.4ª y 790.1) es, en la interpretación sistemática patrocinada por la STC 186/1990, la última pieza del sistema de garantías de la efectividad de la defensa del imputado en la instrucción previa del Procedimiento Abreviado.

Después de que esta resolución adquiera firmeza, no será admisible ningún acto de defensa del imputado (alegaciones, proposición de diligencias de investigación) dirigido a obtener una resolución de sobreseimiento.

Por esa razón -es decir, para que, con anterioridad ese derecho de defensa haya sido respetado-, requiere el TC que, en la etapa de diligencias previas, se haya producido una imputación judicial, que legitima al sujeto pasivo para personarse con abogado e intervenir en el procedimiento mediante, entre otras cosas, la proposición de actos de investigación.

La relación de la resolución de continuación del procedimiento con esas garantías de la defensa, implica una serie de consecuencias que pasamos a considerar.

1º) Esta resolución implica la preclusión en ese procedimiento -por tanto, sin perjuicio de las que pueden producirse en otros- de toda posibilidad de nuevas imputaciones, en sentido subjetivo (imputar a no imputado) y objetivo (imputar por nuevos hechos: objeto de proceso no comprendidos en precedente imputación), y también, por consiguiente, de la admisibilidad de acusaciones contra no imputados o por hechos no imputados.

Aunque no veo obstáculo en que la imputación se realice de oficio -es decir, en atención a lo que resulta de la causa y no, además de eso, en respuesta a una imputación formulada por los acusadores personados-, no creo que esta resolución sea la adecuada para formular la imputación judicial por vez primera, porque el restablecimiento de las garantías de la defensa pasaría, en tal caso, necesariamente por estimar el recurso contra la resolución. Lo más correcto, desde el punto de vista de la economía procesal y de no obstaculizar el ejercicio de la defensa, es que la imputación judicial se produzca antes de dictarse esta resolución.

2ª) Según la S.TC 186/1990 (fundamento jurídico 8.º) esta resolución

«contiene un doble pronunciamiento: de una parte, la conclusión de la instrucción, y, de otra, la prosecución del Proceso Abreviado en otra fase por no concurrir ninguno de los supuestos que hacen imposible su continuación (los previstos en las reglas primera, segunda y tercera del mismo art. 789.5). En consecuencia, cuando el instructor adopta la decisión de seguir el proceso como Procedimiento Abreviado, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos».

Es dudoso si esto, prácticamente, debe instrumentarse mediante una determinación positiva en la resolución de las imputaciones subsistentes, mediante una determinación negativa (es decir, no subsiste la imputación -se decreta archivo u otra resolución procedente- contra cierta persona o por cierto hecho), o si no se traduce en un especial contenido de la resolución.

Lo ineludible seguirá siendo, en todo caso, la inadmisibilidad de una ulterior acusación contra no imputado o por hecho no imputado.

No obstante estimo más adecuado para la función que a esta resolución corresponde en el sistema de garantías, la realización de una determinación positiva de las imputaciones subsistentes. De ese modo se eliminará, en los casos en que precedentemente hubiera existido una pluralidad subjetiva u objetiva de imputaciones, la indefinición que pudiera existir (entre otras razones, porque la imputación judicial en este Proceso no está sujeta a la formalidad del Auto de Procesamiento) y se permitirá valorar con seguridad el interés de impugnar la resolución por los acusadores o los imputados según los casos.

3ª) La resolución deberá notificarse al MF, a los acusadores Personados y a los imputados, aunque no estén personados (S.T.C. 186/1990). No he de resaltar los problemas prácticos que, particularmente lo último, generará.

Si la notificación debe hacerse a todos los que en algún momento del procedimiento fueron imputados, se encuentra una razón más para defender que la resolución deba contener una determinación positiva de las imputaciones subsistentes: evitar los eventuales recursos de aquellos imputados cuya imputación no se confirme (GUTIÉRREZ GIL A.J., *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990*, p. 178).

4ª) En los recurso contra la resolución, los imputados pueden formular dos clases de peticiones con expectativas de lograr su estimación.

En primer lugar, que se dicte alguna de las resoluciones del artículo 789.5.1ª a 3ª, particularmente el sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de infracción penal o por no haber autor conocido. No puede, en cambio, pedir que se decrete el

sobreseimiento por cualquiera de las causas que legalmente lo justifican, porque, con ese alcance, sólo se resuelve en un momento posterior del proceso (art. 790.6).

Esta última limitación (contra lo que piensa CASTRO BOBILLO J.C., *La primera crisis constitucional*, p. 2) no deja desprotegido el derecho de defensa en la instrucción previa, siempre que se tenga en cuenta que también puede pedirse en el recurso, y éste ser estimado, por lo que inmediatamente diré. En efecto, aquel derecho de defensa no impone que pueda recurrirse el Auto de apertura -ésta sería la consecuencia de la opinión de aquel autor-, sino que pueda haber actividad defensiva respecto a todo lo relevante para la resolución de apertura del juicio o sobreseimiento.

En segundo lugar, que se revoque la resolución y, dentro de la etapa de diligencias previas, se practiquen actos de investigación propuestos y, a pesar de su pertinencia, indebidamente rechazados, o que ni siquiera se tuvo oportunidad de proponer por no haberse producido la imputación durante las previas, sino en esta misma resolución.

La causa de estimación de un recurso así fundamentado estaría en que la resolución de prosecución sólo puede dictarse cuando se hubieran practicado las diligencias de investigación admisibles (art. 789.5). En todo caso, la resolución que hubiera rechazado diligencias propuestas tendrá que haber sido oportunamente recurrida.

Las diligencias de investigación cuya omisión debe conducir a la estimación de este recurso, no son sólo aquellas relevantes para las resoluciones del artículo 789.5, sino las necesarias para resolver la apertura del Juicio oral o, alternativamente, el sobreseimiento (art. 789.4 *in fine*). En defecto de esta amplitud, la construcción del TC caería por su base, por no asegurar al imputado el derecho de defensa con una extensión correlativa a los pronunciamientos beneficiosos para él (sobreseimiento por todas sus causas legales) que tiene expectativa de obtener.

5ª) Los recursos de reforma y subsidiario de queja, que son los admisibles al imputado (art. 787.1 y 2) -los acusadores, si respecto a ellos concurre gravamen en estos supuestos, han de interponer apelación (art. 7890. 5. 4ª, II)-, deberían tener en este caso efecto suspensivo. El régimen legal de estos recursos no apoya esta conclusión, sino que la dificulta de múltiples formas (GUTIÉRREZ GIL, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990*, pp. 180-181; CASTRO BOBILLO, *La primera crisis constitucional*, p. 2). Pero si no se sostiene el efecto suspensivo, el restablecimiento del derecho de defensa en la instrucción previa exigirá una retrocesión en actuaciones que, probablemente, ya habrán llegado a Juicio oral. El daño a la economía procesal (o la dificultad de hecho de que, en esas condiciones, se estime el recurso) serán enormes.

C) La alternativa apertura del Juicio oral -sobreseimiento. «Ratio» de la ampliación de la oficialidad del sobreseimiento. Incidencia en esta materia de la STC 186/1990.

En el Proceso Ordinario Común, si todos los acusadores piden la apertura de juicio, la Audiencia sólo puede negarla si los hechos no son constitutivos de delito, lo que significa que no sean típicos (art. 645).

En el Proceso Abreviado, el Legislador nos sorprendió con la disposición de que, además de por tal causa, el juez de Instrucción, si «estimare que... no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado», «...acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641 de esta Ley».

La razón de ser de esta disposición es, a mi juicio, la siguiente.

En realidad, en el Proceso Ordinario Común las potestades del Órgano jurisdiccional para negar, de oficio, la apertura del juicio son más amplias que lo que resulta del artículo 645. Basta con negar el procesamiento de cierta persona -por el juez de Instrucción, o por la Audiencia, en el recurso- para que no pueda dirigirse acusación frente a ella. Con lo cual el control jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación -condicionante de su eficacia de provocar apertura del juicio frente a alguien- ya no se limita a enjuiciar la tipicidad de los hechos afirmados por los acusadores, sino que alcanza a valorar la probabilidad de esos hechos en su existencia objetiva, la probabilidad de la participación en los mismos de aquél a quien se quiere acusar, y, respecto a esa atribución subjetiva y sus consecuencias, a verificar que la responsabilidad penal no resulta evidentemente excluida.

Suprimido en el Proceso Abreviado el Auto de Procesamiento, mantener la limitación del sobreseimiento de oficio en los términos del artículo 645, hubiera supuesto dejar reducido a su mínima expresión al alcance del control jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación. Hubiera bastado -dejando ahora a un lado lo que deriva del artículo 789.5. 2ª y 3ª- con que el hecho fuera típico y hubiera una persona indicada como participe en su comisión, para que debiera abrirse juicio frente a ella.

El artículo 790.6 tiene por finalidad evitar esto e instaurar un control jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación tan amplio como permite la apreciación de todas las causas de sobreseimiento.

Cabría, sin embargo, entender que la doctrina de la STC 186/1990 ha acabado por privar de sentido a ese régimen. En efecto, si una imputación judicial en la etapa de diligencias previas va a ser presupuesto de la admisibilidad de una acusación dirigida por determinado hecho y frente a determinada persona, parece que la doble función de garantía ligada al procesamiento -posibilitar la defensa desde la instrucción (aunque, como ya advertimos, a este efecto había perdido la exclusiva desde la nueva redacción del artículo 118 en la reforma de 1978) y subordinar la admisibilidad de la acusación a la comprobación de la probabilidad de su fundamento fáctico y de que, en el aspecto jurídico, no carece evidentemente de justificación-, ha pasado a ser desempeñada por aquella imputación judicial, haciendo superflua la garantía que supone para el acusado la disposición del artículo 790.6.

Estimo que no. La doctrina de la STC 186/1990 -a pesar del argumento que apunta al final de su Fundamento jurídico 7º- responde más a la preocupación de

posibilitar la defensa, que a la de reforzar el control jurisdiccional de la fundabilidad de la acusación.

De entrada una cosa está fuera de duda: la resolución de prosecución del procedimiento sólo puede no mantener anteriores imputaciones hechas en las diligencias previas, si el hecho no constituye infracción penal (también puede modificar el título de la imputación de delito a falta) o si no hay autor conocido (en este aspecto subjetivo también excluye la imputación la minoría de dieciseis años) (art. 789.5.1ª a 3ª). No hay posibilidad, en este momento, de extinguir anteriores imputaciones por apreciación de cualquiera de las causas de sobreseimiento.

De esto puede extraerse criterio para resolver el difícil tema de qué es necesario y suficiente para que al juez haga una imputación (pedida por las partes acusadoras o, simplemente, derivada de los resultados de la investigación): hechos que no aparezcan evidentemente inexistentes, que sean típicos, y atribuibles, aún con un mínimo grado de probabilidad, a una persona mayor de dieciseis años.

Esto debe bastar para la imputación, en cuanto al efecto de posibilitar el ejercicio de derecho de defensa en la instrucción. La facilitación de mayor efectividad de este derecho es lo que, en definitiva, condujo a superar la exclusividad del Auto de Procesamiento en cuanto al efecto de permitir la personación como parte del sujeto pasivo.

Pero aquello no es suficiente para abrir el Juicio oral. El control jurisdiccional debe alcanzar a todos los presupuestos del sobreseimiento, de modo que el Juicio oral no debe abrirse, no sólo si los hechos no son típicos, sino tampoco si sobre tales hechos y su atribución subjetiva no permite la investigación formar un juicio de probabilidad suficiente, y si resulta evidente que, por cualquier causa, no hay responsabilidad penal en el imputado.

Este enjuiciamiento completo de la fundabilidad de la acusación sólo puede realizarse al dictar la resolución alternativa de apertura del juicio o de sobreseimiento. Por otra parte, también es este el momento en que puede verse plenamente realizada la expectativa del imputado de no ser sometido a Juicio oral. En este momento -y a pesar de que no es oído específicamente antes de dictarse la resolución- deberá encontrar respuesta plena la actividad defensiva desarrollada por el imputado en las diligencias previas. Hasta entonces sólo ha tenido expectativa de obtener las resoluciones del artículo 789.5.1ª a 3ª.

D) Fase intermedia y resolución de remisión para juicio oral inmediato.

En la consideración de lo dispuesto por el artículo 789.5.5ª se hace necesario distinguir unos efectos que, de modo inmediato, puede determinarse si se van a producir o no, y otros efectos cuya producción depende de que la expectativa implícita del Legislador de que el reconocimiento de hechos en las diligencias previas sea, en un trámite posterior del proceso, seguido de una conformidad del acusado. Tal vez esto último sea, para el Legislador, probable, previsible e incluso deseable. Pero es evidente que sólo ocurrirá si ocurre. Pero si no ocurre el problema será si el modo en que, con gran optimismo, el Legislador prefigura la continuación del proceso podrá o no mantenerse (Sobre el juicio oral inmediato véase FERNÁNDEZ ENTRALGO, I., *Justicia a cien por hora*, pp. 1049-1065).

1º) En cuanto a los primeros efectos, lo dispuesto en el artículo 789.5.5ª representa una Norma de simplificación del contenido de investigación de las diligencias previas.

El reconocimiento de los hechos por el imputado -con todas las garantías de que se rodea en la disposición- hace innecesario, en principio, profundizar en la investigación. Mi única duda, en cuanto a esto, es si los acusadores no oficiales, marginados de toda participación en ese reconocimiento, no podrían postular las diligencias de investigación que les admite el artículo 789.4, respecto al hecho reconocido o respecto a otros hechos que entiendan también cometidos.

El reconocimiento, en cambio, no excluye que deban completarse por el juez de Instrucción las actividades relativas a medidas cautelares.

Hecho el reconocimiento y formulada la petición de inmediata remisión al Juzgado de lo Penal por el Ministerio Fiscal y el imputado, el juez de Instrucción no está vinculado a acordar esa remisión («el de Instrucción *podrá*»), sino que, en una misma resolución, ha de resolver lo determinado en el artículo 789.5.4ª (por tanto, optar frente a las alternativas del art. 789.5.1ª a 3ª) y la apertura del Juicio oral (por tanto, optando frente a la posibilidad de sobreseimiento) y, además de todo ello, si estima que la competencia corresponde al Juzgado de lo Penal.

Lo que acabamos de decir revela que puede ser imprescindible para resolver el conocimiento de ciertos datos, que tal vez no venga dado por el reconocimiento de los hechos. Sin comprobarlos la resolución de inmediata remisión al Juzgado de lo Penal no podrá dictarse.

Concretamente esta resolución no se dictará:

-Si el hecho reconocido no es constitutivo de delito (no es típico).

-Si el hecho es constitutivo de falta.

-Si el responsable es menor de 16 años o la competencia corresponde a los Tribunales militares.

-Si la competencia no corresponde a los Juzgados de lo Penal.

-Si los imputados aparecen indudablemente exentos de responsabilidad penal.

Los supuestos más problemáticos a los efectos de extender también a los mismos la potestad no vinculada del juez, son los de que éste, no obstante el reconocimiento, no considere probable la existencia del hecho o su atribución subjetiva al imputado (es decir, las causas de sobreseimiento provisional). Entender que en estos casos el juez, sin más, puede no acordar la remisión inmediata, supondría negar de frente el efecto más específico perseguido por el Legislador con esta disposición.

Entiendo que esa actitud del juez sólo sería acorde con la Ley si actos de investigación ya practicados justificaran la duda.

2º) Entremos en los efectos dependientes de que al reconocimiento subsiga o no la conformidad del acusado.

Si el acusado presta conformidad a las acusaciones presentadas en el momento inicial del Juicio oral, no hay ningún obstáculo para que el proceso se desarrolle y llegue al final como está previsto en el artículo 789. 5.5ª.

Advertiré sólo dos cosas. Que no procediendo, en caso de conformidad, práctica de prueba, no veo la utilidad (CFGE 1/1989, p. 53) de que se propongan algunas pruebas practicables en el acto. Segundo: no tiene ninguna justificación vincular lo

dispuesto en el artículo 793.3, II sólo a los supuestos de conformidad con previo reconocimiento de los hechos en las diligencias previas (así GIMENO *La nueva regulación de la conformidad*, p. 980); el artículo 793.3, II funciona como una restricción a la Sentencia de «estricta conformidad» en todos los supuestos en que haya conformidad.

Si la conformidad no se da, sea porque el acusado no la preste, sea porque los acusadores presenten alguna acusación con la que al acusado no interese conformarse -lo que es más probable que ocurra respecto a la del acusador no oficial, marginado en el momento del reconocimiento-, se plantean principalmente dos problemas.

Primero. Si la prueba debe limitarse a la que resulta admisible en ese momento; es decir, dado que la vista ya se ha iniciado, a la que se proponga y pueda practicarse en el acto. Entiendo que la respuesta debe ser negativa: dado que no se ha confirmado la expectativa de la conformidad (que justificaba la no preparación de la actividad probatoria) hay que reintegrar a las partes en las posibilidades ordinarias de proposición y admisión de pruebas.

Segundo. Si el reconocimiento de hechos tendrá eficacia probatoria en el juicio. En definitiva sería un supuesto de aplicación del artículo 714, el de que, al ser interrogado el acusado, entrara en contradicción con la declaración que prestó en las diligencias previas.

E) Preclusión de la personación de acusadores no oficiales y actores civiles. Artículo 110, II y su interpretación sistemática con las normas del procedimiento abreviado. Sobre la procedencia del especial emplazamiento al ofendido en casos de petición de sobreseimiento del MF como acusador único.

Para el momento preclusivo de la admisibilidad de personaciones de acusadores no oficiales y actores civiles rige el artículo 110. II («si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito»), sistemáticamente interpretado con las Normas específicas del Abreviado.

Es necesario distinguir, a estos efectos, entre los supuestos de Juicio oral inmediato y los Procesos Abreviados con tramitación común.

En los primeros supuestos, la formulación de las acusaciones se sitúa al comienzo de la propia vista del Juicio oral (art. 789.5.5ª). En consecuencia la personación es admisible hasta ese momento y deberá producirse ante el Juzgado de lo Penal, si ya se ha decretado la apertura del juicio y se han remitido las actuaciones.

En el segundo supuesto, la peculiaridad en la aplicación del artículo 110, II, que implican las Normas específicas del Abreviado, deriva de la concentración en un sólo trámite de la solicitud de apertura del juicio y formulación de escrito de acusación y del carácter común para todos los acusadores del plazo correspondiente (art. 790.1). La consecuencia es que las personaciones son inadmisibles si se producen después de abierto ese plazo y aunque estuviera en curso.

Sin embargo, cabe plantear algunas situaciones especiales.

Si algún acusador, al amparo del artículo 790.2 pide práctica de diligencias complementarias y el Juzgado estima la petición, después de practicadas se abre de nuevo el plazo para formular acusación. Hasta que eso ocurra, las personaciones que se produzcan vuelven a ser admisibles.

Si el Ministerio Fiscal, como acusador único, pide el sobreseimiento es dudoso si el juez de Instrucción puede hacer el específico ofrecimiento al ofendido de la oportunidad de personarse, que contemplan los artículos 642 y 643. Las opiniones son divergentes, porque de las actuaciones previstas en los artículos 642 a 644, el artículo 790.4 sólo menciona expresamente la remisión de la causa al superior jerárquico del Fiscal. Sí, en atención a una mayor efectividad del derecho a la tutela, nos inclinamos por la procedencia de ese ofrecimiento, se reabre consiguientemente la posibilidad de personación.

En cambio, la eventual reapertura del trámite de acusación que deriva del artículo 790.6, II, no creo que pueda autorizar nuevamente la admisibilidad de personaciones, porque expresamente la limita la Ley a acusadores precedentemente personados.

III. ZONAS GRISES EN LA DELIMITACIÓN DE LAS COMPETENCIAS FUNCIONALES DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN Y DE LOS JUZGADOS DE LO PENAL-AUDIENCIAS PROVINCIALES.

A) Juicio oral en ausencia del acusado. Competencia para apreciar los presupuestos que lo hacen admisible. La desacumulación de procesos respecto a co-acusados.

Es frecuente el planteamiento de cuestiones de competencia negativas entre Juzgados de Instrucción y Juzgados de lo Penal respecto de las actuaciones que afectan a la admisibilidad de la celebración del Juicio oral en ausencia del acusado.

Los términos del planteamiento de estas cuestiones suelen ser los siguientes:

1º) Los Juzgados de lo Penal entienden que la notificación del Auto de apertura del juicio, con traslado del escrito de acusación y emplazamiento, en su caso, para designar abogado y procurador, deben hacerse personalmente al acusado. Si esto no resulta posible, por desconocerse el paradero de éste, procedería la declaración en rebeldía. En el domicilio o la persona designados (artículo 789.4) sólo podrían practicarse las citaciones a Juicio oral.

2º) Los Juzgados de Instrucción, en cambio, sostienen que, existiendo esa designación de domicilio y persona, y no excediendo las penas solicitadas de las que autorizan el juicio en ausencia, aquellas notificaciones y traslados pueden practicarse válidamente en tal domicilio o con tal persona, de modo que el proceso puede continuar, sin perjuicio de lo que el juez de lo Penal definitivamente resuelva acerca de la celebración del Juicio oral en ausencia.

A mi juicio, el criterio fundamental es el de que, si la Ley bajo ciertos presupuestos, ha querido autorizar al juicio en ausencia, no cabe sostener una interpretación que, dándose tales presupuestos, haga imposible ese efecto.

En concreto: si el juez de Instrucción, después de comprobados los presupuestos del juicio en ausencia que está en su mano comprobar (a saber: que la pena solicitada no excede de la prevista en el artículo 793.1.II y que, previas las debidas advertencias, fue hecha la designación de domicilio o persona para recibir notificaciones), tuviera el deber (contra lo que se deduce de artículo 791.4 *a contrario*) de iniciar procedimiento de llamamiento y busca, eventualmente conducente a declaración de rebeldía, por entenderse que la notificación del auto de apertura y el traslado de la acusación deben ser personales, quedaría cortada la posibilidad de que el Juzgado de lo Penal pudiera acordar en su momento la celebración de juicio en ausencia.

Si dejamos aparte razones espúreas que pueden también explicar las cuestiones negativas de competencia a las que nos hemos referido, cabría pensar que en su transcurso late una preocupación por la mayor efectividad de las garantías de la defensa, en el sentido de asegurarse de que el imputado conoce la acusación y la posibilidad de que el juicio se celebre en su ausencia.

La combinación de lo dispuesto por el artículo 789.4 y la doctrina de la STC 186/1990 puede ser útil en ese aspecto. Dado que la imputación judicial en las diligencias previas condicionará (subjctiva y objetivamente) la acusación admisible, lo relevante es que conste en las actuaciones que tal imputación ha sido notificada personalmente, y, en tal oportunidad, se ha informado del derecho a comparecer con abogado y se ha requerido la designación de domicilio, con advertencia de la posibilidad del juicio en ausencia. Es decir, la garantía se traslada al momento de constituir uno de los presupuestos del posible juicio en ausencia.

Aquellos problemas competenciales pueden también repercutir en las resoluciones sobre separación de procedimientos por ausencia-rebeldía de alguno de los varios acusados.

Si el juez de Instrucción debe declarar la rebeldía, porque no concurren los presupuestos por él comprobables para el juicio en ausencia, la resolución de separación de procedimientos le compete a él y ante él queda la causa suspendida respecto a los acusados rebeldes (art. 842).

Abierto el Juicio oral y remitida la causa al Juzgado de lo Penal, hay que distinguir dos situaciones. Si un acusado no comparece y se acuerda, por concurrir sus presupuestos, celebrar el juicio en su ausencia, el juicio continúa respecto a todos los acusados sin separación de procedimientos. Si no es procedente el juicio en ausencia, el juicio puede suspenderse hasta la declaración en rebeldía del ausente (que implicará, necesariamente, la separación de procedimientos y su continuación respecto a los presentes) o bien, si así lo estima el juez previa audiencia de las partes, continuar respecto a los acusados presentes, produciéndose entonces la separación de procedimientos sin esperar a la declaración en rebeldía (art. 746, II).

B) Diligencias complementarias de investigación, práctica anticipada de pruebas y preparación de la prueba admitida.

Nos encontramos con tres clases de actividades respecto a las que pueden surgir dudas prácticas -preanunciadas por imprecisiones terminológicas y conceptuales observables en la doctrina al uso- acerca de su atribución a los Juzgados de Instrucción o a los Órganos sentenciadores: las diligencias complementarias de investigación (art.

790.2), la prueba anticipada (arts. 790.5, III y 792. 1) y los actos preparatorios de la práctica de las pruebas (arts. 790.5, II y 792).

Puede contribuir a la evitación o reducción de esas dudas puntualizar debidamente la distinción teórica de estas tres actividades que, por lo demás, es muy clara:

1º) Las diligencias de investigación complementarias pueden ser solicitadas sólo por los acusadores y antes de la formulación de la acusación, precisamente por ser necesarias para conocer datos relevantes para la tipificación de los hechos en el escrito correspondiente. Compete acordarlas y practicarlas al Juzgado de Instrucción.

2º) La prueba anticipada es una parte de la prueba propuesta para el juicio, a practicar antes de la celebración del mismo porque, en otro caso, su práctica sería imposible. Puede solicitarse en los escritos de acusación y defensa. La competencia para resolver, tanto la admisión de la prueba correspondiente como la anticipación de su práctica, corresponde al Órgano sentenciador. También al mismo corresponde dirigir su práctica, salvo que se dieran los presupuestos para acudir al auxilio judicial.

3º) Los actos de preparación de la práctica de la prueba presuponen la proposición de ésta en los escritos de acusación y defensa y su admisión por el Órgano sentenciador, al que también corresponde la competencia para realizarlos, sin perjuicio, igualmente, de acudir, si procede, al auxilio judicial.

Desde un punto de vista teórico la única duda razonable puede plantearse respecto a la prueba anticipada, porque, en realidad, la previsión legal de la misma es doble: por un lado, si ya está abierto el Juicio oral, el presupuesto es que tal prueba no pueda practicarse en el mismo (en absoluto o por tener que provocar su suspensión); por otro lado, aún dentro de la instrucción, y ya por la sola razón de ser previsible que ciertas pruebas no podrán practicarse en el juicio, se dispone su práctica anticipada (arts. 448, 467 y concordantes). En los supuestos de la segunda clase la competencia corresponde al Juzgado de Instrucción.

C) Suspensión del juicio por necesidad de una sumaria instrucción complementaria y suspensión del juicio para aportación de nuevas pruebas en el caso del art. 793.7.

Otra oportunidad de divergencias en cuanto a la competencia funcional entre Juzgados de Instrucción y Juzgados de lo Penal-Audiencias Provinciales viene dada por las actividades que posibilitan el artículo 746. 6º LECRIM (con suspensión de la vista, y en determinados supuestos, aportación de nuevos elementos de prueba o realización de una sumaria instrucción complementaria) y el artículo 793.7 (con suspensión de la vista por un máximo de diez días, y en determinados supuestos de modificación de la acusación, aportación por la defensa de nuevos medios de prueba).

Del artículo 746.6º, ni la casuística jurisprudencia que lo aplica, ni la escasa doctrina dedicada a su estudio (monográficamente, con revisión de la bibliografía anterior, la obra de GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, Mª Isabel, *La suspensión del proceso penal por información suplementaria* Córdoba, 1987), han acertado a dar una interpretación suficientemente precisa.

En cuanto a los presupuestos de la actividad que ese precepto autoriza, subsiste la duda sobre si se limita a aquellos hechos nuevos -en absoluto considerados antes- que, sin ser sustentadores de un nuevo objeto procesal, son, en cambio, relevantes para la decisión de cualquiera de las cuestiones jurídicas incidentes en el juicio sobre la responsabilidad penal, o si también alcanza a aquellos hechos que constituyen, por su esencial diferencia con los hasta entonces considerados, un nuevo objeto procesal (conexo con el que se está enjuiciando, pues, caso contrario, no habría razón para tratarlo en el mismo procedimiento). La solución de esta duda debe condicionar el modo de reanudación del proceso: en el primer caso, basta la simple continuación del juicio o la nueva citación a Juicio oral; en el segundo, sería sin duda necesaria una nueva calificación provisional y, tal vez, también decidir la alternativa de sobreseimiento-apertura de juicio respecto al nuevo objeto.

Lo que sí parece claro es que ese precepto autoriza dos actividades diferentes: la simple proposición de nuevos medios de prueba y la realización de una instrucción previa complementaria para investigar ciertos hechos nuevos.

La procedencia de una o de otra de tales actividades debe, a mi juicio, venir condicionada por lo siguiente:

1º) Basta la primera actividad cuando los medios de prueba concretos cuyo objeto sean los hechos nuevos, son conocidos por las partes, de modo que resultan suficientes los actos de proposición, admisión, eventual preparación (citaciones, nombramiento de peritos, requerimiento de aportaciones documentales) y práctica.

2º) Es necesaria la segunda (instrucción previa complementaria) cuando, siendo conocidos los hechos nuevos, no se conocen, en cambio, las fuentes que servirán para probarlos y, por tanto, hay que investigarlas para la posterior proposición de los medios de prueba correspondientes.

La competencia funcional para realizar tales actividades, una vez acordada por el Órgano que conoce del Juicio oral su procedencia y la consiguiente suspensión, debe corresponder a Órganos diferentes:

1º) Si sólo se trata de la aportación de nuevos medios de prueba, la competencia corresponde al propio Tribunal del juicio, sin perjuicio de las normas que puedan entrar en juego en el caso de que, para la práctica, hubiera que acudir al auxilio judicial o de que debiera practicarse alguna prueba fuera de la vista, bajo la dirección del magistrado-ponente.

2º) Si se trata de ampliar la instrucción previa la competencia corresponde al Juez de Instrucción. Posteriormente, en cuanto a la admisión y práctica de los medios de prueba derivados de la investigación, al Tribunal del juicio.

El artículo 793.7 LECRIM origina, en sí mismo, menos dudas interpretativas.

En primer lugar, es claro que el acusado no va a reaccionar, con los nuevos medios de prueba cuya admisión autoriza el precepto, frente a un nuevo hecho constitutivo de un nuevo objeto procesal penal. El cambio de la tipificación penal -que es, entre los varios supuestos previstos por el precepto, lo que más se aproxima a la posibilidad de un nuevo objeto- debe entenderse referido a los mismo hechos (a hechos idénticos en esencia) enjuiciados desde el principio del juicio y se limita a considerar los elementos fácticos evidenciados por la prueba practicada que justifiquen una tipificación distinta a la sostenida en el escrito de acusación inicial.

En segundo lugar, el precepto sólo autoriza la proposición y práctica de nuevos medios de prueba, pero no la realización de una instrucción previa complementaria. La competencia funcional respecto a aquella actividad corresponde, en consecuencia, al Tribunal del juicio en todo caso. La única duda es si la defensa tendrá que encargarse, por sí sola, de aportar los medios de prueba correspondientes en el momento de la continuación de la vista (como en el supuesto del artículo 793.2: «...que se propongan para practicarse en el acto»), o si podrá contar con la cooperación del Órgano jurisdiccional para preparar la práctica de aquellos medios (en los términos del artículo 792, I, inciso último).

BIBLIOGRAFÍA

- Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989*, suplemento al Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, núm. 1522.
- MARCHENA, M., *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, con PORTERO, L., REIG, J.V., sin lugar de edición, 1989.
- ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, Madrid, 1990.
- VARELA CASTRO, L., *Investigación y preparación del juicio oral*, en “La reforma del proceso penal”, Madrid, 1990.
- GUTIÉRREZ GIL, A.J., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990, de 15 de noviembre, relativa al art. 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en *Actualidad Penal*, 1991, núm. 12.
- CASTRO BOBILLO, J.C., *La primera crisis constitucional del procedimiento abreviado*, en *La Ley*, núm. 2941, 18 febrero 1992.
- GIMENO SENDRA, V., *La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)*, en *La Ley*, 1990-III.
- GARCÍA DE LA PUERTA LÓPEZ, M.I., *La suspensión del proceso penal por información suplementaria*, Córdoba, 1987.

**JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL ART. 6 DEL CEDH EN
EL PROCESO PENAL
(LA DOCTRINA DE LA "NOCIÓN AUTÓNOMA DE MATERIA PENAL". DERECHOS A UN
TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL Y QUE LA CAUSA SEA OÍDA
EQUITATIVAMENTE. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA)^(*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A QUE LA CAUSA SEA OÍDA POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL QUE DECIDIRÁ SOBRE CUALQUIER ACUSACIÓN EN MATERIA PENAL DIRIGIDA CONTRA UNA PERSONA. A) Los requisitos del tribunal independiente. B) Los requisitos del tribunal imparcial. III. EL DERECHO A QUE LA CAUSA SEA OÍDA EQUITATIVAMENTE. A) Los supuestos de infracción global del derecho a que la causa sea oída equitativamente. B) Como matriz de otros derechos no específicamente reconocidos. IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA HASTA LA DECLARACIÓN LEGAL DE CULPABILIDAD. V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 6; EN ESPECIAL, LA NOCIÓN AUTÓNOMA DE "MATERIA PENAL" A EFECTOS DEL CONVENIO. A) Las consecuencias de la noción autónoma de "materia penal" sobre la preservación de la garantía jurisdiccional y de las garantías procesales. B) Las consecuencias de la noción autónoma de "materia penal" desde el punto de vista del Derecho español.

^(*) Publicado en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 175-213

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este trabajo es principalmente informativa y sistematizadora de una parte de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del Convenio.

Pero, aún dentro de ese modesto objetivo, debo reconocer que han influido limitaciones adicionales. La primera deriva de que la jurisprudencia sobre el art. 6 -como la de nuestro TC sobre el art. 24 CE- es la más abundante que genera el TEDH. Es difícil que una intención de estudio exhaustivo quede satisfecha, tanto más cuanto no sólo tiene interés el modo en que se juzga el caso concreto, sino también las argumentaciones *obiter dicta* que se formulan en las sentencias. La segunda razón tiene que ver con el retraso de publicación en nuestro país de las sentencias del TEDH. La Secretaría del TEDH ha tenido la amabilidad de remitirnos las sentencias dictadas a partir de marzo de 1990. En los apartados correspondientes del trabajo se hace la oportuna referencia a las mismas.

A la finalidad informativa acompañará también, en alguna medida, un planteamiento crítico, que, tal vez, quienes tengan un conocimiento más profundo sobre la labor de la jurisdicción europea de derechos humanos puedan considerar desenfocado.

Conviene, pues, explicarlo.

Soy consciente de que la jurisdicción europea de derechos humanos juzga con la medida del Convenio y proyecta su enjuiciamiento sobre actividades de Estados cuyos ordenamientos jurisdiccionales (orgánicos y procesales) tal vez coinciden en lo fundamental, pero en otros elementos también importantes son muy diversos. Quien tenga inclinación a analizar los casos que se someten al TEDH, y las soluciones que éste da a los mismos, desde los criterios de nuestro Derecho interno, principalmente -habida cuenta de la materia- desde los que fija nuestra norma constitucional, puede quedar sorprendido ante ciertas sentencias.

Esa impresión ciertamente no está justificada si se comprende bien la labor que el TEDH tiene encomendada.

Pero tampoco es de recibo la actitud en cierto modo contraria. Es decir, la tendencia a conformarse, a la hora de valorar la legitimidad, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, de ciertas regulaciones y prácticas de Derecho interno, con las pautas que ofrece el CEDH y la jurisprudencia que lo concreta.

MORENILLA (*Garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en Poder Judicial, nº especial II, pág. 193) recuerda oportunamente una cita de LINDE en el sentido de que la jurisprudencia del TEDH supone:

«un estándar mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación española y la jurisprudencia de nuestros tribunales»,

y también el art. 60 CEDH según el cual:

«ninguna de las disposiciones de este Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier Convenio en que ésta sea Parte».

Es necesario, pues, precaverse frente a aquella tendencia a la que aludí poco antes, porque puede conducir a una lógica de reducción del estándar de reconocimiento y garantías de los derechos fundamentales en nuestro Derecho interno.

II. EL DERECHO A QUE LA CAUSA SEA OÍDA POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE E IMPARCIAL QUE DECIDIRÁ SOBRE CUALQUIER ACUSACIÓN EN MATERIA PENAL DIRIGIDA CONTRA UNA PERSONA

El art. 6.1 primer inciso del CEDH establece, una vez separados otros derechos que igualmente se reconocen en la compleja redacción de esta primera parte de la disposición, la garantía jurisdiccional en materia penal. La aplicación de la ley penal, la decisión sobre una acusación en materia penal corresponde a un órgano jurisdiccional.

Esa garantía consiste, estrictamente, en que la potestad de resolución venga atribuida a un órgano en que concurren ciertas cualidades específicas. Otra cosa es que, además de esa especificidad del órgano, se reconozcan también derechos en cuanto al modo en que ese órgano ha de actuar. Esa sería la que podemos denominar garantía procesal, integrada por un conjunto de derechos reconocidos en el apartado 1 y en los otros dos del propio art. 6. Ambas garantías están interrelacionadas, pero pueden distinguirse e incluso cabe la infracción autónoma de cada una de ellas.

Centrándonos ahora en la garantía jurisdiccional, las primeras determinaciones en la jurisprudencia del TEDH acerca de lo que debe entenderse por tribunal aparecen como insatisfactorias, porque expresan un concepto meramente funcional de tribunal.

Así, en el FJ 76 de la sentencia 28 de junio de 1984 (asunto CAMPBELL y FELL), puede leerse lo siguiente:

«En este caso, no se discute que un Comité de inspectores, cuando ejercita sus facultades litigiosas, es un "tribunal establecido por la ley". El Derecho inglés aplicable le concede, sin duda, facultades para tomar resoluciones con fuerza de obligar en el ámbito de que se trata, y esta función es judicial como lo demuestra la jurisprudencia en el caso "St. Germain".... Además, el art. 6.1 al utilizar la palabra "tribunal" no se refiere necesariamente a un órgano de tipo clásico, formando parte de la organización judicial ordinaria del país».

Y, de modo similar, en el FJ 64 de la sentencia 29 abril de 1988 (asunto BELILOS) se indica:

«Según la jurisprudencia de] tribunal, un "tribunal" se caracteriza, en el sentido de fondo del término, por su función judicial: resolver, conforme a las reglas del Derecho y después de un procedimiento reglado, cualquier cuestión que dependa de su competencia».

Realmente si hubiera que limitarse a estas constataciones, la garantía jurisdiccional quedaría prácticamente anulada, porque cada Estado sería libre para configurar el régimen del órgano al que atribuya la función judicial, la potestad jurisdiccional, en materia penal.

Ese riesgo, sin embargo, no existe porque el Convenio impone, a continuación, que ese órgano al que se encomiendan funciones judiciales reúna *los* requisitos de independiente e imparcial.

Pasemos a considerar como se conciben estos dos requisitos en la jurisprudencia del TEDH.

A) Los requisitos del tribunal independiente.

El requisito de la independencia del tribunal es, sin duda, el básico para determinar si éste, en el aspecto orgánico, reúne las cualidades necesarias para ser considerado órgano jurisdiccional.

El TEDH parte, para verificar su concurrencia, de una serie de criterios que, aunque expuestos de un modo asistemático, son, de entrada, aceptables.

Los compendia, por ejemplo-, el FJ 78 de la sentencia 28 de junio de 1984 (asunto CAMPBELL y FELL):

«Para determinar si puede considerarse independiente a un órgano -especialmente en relación al ejecutivo y a las partes (véase, entre otras, la sentencia de junio de 1981, serie A, núm. 43, pp. 24-55)-, el tribunal ha tenido en cuenta el modo de designación y la duración del mandato de los miembros (ibídem, páginas 24-25, apartado 57), la existencia de garantías contra las presiones exteriores (sentencia en el caso PIERSACK de 1 de octubre de 1982, serie A, núm. 53, página 13, apartado 27), y sobre si hay o no apariencia de independencia (sentencia en el caso DELCOURT de 17 de enero de 1970, serie A, núm. 11, pp. 17-3 1)».

Puede, en cambio, resultar sorprendente el modo en que el TEDH llega a ciertas conclusiones a la hora de verificar la aplicación al caso de esos criterios.

En la sentencia 28 de junio de 1984 (asunto CAMPBELL y FELL) se constata que:

«Sus miembros (los del Comité de inspectores) se nombran por el Ministro del Interior pero de ello no se deduce que dependan del Ejecutivo, a pesar de que éste "puede dar consignas a los Comités sobre el ejercicio de sus funciones" pero "no puede dirigirles instrucciones en el ámbito de sus facultades contenciosas".

La comprobación del requisito de la inamovilidad se hace con considerable laxitud: El nombramiento se hace por tres años o por un período más corto que fija el Ministro... La duración es relativamente breve, ciertamente, pero se explica por una razón comprensible: como los miembros de este órgano no perciben ninguna remuneración, podría ser difícil encontrar personas deseosas y capaces de desempeñar durante el lapso más largo las tareas... El tribunal señala que en el Reglamento de Prisiones no figura ningún precepto sobre la destitución de los miembros de los Comités, ni ninguna garantía de su inamovilidad. Parece ser que el Ministro del Interior puede pedir a cualquiera de ellos que dimita, pero sólo en circunstancias excepcionales... En términos generales, se debe considerar la inamovilidad de los jueces durante el período de desempeño de su cargo, como un corolario de su independencia y, por consiguiente, como una de las exigencias del art. 6.1. Sin embargo, la circunstancia de que no se reconozca expresamente en Derecho no implica por sí sola la falta de independencia..."

Por fin el TEDH niega que en el caso concreto la independencia de estos Comités se ponga en peligro por el estrecho contacto de sus miembros con la Administración penitenciaria, respecto a la que asumen también funciones. de fiscalización: "No se cumpliría la exigencia del art. 6 si los presos pudieran razonablemente creer que el Comité depende de las autoridades debido a la frecuencia de sus relaciones con ellas..., pero, en opinión del tribunal, estas relaciones que se establecen también con los presos, por sí solas no justifican una impresión así"».

En la sentencia 29 de abril de 1988 (asunto BELILOS) la comprobación de algunos criterios se funda sobre unas bases más seguras en comparación con el caso anterior

«El mencionado miembro, un Letrado de la Dirección de Policía, tiene la condición de funcionario de la Administración local, pero actúa por sí solo, no está subordinado en el ejercicio de sus funciones, y su juramento es distinto del de los policías, aunque no se incluya en su texto la exigencia de independencia. En principio, es inamovible durante los cuatro años de desempeño de su cargo».

Pero, a pesar de ello, la constatación de que el miembro de la Junta de Policía puede, en el futuro, desempeñar funciones en la estructura administrativa policial, inclina al TEDH a entender que carece de independencia:

«El miembro de la Junta es un funcionario superior, procedente de la Dirección de Policía y que puede desempeñar en ella en el futuro otras tareas. Los justiciables se inclinarán a verle como un miembro del Cuerpo de Policía, subordinado a sus superiores jerárquicos y compenetrado con sus compañeros. Una situación así puede quebrantar la confianza que los órganos jurisdiccionales deben inspirar en una sociedad democrática».

Desde una apreciación crítica de la jurisprudencia del TEDH estimo que sería conveniente partir, para la comprobación del requisito de la independencia, de la distinción entre las normas configuradoras de la independencia y las normas que establecen garantías para la misma.

Las primeras son aquéllas que, más allá de la simple declaración de que los jueces, en el ejercicio de su específica potestad, son independientes, determinan que el juez, en el ejercicio de esta potestad, no está sometido a instrucciones, órdenes o reglas distintas a la ley y al Derecho y, específicamente, contrarias a esas únicas reglas de su juicio que él debe aplicar, autónomamente, al caso concreto. Y ello cualquiera sea el órgano estatal del que esos mandatos puedan provenir.

Ahora bien, esas normas, si bien constituyen el contenido jurídico esencial de la independencia del juez, no son suficientes para una realización de la misma de modo tendencialmente pleno. Junto a las posibles técnicas aparentemente jurídicas orientadas directamente a anular la libertad de actuación y decisión del juez de acuerdo con lo que, a su juicio, dispone la ley, existen una serie de situaciones, de presiones -que ya no es necesario que tengan su origen en órganos que puedan formalmente emanar mandatos jurídicos- que, a través de su influencia sobre la persona del juez, pueden tener la virtud de desviar la objetividad de su juicio. Los efectos nocivos de esas situaciones y presiones no pueden neutralizarse jurídicamente de un modo absoluto y directo. Lo que sí cabe es situar al juez, con determinadas técnicas jurídicas, fuera del área de influencia de dichas presiones, de tal modo que pueda adoptar la actitud personal que el ordenamiento exige de él, sin que ello tenga que adquirir matices de heroísmo. Las normas que establecen esas técnicas son las normas de garantía de la independencia.

Esta distinción permite establecer una importante consecuencia. Así como las normas que configuran la independencia judicial tienen un valor absoluto para la existencia de la misma, las que establecen las garantías tienen un valor relativo.

El contexto social y político en el que el juez se desenvuelve es cambiante históricamente y de Estado en Estado, de modo que las presiones que amenazan a la independencia en su efectividad son distintas, y correlativamente distintas pueden ser también las técnicas de garantía, en cada momento histórico y en cada Estado.

La repercusión de esta distinción en la labor del TEDH debería ser:

1. La existencia de normas configuradoras de la independencia judicial en el régimen del órgano estatal cuya actuación se considera, debería verificarse estrictamente por el TEDH.

2. En cuanto a las normas de garantía de la independencia, la duda que planteo es la de si el TEDH debería comprobar, en todo caso, que, como mínimo, se ha respetado el estándar nacional de garantías de la independencia, para comprobar, en un segundo momento, si ese estándar se ajusta a un modelo más genérico de garantías de la independencia -que habrá de diseñar la jurisprudencia del tribunal, porque el Convenio no lo hace-, o si debe limitarse a contrastar directamente las garantías de la independencia que aparecen cumplidas en el caso que se le somete con el segundo modelo al que se acaba de hacer referencia.

B) Los requisitos del tribunal imparcial.

El TEDH ofrece en sentencia de 1 de octubre de 1982 (asunto PIERSACK) una definición de imparcialidad que, en verdad, no es muy ilustrativa: es la ausencia de prejuicios o parcialidades".

Mas significativamente cabría decir que la parcialidad se sustenta en algún tipo de relación del juez de un proceso concreto con el objeto o con las partes del mismo, en virtud de la cual existe o puede existir la inclinación de ese juez hacia una solución determinada del caso.

Es tradicional en la jurisprudencia del TEDH la distinción de dos modos de apreciación de la imparcialidad que corresponden a dos diversas manifestaciones de esa exigencia (sentencia 1 de octubre de 1982, asunto PIERSACK, FJ 30; 26 de octubre de 1984, asunto DE CUBBER; 24 de mayo de 1989, asunto HAUSCHILDT, FJ 46).

Por una parte, la parcialidad-imparcialidad existe concretamente en la subjetividad del juez de un proceso concreto y, partiendo de la base de que la parcialidad no se presume, podría probarse que, en concreto, el juez tiene postura tomada en cuanto a la sentencia del proceso de que se trate.

Por otra parte la imparcialidad debe apreciarse de un modo objetivo, que prescinda de la subjetividad del juez respecto al caso concreto. Como dice el FJ 48 de la sentencia 24 de mayo de 1989 (asunto HAUSCHILDT) ese criterio objetivo:

«Consiste... en averiguar si, con independencia de la conducta personal del juez, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda su imparcialidad. A este respecto, incluso las apariencias pueden ser importantes. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos y, sobre todo, en cuestiones penales a los acusados. Por consiguiente, cualquier juez de quien se pueda temer legítimamente la falta de imparcialidad debe ser recusado... De lo dicho se deduce que, para resolver si en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo... Lo que sí será decisivo es que sus temores estén objetivamente justificados».

La primera apreciación de la falta de imparcialidad es difícil que tenga éxito, porque requiere la prueba de un factor interno o espiritual como es el de un determinado pre-juicio del juez respecto del caso.

La segunda apreciación ha sido, en cambio, realizada por el TEDH en varios casos significativos.

La sentencia de 1 de octubre de 1982 (asunto PIERSACK) considera el caso de un miembro del Ministerio Fiscal que, trasladado a la judicatura, preside el tribunal que juzga una causa de la que se había ocupado la unidad de la Fiscalía en la que aquel miembro estuvo integrado:

«El señor VAN DE WALLE había dirigido la sección B del departamento del Ministerio Público en Bruselas, responsable de la investigación dirigida contra el señor PIERSACK. Como superior jerárquico de los adjuntos encargados del caso, señora DEL CARRIL y después señor DE NAUW, podía haber revisado cualquier escrito que debiera presentarse a los tribunales, discutido con ellos sobre la orientación que debía darse al caso, así como asesorarles sobre cuestiones jurídicas... De otra parte, la información obtenida por la Comisión y por el tribunal... tiende a confirmar que el señor VAN DE WALLE jugó efectivamente un cierto papel en el procedimiento.

En cualquier caso, importa poco saber si, como cree el Gobierno, el señor PIERSACK ignoró estos hechos en aquel momento. Como tampoco es necesario tratar de medir la extensión precisa del papel jugado por el señor VAN DE WALLE, realizando otras investigaciones en orden a determinar, por ejemplo, si discutió el caso particular con la señora DEL CARRIL y con el señor DE NAUW. Es suficiente constatar que la imparcialidad del tribunal al que incumbía decidir sobre el fondo de la acusación podía ser sometida a duda».

Del tema, en un caso en que el juez que se integró en el tribunal que había de juzgar la causa había sido, con anterioridad, instructor de la misma causa, se ocupa la sentencia de 26 de octubre de 1984 (asunto DE CUBBER) en la cual se constata:

«En primer lugar, el contraste entre magistrado del Ministerio Fiscal y magistrado instructor se revela menos evidente que a primera vista si se examinan de cerca los textos legales... A esto se añade los amplios poderes de los que dispone como magistrado instructor, habilitado para "todo lo que no le está prohibido por la ley, ni sea incompatible con la dignidad de sus funciones"... El tribunal dispone de escasas notificaciones sobre las medidas adoptadas por el señor PILATE, salvo en lo que concierne a la orden de detención contra el demandante de 5 de abril de 1977, pero éstas han debido alcanzar una amplitud considerable si se juzga por la complejidad del caso y la duración de la instrucción preparatoria...

Pero hay más. Esta última, de tipo inquisitorial, reviste en el Derecho belga un carácter secreto y no contradictorio, lo que le distingue de la instrucción dirigida a la audiencia de la jurisdicción que debe emitir el fallo... Se comprende así que un inculpado pueda inquietarse si encuentra, en el seno del tribunal llamado a decidir sobre la fundamentación de la acusación, al magistrado que le había puesto en situación de detención preventiva y le había interrogado frecuentemente durante la instrucción preparatoria, estando sus preguntas dictadas por la preocupación de descubrir la verdad.

Además, tal magistrado, a diferencia de sus colegas, conocía ya de forma particularmente profunda, bastante antes de las audiencias y gracias a los diversos medios de investigación que había utilizado durante la instrucción, el o los informes -a menudo voluminosos— constituidos por sus trabajos.

También se comprende que pueda, a los ojos del interesado, aparecer ocupando una situación que le permita desempeñar un papel capital en la jurisdicción que debe pronunciar el

fallo, habiéndose formado por anticipado una opinión que pueda pesar en el ánimo del tribunal a la hora de la decisión».

Todo lo cual le lleva a concluir que, en el sentido objetivo más arriba expuesto, faltaba imparcialidad en el tribunal.

Pero, en un modelo de instrucción previa distinto al que originó el caso anterior, también pueden darse situaciones que excluyan en un sentido objetivo la imparcialidad. Aquel caso surge de un régimen de instrucción previa judicial, el asunto HAUSCHILDT se produce en uno de instrucción previa realizada por la policía y por el Ministerio Fiscal, pero en la que se reservan a los jueces determinadas resoluciones.

La sentencia de 24 de mayo de 1989 (asunto HAUSCHILDT) -se remite a esta jurisprudencia la sentencia de 16 de diciembre de 1992 (asunto SAINTE MARIE)- empieza por apuntar argumentos que excluirían la falta de imparcialidad:

«Como resulta de los arts. 742 y 743 de la ley... la investigación o instrucción y las actuaciones dependen exclusivamente en Dinamarca de la policía y del Ministerio Fiscal. Las funciones judiciales cuyo ejercicio ha suscitado los temores del (ahora) demandante, y que se refieren al período anterior al juicio, son las de un juez independiente al que no corresponde prepararlo ni resolver si ha de juzgarse el acusado... Así sucedió con las resoluciones a que se refiere el señor HAUSCHILDT, incluidas las de la prolongación de su prisión provisional o de su incomunicación. Todas se dictaron a petición de la policía, petición que el afectado, con la asistencia de su abogado, impugnó o pudo impugnar... En estas cuestiones, por lo general, las audiencias son públicas. La verdad es que el caso de autos se diferencia de los llamados PIERSACK, DE CUBBER, ya citados antes, y BEN YAACOUB... por la índole de las tareas desempeñadas por los jueces antes de intervenir en el juicio.

Además, las cuestiones que un juez tiene que resolver antes del proceso propiamente dicho no son las mismas a que se refiere el fallo definitivo. Cuando se pronuncia sobre la prisión provisional o sobre otros problemas de esta clase en la fase previa, aprecia sumariamente los datos disponibles para determinar si a primera vista, las sospechas de la policía tiene algún fundamento; cuando dicta la sentencia al final del juicio, tiene que averiguar si las pruebas practicadas y discutidas en él son suficientes para justificar la condena. No se pueden equiparar las sospechas con una declaración formal de culpabilidad... En opinión del tribunal, el mero hecho de que un juez de primera instancia o de apelación, en un sistema judicial como el danés, haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad».

Sin embargo a continuación comprueba que la disposición legal en la que se basaron las prórrogas de la prisión provisional exigía del juez un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad del acusado particularmente intenso:

«Un juez, para aplicar el art. 762.2, debe inter alia, asegurarse de que hay "sospechas confirmadas" de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa. Según las explicaciones oficiales, quiere decir esto que debe estar convencido de que es "muy clara" la culpabilidad... De esta manera, la diferencia entre la cuestión que hay que resolver para aplicar dicho artículo y la que es objeto del juicio se convierte, en tal supuesto, en muy pequeña. Por consiguiente, entiende el tribunal que, en las circunstancias que concurren en este caso, la imparcialidad de -los tribunales competentes suscitaba dudas y que los temores del señor HAUSCHILDT, a este respecto, pueden considerarse objetivamente justificados».

Ya se deduce de los razonamientos de las sentencias hasta ahora consideradas que no cualquier intervención del juez respecto al asunto que, con posterioridad, se somete a su potestad jurisdiccional en un proceso penal, es suficiente para determinar

objetivamente su falta de imparcialidad. En la sentencia de 24 de noviembre de 1986 (asunto GILLOW) se consideran, para negarles esa consecuencia, otros modos de intervención como el de haber conocido de un asunto judicial conexo, haber dictado resoluciones de dirección procesal en otro proceso penal conexo, o haber podido conocer del asunto en vía administrativa desde el anterior destino del funcionario que, después, llega a ser magistrado:

«El tribunal observa, ante todo, que si bien las dos apelaciones de las que conoció la Royal Court tenían un núcleo común, se referían a dos personas y a dos cuestiones distintas: un litigio civil, sobre la denegación de autorizaciones a la señora de GILLOW por el Servicio de la Vivienda, y unas actuaciones penales contra el señor GILLOW por ocupación "legal de Whiteknights". Ciertamente, con una excepción, los miembros de la Royal Court que fallaron el primer asunto conocieron también del segundo, pero esto, en sí mismo, no basta para dudar justificadamente de la imparcialidad de dicho tribunal. Es frecuente, en los Estados que han suscrito el Convenio, que los tribunales superiores conozcan sucesivamente de casos análogos o relacionados entre sí.

Quedan las alegaciones de parcialidad formuladas por los demandantes contra dos miembros de la Royal Court: el que conoció, como "Magistrate", del proceso penal que se intentó contra la señora de GILLOW y el que había sido Presidente del Servicio de la Vivienda. La única resolución que tomo el primero, como "Magistrate", fue la de suspender, al final sine die, la vista de las acusaciones formuladas contra la señora de GILLOW. En cuanto al antiguo Presidente del Servicio de la Vivienda, las pruebas aportadas ante el tribunal no demuestran que, en algún momento, haya intervenido, directa o indirectamente, en el asunto de los demandantes».

La sentencia de 23 de mayo de 1991 (asunto OBERSCHFICK) estima que carece de imparcialidad un tribunal que conoce de la segunda instancia presidido por un magistrado que formó parte del tribunal que juzgo en primera instancia.

Auténticos casos límite de carencia de imparcialidad en sentido objetivo eran, o hubieran podido ser, los contemplados en la sentencia de 27 de agosto de 1991 y en la sentencia de 25 de junio de 1992.

La primera, dictada en el asunto DEMICOTI, declara que se da esa carencia en un parlamento actuando para castigar ofensas a algunos miembros del mismo, presuntamente causadas en un artículo periodístico, y formando parte del parlamento los propios diputados que, ofendidos, formularon la denuncia.

La segunda, dictada en el asunto THARGEIR THORGEIRSON, considera que la ausencia del Ministerio Fiscal en la audiencia hubiera implicado pérdida de la imparcialidad en sentido objetivo, si se hubiera tratado el fondo del asunto, porque podría entenderse que, en tales condiciones el órgano jurisdiccional está asumiendo la posición del Ministerio Fiscal.

III. EL DERECHO A QUE LA CAUSA SEA OÍDA EQUITATIVAMENTE

El derecho que se reconoce en el primer inciso del art. 6.1 CEDH expresa, del modo más genérico, la garantía procesal que debe rodear la actuación de la ley penal; que la causa sea oída por el tribunal equitativamente.

No basta con la garantía jurisdiccional (orgánica) sino que se establecen derechos relativos al modo en que debe actuarse para el tratamiento y la resolución sobre la causa penal.

El derecho genérico a la audiencia equitativa de la causa coexiste, en el art. 6, con otros derechos específicos, cuyos objetos se incardinan también en el modo de tratamiento y resolución de la causa penal.

¿Qué relación existe entre aquél y estos?

De la respuesta que da la jurisprudencia del TEDH puede servir como ejemplo el FJ 26 de la sentencia 12 de febrero de 1985 (asunto COLOZZA):

«Durante los debates ante el tribunal, el abogado del requirente ha alegado la violación del párrafo 3.a) del art. 6. La Comisión, por su parte, considera el caso a la *luz* del párrafo 1; en cuanto al Gobierno, éste se defiende de toda posible infracción. El tribunal recuerda que las garantías del párrafo 3 del art. 6 constituyen aspectos de la noción general de proceso justo... En las circunstancias de la causa, teniendo en cuenta también las citadas garantías, estima que debe examinar la queja bajo la perspectiva del párrafo 1 ».

Y también el FJ 56 de la sentencia 27 de febrero de 1980 (asunto DEWER):

«La presunción de inocencia que consagra el párrafo 2 y los diversos derechos que el párrafo 3 enumera en términos no exhaustivos ("notamment" "minimous rights") constituyen elementos, entre otros, de la noción de proceso justo en materia penal».

Dado que ésta sea la relación, hay que plantearse en qué supuestos la cláusula general del derecho a la audiencia equitativa de la causa desarrolla una funcionalidad por sí misma, con separación de los diversos derechos específicos que constituyen elementos -pero no los únicos- de aquel derecho genérico.

El estudio de la jurisprudencia del TEDH permite concluir que tales supuestos son básicamente dos: aquellos en que se halla en cuestión una infracción global de ese derecho y aquellos en los que de tal derecho genérico se deduce, o se pretende deducir por los postulantes ante el TEDH, algún derecho o garantía específicos que no están expresamente reconocidos en el Convenio.

A) Los supuestos de infracción global del derecho a que la causa sea oída equitativamente.

En algunos casos se plantean ante el TEDH infracciones de varios derechos procesales específicos reconocidos en el art. 6, alegándose al mismo tiempo por alguna de las partes que aquéllas suponen también infracción del derecho genérico reconocido en el primer inciso del art. 6. 1.

Ante tales planteamientos el TEDH, sin marginar el análisis de las infracciones denunciadas de los derechos específicos, hace pasar a un primer plano la infracción del derecho genérico a que la causa sea oída equitativamente, si lo que destaca en el caso es una violación global de los derechos procesales del art. 6 o de gran parte de los mismos.

Esa violación global puede presentarse de dos formas que pasamos a considerar.

a) Si se ha producido una indebida privación del acceso o la participación en un proceso justo.

Esta primera clase de violación global puede ejemplificarse con las sentencias de los asuntos COLOZZA y DEWER.

La sentencia de 12 de febrero de 1985 (asunto COLOZZA) se ocupó de un caso en el que el imputado en un proceso penal ante tribunales italianos fue notificado por los procedimientos establecidos para personas en ignorado paradero y se siguió frente a él el proceso en rebeldía.

El TEDH constata, en el FJ 27, que:

«Aunque no mencionada en los términos expresos del párrafo 1 del art. 6, la facultad para el acusado de tomar parte en la audiencia se desprende del objeto y del fin del artículo en su conjunto. Por lo demás, los apartados c) d) y e) del párrafo 3 reconocen a "todo acusado" el derecho a "defenderse por sí mismo", "interrogar o hacer interrogar a los testigos" y "hacerse asistir gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia", lo que no se concibe apenas sin su presencia».

Aunque sería posible considerar si y en qué condiciones un acusado puede renunciar a estar presente, el TEDH no entiende necesario hacerlo en este caso (FJ 28). Me inclino más bien por pensar que el TEDH se lo plantea en realidad, llegando a la conclusión de que no se ha producido esa renuncia y, por tanto, que se ha violado el derecho a que la causa sea oída equitativamente.

En efecto:

«... según jurisprudencia constante, la renuncia al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio debe encontrarse establecido de manera inequívoca.

Ahora bien, no se trata aquí de un inculpado a quien se ha dirigido una notificación personal y que, después de haber tenido de este modo conocimiento de los motivos de la acusación, renuncia expresamente a comparecer y defenderse. Las autoridades italianas han inferido tal renuncia de la cualidad de "latitante" que otorgaban al señor COLOZZA, basándose en una simple presunción ...

En opinión del tribunal, esta presunción no está suficientemente basada. No se deduce del examen de los hechos que el requirente haya tenido noticia de la apertura de diligencias contra él. Estaba, sin más, considerado al corriente, gracias a las notificaciones depositadas en la secretaria del juez de instrucción y después en la del tribunal. Además, las investigaciones realizadas para encontrarle fueron inadecuadas...

En conclusión, de los documentos de que ha dispuesto el tribunal no se desprende que el señor COLOZZA haya renunciado a comparecer y a defenderse, ni que haya tenido la intención de sustraerse a la justicia. El tribunal no tiene, pues, que determinar si un acusado que ha eludido verdaderamente a la justicia pierde al mismo tiempo el beneficio de los derechos en cuestión».

Se completa el razonamiento para considerar producida la infracción con consideraciones sobre los recursos que el ordenamiento debe poner a disposición de un condenado en rebeldía:

«... es preciso que los recursos ofrecidos por el derecho interno se manifiesten efectivos y que no sea de la incumbencia del "acusado" probar que no pretendía eludir la acción de la justicia, ni que su ausencia se justificaba por un caso de fuerza mayor.

Según la jurisprudencia italiana, el requirente podía interponer una "apelación fuera de plazo", lo que efectivamente hizo...

Esta vía de recurso no satisface los criterios enunciados anteriormente. La jurisdicción competente no puede resolver sobre la "fundamentación de la acusación" en los hechos y en Derecho más que si constata la inobservancia, por parte de las autoridades competentes, de las reglas que han de seguirse para declarar al acusado latitante o para notificarle las piezas del procedimiento; además, incumbe al interesado demostrar que no pretendía sustraerse a la justicia... En el presente caso, ni el tribunal de Apelación ni el tribunal de Casación han reparado la violación alegada; el primero se ha limitado a estimar el recurso inadmisibles y el segundo ha concluido en la legitimidad de la declaración de latitanza».

La sentencia de 27 de febrero 1980 (asunto DEWER) se ocupa de una modalidad distinta de pretendida renuncia del acusado a su derecho al proceso, que el TEDH tampoco acepta que sea conforme con el Convenio.

En el caso el Sr. DEWER había aceptado una multa transaccional por determinada infracción; con lo cual quedaba excluida la prosecución del proceso penal. Pero la alternativa de la no aceptación hubiera sido la inmediata efectividad de una orden de cierre de la empresa a resultas de lo que se resolviera en el proceso penal. La aplicación de esta orden hubiera tenido para el interesado graves consecuencias.

El TEDH no afirma de modo absoluto que las transacciones que eviten la continuación de un proceso penal sean contrarias al Convenio. Sostiene, en cambio, que "entre las condiciones a satisfacer figura en todo caso la ausencia de amenaza" (FJ 49) y pasa a continuación a examinar en qué consistía la amenaza:

«El tribunal constata que si la perspectiva de comparecer ante el juez es seguramente de tal naturaleza que incite a muchos "acusados" a mostrarse acomodaticios, la presión que crea sobre ellos no tiene nada de incompatible con el Convenio...

En resumen, el interesado apenas temería la prosecución del procedimiento, ya que tenía oportunidades de terminar con la absolución, precedida o no de un recurso prejudicial al tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas... La "amenaza" dirigida contra el demandante era otra, la orden de cierre de 30 de septiembre de 1974.

Esta orden debía producir sus efectos cuarenta y ocho horas después de la comunicación de la decisión del Procurador del Rey; podía permanecer en vigor hasta la fecha en la que la jurisdicción competente hubiera resuelto sobre la infracción... En ese tiempo, es decir, puede que durante meses, el demandante hubiera perdido los productos de su actividad profesional; corría el riesgo de tener que continuar remunerando a su personal y de no recuperar a su clientela...

Habría por consecuencia sufrido un daño considerable. En realidad, el Procurador del Rey de Lovaina proponía al señor DEWER un medio de escapar del peligro: ingresar 10.000 francos belgas en concepto de "acuerdo amable"... Se trataba de un mal menor. La cantidad indicada, el Gobierno lo señala con justo título, apenas sobrepasaba el límite inferior 3.000 francos belgas- "de la multa legalmente aplicable"... La "relativa modicidad de la suma reclamada suscita, en realidad, contra la tesis del Gobierno porque reforzaba la presión ejercida por la orden de cierre. Era tan apremiante que no podía extrañar que el interesado cediera»

Esto lo permite, en definitiva, concluir al TEDH que:

«En resumen, la renuncia del señor DEWER a un proceso justo, rodeado del conjunto de garantías que el Convenio exige en la materia, se encuentra determinada por una amenaza. Ha habido, pues, violación del art. 6, párrafo 1».

b) La segunda forma que puede presentar la violación global del derecho a que la causa sea oída equitativamente requiere considerar el conjunto del proceso para concluir, a partir de la constatación de una multiplicidad de infracciones de derechos específicos, una violación de aquel derecho genérico.

La sentencia de 6 de diciembre de 1988 (asunto BARBERA, MESSEGUE y JABARDO) contempla un caso que puede ser paradigmático de esta forma de violación del derecho a que la causa sea oída equitativamente.

Los demandantes, tras exponer una queja sobre el cambio inopinado en la composición del tribunal -cambio que estimaban lesivo de la imparcialidad- alegan que:

«... el cambio en la composición del tribunal no fue un incidente aislado: se relacionaba con las condiciones en que se desarrolló el proceso en la instancia (y se añadía a ellas), en especial con las circunstancias del traslado de los procesos a Madrid, las medidas de seguridad tomadas en la sesión, la "asombrosa" brevedad del juicio y la pasividad del Ministerio Fiscal. Había en ello muchos elementos que permitían la conclusión de que el tribunal, convencido ya de la culpabilidad de los señores BARBERA, MESSEGUE y JABARDO, consideraba el juicio del 12 de enero de 1982, como una mera formalidad. Ahora bien, según ellos, esta íntima convicción sólo podía fundarse, a la sazón, en las confesiones arrancadas por la policía, puesto que el juez de Instrucción no hizo ningún esfuerzo para establecer los hechos. Los interesados critican además la manera en que se practicaron las pruebas, sin respetarse los principios de contradicción y de igualdad de medios».

Los demandantes califican esos hechos como infracciones del apartado 1 del art. 6, en relación con los apartados 2 y 3.d), pero el TEDH ya empieza por puntualizar que:

«Las exigencias de los dos últimos son aspectos especiales del derecho a un proceso justo que garantiza el primero...; los tendrá, pues, en cuenta al examinar los hechos en el ámbito del apartado 1.

Corresponde en principio a los tribunales internos, y especialmente al de primera instancia, apreciar los elementos probatorios con que se ha contado y la pertinencia de los propuestos por el acusado.... No obstante, el tribunal debe averiguar -en lo cual coincide con la Comisión - si el procedimiento considerado en su conjunto, con inclusión de los medios de prueba propuestos por la acusación y la defensa, ha tenido el carácter justo que pretende el art. 6. 1 ».

El estudio de los diversos agravios alegados hace que el TEDH:

«Teniendo en cuenta el tardío traslado de los demandantes de Barcelona a Madrid, el cambio inopinado en la composición del tribunal inmediatamente antes del principio del juicio, la brevedad de las sesiones de éste y, sobre todo, la circunstancia de que pruebas muy importantes no se practicaron y discutieron adecuadamente en el juicio, en presencia de los acusados y públicamente, llega a la conclusión de que el procedimiento controvertido, considerado en su conjunto, no ha atendido las exigencias de un proceso justo y público. Por consiguiente, se ha violado el art. 6. 1 ».

B) Como matriz de otros derechos no específicamente reconocidos.

Esta funcionalidad del derecho a que la causa sea oída equitativamente entiendo que, o bien las partes intentan hacerla valer ante el TEDH, o bien éste la reconoce aunque sea en abstracto (es decir, sin perjuicio del sentido de su sentencia en el caso concreto), en algunas sentencias que, a modo de ejemplo, comentaré.

Se trata de extraer de esa cláusula tan genérica del art. 6.1 unas exigencias específicas para el régimen del proceso que no han encontrado formulación expresa en el art. 6.

Un primer ejemplo lo proporciona la sentencia de 17 de enero de 1970 (asunto DELCOURT). La razón de la queja en este asunto era que un representante de la Fiscalía General ante el tribunal de Casación, que había formulado sus conclusiones en la vista pública del recurso, estuvo luego presente (porque la legislación belga lo autoriza), con voz pero sin voto, en las deliberaciones del tribunal para formar la sentencia.

Una de las perspectivas de planteamiento del caso era la de la violación del derecho a la igualdad de las partes en cuanto a las posibilidades de participar en la contradicción procesal.

Ese planteamiento se somete en efecto al TEDH, que reconoce que el principio de igualdad de trato es un aspecto del concepto más amplio de proceso justo:

«A lo largo de sus respectivas conclusiones, tanto la Comisión como el Gobierno han hecho expresa y principal mención al principio denominado como de "igualdad de trato". El tribunal, no obstante, examinará el problema a la luz del contenido total del párrafo 1 del art. 6. El principio de igualdad de trato no agota el contenido de dicho párrafo, no constituye sino un aspecto del concepto más amplio de un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial».

Esa doctrina conduce en la sentencia de 30 de octubre de 1991 (asunto BARGERS) a estimar la demanda, por entender que la privilegiada posición del Ministerio Fiscal en la casación belga viola el principio de igualdad de armas.

Como segundo ejemplo puede servir la sentencia 6 de diciembre de 1988 (asunto COLAK). El caso planteaba cuestión respecto al deber de notificación al acusado del cambio de punto de vista jurídico sobre los hechos planteados por la acusación, cambio que, de oficio, podía realizar el tribunal.

Las circunstancias de hecho concurrentes en el caso determinaron que el TEDH entendiera que no se había producido infracción del Convenio. Pero lo que me interesa destacar es que el TEDH admitió que el caso se planteara desde la perspectiva del derecho al juicio justo, y lo resolvió desde ella. Ni las partes, ni el TEDH lo recondujeron al art. 6.3, a ("derecho a ser informado... de naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él), tal vez porque no deba entenderse que, en los supuestos de cambio de punto de vista jurídico *ex officio* por el tribunal, exista una acusación, sino que el deber de notificar ese cambio tiene por finalidad la tutela del derecho de contradicción respecto del ejercicio de los poderes *ex officio* del juzgador.

Del derecho a que la causa sea oída equitativamente se haría derivar el derecho a ser informado del modo en que puede ser ejercitados los poderes oficiales del juzgador, para que la postura procesal de las partes pueda orientarse adecuadamente.

En el asunto SCHENK resuelto por la sentencia de 12 de julio de 1988, se evidencia un intento de fundar en la cláusula general del derecho al juicio justo, el

derecho más específico, y que no está expresamente reconocido en el art. 6, a que no se reconozca valor procesal a las pruebas ilegítimamente adquiridas.

El planteamiento del demandante era éste:

«El uso de un medio de prueba conseguido ilegalmente basta para convertir en injusto el procedimiento, y que su condena se fundaba principalmente en la cinta grabada. Entiende que, ciertamente, es necesario sopesar los intereses en pugna -el público en esclarecer lo ocurrido en relación a un delito grave, y el privado en amparar el secreto de una conversación telefónica- pero, según él, debe hacerse antes de la grabación, no después y, en ningún caso, ilegalmente».

El TEDH, para dar respuesta a la pretensión del demandante, sienta la siguiente consideración:

«Aunque el Convenio garantiza en su art. 6 el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno. El tribunal no puede, por consiguiente, excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como la de que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor SCHENK, considerado en su conjunto, fue un proceso justo».

Definitivamente el TEDH resolvió que haber dado eficacia en el proceso a una prueba obtenida ilegítimamente no había lesionado el derecho a un juicio justo. No obstante, el planteamiento del que parte el tribunal no excluye que, si las circunstancias del caso hubieran sido otras, en ese derecho hubiera podido fundarse la ineficacia procesal de esa prueba.

La sentencia de 25 de febrero de 1993 (asunto FUNKE) fundamenta en el derecho a un juicio equitativo, el derecho a no realizar aportaciones documentales autoincriminatorias.

IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA HASTA LA DECLARACIÓN LEGAL DE CULPABILIDAD

El estudio de la jurisprudencia sobre el derecho reconocido en el art. 6.2 CEDH requiere partir de una consideración previa.

Como sostiene VEGAS TORRES "Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal", Madrid, 1993, pp. 35-36, el análisis de la cláusula de presunción de inocencia en diversos textos normativos lleva a concluir que tiene tres distintos significados:

1. La presunción de inocencia podría ser, en primer lugar, el concepto fundamental en tomo al cual se construye todo un modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.

2. La presunción de inocencia podría ser, en segundo término, un postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.

3. Finalmente, la presunción de inocencia podría ser una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación imponiéndose la absolución del inculpado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

En la sistemática del CEDH el primer significado lo asume, más que la cláusula de la presunción de inocencia del art. 6.2, el reconocimiento del derecho a que la causa sea oída equitativamente, que se formula en el art. 6.1. No obstante, la conexión entre ambos preceptos del art. 6 suele hacerse patente por lo menos en el planteamiento del caso ante la jurisdicción europea de derechos humanos, porque es frecuente que se aleguen conjuntamente ambas infracciones (así sentencia 6 de diciembre 1988, asunto BARBERA, MESSEGUE y JABARDO; sentencia 26 de marzo de 1982, asunto ADOLF; sentencia 12 de julio de 1988, asunto SCHENK; sentencia 7 de octubre de 1988, asunto SALABIAKU).

El segundo significado de la presunción de inocencia guarda más estrecha relación con el contenido del art. 5 CEDH. El reconocimiento de la presunción de inocencia debe interpretarse sistemáticamente con (al menos parte) del art. 5 CEDH, para llegar a una conclusión como mínimo próxima a la establecida por nuestro TC, por ejemplo en su sentencia 108/1984, de 26 de noviembre, según la cual:

«la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada e irracional no sena propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso».

La significación preponderante de la cláusula de presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH afecta a las exigencias respecto a la prueba, necesarias para que pueda hacerse una válida declaración de culpabilidad.

Ese también es el campo en que el derecho a la presunción de inocencia tiene una más amplia aplicación en nuestro Derecho. Pero es de interés constatar que la jurisprudencia del TEDH no se plantea a la luz de esa presunción la misma clase de problemas que prácticamente han absorbido la mayor parte de la jurisprudencia de nuestro TC sobre la repetida presunción.

En la formación de la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia, el tribunal Constitucional tuvo que plantearse y resolver la cuestión de sobre que base podía el juzgador fundar su convicción acerca de los hechos, destructora de aquella inicial presunción. La respuesta era obvia: sobre la base de la prueba. Dejando a salvo la potestad de valoración, propia. del juzgador ordinario, la desvirtuación de la presunción requiere:

«una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales, que de alguna forma pueda entenderse de cargo... y es el tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dichos presupuestos en caso de recurso (scilicet de amparo)» (STC 113/1980, de 31 de agosto).

En el asunto SCHENK, resuelto por la STEDH de 12 de julio de 1988, el demandante postulaba la declaración de una infracción del art. 6.2 sobre la base de una argumentación muy similar a la que fundamenta las violaciones de la presunción de inocencia en Derecho español y se encontró con una respuesta negativa, tanto de la Comisión como, del tribunal:

«El señor SCHENK alega también que su culpabilidad no ha sido declarada "legalmente", debido a que se consiguió la grabación en forma ilegal. Entiende que con ello se violó el principio de la presunción de inocencia, garantizado por el art. 6.2...

En opinión de la Comisión, la reclamación depende en realidad del concepto del proceso justo. La referencia al art. 6.2 se debe a una interpretación equivocada. En la vista ante el tribunal, el Delegado añadió que, en el caso de autos, el acusado había disfrutado de la presunción de inocencia hasta que se probó legalmente su culpabilidad, puesto que los tribunales suizos consideraron que el proceso había sido perfectamente legal en su conjunto, a pesar del incumplimiento de un precepto legal.

Para el tribunal, la relación de las audiencias públicas del 9 al 13 de agosto y el texto del fallo del 13 de agosto de 1982... no permite pensar que el tribunal de lo Penal de Rolle tratara al señor SCHENK como culpable antes de condenarle. La mera inclusión de la cinta grabada en los autos no basta para apoyar la alegación del demandante, de suerte que tampoco aquí se incumplieron las exigencias del Convenio».

Idéntica orientación mantiene el TEDH en la sentencia 6 de diciembre de 1988 (asunto BARBERA, MESSEGUE y JABARDO):

«Los señores BARBERA y MESSEGUE se consideran además víctimas de un ataque a la presunción de inocencia al condenárseles, con el único fundamento de sus confesiones a la policía, por un tribunal, la Audiencia Nacional, que se mostró parcial en perjuicio suyo.

El Gobierno, con invocación de las sentencias del tribunal Supremo y del tribunal Constitucional, sostiene que la Audiencia Nacional dispuso, en realidad, de otras pruebas.

Se infringe la presunción de inocencia cuando, sin que se pruebe, legal y previamente, la culpabilidad de un acusado, se refleja en una resolución judicial que le afecta el sentir de

que es culpable. En el caso de que se trata, no resulta de los autos que la Audiencia Nacional o el magistrado que la presidía hayan tomado, durante el procedimiento y especialmente en el juicio oral, resoluciones o actitudes que manifestaran un sentimiento así. El tribunal no advierte, pues, que se haya violado el art. 6.2».

En el asunto SALABIAKU, resuelto por la sentencia de 7 de octubre de 1988, (puede verse también sobre el tema la sentencia de 25 de diciembre de 1992, dictada en el asunto PHAM HOANG) si que hay en cambio un cierto acercamiento al sector de problemas que, en nuestro Derecho, se examinan desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia.

El demandante alegaba que la presunción *iuris et de iure* establecida por cierto artículo del Código de Aduanas francés (según el cual la mera tenencia de mercancías prohibidas importadas de contrabando implicaba culpabilidad de un delito de contrabando de mercancías prohibidas) era contraria a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH.

El TEDH no excluye que esa infracción sea posible, y, en el FJ 28 de la última sentencia citada argumenta:

«Todos los sistemas legales conocen las presunciones de hecho o de Derecho. Es claro que el Convenio no se opone, en principio, a dichas presunciones, pero en materia penal obliga a los Estados contratantes a mantenerse dentro de ciertos límites. Si, como parece entender la Comisión..., el apartado 2 del art. 62 se limitase a establecer una garantía que deben respetar los jueces durante el desarrollo de los procedimientos judiciales, sus exigencias se confundirían de hecho, en gran parte, con el deber de imparcialidad que impone el apartado 1. Sobre todo, el legislador nacional podría libremente privar al juez de instancia de una auténtica facultad de apreciación y dejaría sin contenido a la presunción de inocencia si las palabras legalmente declarada" implicasen un reenvío incondicional al Derecho interno. Un resultado así no concordaría con el objeto y la finalidad del art. 6 que, al proteger el derecho de todos a un proceso justo y, especialmente, al beneficio de la presunción de inocencia, pretende consagrar el principio fundamental de la preeminencia del Derecho...

El art. 6.2 no es ajeno, por tanto, a las presunciones de hecho o de Derecho que se formulan en las leyes penales. Exige a los Estados que las mantengan dentro de límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que está en juego y respetando los derechos de la defensa. El tribunal tiene que averiguar si se sobrepasaron estos límites en perjuicio del señor SALABIAKU».

El TEDH acaba, sin embargo, por aceptar que no se ha producido infracción del art. 6.2, primero, porque la jurisprudencia de *los* tribunales franceses ha tendido a configurar tal presunción como una presunción *iuris tantum*, y, segundo y fundamentalmente, porque, en el caso concreto:

«Se deduce claramente del fallo de 27 de marzo de 1981 y de la sentencia de 9 de febrero de 1982 que los juzgadores han evitado con cuidado utilizar la presunción que establece el art. 392.1 del Código de Aduanas. Como señaló el tribunal de casación en su sentencia de 21 de febrero de 1983, ejercitaron su facultad de apreciación teniendo en cuenta las pruebas practicadas en el juicio, y dedujeron del ("hecho material de la tenencia") una presunción que no fue destruida por la existencia de ningún hecho ajeno al autor de la infracción o inevitable (apartado 15). Como dice el Gobierno, han apreciado en las circunstancias del caso algún "elemento intencional", aunque legalmente no lo necesitaran para llegar a la condena.

Resulta de lo dicho que los tribunales franceses no aplicaron, en el caso de autos, el art. 392.1 del Código de Aduanas de manera que afectara a la presunción de inocencia».

De manera predominante en la jurisprudencia del TEDH la infracción de la presunción de inocencia se entiende existente si se ha producido una declaración del tribunal que, sin haber sido precedida por el procedimiento legal y sin haberse respetado las garantías de la defensa, exprese un juicio de culpabilidad respecto al acusado (así FJ 37 de la sentencia 25 de marzo 1983, asunto MINELLI, entre otras).

Obviamente, la infracción existe si a la expresión de ese juicio el ordenamiento interno vincula, además, alguna consecuencia jurídica desfavorable respecto a dicho acusado.

Ese era el caso, por ejemplo, que se consideró en el asunto MINELLI, resuelto por la sentencia de 25 de marzo de 1983:

«La Sala del tribunal de Apelación se fundaba en el art. 293 del Código de Zürich de Procedimiento Penal, que, en materia de procedimientos penales privados por ofensa al honor, permite derogar en circunstancias especiales, la regla según la cual la parte que pierda paga los gastos de procedimiento y debe indemnizar a la otra parte de los gastos ocasionados... De la jurisprudencia de Zürich deduce "que la obligación de reportar las costas y gastos" debían en el caso, "depender de la sentencia que habría sido dictada" sin la finalización por prescripción. Para decidir sobre este punto, se centraba en cuatro elementos...

Estos motivos, ampliamente desarrollados e indisolubles del dispositivo.... conducían a la Sala del tribunal de Apelaciones a concluir que, sin la prescripción, el artículo del National Zeitung habría "llevado muy probablemente a condena", del acusado... La Sala del tribunal de Apelaciones se encontraba así convencida de la culpabilidad del acusado... No obstante, en ausencia de constatación formal y a pesar de algunas preocupaciones terminológicas ("según parece verdadero, muy probablemente"), se trataba de apreciaciones incompatibles con el respeto a la presunción de inocencia».

Pero la infracción de la presunción de inocencia puede también considerarse existente si el tribunal se limita a expresar -sin otra consecuencia desfavorable que traiga causa de esa constatación- tal juicio de culpabilidad y aunque no lo haga en la parte dispositiva de su resolución, sino sólo en la motivación que le sirve de fundamento.

Esta observación la formula el TEDH en la sentencia 26 de marzo 1982 (asunto ADOLF) y en las sentencias todas de 25 agosto de 1987 (asuntos LUTZ, ENGLERT y NÖLKENBOCKHOFF). En los cuatro asuntos la infracción de la presunción de inocencia acaba siendo rechazada por el TEDH.

No obstante lo último, en el asunto ADOLF -que sometía al TEDH las declaraciones contenidas en resoluciones de tribunales austriacos, por las que se archivaba un proceso penal por la causa, establecida en el Derecho interno, de la ínfima gravedad de la probable infracción penal- el TEDH puntualiza, en el FJ 39 de la sentencia de 26 marzo 1982, que:

«En opinión del tribunal, los motivos expuestos por la resolución de 10 de enero de 1978 pueden interpretarse en el sentido de que el señor ADOLF era culpable de una infracción penal aunque el acto que se le imputaba no fuese objeto de sanción; como ha subrayado el delegado de la Comisión, los motivos de la resolución forman un todo con la parte dispositiva y es imposible disociarlos».

Niega, sin embargo, que la infracción se haya producido, porque, en definitiva, vino a ser eliminada por una posterior sentencia del tribunal Supremo austriaco que:

«...ha establecido que una resolución adoptada en virtud del art. 42 del Código Penal no puede asimilarse, ni por su propia naturaleza ni por su tenor, a una constatación de culpabilidad. Hubiera sido preferible, añade, que el tribunal de distrito indicara este punto claramente y sin ambigüedad, pero la elección más o menos afortunada de los términos en que fueron redactados los motivos no pueden privarlos del significado que tienen como resultado de la naturaleza misma de la resolución que fue adoptada».

Las sentencias de los asuntos LUTZ, ENGLERT y NÖLKENBOCKHOFF contienen todas ellas un repetido fundamento jurídico en el que se puntualiza que, aunque las resoluciones de archivo de los respectivos procesos penales se habían limitado a denegar a los acusados el reembolso de sus propias costas y, en algún caso, la indemnización por la prisión provisional sufrida, podían aún suscitar problemas:

«...si los fundamentos, inseparables del fallo..., implican sustancialmente una declaración de culpabilidad sin haberse probado previamente con arreglo a la ley y, especialmente, sin que el interesado haya podido utilizar los derechos propios de la defensa».

En estos tres asuntos tampoco se entiende producida una infracción de la presunción de inocencia, por argumentos sustancialmente idénticos, aunque cada caso presenta sus peculiaridades:

a) En el asunto LUTZ el proceso penal se había archivado por prescripción del delito, pero la resolución había dejado a cargo del imputado sus propias costas. Se rechaza la infracción porque la resolución se limitó a constatar que subsistían indicios racionales para sospechar que cometió delito, no -como en el asunto MINELLI- para imponerle las costas de la contraparte, sino para dispensar a la Hacienda Pública del reembolso de los gastos y costas propias del acusado.

b) En el asunto ENGLERT, el FJ 40 de la sentencia 25 agosto 1987 establece que:

«... la denegación del reembolso de sus gastos al señor ENGLERT y de la indemnización por su prisión provisional, no implica una pena ni una medida análoga. También en esto se diferencia claramente el caso de autos del caso MINELLI... Los tribunales suizos resolvieron que el señor MINELLI pagara una parte de los gastos procesales y le impusieron también el pago de una indemnización a los querellantes...; es decir, que le trataron como a un culpable. No ha ocurrido así en el caso de que se trata: el señor ENGLERT no ha tenido que soportar los gastos procesales sino solamente los suyos y no ha sido indemnizado por su prisión provisional. El tribunal competente, fallando equitativamente y teniendo en cuenta, especialmente, los indicios que existían en contra del interesado, no le ha impuesto ninguna sanción: sencillamente, no ha querido imponer al Estado la carga de las costas y de la mencionada indemnización. Ahora bien, como ya se ha puntualizado, el Convenio, y en especial su art. 6.2, no obliga a los Estados Contratantes a que, en el caso de suspenderse o sobreseerse las actuaciones, indemnicen al "acusado" de los perjuicios que haya sufrido».

c) El FJ 40 de la sentencia sobre el asunto NÖLKENBOCKHOFF -relativo a un archivo del proceso penal por fallecimiento del acusado- reitera la misma motivación que la sentencia del asunto ENGLERT.

V. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 6; EN ESPECIAL LA NOCIÓN AUTÓNOMA DE "MATERIA PENAL" A EFECTOS DEL CONVENIO

La jurisprudencia del TEDH sobre el ámbito de aplicación del art. 6 y de los derechos que el mismo reconoce se ha ido fijando principalmente, frente a tesis de los Estados orientadas a sustraer determinadas actuaciones jurídico-públicas al deber de respeto de los derechos del art. 6, aunque también se ha formado, a veces, frente a pretensiones de los demandantes de extender su ámbito de vigencia.

a) La delimitación que realiza la sentencia de 27 de junio de 1968 (asunto NEUMEISTER) se produce en el último contexto apuntado.

El demandante alegaba que las resoluciones sobre la prisión provisional habían sido dictadas después de oír al Ministerio Fiscal y sin la presencia y audiencia del demandante y su abogado y que ello lesionaba el derecho a la igualdad de trato derivado del derecho al juicio justo del art. 6. 1.

El TEDH se limita, en principio, a declarar que ese derecho no es aplicable al procedimiento para decidir sobre peticiones de libertad provisional, y explicita sus razones al ocuparse de otro argumento complementario:

«Algunos miembros de la Comisión han opinado lo contrario, entendiendo que tales peticiones se referían a "derechos y obligaciones de naturaleza civil" y que cualquier causa sobre una controversia acerca de estos derechos debía ser vista con justicia, a tenor del art. 6.1.

No parece que el argumento tenga fundamento. Con independencia del excesivo alcance que se atribuye al concepto de "derechos de naturaleza civil", cuyos límites ha intentado fijar la Comisión en varias ocasiones, se debe observar que los recursos sobre la prisión preventiva pertenecen indiscutiblemente al ámbito de la ley penal y que el texto del precepto invocado ha limitado expresamente la exigencia de un proceso justo al que se refiere los fundamentos de la acusación, que es evidentemente ajeno a los recursos de que se trata».

La misma jurisprudencia se mantiene en el FJ 13 de la sentencia de 10 de noviembre de 1969 (asunto MATZNETTER).

b) La sentencia de 17 de enero de 1970 (asunto DELCOURT) se ocupa de una tesis del Gobierno belga que, para evitar que la participación de un miembro de la Fiscalía General ante el tribunal de Casación en las deliberaciones del tribunal se entendiera lesiva de los derechos del art 6. 1, empezaba por sostener que la función del tribunal de Casación al decidir un recurso no era decidir sobre una acusación, sino juzgar la legalidad del fallo.

El TEDH no comparte esa opinión:

«Los fallos judiciales afectan siempre a las personas... Aunque el fallo del tribunal de Casación puede únicamente confirmar o anular aquella decisión -y no reformarla o sustituirla-, este fallo puede afectar en grados diversos a la posición de la persona implicada...

Más aún, la expresión "bien-fondé", que se halla en el texto francés del art. 6. 1, se refiere no sólo a que la acusación esté bien fundada en los hechos, sino a que lo sea en derecho. Por ello, el control de validez que asume el tribunal de Casación podría llevar a sostener que los tribunales inferiores, cuando examinan los hechos sobre los que se fundamenta la imputación, han actuado violando bien el derecho penal, bien las formas procesales...; al menos en el primero de dichos supuestos la acusación se muestra sin duda

alguna infundada. Incluso la interpretación literal sostenida por el Gobierno no puede, por consiguiente, producir el resultado de que el procedimiento en casación quede completamente al margen del ámbito del art. 6.1... El procedimiento penal forma un todo y debe, normalmente, llegar a una decisión firme. La instancia de casación constituye, por ende, una fase particular cuya importancia puede ser decisiva para el acusado. Sería por ello muy difícil imaginar que los procedimientos de casación escapen al ámbito de aplicación del art. 6. 1.

Es cierto que el art. 6.1 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a establecer tribunales de Apelación o Casación. No obstante, cuando un Estado instituye dicho tipo de tribunales se exige que asegure que los justiciables gozarán de los derechos reconocidos en el art. 6 ante dichos tribunales».

c) La misma doctrina jurisprudencial de la sentencia sobre el asunto DELCOURT sirve en la sentencia de 2 de marzo de 1987 (asunto MONNELL y MORRIS) para justificar que los derechos del art. 6 debían respetarse en un procedimiento establecido en el Derecho inglés para determinar si había causa suficiente para autorizar una apelación contra la sentencia dictada en un proceso penal.

d) En los asuntos DEWER, por un lado, y ADOLF y MINELLI por otro, podía sostenerse -y efectivamente se sostuvo en los dos segundos por los Estados demandados - que contra el particular afectado no se había dirigido aún, o no se mantenía ya, respectivamente, una acusación en materia penal, que hubiera de ser decidida con respeto a los derechos del art. 6, que, en consecuencia, no podrían ser infringidos. En los tres asuntos el TEDH rechaza este planteamiento formalista.

En el asunto Dewer, resuelto por la sentencia de 27 de febrero de 1980, el proceso penal no llegó a iniciarse, el Sr. DEWER sólo fue afectado por actuaciones públicas dirigidas a que el caso se resolviera con una multa transaccional evitadora del proceso penal. El TEDH analiza la realidad de esas actuaciones y concluye que suponían una acusación:

«Esto último,... se inscribía "en el cuadro natural de la acción pública" que debía resultar de la infracción a cargo del señor DEWER. Precedía a la "persecuciones judiciales" que el Procurador del Rey desencadenaría si el "contraviniente" rechazara un acuerdo amable.

Además, el Gobierno insiste sobre las "confesiones" que el demandante habría efectuado al inspector VANDERLEYDEN, sobre el "flagrante delito" que habría "reconocido allí mismo". Según el Gobierno, consintiendo en pagar la enmienda transaccional, "especie de compensación a la colectividad por la actuación represible que había cometido", el interesado admite su "culpabilidad", "no explícitamente pero si en el fondo"...

En todo caso, el ingreso de la cantidad de tal multa, aunque no fuera asimilada a una pena, daba lugar a una mención en los boletines de información expedidos por los municipios para incluirlos en los antecedentes penales...

La "acusación" podría, a los efectos del art. 6, párrafo 1, definirse como la notificación oficial, proveniente de la autoridad competente; del reproche de haber cometido una infracción penal... En estas condiciones, el tribunal considera que a partir del 30 de septiembre de 1974 el demandante era objeto de una "acusación en materia penal"».

En el asunto ADOLF, resuelto por la sentencia de 26 de marzo de 1982, el Gobierno austriaco pretendía que, una vez decretado el archivo por estimarse el hecho no punible por su ínfima gravedad, había dejado de existir acusación, y, por tanto, las expresiones que se formularan en la resolución de archivo no podían infringir la presunción de inocencia:

«En opinión del Gobierno, la aplicación del art. 42 del Código Penal por el tribunal de distrito demuestra que no ha habido nunca, en el presente caso, "acusación" ni "infracción

El tribunal constata, en primer término,... que el recurso al art. 42 no puede haber afectado al procedimiento anterior a la orden de clausura, ni haber cambiado retroactivamente su naturaleza. La resolución de 10 de enero de 1978 se refería a las "diligencias penales contra el señor Gustav ADOLF por delito de lesiones corporales en virtud del art. 83 del Código Penal" y calificaba al interesado de "acusado"... En su comunicación de 22 de diciembre de 1977 el tribunal de distrito había señalado, además, "el procedimiento contra el señor Gustav ADOLF en virtud del art. 83 del Código Penal".

Por lo que se refiere a la noción de acto "no punible", se enmarca, sin duda alguna, en el título y contexto del art. 42... Sin embargo, existen infracciones penales "no punibles" o no "susceptibles de represión", pero el art. 6 del Convenio no distingue unas de otras; éste se aplica a toda persona acusada de una infracción penal, con independencia de su naturaleza o clase.

En resumen, el señor ADOLF fue objeto en 1977 de una acusación penal (en los términos del Convenio) a la que hacía referencia la resolución motivada de 10 de enero de 1978. El art 6 era, pues, de aplicación en el caso presente».

En el asunto MINELLI, resuelto por la sentencia de 25 de marzo de 1983:

«El Gobierno sostiene, por otra parte, que decidiendo sobre los gastos después de haber resuelto la acción penal por prescripción, la Sala del tribunal de Apelaciones del cantón de Zurich ha cumplido una función puramente administrativa, intrínsecamente distinta de unas funciones judiciales; habría dictado una decisión procedimental en la que la presunción de inocencia no se vería afectada».

Frente a lo cual el TEDH puntualiza que:

«... el art. 6, párrafo 2, domina el conjunto del procedimiento penal, independientemente de la conclusión de la actuación, y no únicamente el examen del fundamento de la acusación...

En el cantón de Zurich, una decisión de reparto de los gastos constituye un elemento normal de un procedimiento por ofensa contra el honor; se dicta para regular ciertos efectos. Poco importa en este sentido que un texto aparezca en un documento separado o que su adopción tenga lugar al tiempo de la decisión sobre el fondo.

En el caso, no se está en presencia de actos parciales, escalonados o no en el tiempo, ni igualmente -como en el caso ADOLF... de un 11 acto único concretado en varias fases", sino de un solo acto global. La decisión del 12 de mayo de 1976, después de haber constatado la expiración del plazo legal de prescripción, dejando a cargo del interesado en dos terceras partes de los gastos judiciales e imputándole una indemnización de los gastos de Tele-repertoire y al señor VASS... Los dos aspectos de la motivación se manifiesta indisociables; el reparto de los gastos constituye el corolario y el complemento necesario del curso del procedimiento;... El dispositivo lo confirma concretamente: tan pronto como se rechaza la acusación, se considera el tema de las costas y de la indemnización de los gastos.

Declara, primeramente, que "la acusación no es admisible"; después, que "el acusado" deberá soportar dos terceras partes de los gastos y pagar a la otra parte una indemnización por los gastos... Los términos así empleados muestran claramente que en este estado último del procedimiento la Sala del tribunal de Apelaciones tenía todavía al demandante por "acusado de una infracción", en el sentido del art. 6».

e) Sin duda, el esfuerzo de delimitación del ámbito de aplicación del art. 6 más destacado y problemático que ha realizado el TEDH es el que se vincula a la llamada noción autónoma de "materia penal" a efectos del Convenio. Con la elaboración de ese concepto el TEDH parece querer entrar en el difícil tema del

deslinde entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, con las consecuencias que del mismo derivan, frente a las posibles pretensiones de los Estados de sustraerse, mediante el segundo, a las garantías que rodean la actuación del primero.

Realmente entra en ese tema, pero -lo veremos- no con todas las consecuencias, sino con un objeto más modesto, pero bastante eficaz para preservar en alguna medida el respeto a los derechos reconocidos por el art. 6.

En la sentencia de 8 de junio de 1976 (asunto ENGEL y otros), se exponen, en primer término, las razones que avalan la necesidad de elaborar una noción de "materia penal" para los efectos del Convenio, autónoma respecto a las determinaciones del Derecho interno del Estado:

«Todos los Estados contratantes distinguen desde hace tiempo, si bien con formas y grados diversos, entre procedimientos disciplinarios y procedimientos penales. Según los individuos a los que afecta, los primeros ofrecen sobre los segundos ventajas sustanciales, por ejemplo en lo que concierne a las penas impuestas... Por otra parte, sin embargo, las instancias penales se rodean habitualmente de mayores garantías.

Asimismo hay que preguntarse si la solución adoptada en este caso a nivel nacional es o no decisiva a luz del Convenio: ¿deja el art. 6º de aplicarse en el momento en que los órganos competentes de un Estado contratante califican de disciplinarias una acción u omisión y los procedimientos dirigidos contra su autor o, por el contrario, se aplican en ciertos casos a pesar de esta calificación...?

El Convenio permite sin ninguna duda a los Estados, en el cumplimiento de su función de guardianes del interés público, mantener o establecer una distinción entre el derecho penal y el derecho disciplinario, así como fijar sus límites, pero solamente bajo ciertas condiciones. Les deja libres para tipificar como infracción penal una acción u omisión que no constituya el ejercicio normal de uno de los derechos que protege;... Tal elección, que tiene por efecto hacer aplicables los arts. 62 y 72, escapa en principio al control del Tribunal Europeo.

La elección inversa, por su parte, obedece a reglas más estrictas. Si los Estados contratantes pudieran discrecionalmente calificar una infracción de disciplinaria en lugar de criminal o perseguir al autor de una infracción "mixta" disciplinariamente con preferencia a la vía penal, el juego de las cláusulas fundamentales de los arts. 62 y 72 se encontraría subordinado a su voluntad soberana. Una laxitud tan amplia conllevaría el riesgo de llevar a resultados incompatibles con el fin y el objetivo del Convenio. El tribunal tiene, por tanto, competencia para asegurarse, según el art. 6º e incluso prescindiendo de la referencia a los arts. 17 y 18, que el procedimiento disciplinario no sustituya indebidamente al penal».

En esa sentencia y en las de 28 de junio de 1984 (asunto CAMPBELL y FELL) y 21 de febrero de 1984 (asunto ÖZTURK) el TEDH establece los criterios para determinar si un asunto, aun tratado formalmente como disciplinario por el Estado demandado, constituye "materia penal"; es decir, en definitiva, los criterios para elaborar esa noción autónoma.

En primer lugar, en palabras de la sentencia sobre el asunto ENGEL y otros

«importe... saber si el o los textos que definen la infracción incriminada pertenecen, según la técnica jurídica del Estado demandado al derecho penal, al derecho disciplinario o a los dos a la vez. Se trata, sin embargo, de un simple punto de partida. Tal indicación no tiene más que un valor formal y relativo, debiendo examinarse a la luz del denominador común de las legislaciones respectivas de los diversos Estados contratantes».

Hay que atender también, pero ya como elemento más decisivo, a la naturaleza de la propia infracción imputada.

Al valorar ese criterio, en el asunto ENGEL y otros, se aprecia una gran proximidad al campo propio del Derecho disciplinario:

«La naturaleza misma de la infracción representa un elemento de apreciación de gran peso. Si un militar es sancionado por una acción u omisión que habría transgredido una norma jurídica reguladora del funcionamiento de las Fuerzas Armadas, el Estado puede en principio utilizar contra él el derecho disciplinario antes que el penal».

En la sentencia sobre el asunto CAMPBELL y FELL los hechos parecen exceder de una infracción de deberes propios de una relación de supremacía especial:

«A este respecto, no hay que olvidar que la mala conducta de un preso puede presentarse en distintas formas: hay infracciones que, evidentemente, sólo se refieren a la disciplina interior, pero no puede decirse lo mismo de todas. Algunas, en primer lugar, pueden ser más graves que otras; el Reglamento de Prisiones formula, por otra parte, una escala de infracciones, y atribuye una "especial gravedad" a las que cometió el señor CAMPBELL. Más todavía: la ilegalidad de tal o cual acto puede no depender de que se haya realizado en la cárcel, y una conducta opuesta al Reglamento de Prisiones puede, en ocasiones, constituir además una infracción penal. Así, un acto violento contra un funcionario de prisiones puede ser un delito de lesiones y si bien la rebelión o la incitación a ella no inciden intrínsecamente en el Derecho penal común, los hechos que la producen pueden justificar la acusación por conspiración...

Sin duda estos datos no son suficientes para que el tribunal llegue a la conclusión de considerar como "penales", a los efectos del Convenio, las infracciones imputadas al señor CAMPBELL, pero les dan un aspecto que no coincide exactamente con el de un problema de mera disciplina».

En el asunto ÖZTURK, que surge en el contexto de la política despenalizadora de determinadas infracciones antes penales, el TEDH recalca la eficacia identificadora de "materia penal" que tiene este segundo criterio:

«Comprueba en primer lugar que, según el sentido corriente de los términos, dependen por regla general del Derecho penal las infracciones cuyos autores se exponen a penas de finalidad especialmente disuasiva y que consisten habitualmente en medidas de privación de libertad y en multas.

Por otra parte, un incumplimiento como el del señor ÖZTURK continúa sujeto al Derecho penal en una amplia mayoría de los Estados contratantes como lo estaba en la República Federal hasta la entrada en vigor de la legislación 1968/1975: considerado ilegal y censurable, se le sanciona con penas.

A mayor abundamiento, las modificaciones introducidas por dicha legislación se refieren fundamentalmente al procedimiento y a la serie de sanciones, en lo sucesivo limitadas a la "Geldbusse". Si bien, en ciertos aspectos, parece ésta menos severa que la "Geldstrafe", ha conservado la naturaleza primitiva que ostentan habitualmente las sanciones penales. En cuanto a la regla de Derecho infringida por el demandante, no ha variado su contenido. No se dirige a un grupo determinado que posea un estatuto especial ---como sucede en el Derecho disciplinario-, sino a todos los ciudadanos como usuarios de la carretera; les impone determinada conducta y acompaña esta exigencia con una sanción punitiva...

Sin duda, se trataba de una infracción leve que no ponía en peligro la buena fama de su autor, pero no por ello dejaba de incidir en el ámbito del art. 6. No hay, en efecto, ningún motivo para suponer que la infracción penal ("criminal offence"), a tenor del Convenio, implique necesariamente determinada gravedad».

Un tercer criterio de identificación de "materia penal" es el de naturaleza y gravedad de la sanción. En palabras de la sentencia sobre el asunto ENGEL y otros:

«El control del tribunal... sería meramente ilusorio si no tomase igualmente en consideración el grado de severidad de la sanción que puede sufrir el interesado. En una sociedad sujeta a la preeminencia del derecho, son de "materia penal" las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que por su naturaleza, su duración o sus modalidades de ejecución no son susceptibles de causar un perjuicio importante. Así lo requiere la gravedad de la cuestión, las tradiciones de los Estados contratantes y el valor que el Convenio atribuye al respeto de la libertad física de la persona».

Ahora bien, en la sentencia sobre el asunto ÖZTURK se deja claro que no es necesario aplicar *los* dos últimos criterios acumulativamente, sino que basta la concurrencia de uno de ellos para concluir que hay materia penal":

«Como la infracción cometida por el señor ÖZTURK tenía naturaleza penal en relación al art. 6 del Convenio, no es necesario examinarla además a la vista del último de los criterios expuestos antes... La relativa suavidad de la pena a que se arriesga el infractor... no afecta a la intrínseca naturaleza penal de la infracción».

A) Las consecuencias de la noción autónoma de "materia penal" sobre la preservación de la garantía jurisdiccional y de las garantías procesales.

Las sentencias sobre los asuntos ENGEL y otros y CAMPBELL y FELL no me parecen las más ilustrativas para comprender las consecuencias que el TEDH extrae de aplicar la noción autónoma de "materia penal".

Respectivamente en los FJ 85 y 73 se indica que tales consecuencias son el respeto que se debe a los derechos reconocidos por el art. 6. Pero en el primer caso no se discutió que el órgano estatal que había conocido era un tribunal independiente e imparcial, y, en el segundo, el TEDH concluyó que sí lo era. No podía pues deducirse con seguridad la consecuencia de la noción autónoma de "materia penal" sobre la preservación de la garantía jurisdiccional (orgánica).

La doctrina del TEDH sobre este aspecto esencial se formula más claramente en la sentencia sobre el asunto ÖZTURK:

«El art. 6.3 e) era aplicable, pues, al presente caso. Lo cual no quiere decir, y el tribunal quiere hacerlo constar, que el sistema seguido en esta materia por el legislador alemán, esté en tela de juicio desde el principio. Teniendo en cuenta el gran número de infracciones leves, especialmente en el campo de la circulación por carretera, un Estado contratante puede tener justificados motivos para descargar a sus tribunales del cuidado de perseguirlas y reprimirlas. No se opone al Convenio la atribución de dicha tarea, para tales infracciones, a las autoridades administrativas, con tal que el interesado pueda someter cualquier resolución que le afecte a un tribunal que ofrezca las garantías del art. 6».

El TEDH admite -o parece admitir- en definitiva que, aunque se haya calificado una materia como penal, de acuerdo con la noción autónoma, no es contrario al art. 6 que la primera decisión sobre el caso se encomiende a un órgano administrativo, siempre que contra la misma se pueda recurrir a un tribunal independiente e imparcial.

Esta conclusión la confirma la sentencia de 29 de abril de 1988 (asunto BELILOS) y también la desarrolla, explicitando la amplitud de la cognición que debe posibilitar el recurso jurisdiccional para que el derecho a que la causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial aparezca, en definitiva, respetado:

«... hay que averiguar si los recursos disponibles podían corregir las deficiencias comprobadas en la primera instancia...

En cuanto a la Sección de casación penal, hay que referirse a su sentencia de 25 de noviembre de 1981... En ella se citaba el Mensaje del Consejo federal a la Asamblea federal, de fecha 4 de marzo de 1974, en el que se aludía al caso en que "se puede someter a un juez la resolución tomada por una autoridad administrativa no para que falle sobre el fondo, sino solamente para que revise su legalidad (recurso de nulidad)". Se señalaba también que en el procedimiento ante ella no había ni juicios orales ni práctica de pruebas como, por ejemplo, la testifical. Tal como, por otra parte, dijo el tribunal federal en su sentencia de 2 de noviembre de 1982, "no tenía competencia para revisar los hechos"... Estos distintos factores llevan a la conclusión de que la Sección de casación penal del tribunal cantonal de Vaud no tenía, en el caso de autos, suficiente competencia en relación al art. 6.1.

En opinión de la demandante, el tribunal federal no podía subsanar las deficiencias señaladas en los niveles municipales y cantonales porque al interponerse un recurso de Derecho público -el único posible en este caso- no se vuelven a examinar las cuestiones de hecho ni las de Derecho, ya que sus facultades se limitan a asegurarse de que lo resuelto no ha sido arbitrario. El tribunal llega a la misma conclusión. A este respecto, tiene en cuenta la sentencia dictada en este caso el 2 de noviembre de 1982 por el tribunal federal... En ella, después de recordar las competencias que tiene la Sección de casación del tribunal cantonal de Vaud..., se dice "El tribunal cantonal tiene... unas facultades revisoras mucho más amplias que las del tribunal federal en el ámbito del recurso de Derecho público limitado a resolver si la resolución ha sido arbitraria". Ahora bien, el tribunal ha advertido ya que la fiscalización proporcionada a nivel del tribunal cantonal era insuficiente; por consiguiente, la deficiencia comprobada en relación a la Junta de Policía no se ha podido corregir después».

La doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de la noción autónoma de "materia penal" sobre la preservación de la garantía jurisdiccional (orgánica) daba base para un argumento peligroso: que, para la materia penal, el art. 6 no imponía que la primera decisión -y todas las decisiones- correspondieran a un tribunal independiente e imparcial.

En efecto, el argumento fue utilizado por el Gobierno belga en el asunto DE CUBBER, para salvar el reproche de parcialidad referido al tribunal de la primera instancia.

El TEDH rechaza esa argumentación en el FJ 32 de la sentencia sobre el asunto DE CUBBER:

«El art. 6.1 afecta primordialmente, a las jurisdicciones de primera instancia; no requiere la existencia de jurisdicciones superiores. Sin duda, sus garantías fundamentales, entre las que figura la imparcialidad, deben ser aseguradas por los tribunales de Apelación o de Casación que haya podido crear un Estado contratante.... pero de esto no se desprende que las jurisdicciones inferiores no deban hacer lo mismo en casos similares. Una consecuencia de tal tenor iría en contra de la voluntad subyacente a la instauración de varios grados de jurisdicción: reforzar la protección de los justiciables.

En cuanto a la jurisprudencia invocada por el Gobierno, es preciso situarla en su propio contexto. Las sentencias de 23 de junio de 1981, 10 de febrero de 1983 y 21 de febrero de 1984 trataban sobre litigios a los que el derecho interno del Estado demandado no confería un carácter civil o penal, sino disciplinario... o administrativo ... ; se referían a órganos no

considerados, a escala nacional, como tribunales de tipo clásico, al no estar integrados en las estructuras judiciales ordinarias del país. Sin la "autonomía" de las nociones de "disputa sobre derechos y obligaciones de carácter civil" y de "acusaciones en materia penal", el tribunal no habría concluido la aplicabilidad del art. 6. 1.

En el presente caso, por el contrario, se trataba de un proceso penal, a la vista tanto de la legislación belga como del Convenio, y el tribunal de Audenarde no constituía una autoridad administrativa o corporativa, ni una jurisdicción ordinaria.... sino precisamente un tribunal, tanto en el sentido formal como en el material del término... La motivación de las tres sentencias precitadas, a las que se puede añadir la sentencia CAMPBELL y FELL.... no podría justificar una reducción de las exigencias del art. 6.1 en su ámbito tradicional y natural. Semejante interpretación restrictiva no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición».

Esta sentencia permite comprender el alcance que el TEDH da a las consecuencias de la noción autónoma de "materia penal". La distinción que de la misma deriva entre Derecho penal y Derecho administrativo disciplinario y/o sancionador no la impone con todas sus consecuencias, sino que, a pesar de que aquella noción puede aplicarse, el TEDH sigue reconociendo la sustantividad del Derecho administrativo, y no impone la inmediata garantía jurisdiccional (orgánica), aunque si el respeto a los restantes derechos del art. 6. Sólo en el caso de que el asunto aparezca como penal según el Derecho interno, impone el estricto cumplimiento del art. 6.

B) Las consecuencias de la noción autónoma de "materia penal" desde el punto de vista del derecho español.

En el contexto del derecho español la calificación de una materia como penal no tiene las limitadas consecuencias que determina el TEDH.

Efectivamente, en la Constitución existe una correlación entre ejercicio de la potestad jurisdiccional, el proceso, la condena por un delito tipificado con anterioridad y la pena, que se deduce de los arts. 117-3, 24-2 y 25-1 CE: la potestad jurisdiccional se ejercita en el proceso (art. 117-3), alguna de cuyas garantías se formulan por la Constitución de modo literal con relación al proceso penal (art. 24-2), en el cual una persona puede ser condenada por una acción u omisión que constituyera delito o falta según la legislación vigente en el momento de cometerse (art. 25-1). A esa correlación se enfrenta la que el propio art. 251 CE establece, con precisa terminología, entre infracción administrativa y sanción (no penal), la cual -en virtud de la propia contraposición que expresa el texto constitucional hay que entender que puede imponerla la Administración tras un procedimiento administrativo. Lo que se concluye -básicamente del art. 25-1 CE y de que el término condena no puede entenderse más que como consecuencia de una actividad jurisdiccional- es que la infracción que formalmente sea delito o falta solo puede ser castigada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Esa interpretación sistemática de los preceptos constitucionales permite afirmar que ha quedado constitucionalizado el contenido esencial del art. 1 Lecrim. Consecuentemente sería inconstitucional cualquier procedimiento jurídico que implicara atribuir a órganos no jurisdiccionales la imposición de penas por delitos o

faltas, aunque su resolución pudiera ser después impugnada ante órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, si la Constitución no estableciera un criterio material de distinción entre delito y falta, por un lado, e infracción administrativa, por otro, la conclusión antes sentada no obstaculizaría la libertad de configuración del legislador ordinario proyectada, directamente, sobre la naturaleza penal o administrativa de la infracción, e, indirectamente sobre el ejercicio ab initio o solo posterior a una previa actuación administrativa de la potestad jurisdiccional.

En este sentido, la Constitución solo fija un límite preciso al establecer que:

«la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad» (art. 25-3 CE).

Esto tiene, como primera consecuencia, que solamente a título de pena puede ser legalmente establecida la privación de libertad, y, como segunda consecuencia, precisamente por la correlación a la que nos referíamos al principio, que solo mediante la potestad jurisdiccional puede ser impuesta.

Con ser importante el establecimiento constitucional de ese límite, no estima la doctrina que satisfaga plenamente las necesidades sentidas de acotar el ámbito del Derecho administrativo sancionador respecto al Derecho penal, porque nada indica sobre la utilización de sanciones pecuniarias o que afecten a derechos distintos a la libertad.

La fijación de unos límites materiales a la libertad de configuración legislativa del Derecho administrativo sancionador y del Derecho Penal, hubiera podido hacerse, además de con el criterio de la disponibilidad de la sanción de privación de libertad, atendiendo a la justificación o no de aplicar, según los casos, la técnica de la autotutela administrativa. Pero esa orientación no se ha seguido y eso ha posibilitado que el Derecho administrativo sancionador alcance un enorme desarrollo.

Es ahí donde la jurisprudencia del TEDH sobre el tema que nos ocupa demuestra su virtualidad: visto que la tendencia legislativa impide conservar la inmediata garantía jurisdiccional, como mínimo debe quedar asegurado que otros derechos del art. 6 se respetan, incluso el de acceso a un tribunal aunque sea para que controle, con amplitud de poderes de revisión, un acto administrativo previo.

Por lo demás, como es sabido, el TC ha formado también una jurisprudencia tendente a extender algunas garantías del art. 24 CE a la actuación del Derecho administrativo sancionador (así p. j., STC 18/1981, 8 de junio; GARBERI LLOBREGAT, J. realiza un estudio detenido del tema en *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad al procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 1989) y esa extensión ya ha encontrado reconocimiento legislativo en el capítulo de "Principios del procedimiento sancionador" de la nueva LRJAPPAC.

Manuel Ortells Ramos

**COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y PROCESO PENAL
ABREVIADO (*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA COMPETENCIA OBJETIVA ORDINARIA Y LAS ESPECIALES POR RAZÓN DE LA MATERIA Y DE LA PERSONA.- III. LA COMPETENCIA FUNCIONAL.- IV. LA DETERMINACIÓN EN CONCRETO DE LA COMPETENCIA.- V. CUESTIONES DE COMPETENCIA.

(*) Publicado en *La Ley*, 1994, número 3591, pp. 1-5; y en *Justicia*, 1994, número I, pp. 9-24. Publicado también en la obra *El proceso penal abreviado: (nueve estudios)*, Granada, Comares, 1997.

I. INTRODUCCIÓN

La introducción del proceso abreviado fue acompañada de una reforma de la LOPJ, por la que se crearon nuevas clases de órganos jurisdiccionales y se modificaron -en este aspecto con el concurso de la propia reforma de la LECRIM, concretamente de su artículo 14- las competencias objetiva y funcional de los órganos jurisdiccionales del orden judicial penal. En realidad la causa inicial de la reforma de 28 de diciembre de 1988 respondía más bien a necesidades relacionadas con la organización judicial. Específicamente las de resolver las dificultades para el normal funcionamiento de esa organización derivadas de la declaración de inconstitucionalidad, por STC 145/1988 de 12 de julio, de la concentración en el mismo órgano jurisdiccional de las competencias para la instrucción previa y el enjuiciamiento (ORTELLS, *El nuevo procedimiento*, pp. 545-546).

Conviene profundizar en el estudio del régimen de la competencia en cuanto guarda relación con el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado.

II. LA COMPETENCIA OBJETIVA ORDINARIA Y LAS ESPECIALES POR RAZÓN DE LA MATERIA Y DE LA PERSONA.

1. Competencia objetiva ordinaria.

La competencia objetiva ordinaria para conocer del procedimiento preliminar (sumario o diligencias previas) respecto a hechos calificables como delito, corresponde, en todo caso, a los Juzgados de Instrucción (arts. 87.1, a LOPJ, 14. 2º LECRIM). No puede, pues, plantearse en este aspecto ningún problema respecto a la competencia, sino sólo respecto al procedimiento adecuado.

La competencia objetiva ordinaria para conocer del juicio oral respecto a hechos calificados como delito, se distribuye entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales. Esta distribución se produce, atendido lo que establecen los arts. 89. bis. 2 y 82.1. 1º LOPJ en relación con el 14.3º y 4º LECRIM, con arreglo al siguiente criterio general: a los Juzgados de lo Penal se atribuye competencia objetiva para conocer de hechos constitutivos de algunos delitos especificados del modo que inmediatamente veremos; a las Audiencias provinciales se atribuye la competencia de modo residual, respecto a los delitos que no son competencia de los Juzgados de lo Penal.

La competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal comprende (art. 14.3º):

1º) Los hechos constitutivos de delito castigados con penas privativas de libertad no superior a seis años (arresto mayor y prisión menor).

2º) Los castigados con penas de multa cualquiera sea su cuantía.

3º) Los castigados con pena de privación del permiso de conducir cualquiera sea su duración. Esta es una regla especial respecto a lo que diremos en el número 4º, porque no le afecta el límite de duración que en el mismo se establece, aunque se trata de una pena privativa de derechos. De no haberse establecido esta regla especial, en los supuestos de los arts. 340 bis y 565 CP (duración de 2 a 10 años) se hubiera excluido en todo caso la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal.

4º) Los castigados con cualquier pena distinta a las anteriores, siempre que su duración no exceda de seis años (destierro, suspensión, caución, privación de licencia de caza).

El problema lo plantean aquí determinadas consecuencias sancionatorias de duración no temporalmente limitada no enunciadas como penas en el art. 27 CP, pero que el CP prevé que pueden imponerse por determinados delitos (privación de la patria potestad -art. 487 CP-, disolución de asociaciones ilícitas- art. 174 CP-, cierre de establecimientos -art. 452 bis d CP-). VARELA entiende que su previsión es irrelevante a efectos de competencia (VARELA, *Ámbito*, p. 77). PORTERO y otros sostienen la opinión contraria (PORTERO, *Comentarios*, pp. 19-21). El art. 26 CP, que no excluye el carácter de pena de las mismas, apoya la segunda postura, salvo que pudiera argumentarse que quedan cubiertas por una aplicación analógica del art. 26.4º CP.

5º) Los castigados con combinaciones de las anteriores penas (no sólo de las del número 4º con las de los números 1º, 2º y 3º -así, también, CFGE 1/1989, pp. 7-8-), en el sentido de estar prevista su imposición alternativa o conjunta (bien en el propio tipo, bien como pena accesoria -arts. 45 a 48 CP-).

Esta posibilidad punitiva excluye la competencia objetiva del Juzgado de lo Penal si alguna de las penas previstas excede de los límites fijados en los números 1º y 4º (PORTERO, *Comentarios* pp. 18, 21).

6º) Igualmente comprende por razón de conexión:

- Los hechos constitutivos de falta, incidental o no (en el sentido del art. 142. 4ª.5º), imputables a los autores de los delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con delitos de la competencia de los Juzgados de lo Penal.

- La pretensión civil acumulada, que se funde en hechos constitutivos de delito o falta de competencia de los Juzgados de lo Penal.

La competencia objetiva de las Audiencias Provinciales comprende (sin perjuicio de la ulterior diversificación del procedimiento adecuado):

1º) En cuanto a delitos individualizadamente considerados, los castigados con penas más graves que las señaladas en los anteriores números 1º y 4º, sean éstas únicas, conjuntas o alternativas.

2º) Por razón de conexión:

- Los delitos, cualquiera sea su penalidad, conexos con delitos que individualizadamente considerados sean de competencia de las Audiencias Provinciales (argumentando art. 18.1º).

- Las faltas, incidentales o no, imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando su comisión o su prueba estuviera relacionada con delito de competencia de la Audiencia Provincial y para cuyo enjuiciamiento sea adecuado el procedimiento abreviado (art. 790.5), pues, de no ser así, la competencia sólo se extiende a las faltas incidentales en el sentido del art. 142. 4ª. 5º (en contra de esta opinión -porque el concepto más amplio de falta conexa sólo lo establece el art. 14.3º respecto a los Juzgados- CFGE 1/1989, p. 10; VARELA, *Ámbito*, pp. 77-78. A favor, aduciendo lo dispuesto en el art. 790.5, MORENO, *El nuevo proceso*, p. 47).

- La pretensión civil acumulada que se funde en hechos constitutivos de delito o falta de competencia de la Audiencia Provincial.

En cuanto a ciertas cuestiones generales que influyen en la aplicación de las anteriores determinaciones, hay que indicar

1º) Las penas de referencia no son las penas concretas, sino las señaladas por la ley al tipo básico o cualificado que se estime concurrente (CFGE 1/1989, p. 9; VARELA, *Ámbito*, p. 77; ESCUSOL, *El proceso*, p. 81; PORTERO, *Comentarios*, p. 18). En consecuencia, las diferencias de penalidad debidas al grado de ejecución (arts. 51 y 52 CP), a la forma de participación (arts. 53, 54 CP), a circunstancias modificativas de la responsabilidad (arts. 61.5ª, 65, 66) y a las circunstancias cualificadas para la graduación individual de la pena del art. 57 bis b CP, no determinarán la competencia del Juzgado de lo Penal sí, por la pena prevista para el tipo aplicado, la competencia corresponde a la Audiencia Provincial.

2º) En los casos de delito continuado o de tipos de delito castigados con penas de diferentes grados (p. ej. arts. 344, 528, II y 344 bis CP), únicos supuestos en los que podría darse el problema que plantea MORENO CATENA (MORENO, *El nuevo proceso*. pp. 32-33), habrá que estar, a efectos de competencia objetiva, respectivamente, a la pena que corresponda en aplicación del art. 69 bis CP (CFGE 1/1989, p. 9) y al subtipo de penalidad más grave si resulta su concurrencia de los actos de investigación o de la prueba. Por las razones que ya expuse (ORTELLS, *La adecuación del procedimiento*, apartado 2), no comparto la opinión de la Fiscalía General del Estado de introducir, para el segundo caso, una distinción según el carácter preceptivo o facultativo en que esté prevista la penalidad específica.

2. Competencia objetiva especial por razón de la materia.

En primer lugar, se replantea el problema de si los delitos de injurias y calumnias contra particulares están atribuidos, por la materia, a la Audiencia Provincial, o quedan sometidos a las reglas de la competencia objetiva ordinaria. Este problema deriva de una cuestión previa sobre si puede ser adecuado el procedimiento abreviado para enjuiciar estos delitos (DEL MORAL, *Delitos*, pp. 43-45, reconoce que, considerados sólo las normas de competencia del art. 14.3º y 4º, es clara la atribución al Juzgado de lo Penal en función de la regla ordinaria de la penalidad). Ya he argumentado mi respuesta afirmativa al respecto (ORTELLS, *La adecuación del procedimiento*, apartado 2) y, por tanto, entiendo que para estos delitos no hay una competencia objetiva especial por la materia.

Competencia objetiva especial por razón de la materia es, sin duda la atribuida a los Juzgados Centrales de Instrucción, Juzgados Centrales de lo Penal y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Dentro de la delimitación de los delitos atribuidos por razón de la materia que realiza el art. 65.1º LOPJ, la distribución de la competencia objetiva entre los órganos antes citados se realiza del mismo modo que hemos expuesto en el inmediatamente anterior apartado a (arts. 88 y 89 bis.3 LOPJ, 14. 2º, 3º y 4º LECRIM). VARELA (VARELA, *Ámbito*, p. 74) entiende que esta regla tiene la excepción de los delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes, porque la atribución de competencia a la Audiencia Nacional, no la hace el art. 65.1 LOPJ, sino la disposición transitoria de la LO 4/1988, 25 de mayo. Ahora bien, la atribución de competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción la hacen los arts. 14. 3º LECRIM y 89 bis. 3 LOPJ no sólo en relación a los delitos del art. 65.1 LOPJ, sino "al ámbito que le es propio", que comprende (según el art. 89 bis.3 LOPJ) los delitos del art. 65 y "los demás asuntos que señalen las leyes". Los delitos de terrorismo quedan, pues, en su caso, comprendidos.

Hay, por otra parte, una norma especial de competencia por conexión en el art. 65.1º, II LOPJ, cuya aplicación puede plantear diversos problemas.

A mi juicio, el significado de esa norma es establecer un criterio atributivo de competencia por conexión de aplicación preferente a la de los números 1º y 2º del art. 18.

A partir de eso resulta posible que a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se atribuya, por conexión, competencia para conocer de un delito con pena mayor que el delito "principal" -que sería, en este caso, el atribuido inicialmente y por la materia a la competencia de esa Sala-. Esto puede dar lugar, en el caso de que para el delito principal fuera adecuado el procedimiento abreviado, pero no (por su mayor gravedad) para el delito conexo, a que el procedimiento deba cambiar a ordinario por delitos graves.

La norma no rige, a mi juicio, para la competencia por conexión de los Juzgados de lo Penal, porque la excluye una interpretación conjunta de los arts. 89 bis. 3 LOPJ y 14.3º LECRIM (en cuanto si el conexo fuera más grave no entraría en la competencia de estos Juzgados). La atribución de competencia por conexión se determinará, en este caso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 18.

3. Competencia objetiva especial por razón de la persona.

La competencia para el procedimiento preliminar (diligencias previas) corresponde, en la generalidad de los aforamientos, a un instructor comisionado (arts. 57.2, 61.2 y 73.4 LOPJ), y, en el caso de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, al Juez de instrucción territorialmente competente (art. 8.1 LO 2/1986, de 13 de marzo y la STC Pleno 55/1990, 28 de marzo, fundamento jurídico 7º).

En cierto modo, esta atribución competencial, unida a la aplicación del procedimiento abreviado, viene a suprimir una de las garantías especiales del aforamiento: la de que sobre el procesamiento deba resolver el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 303, V), lo que, de aplicarse el abreviado, debería suponer que sobre la admisibilidad de la acusación en atención a la existencia o no de indicios racionales de criminalidad también decidiera aquel órgano. Pero, en el abreviado, tal decisión no corresponde a ese órgano, sino al instructor (art. 790.6). Sin embargo, precisamente las reformas introducidas por la LO 7/1988 en la LOPJ, sobre la instrucción en casos de aforamiento (y la declaración de inconstitucionalidad del art. 8.1, II de la LOFCSE, por la STC Pleno 55/1990, 28 de marzo), conducen a que aquella garantía especial también se haya perdido en los procesos con procesamiento, porque la competencia para dictar éste corresponde ahora al instructor.

La competencia para el juicio oral corresponde, en sus respectivos casos, a la Sala segunda del Tribunal Supremo (art. 57.1. 2º y 3º LOPJ), a una Sala especial del mismo (art. 61.1. 4º LOPJ), a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia (art. 73.3, a y b LOPJ) y a la Audiencia Provincial (art. 8.1 LO 2/1986, 13 de marzo, en cuanto a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad).

El hecho de, en este ámbito de la competencia objetiva por razón de la persona, no haya atribución de la misma a un órgano jurisdiccional similar al Juzgado de lo Penal, puede plantear, cuando se tramita procedimiento abreviado, algunos problemas respecto a la competencia funcional (que se considerarán *infra*, B, c) y a la procedencia de ciertos actos procesales.

El segundo grupo de problemas se refiere a aquellos actos que son peculiares del proceso ante el Juzgado de lo Penal (art. 789.5ª -el juicio oral inmediato por reconocimiento de los hechos-, art. 794.2 -sentencia *in voce*-, art. 795 -recurso de apelación contra la sentencia). A mi juicio, no pueden realizarse en los casos de aforamiento, porque no son aquellos Juzgados los que conocen del proceso. Basta, para excluirlo, con la letra de las disposiciones citadas, porque no creo que sea correcto interpretar que las mismas pudieran aplicarse si, por la penalidad, la

competencia "hubiera correspondido" al Juzgado de lo Penal. Al haber atribuido la ley la competencia a otros órganos, ese razonamiento es superfluo. Además, en alguno de los supuestos, concurren otras razones, como la imposibilidad de que un órgano colegiado, sin suspender el juicio, dicte en el acto sentencia *in voce* y la inexistencia de órganos funcionalmente competentes para conocer de la apelación.

El órgano jurisdiccional competente *ratione personae* lo es también para conocer de los delitos conexos, imputados al aforado o a no aforados (art. 272, II; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, p. 459). El problema que pueda plantearse sobre el procedimiento adecuado (si para unos delitos es adecuado el ordinario y para otros el abreviado), entiendo que debe resolverse en favor de la adecuación del ordinario por delitos graves, por ofrecer mayores garantías.

III. LA COMPETENCIA FUNCIONAL

Partiré de las anteriores atribuciones de competencia objetiva y me limitaré a exponer los aspectos novedosos relacionados con la creación de los Juzgados de lo Penal y con el procedimiento abreviado.

1. En los supuestos de competencia objetiva ordinaria

La creación de los Juzgados de lo Penal requería determinar las competencias funcionales en relación con esos nuevos órganos de la organización judicial.

La relación entre estos órganos y los Juzgados de Instrucción que hubieran conocido de las diligencias previas del procedimiento abreviado cuyo juicio oral deba realizarse ante el Juzgado de lo Penal, no convierte a éste en "órgano jurisdiccional superior en grado" a efectos de atribuirle competencias funcionales (CFGE 1/1989, p. 65; PORTERO, *Comentarios*, p. 75).

La Audiencia Provincial es la funcionalmente competente para conocer de los recursos devolutivos admisibles contra resoluciones tanto de los Juzgados de Instrucción, como de los Juzgados de lo Penal (arts. 82.1. 3º LOPJ, 787. 1 in fine, 795. 1) y de las cuestiones de competencia entre los Juzgados de esas clases, si es superior común de los contendientes (art. 82.5, a LOPJ).

Otra cosa es que, iniciado el ejercicio de la competencia del Juzgado de lo Penal, éste pueda dictar resoluciones que afecten a la eficacia de las previamente dictadas por el Juzgado de Instrucción: p. ej. declarando su incompetencia (cuando el Juzgado de Instrucción hubiera determinado previamente que correspondía al Juzgado de lo Penal), modificando, por cambio de circunstancias, medidas cautelares adoptadas por el Juzgado de Instrucción (aunque el art. 790.7, I, adolece, en este aspecto, de cierta ambigüedad).

2. En los supuestos de competencia objetiva especial por razón de la materia.

Dentro de su competencia objetiva especial, lo que acabamos de decir sirve para los Juzgados Centrales de Instrucción y de lo Penal y para la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 65. 5º LOPJ, que habría que integrar analógicamente con el art. 82.5, a LOPJ, en cuanto a la competencia para resolver cuestiones de competencia).

Es, además, conveniente una advertencia: al no existir ninguna relación orgánica entre la Audiencia Nacional y las Audiencias Provinciales y los Juzgados (no centrales) de Instrucción o de lo Penal, ninguna competencia funcional se atribuye a la primera respecto a actividades de los segundos.

c) En los supuestos de competencia objetiva especial por razón de la persona.

Si nos centramos en el principal aspecto de la competencia funcional (la competencia para conocer de recursos), resulta que los mayores problemas no se refieren tanto a la propia competencia funcional, sino a la admisibilidad de recursos y a la clase de recursos admisibles.

Las competencias funcionales en relación con las actuaciones de los instructores comisionados y del Juez de Instrucción (en caso de aforamiento de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad) en las diligencias previas, deben corresponder, en sus respectivos casos, a las Salas que hubieran nombrado al magistrado instructor y a la Audiencia Provincial.

Ahora bien, así como en el caso de aforamiento de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, puede sostenerse que los recursos devolutivos admisibles son los establecidos en el art. 787 (porque el Juzgado de Instrucción es un órgano jurisdiccional diferenciado de la Audiencia), en los demás supuestos no es tan fácil sostener esta conclusión, porque quien dicta las resoluciones es el mismo órgano, sólo que con una composición diferenciada para la actividad de instrucción previa (VARELA, *Ámbito*, pp. 78-79). Partiendo de eso, resulta ciertamente cuestionable la admisibilidad de los recursos devolutivos contemplados en el art. 787. Pero tampoco el problema queda mejor resuelto si concluimos la admisibilidad del recurso de súplica, porque, o nos olvidamos de lo dispuesto en el art. 236 y entendemos que esta súplica ha de conocerla la Sala en composición colegiada, o la parte queda privada de la garantía de impugnar ciertas resoluciones de las diligencias previas ante un órgano diferente al que las ha dictado (y, además, aquí no cabría argumentar, como en el caso de sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo, que ese órgano no existe).

Sería conveniente dar solución legislativa expresa al problema. Pero, entre tanto, para evitar la disminución de garantías y para no forzar la interpretación del art. 236, me inclino por la aplicación del régimen de recursos devolutivos del art. 787.

La competencia funcional en relación con actuaciones de la Sala de lo Penal del TSJ y de la Audiencia Provincial corresponde a la Sala segunda del Tribunal Supremo. Y el recurso admisible será en todo caso, el de casación (art. 847, I y 848, I), porque no es relevante el razonamiento de que, por la penalidad y en defecto de aforamiento, la competencia hubiera correspondido al Juzgado de lo Penal. Lo decisivo es, simplemente, que no ha actuado éste por no ser competente, por lo que en modo alguno sería admisible el recurso de apelación configurado por el art. 795.

Obviamente, para terminar, el art. 847, II excluye todo problema de competencias funcionales en el caso de haber dictado sentencia en única instancia a la Sala segunda del Tribunal Supremo o la Sala especial del mismo a la que se refiere el art. 61 LOPJ.

IV. LA DETERMINACIÓN EN CONCRETO DE LA COMPETENCIA.

Partiendo de la base de que se está tramitando procedimiento abreviado, y, por tanto, se aplican las disposiciones propias de éste, encontramos entre las mismas, respecto a la materia que ahora nos ocupa, una de ámbito de aplicación más general (art. 782), y otras más específicas, referidas a diversos trámites del procedimiento (arts. 789. 5. 2ª y 3ª, 790.5, 6, IV y 7, III, 793.8). Además rigen las normas generales de LOPJ y LECRIM en cuanto no esté de otro modo normado por las disposiciones citadas.

No se plantean problemas especiales respecto a la competencia territorial y a la funcional. Al término de este apartado nos referiremos a la incidencia del artículo 782 en la tramitación de las cuestiones de competencia y de otras divergencias sobre la concreta atribución de la competencia que, legalmente, no tienen el carácter de "cuestión".

Respecto de la competencia objetiva habría que distinguir, para tratar de las actuaciones sobre su concreta atribución, entre dos etapas del procedimiento:

1ª) Hasta el auto de apertura del juicio oral (y partiendo del supuesto de unas diligencias previas conocidas por un Juzgado de Instrucción ordinario).

En aplicación de las normas generales, debe, en cualquier momento en que los resultados de la investigación den fundamento para esa resolución, inhibirse en favor del Juzgado de Paz (si los hechos constituyen falta de la competencia de éste), afirmar su propia competencia para conocer de los hechos en juicio de faltas o inhibirse en el órgano jurisdiccional competente (si la competencia corresponde a los Juzgados de Menores, a los tribunales militares, o a otros órganos jurisdiccionales por razón de la materia -Juzgados Centrales de Instrucción- o de la persona —todos los supuestos de aforamiento, con excepción del de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad—).

Al término de las diligencias previas, el art. 789.5 impone resolver sobre la competencia objetiva, aunque sólo contempla las opciones de que el hecho deba calificarse como falta (art. 789.5.2º), de que la competencia corresponda a los Juzgados de Menores o a los tribunales militares (art. 789.5.3ª) o de que la competencia corresponda al propio Juzgado de Instrucción -de momento y hasta que se resuelva la apertura del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial- (esta afirmación de la propia competencia está implícita en la resolución del art. 789.5.4ª). A mi juicio, nada excluye, sino que más bien lo imponen las reglas generales, que resuelva inhibirse en favor de otros órganos competentes.

En cuanto a la determinación de la competencia en el momento de resolver acerca del sobreseimiento o la apertura del juicio oral, son convenientes varias observaciones:

a) La misma realización de estas actuaciones por el Juzgado implica afirmación de su propia competencia, ligada a considerar adecuado el procedimiento abreviado. En defecto de esto la competencia para resolver el sobreseimiento o la apertura del juicio correspondería a la Audiencia Provincial.

b) El Juzgado puede sobreseer y entender que los hechos son constitutivos de falta (art. 639), con las correspondientes consecuencias sobre la competencia.

c) Al resolver la apertura del juicio, el Juez de Instrucción señalará "el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, cuando alguna de las partes solicite que el hecho sea enjuiciado por la Audiencia" (art. 790.6, IV).

Partiendo de que la designación del órgano competente debe hacerse en todo caso, no sólo en el que dice la disposición citada, la cuestión es en atención a qué debe hacer el Juez esa designación.

Las posturas doctrinales están divididas. La FGE entiende que si todas las acusaciones están conformes sobre la competencia de un órgano determinado, el Juez está vinculado a designar a ese órgano; en otro caso, resolverá sobre la competencia de acuerdo con las normas que la regulan (CFGE 1/1989, p. 54). VARELA, atendiendo -dice- a la analogía con el art. 793.8, opina que el Juez ha de resolver vinculado por la acusación más grave (VARELA, *Investigación*, p. 169). ESCUSOL, que sostiene, en principio, esa misma opinión, hace inmediatamente la salvedad de que la acusación más grave "sea incongruente y proceda, realmente, que el hecho sea enjuiciado por el Juzgado de lo Penal" (ESCUSOL, *El proceso*, pp. 167-168).

A mi juicio, en primer término, debe advertirse que la calificación jurídica sostenida en las acusaciones puede condicionar la resolución sobre la competencia, pero ésta no depende de una petición de los acusadores estrictamente referida a la competencia, de modo que si esta petición es incoherente con la calificación hecha, sobre la competencia se resolverá atendiendo a la calificación.

El art. 790.6, IV, con su defectuosa expresión, quiere establecer una vinculación: si todos los acusadores califican los hechos como delitos de competencia del Juzgado de lo Penal, el Juez de Instrucción deberá señalar a ese órgano como competente. Con ello el tema de la competencia objetiva no queda definitivamente cerrado, como inmediatamente recuerda el propio art. 790, 7, III.

También es segura la solución para el supuesto de que unos acusadores califiquen como delito de competencia del Juzgado y otros como delito de competencia de la Audiencia: el Juez resolverá atendiendo a la calificación que estime más correcta en función de los hechos por los que se acusa, y, si hubiera también divergencia en cuanto a los hechos, en función de los que estime acreditados por el resultado de la investigación.

Más problemática es la solución si todos los acusadores califican los hechos como delitos de competencia de la Audiencia. Hay una cierta contradicción entre el art. 790.6, IV -que, tanto en el texto del proyecto, como en el definitivo, parece querer someter la atribución de competencia a la Audiencia a un especial control- y el art. 793.8 -que podría aplicarse por analogía, con el resultado de vincular a atribuir la competencia a la Audiencia-. Me inclino por la aplicación analógica del art. 793.8 porque, dada la postura de los acusadores, es muy probable que ese precepto deba entrar en juego en su momento, con sus inconvenientes repercusiones sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la economía procesal.

2ª) Después de la apertura del juicio oral

Si, una vez abierto el juicio oral, los hechos se reputan sólo constitutivos de falta, o constitutivos de delito de la competencia del Juzgado de lo Penal, el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial, en el primer caso, y la Audiencia Provincial, en el segundo caso, no pierden su competencia objetiva. En estos supuestos la competencia para lo más incluye la competencia para lo menos, por una interpretación *a contrario sensu* de los arts. 790.7, III y 793.8 (en el mismo sentido CFGE 1/1989, p. 59; en contra MORENO, *El nuevo proceso*, p. 44).

Si conoce del juicio oral el Juzgado de lo Penal, la ley impone su inhibición en la Audiencia Provincial si todos los acusadores califican los hechos como delitos castigados con pena que excede de la competencia del mismo, mientras que, en defecto de esa unanimidad, deja a juicio del Juez, en atención al resultado de la prueba, la decisión del tema competencial (art. 793.8 en relación con el 790.7, III). El "fuera del supuesto anterior" del art. 793.8, comprende tanto el supuesto de que unos acusadores hubieran sostenido calificación que exceda de la competencia del Juzgado y otros no, como el supuesto de que ninguno la hubiera sostenido, pero el Juzgado la estimara procedente atendido el resultado de la prueba practicada.

Salvo el art. 789.5.3ª, las normas del proceso abreviado no se refieren expresamente a resoluciones para la determinación concreta de otras competencias objetivas especiales por razón de la materia o de la persona (los arts. 790.6, IV y 7, III

y 793.8 sólo contemplan problemas de atribución de la competencia objetiva ordinaria). A mi juicio, en aplicación de las normas generales, los Juzgados de Instrucción y de lo Penal y las Audiencias Provinciales deberán inhibirse en los órganos titulares de esas competencias objetivas especiales si los resultados de la investigación y de la prueba fundan la concurrencia de las mismas.

V. CUESTIONES DE COMPETENCIA.

La determinación concreta de la competencia puede dar lugar a resoluciones divergentes entre los órganos jurisdiccionales, porque varios de ellos sostengan simultáneamente ser competentes para la causa o, del mismo modo, rechacen serlo. El art. 782 establece normas especiales para tramitar y resolver estas divergencias, aplicables en el supuesto de que se esté tramitando procedimiento abreviado. Sólo por simplificación he utilizado en el epígrafe el *nomen iuris* de cuestiones de competencia que, de acuerdo con el art. 52 LOPJ, no correspondería a todas las modalidades de estas divergencias.

a) La regla 1ª del art. 782 se refiere a las cuestiones de competencia territorial, aunque, como luego veremos, también habrá de aplicarse a cuestiones sobre competencia objetiva en algunos supuestos.

En esencia, esta regla viene a generalizar, con alguna modificación, para todas las etapas del procedimiento, el régimen simplificado de tratamiento de estas cuestiones que el art. 22 establece para las que se planteen en el sumario del proceso ordinario. Con ello no hace más que seguir la que ha sido orientación tradicional para los procedimientos de urgencia desde la primera redacción de LECRIM (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, p. 508).

Contra lo que a veces se ha sostenido (FERRER MARTIN, *La reforma procesal*, pp. 511-512, y, ya respecto a esta norma del abreviado, PORTERO, *Comentarios*, p. 33), el art. 22 -y el 782. 1ª en cuanto generalización del mismo, con alguna modificación- no es una norma que precise ser integrada con las que en el libro I, capítulo II de LECRIM regulan, con más detalle, la tramitación de las cuestiones de competencia. Como demostró hace tiempo GÓMEZ ORBANEJA, (*Comentarios*, I, pp. 506-509) el art. 22 regula por sí sólo, dentro de su simplicidad, esa tramitación, con el único complemento de determinados artículos -arts. 25, III, sobre recurso contra el auto de inhibición, 26, sobre legitimación para instar el planteamiento de cuestiones, y los que hacen impugnables los autos que niegan el planteamiento de la cuestión o la resuelven por acuerdo (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, p. 516)-.

En consecuencia, no forman parte del trámite las audiencias previas del Ministerio Fiscal y de las partes antes de acordar requerir o no de inhibición (art. 34) o acceder o no a ese requerimiento (art. 37); no es necesaria la resolución del órgano requirente prevista en el art. 40 -porque la primera comunicación cruzada ya ha revelado el desacuerdo-. Y todo ello también, en cuanto sea aplicable, respecto a la

tramitación de la declinatoria, que, por lo demás, carece de regulación cuando se plantea en fase de instrucción (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, pp. 565-566).

La tramitación de las cuestiones de competencia se someterá, pues, a ese régimen simplificado, con las modificaciones que introduce el art. 782. 1ª y otras disposiciones. Concretamente:

1ª) Antes de resolver la cuestión, el órgano competente para ello según la LOPJ, oirá "*in voce*" al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, por lo que será necesario que éstas sean emplazadas para ante aquél.

2ª) La cuestión se resuelve sin ulterior recurso.

3ª) Para los recursos admisibles contra las resoluciones que accedan o nieguen el planteamiento de la cuestión, dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 787.

4ª) La declinatoria, en la etapa de juicio oral, no se planteará como artículo de previo pronunciamiento, sino en el incidente inicial de la vista (art. 793.2).

En cuanto al efecto suspensivo o no de la promoción de las cuestiones de competencia, el art. 782. 1ª, II, reitera en esencia, lo dispuesto en el art. 22, II, para el caso de que se promuevan durante la instrucción: podrán practicarse las diligencias urgentes e indispensables para la comprobación del delito y averiguación e identificación de los responsables.

Sin embargo es más problemático el efecto suspensivo absoluto que, según arts. 24 y 782. 1ª, II, *a contrario sensu*, debe producirse si se promueven después de terminada la instrucción. En el abreviado, a diferencia del ordinario, no existe un punto de referencia tan definido, a estos efectos, como el auto de conclusión del sumario. Cabría pensar que la resolución equiparable, en el abreviado, fuera el auto previsto en arts. 789.5. 4ª y 790.1, sin que sea óbice para tal equiparación la posibilidad de que se solicite y acuerde la práctica de diligencias complementarias, porque también en el ordinario puede ser revocado el auto de conclusión, sin que por ello deje de entenderse que es ese auto, y no su confirmación, el que señala el límite a efectos del art. 24 (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, p. 491). A partir del auto del art. 790.1 el efecto suspensivo será absoluto, aunque si la promoción de la cuestión se produjera cuando ya se hubieran propuesto diligencias complementarias, debería entrar nuevamente en juego el art. 782. 1ª, II.

b) Las reglas 2ª y 3ª del art. 782 se refieren a las divergencias sobre competencia objetiva (entre tribunales ordinarios) y sobre competencia funcional, y establecen un régimen que responde a la misma *ratio* que el art. 21 LECRIM y el art. 52 LOPJ.

Si la divergencia sobre competencia objetiva está combinada con una cuestión de competencia territorial, este régimen no es aplicable, porque las Audiencias no son "respectivas" de los Juzgados, ni los órganos afectados están "subordinados entre sí". Tampoco es aplicable a las divergencias sobre competencia objetiva estrictamente, entre, de un lado, la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales, y, de otro, los Juzgados de Instrucción, de lo Penal, Audiencias Provinciales y Salas de lo Penal de Tribunales Superiores de Justicia, porque entre aquéllos y éstos no existe ninguna vinculación en la estructura de la organización judicial. En ambos casos se aplica el régimen de las cuestiones de competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- DEL MORAL GARCÍA, A., *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, Madrid, 1990.
- ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento abreviado*, Madrid, 1990.
- FERRER MARTIN, D., *La reforma procesal penal de la Ley 3/1967, de 8 de abril*, Pretor, 1968.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1947.
- MORENO CATENA, V., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, con ALMAGRO, J., CORTES, V., GIMENO, V., Valencia, 1989.
- ORTELLS RAMOS, M., *El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales*, en Justicia, 1989-III.
- ORTELLS RAMOS, M., *La adecuación del procedimiento en el proceso abreviado*, pendiente de publicación en la Revista de Derecho Procesal.
- PORTERO, L., REIG, J.V., MARCHENA. M., *Comentarios de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, s. f.
- VARELA CASTRO, L., *Ámbito del procedimiento y normas de competencia*, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990.
- VARELA CASTRO, L., *Investigación y preparación del juicio oral*, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990.

**JUICIO RÁPIDO EN LA INSTRUCCIÓN, INTRODUCCIÓN Y GÉNESIS DEL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS.
INCOACIÓN EN DILIGENCIAS EN JUZGADO DE GUARDIA. CONFECCIÓN DE DILIGENCIAS POLICIALES. REQUISITOS PROCESALES DEL ART. 789.5.5. SOLICITUD Y RECONOCIMIENTO DE HECHOS. ALCANCE Y POSIBLES MODALIDADES^(*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1. INSTRUCCIÓN PREVIA Y AGILIZACIÓN DEL PROCESO PENAL: TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL PROCESO ABREVIADO. 2. EL ATESTADO POLICIAL «COMPLETO» COMO INSTRUMENTO DE AGILIZACIÓN. 3. TÉCNICAS LEGALES PARA PROMOVER LA CONFECCIÓN DE ATESTADOS POLICIALES «COMPLETOS». 4. LAS NECESIDADES DE COMPLEMENTACIÓN JUDICIAL DEL ATESTADO. 5. EL INSTRUMENTO ESPECÍFICO DE ACELERACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 789.5.5.^a DE LA LECRIM.

^(*) Publicado en *Cursos sobre los denominados juicios rápidos*, Consejo General del Poder Judicial, Valencia, 1994, pp. 67-76.

1. INSTRUCCIÓN PREVIA Y AGILIZACIÓN DEL PROCESO PENAL: TRATAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL PROCESO ABREVIADO

Una arraigada rutina inquisitiva de nuestro aparato judicial, no rectificadas mediante unas normas más explícitas y estrictas de la LECRIM, favoreció, desde el mismo momento de la gestación de esa Ley, la conversión del sumario y de cualquier otra forma de instrucción previa en una recolección y examen exhaustivo de los elementos de convicción importantes para la causa. Añádase a ello la dosis complementaria de complejidad y formalismo que genera por sí una organización burocratizada y se comprenderá como en la fase de instrucción previa se producen los mayores retrasos del Proceso Penal.

Estos rasgos negativos de la práctica de la instrucción previa se producen contra todo fundamento, puesto que la función de esa fase del proceso en un sistema de oralidad no justifica la tendencia a la exhaustividad en su contenido de investigación. Es más, el claro desbordamiento que suele darse ha contribuido poderosamente a falsear el modelo procedimental de la LECRIM. Una instrucción previa judicial muy completa y, aún más, con las garantías para la defensa que se introducen en la reforma de 1978, hace difícilmente resistibles ciertas tentaciones de economía procesal mal entendida, que acechan en el momento del Juicio oral: ¿Por qué echar a perder la labor realizada, con todas las garantías, por el juez? ¿Por qué deber reiterar esa labor, con sujeción a algunas formas distintas, cuando a esa «reiteración» (práctica como prueba) se oponga una mínima dificultad? Por ese camino los términos acaban invirtiéndose: en vez de ser la instrucción una preparación del juicio, el juicio pasa a ser un epílogo complementario y corrector de la instrucción.

Cualquier reforma del proceso penal que parta de una clara toma de conciencia de ese problema y se proponga reconducir a sus justos límites el contenido de investigación de la instrucción previa, merece aprobación, porque contribuye a la efectividad del procedimiento oral y a un Proceso Penal sin dilaciones indebidas.

El régimen del Proceso Abreviado se sitúa en la orientación apuntada, como lo demuestra la expresa declaración de intenciones en la exposición de motivos y la serie de disposiciones que inmediatamente analizaremos. En verdad, el acierto no ha sido completo, pero es que la materia (fijación de límites a la investigación) presenta especial dificultad.

Veamos las principales disposiciones puestas al servicio del objeto apuntado.

1.^a Artículo 789.3 de la LECRIM: *A contrario* se deduce que si las diligencias practicadas en el atestado son suficientes para formular acusación, no hay que completarlas con diligencias previas judiciales. En todo caso, estas últimas han de limitarse a las esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el Órgano competente para el enjuiciamiento.

2.^a Artículo 789.4 de la LECRIM: Contemplando las solicitudes de actos de investigación de imputados, ofendidos y responsables civiles, insiste en que el juez debe rechazar diligencias no imprescindibles para abrir el Juicio oral.

3.^a Artículo 789.5.5.' de la LECRIM: Con el límite de la competencia del Juez de lo Penal, la confesión del imputado, con ciertos requisitos, autoriza al Juez de Instrucción para concluir la instrucción inmediatamente y remitir a juicio. Ciertamente este contenido de la instrucción es suficiente para la acusación y la instrucción se simplifica en comparación con lo que debería hacerse si se aplicara el artículo 406 de la LECRIM.

4.^a Artículo 790.1 y 2 de la LECRIM: Permite la inmediata remisión a juicio oral cuando el juez considere que existen suficientes elementos para formular acusación, por haberse practicado, en su caso, las diligencias del apartado 3 del art. 789, y autoriza, como excepción, un complemento de la investigación cuando sea imposible formular acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación.

Centraré mi estudio, como lo requiere la asignación de materias que me ha hecho la organización del curso, en dos aspectos: 1.^a) el atestado policial completo como instrumento de aceleración, lo que obligará también a considerar las necesidades de complementación judicial del mismo; 2.^a) el instrumento específico de aceleración previsto en el artículo 789.5.^a de la LECRIM.

2. EL ATESTADO POLICIAL «COMPLETO» COMO INSTRUMENTO DE AGILIZACIÓN

Hasta la reforma de 28 de diciembre de 1988, la instrucción previa en el proceso penal español era, una instrucción previa exclusivamente judicial, en el sentido de que ni actividades materialmente investigadoras distintas a las realizadas por el juez se integraban jurídicamente en la instrucción, ni el juez se limitaba a ordenar a sus auxiliares y colaboradores la práctica de los actos que integraban la instrucción, sino que, salvo los de estricta ejecución, debía realizarlos el mismo (sobre estos temas, con cierta amplitud, ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre*, Justicia, 1984-IV, pp. 789-793; *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, Justicia, 1989-III, pp. 549-552; *Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, Barcelona, 1991, pp. 126-142). En síntesis, esta regla se establecía -y se establece, aun hoy, para el proceso ordinario común por el art. 303 de la LECRIM, según el cual

«la formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponded. a los Jueces de Instrucción por los delitos que se cometan en su partido... ».

Esto no supone negar que Órganos del Poder Público distintos al órgano jurisdiccional puedan y deban realizar comprobaciones e investigaciones relativas a hechos aparentemente delictivos. Lo que significa es, en cambio, esto: que si ese régimen legal que atribuye solo al juez la realización de la instrucción previa debe tener un sentido, ese debe ser que las resoluciones y otros actos que precisen fundamentarse en el contenido de la instrucción, no pueden más que basarse en los actos de investigación que jurídicamente forman parte de la misma, pero no en investigaciones sólo materialmente equivalentes a aquellos.

En el régimen del Proceso Abreviado, la regla general de la instrucción previa exclusivamente judicial, queda matizada por una excepción de gran importancia. La disposición clave es el artículo 789.3 de la LECRIM, según el cual:

«Sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación..., el Juez ordenara a la Policía Judicial o practicara por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el Órgano competente... ».

El profundo sentido de esta disposición -una vez corregida su interpretación literal, que parece limitarla al atestado de la Policía (C.P.G.E. 1/1989, pág. 37 del suplemento al B.I.M.J., núm. 1.522)- es el siguiente: si las diligencias de investigación practicadas por la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal solo precisan ser completadas mediante una instrucción previa judicial, o dirigida por el juez, en cuanto sean materialmente insuficientes para fundar la acusación, es que, desde un punto de vista jurídico-formal, tienen la eficacia propia de actos de la instrucción previa y no necesitan ser judicialmente reiteradas.

Se produce, en consecuencia, una limitación del contenido de las diligencias previas, en cuanto a los actos de investigación que en ellas deben realizarse por el juez o siguiendo sus ordenes, por la Policía Judicial. Cuál debe ser el alcance de esa limitación, es lo que voy a estudiar en los siguientes apartados.

La suficiencia para formular acusación de las diligencias practicadas en el atestado, depende de dos factores de muy distinta naturaleza: primero, de las diligencias que el atestado puede contener, o, de otro modo, de las diligencias de investigación que la Policía Judicial está legalmente autorizada a practicar en el mismo; segundo, de que, realizadas las diligencias del atestado dentro de los límites legales, sean o no de hecho suficientes para fundar la acusación.

En cuanto al primer factor entiendo que de una interpretación sistemática de los preceptos rectores de la actividad de la Policía Judicial (con especial atención, por lo que aquí interesa, al art. 284 de la LECRIM, que especifica las investigaciones «autónomas» de la policía por razón de delito concreto antes de iniciarse proceso, y al art. 13 de la LECRIM, que determina cuáles son las diligencias de prevención o primeras diligencias) se deduce que la Ley habilita a la Policía -además de para dar protección a los perjudicados y para detener a los presuntos responsables- para realizar una constatación del estado material de cosas resultante de la aparente acción delictiva, con secuestro de los elementos materiales relacionados con ella y dejando constancia de aquellos datos que se observan como relevantes para la investigación (nombres de los testigos próximos y primeras declaraciones, primera declaración del presunto responsable, determinaciones periciales y reconocimientos necesitados de práctica inmediata: arts. 292 y 293 de la LECRIM).

La Policía Judicial, de propia autoridad y cuando su actividad se proyecta sobre un concreto hecho aparentemente delictivo, no puede traspasar esos límites y desarrollar, más allá de la comprobación de los datos que inmediatamente le presenta la situación resultante de aquel hecho, una investigación compleja para alcanzar un cabal conocimiento del hecho y de la participación en el mismo del presunto responsable. Tiene competencia para participar en esa investigación, pero, en cuanto exceda de las diligencias de prevención, esa competencia se halla subordinada al Ministerio Fiscal y a los Órganos jurisdiccionales, a quienes ha debido dar noticia inmediata de la práctica de las primeras diligencias (arts. 284, 286 y 295 de la LECRIM).

Las expresiones que, en los arts. 282 de la LECRIM, 445.1, a L.O.P.J. y 11.1, g) LOFCS, describen con gran amplitud las funciones de investigación de la Policía Judicial, no pueden interpretarse en un sentido que autorice esa ilimitada investigación policial autónoma, sino sistemáticamente con las disposiciones que distinguen entre las actividades «autónomas» de investigación (diligencias de prevención) y las que debe realizar con subordinación al Ministerio Fiscal y a los Órganos jurisdiccionales. Los artículos 4 («Practicarán por propia iniciativa... las primeras diligencias de prevención y aseguramiento...») y 20 y 21 del Real Decreto 769/1987, 19 de junio, sobre la regulación de la Policía Judicial, responden con bastante precisión a esa distinción.

Una última observación: las especialidades sobre la investigación policial respecto a delitos para los que es adecuado el Abreviad, que establece el artículo 786 de la LECRIM, no suponen una ampliación de los límites vistos de la investigación policial «autónoma». La regla segunda más bien los confirma.

Tras la incidencia de este primer factor limitativo del contenido del atestado, que el mismo sea o no suficiente para formular acusación será una cuestión de hecho, en el sentido de que dependerá de que la Policía haya sabido o haya podido reunir, en las diligencias de prevención que documenta el atestado, comprobaciones suficientes con aquella finalidad.

¿Cómo y hasta qué punto pueden el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales ejercer influencia para que ese resultado de mero hecho se produzca del mejor modo posible, entendiéndose por tal que los atestados se presenten con un contenido óptimo, que haga innecesarias posteriores diligencias de investigación fiscales y judiciales?

3. TÉCNICAS LEGALES PARA PROMOVER LA CONFECCIÓN DE ATESTADOS POLICIALES «COMPLETOS»

La vía puede ser la de entender que las órdenes e instrucciones a las que se refiere el artículo 35, a LOFCS, pueden versar no sólo sobre actividades concretas, sino tener un carácter general (como expresamente reconoce, para el Ministerio Fiscal, el artículo 781, II de la LECRIM) orientador del contenido suficiente de los atestados según, por ejemplo, tipos de delito. Pero, en todo caso, habría que tener en cuenta que esas instrucciones generales no podrían ampliar las competencias que la Policía puede ejercer de propia iniciativa, porque esas instrucciones –según el propio artículo 35, a LOFCS- están sometidas a los límites de la Ley y se dictan en ejecución de la misma. Tales instrucciones tendrían que ceñirse a encauzar el ejercicio de esa competencia hacia la constatación más completa posible de los datos jurídicamente relevantes.

La posibilidad de utilizar las instrucciones de carácter general como técnica para promover que los atestados policiales que se presentan sean, ya inicialmente, completos o tendencialmente completos depende de un factor organizativo y además, como ya he apuntado, no parece estar igualmente disponible para el Ministerio Fiscal y para los jueces de instrucción.

A) El factor organizativo

Es cierto, de entrada, también para el proceso abreviado, que por actividad de la policía judicial debe entenderse tanto la que es resultado de las funciones de cooperación en el proceso penal atribuidas *in genere* a las fuerzas y cuerpos de seguridad públicos, como las que realizan las Unidades Orgánicas de policía judicial.

Sin embargo, la especial importancia que, en este procedimiento, tiene la posibilidad de que el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales impartan órdenes a la policía judicial para la práctica de actos de investigación (arts. 781, II, 785 bis, 1 y 789.3), hace pasar a un primer plano la intervención de las Unidades Orgánicas, dado que sólo respecto a éstas aquella posibilidad es más efectiva.

Veamos las razones de la última afirmación: 1.^a) Respecto a las Unidades Orgánicas de Policía Judicial se establece una relación de dependencia funcional con el Ministerio Fiscal y las autoridades judiciales (arts. 441. y 446 de la LOPJ; arts. 30, 31, 34 y 35 de la LOFCS; capítulos II al V RD 769/1987), mientras que respecto a las funciones de policía judicial atribuidas *in genere* a las fuerzas y cuerpos de seguridad públicos existe sólo un deber legal de auxilio a la Justicia (art. 443 LOPJ), que ha de cumplirse a requerimiento del Ministerio Fiscal y de los órganos jurisdiccionales (arts. 1 y 2 RD 769/1987). 2.^a) Los funcionarios adscritos a las Unidades de Policía Judicial cuentan con una especialización en esa área de actividad (art. 32 LOFCS) y se dedican en exclusiva a funciones de policía judicial, salvo alguna excepción (art. 33 LOFCS).

Una y otra razón justifican que, en definitiva, el ejercicio de funciones de policía judicial por miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad no integrados en Unidades Orgánicas de Policía Judicial, se configure normativamente con carácter de excepcionalidad, en defecto de la posible intervención de las Unidades Orgánicas. Los arts. 2 al 5 del RD 769/1987, que concretan a nivel reglamentario esa excepcionalidad, representan un correcto desarrollo de las disposiciones de rango legal sobre las materia.

B) La posibilidad de impartir instrucciones -no ceñidas a la investigación de un hecho concreto- no parece estar igualmente disponible para el Ministerio Fiscal que para los Jueces de Instrucción.

El art. 781, II atribuye expresamente al Ministerio Fiscal competencia para dictar instrucciones generales a la policía judicial. No considero, en consecuencia, justificado poner en cuestión esa competencia, como hace MORENO CATENA (MORENO, *Dependencia orgánica y dependencia funcional de la Policía Judicial*, en Poder judicial, núm. esp. VIII, p. 153) al comentar lo que sostiene al respecto la Fiscalía General del Estado (CFGE 1/1989, pp. 21-23).

Esta competencia se halla sometida, en el aspecto que ahora nos interesa, a las siguientes limitaciones:

1.^a) Estas instrucciones no pueden afectar a los miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad públicos en general, aunque estos deben desempeñar funciones de policía judicial, porque al no existir una relación de dependencia funcional entre aquellos y el Ministerio Fiscal, sino un deber legal de auxilio, la competencia del Ministerio Fiscal para dar instrucciones sobre la actividad de esos cuerpos no

encuentra sustento legal (argumentando art. 7 LPA; además, tales instrucciones entrarían en colisión con lo dispuesto por el art. 10 LOFCS).

2.^a) Las instrucciones obligaran a los miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial del ámbito territorial al que se extiende la competencia de la Fiscalía que las imparta, a los de las Unidades Adscritas a la misma y a las adscritas a Fiscalías subordinadas. No obligaran, sin embargo, a los funcionarios de Unidades Adscritas a órganos jurisdiccionales determinados, porque, en tal caso, la dependencia funcional se establece sólo respecto de tales órganos (art. 30.2 LOFCS; art. 26 RD 769/1987).

3.^a) Dentro de la anterior limitación, las instrucciones podrán versar, sin duda, sobre las actividades de las Unidades de Policía Judicial relativas a la investigación de delitos con anterioridad a la iniciación de proceso respecto a los hechos (art. 20 RD 769/1987). Las instrucciones relativas a la actividad de investigación posterior a la incoación de proceso, deberán limitarse a la competencia de investigación que, en esa circunstancia, continua siendo propia del Ministerio Fiscal y dejaran plenamente a salvo la subordinación a las instrucciones que curse el órgano jurisdiccional que conozca del proceso.

Para las instrucciones generales (no referidas a la investigación de un hecho determinado) emanadas de los órganos jurisdiccionales, no hay título legal expreso. Respecto de las Unidades Orgánicas, ese título me parece muy difícil de hallar, aún por vía interpretativa mas o menos compleja, dado que la asignación a determinados funcionarios de aquellas de una investigación (que es el presupuesto que constituye la dependencia funcional respecto al órgano jurisdiccional que dirige el proceso correspondiente -arts. 31 y 35, I LOFCS; art. 21 RD 769/1987-) lo es siempre para casos concretos.

El único supuesto en que las instrucciones generales emanadas de un órgano jurisdiccional podrían tener sustento legal es el de las Unidades Adscritas, pero no en cualquiera de las modalidades de adscripción (art. 30.2, 35, I, inciso primero LOFCS; arts. 23, 26, I RD 769/1987), sino en la específica de adscripción a un órgano jurisdiccional determinado -en el sentido más estricto de los términos(art. 26, II RD 769/1987) porque en este caso la dependencia funcional queda ya establecida, en general, respecto de ese órgano, y no se constituye en función de la investigación de cada caso singular.

4. LAS NECESIDADES DE COMPLEMENTACIÓN JUDICIAL DEL ATESTADO

En definitiva es el Juez de Instrucción quien debe determinar si la investigación está completa para continuar con las siguientes fases del procedimiento.

Por lo tanto, el problema a resolver es el siguiente: ¿Cuando la instrucción previa de este procedimiento debe considerarse completa desde el punto de vista de los actos de investigación a practicar en la misma? (Cuál es el contenido de investigación que la instrucción previa debe tener, tanto si esta se realiza, desde el principio, como diligencias previas, como si en estas últimas diligencias sólo han de complementarse los resultados de un atestado policial o/y de unas diligencias de investigación del M.F.? Y, por fin, un perfil específico dentro de ese mismo planteamiento: (Cómo puede incidir en ese contenido el derecho de defensa que el imputado tiene también en la fase de instrucción previa?

Me limitare a mencionar que es contenido preceptivo de las diligencias previas el interrogatorio judicial del imputado (art. 789.4).

Es cierto que la naturaleza de ese acto es compleja, y que no puede sostenerse, sin más, que es un acto de investigación. Pero también lo es que no pueden despreciarse sus resultados informativos sobre los hechos investigados (lo demuestra la disposición del art. 789.5.5.^a).

Por lo demás, la fijación del parámetro de la suficiencia del contenido de investigación de las diligencias previas, no se hace en la Ley de un modo uniforme, sino que es objeto de varias disposiciones entre sí divergentes.

En el mismo apartado 3 del artículo 789 hay dos menciones relevantes para esa fijación que en absoluto concuerdan entre sí. Se empieza por disponer que «sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación» el juez practicara otras diligencias. Razonable parece pensar que estas deben ser las que falten para conseguir que el conjunta sea suficiente para formular acusación y no las adecuadas para otros fines. Pero el Legislador, con un notable requiebro a la lógica, dispone inmediatamente que, tanto en el supuesto del inciso primero, como en el de investigación *ab initio judicial*, las diligencias que se ordenaran serán las «esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en el hayan participado y el Órgano competente para el enjuiciamiento»; es decir, unos objetivos no tan unilaterales como el de formular acusación.

Por si hiciera falta aumentar la confusión, el artículo 789.4, al sentar el criterio con el que el juez ha de resolver sobre la proposición de diligencias del imputado, del acusador particular y del actor civil, se refiere a que las diligencias sean necesarias para abrir el Juicio oral. Finalidad que, por ser absolutamente absurda respecto a las diligencias que el imputado tiene legítimo interés en proponer, entiendo que sólo puede interpretarse en el sentido más neutro de que sean diligencias necesarias *para resolver* (en uno u otro sentido) sobre la apertura del Juicio oral.

Sin perjuicio de que cabe intentar una interpretación que unifique los significados de las tres dispares referencias legales (la del apartado 4 está muy próxima a la segunda que establece el apartado 3; la de suficiencia para formular acusación sería reconducible, interpretada sistemáticamente con los preceptos que determinan que la acusación ha de plantearse ante el Órgano competente y que, para ser admisible, no han de concurrir causas de sobreseimiento: art. 790.6), lo realmente decisivo para fijar la regla de la suficiencia de la investigación me parece que son las necesidades de enjuiciamiento que plantean las resoluciones que han de fundarse en los resultados de esa investigación (a saber: resoluciones sobre medidas cautelares, sobre competencia y adecuación del procedimiento, y sobre apertura del juicio o, alternativamente, sobreseimiento).

En este sentido es pertinente, y debe practicarse de oficio o a propuesta de parte, todo acto de investigación que tenga por objeto datos cuya comprobación tenga influencia en el sentido de aquellas resoluciones.

El derecho del imputado a la práctica de actos de investigación que pueden inclinar a su favor el sentido de tales resoluciones, ya fue reconocido en el C.F.G.E. 1/1989, pp. 40-41, y encuentra clara expresión en la S.T.C. (Pleno) 186/1990, 15 de noviembre (y en otras de amparo sobre supuestos similares), que, si bien estima que no es inconstitucional que el imputado no deba ser oído y no deban aceptársele diligencias complementarias en el trámite del artículo 790.2, 10 hace precisamente por entender que antes de ese trámite y dentro de la fase de diligencias previas, el imputado, informado de su condición de tal y de los derechos que le asisten, ha podido personarse, formular alegaciones y solicitar la práctica de actas de investigación con vistas a que se pueda acordar el sobreseimiento o dictar otra resolución favorable a su postura procesal.

Sólo puntualizare, para terminar, que, por no ser la investigación policial y la del Ministerio Fiscal las más adecuadas para dar plena efectividad a los derechos de la defensa en la instrucción previa, suplir sus insuficiencias precisamente desde la perspectiva de la defensa, puede ser uno de los principales supuestos de la complementación que aquellas investigaciones requerirán (ORTELLS, *El nuevo procedimiento penal abreviado*, pp. 564-565; *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica*, RD Proc. 1.190-2, pp. 252-259).

5. EL INSTRUMENTO ESPECIFICO DE ACELERACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 789.5.5^a DE LA LECRIM

En la consideración de lo dispuesto por el artículo 789.5.5.^a se hace necesario distinguir unos efectos que, de modo inmediato, puede determinarse si se van a producir o no, y otros efectos cuya producción depende de que la expectativa implícita del Legislador de que el reconocimiento de hechos en las diligencias previas sea, en un trámite posterior del proceso, seguido de una conformidad del acusado. Tal vez esto último sea, para el Legislador, probable, previsible e incluso deseable. Pero es evidente que sólo ocurrirá si ocurre. Pero si no ocurre el problema será si el modo en que, con gran optimismo, el Legislador prefigura la continuación del proceso podrá o no mantenerse (Sobre el juicio oral inmediato véase FERNÁNDEZ ENTRALGO, I., *Justicia a cien por hora. El principio de consenso en el procedimiento abreviado*, La Ley, 1991-3, pp. 1.049-1.065).

Aquí debemos limitarnos a considerar la primer a clase de efectos. Precisamente lo dispuesto en cuanto a los mismos por el artículo 789.5.5.^a representa una norma de simplificación del contenido de investigación de las diligencias previas.

El reconocimiento de los hechos por el imputado -con todas las garantías de que se rodea en la disposición- hace innecesario, en principio, profundizar en la investigación. Mi única duda, en cuanto a esto, es si los acusadores no oficiales, marginados de toda participación en ese reconocimiento, no podrían postular las diligencias de investigación que les admite el artículo 789.4, respecto al hecho reconocido o respecto a otros hechos que entiendan también cometidos.

El reconocimiento, en cambio, no excluye que deban completarse por el juez de Instrucción las actividades relativas a medidas cautelares.

Hecho el reconocimiento y formulada la petición de inmediata remisión al Juzgado de lo Penal por el Ministerio Fiscal y el imputado, el Juez de Instrucción no está vinculado a acordar esa remisión («el de Instrucción *podrá*»), sino que, en una misma resolución, ha de resolver lo determinado en el artículo 789.5.4.^a (por tanto, optar frente a las alternativas del art. 789.5.1.^a a 3.^a) y la apertura del Juicio oral (por tanto, optando frente a la posibilidad de sobreseimiento) y, además de todo ello, si estima que la competencia corresponde al Juzgado de lo Penal.

Lo que acabamos de decir revela que puede ser imprescindible para resolver, el conocimiento de ciertos datos, que tal vez no venga dado por el reconocimiento de los hechos. Sin comprobarlos la resolución de inmediata remisión al Juzgado de lo Penal no podrá dictarse.

Concretamente esta resolución no se dictara:

- Si el hecho reconocido no es constitutivo de delito (no es típico).
- Si el hecho es constitutivo de falta.
- Si el responsable es menor de 16 años o la competencia corresponde a los Tribunales militares.
- Si la competencia no corresponde a los Juzgados de lo Penal.
- Si los imputados aparecen indudablemente exentos de responsabilidad penal.

Los supuestos mas problemáticos a los efectos de extender también a los mismos la potestad no vinculada del juez, son los de que éste, no obstante el reconocimiento, no considere probable la existencia del hecho o su atribución subjetiva al imputado (es decir, las causas de sobreseimiento provisional). Entender que en estos casos el juez, sin más, puede no acordar la remisión inmediata, supondría negar de frente el efecto mas específico perseguido por el Legislador con esta disposición.

Entiendo que esa actitud del juez sólo sería acorde con la Ley si actos de investigación ya practicados justificaran la duda.

LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO (*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1.— ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL LIBRO IV, TÍTULO III, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.— 2. LOS SUPUESTOS DE ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.— 3. CONEXIÓN, ACUMULACIÓN Y ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.— 4. LA DETERMINACIÓN EN CONCRETO DE LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

(*) Publicado en *Revista de Derecho Procesal*, número 3, 1994, pp. 709-731. Publicado también en la obra *El proceso penal abreviado: (nueve estudios)*, Granada, Comares, 1997.

1. ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL LIBRO IV, TÍTULO III DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Previamente a entrar en la determinación de los asuntos penales que deben ser tramitados con arreglo a las normas que regulan el procedimiento abreviado conviene plantearse si son problemas distintos el de la adecuación del procedimiento y el de precisar el ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas en el libro IV, título III LECRIM. Y, en segundo lugar, si, en el caso de ser problemas distintos, la ley les da la misma solución o, en parte, una solución diferente.

La primera cuestión tiene una respuesta afirmativa. La adecuación del procedimiento se refiere específicamente al ámbito de aplicación de las normas que configuran la estructura procedimental del abreviado. Mientras que el ámbito de aplicación de las disposiciones del libro IV, título III LECRIM, puede ser un problema diferente del anterior si se toman en consideración normas que, por no formar parte de la estructura procedimental, pudieran ser aplicadas en los supuestos que las mismas contemplan. Pongamos como ejemplo las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal anteriores a la iniciación de un proceso penal (art. 785 bis), disposiciones sobre los actos que se realizan en el procedimiento preliminar, (que regulan actos aislados y no ordenadamente insertos en una estructura procedimental) y el incidente de liquidación de la condena genérica a indemnización (art. 798, 1ª).

Pero, a pesar de que esta distinción es correcta y resulta conveniente evidenciarla, también es necesario puntualizar inmediatamente que la ley ha configurado de modo plenamente coincidente la adecuación del procedimiento abreviado y el ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas en el libro IV, título III LECRIM.

El art. 779 —«el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos....»— dispone sobre la adecuación del procedimiento. El art. 780, I- "El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior, se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título"- hay que entenderlo referido al ámbito de aplicación de todas las disposiciones del título, porque, de no ser así, la norma sería una pura reiteración del art. 779. Disponiendo sobre eso, lo hace exactamente en el mismo sentido que el art. 779 acerca de la adecuación del procedimiento.

La norma del art. 780, I, la repite el legislador en varios preceptos más específicos (arts. 782, I, 784, I, 786, I). Pero basta lo que dispone el art. 780, I, y que la disposición esté incluida en el título III del libro IV para negar que, aunque falte una disposición específica en el sentido de limitar la aplicación, una norma pueda aplicarse fuera del ámbito que, simultáneamente con la adecuación del procedimiento, vamos a determinar a continuación.

Cosa distinta es la posibilidad de una aplicación analógica de normas del título III del libro IV en procesos penales no regidos por las normas del abreviado. Pero para ello es necesario que exista una laguna de la ley (art. 4 CC). Y no creo que eso ocurra, por ejemplo, en el caso de la especial norma de correlación entre acusación y sentencia que formula el art. 794. 3, que la Fiscalía General del Estado ha propugnado aplicar también al ordinario por delitos graves (CFGE 1/1989, en BIMJ, suplemento. al núm. 1522 p. 16; FGE, Consulta núm. 3/1990, 15 octubre, en BIMJ, suplemento. a los números. 1586-1587, pp. 107-108; ORTELLS, *Correlación*, pp. 529-550; *Principio acusatorio*, pp. 775 y 798).

2. LOS SUPUESTOS DE ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

A diferencia de los dos regímenes procesales vigentes con anterioridad en el campo que ahora cubre, aproximadamente, el procedimiento abreviado, este procedimiento es único, a pesar de que la competencia objetiva para conocer de los asuntos que se tramiten esté repartida entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales (principalmente).

Estos supuestos se configuran por el art. 779 con referencia, en principio, a asuntos individualizados o singulares. Pero la adecuación del procedimiento se halla relacionada con la posibilidad de una acumulación de procesos (con objetos diferentes) en un procedimiento único, sea porque condiciona la acumulación (haciéndola inadmisibles, por ser diversos los procedimientos adecuados), sea por depender de ésta (que determina, así, una modificación del procedimiento adecuado). De la incidencia de la conexión -acumulación en el procedimiento adecuado no se ocupa el art. 779, sino otras disposiciones de LECRIM ; incluso algunos aspectos de esa incidencia no están expresamente contemplados. Trataremos de ella en el apartado siguiente.

Los criterios principalmente determinantes para determinar la adecuación del procedimiento son el de la clase de pena, y, si esta es privativa de libertad, el de la duración de la pena correspondiente al delito que constituya el hecho objeto del proceso. Y digo principalmente, porque a estos criterios hay que añadir la problemática incidencia de la salvedad que hace el art. 779 "de lo establecido para los demás procesos especiales".

a) Dicho queda, en primer término, que el abreviado no es procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de las faltas, excepto lo que luego diremos al tratar de la conexión.

b) *Es* procedimiento adecuado *para* el enjuiciamiento de hechos constitutivos de delito castigados con pena privativa de libertad no superior a prisión mayor, con pena no privativa de libertad cualquiera sea su clase y su cuantía o duración, o con combinaciones de las dos anteriores clases de penas, en el sentido de estar prevista su imposición conjunta (bien en el propio tipo o como pena accesoria –arts. 45 a 48 CP-) o alternativa.

El principal problema que suscita la interpretación de esta parte del precepto del art. 779 es el de si, como duración relevante de la pena privativa de libertad ha de entenderse la duración de la pena señalada por la ley específicamente para el tipo de delito (art. 49 CP), o la determinada de acuerdo con la ley en atención a todos los elementos relevantes para la fijación de la pena concreta.

La doctrina se ha expresado unánimemente en el primer sentido. Esa tesis es correcta, porque, además de respetar la letra del art. 779, contribuye a dar firmeza a la determinación del procedimiento adecuado. Por otra parte, salvo en algunos supuestos excepcionales que inmediatamente estudiaré, debe tenerse en cuenta que la consideración de los elementos relevantes para la determinación de la pena concreta (grado de ejecución, forma de participación, circunstancias modificativas de la responsabilidad) tiene siempre como límite máximo la pena abstracta correspondiente al delito, y como límite mínimo (salvo que la acción u omisión de que se trate estuvieran específicamente tipificadas como falta -art. 5 CP) una pena correspondiente a delito, de modo que (salvo en los dos supuestos excepcionales que apuntaré) atender a los mismos podría incidir en la atribución de la competencia objetiva (al Juzgado de lo Penal o a la Audiencia), pero no en el procedimiento adecuado, que será en todo caso el abreviado.

Los supuestos excepcionales a los que aludía al principio del párrafo anterior son el delito continuado (art. 69 bis CP) y los tipos de delito castigados con penas de diferente grado, alguna de las cuales pudiera exceder del límite fijado en el art. 779 (considérense, por ejemplo, los arts. 344, 528, II, 344 bis a y 344 bis b, 506, II y 318 CP, aunque, a la vista de estos preceptos, el problema se proyecta principalmente sobre la competencia objetiva). En estos supuestos, si la máxima pena que puede imponerse supera la de prisión mayor el procedimiento abreviado es inadecuado.

La Fiscalía General del Estado (CFGE 1/1989, p. 9) introduce en estos supuestos una distinción entre los casos en que la imposición de la pena superior en grado esté prevista por la ley para el subtipo correspondiente y aquellos otros en que se trata de una "modificación facultativa de la pena tipo elevándola o disminuyéndola en grado a criterio de la acusación o del Tribunal". En el segundo caso la adecuación del procedimiento sólo se excluiría si y desde que los acusadores hubieran pedido la pena de grado más elevado (en el mismo sentido VARELA, *Ámbito*, pp. 71-72).

No comparto ese criterio. De entrada, por la razón de que, habida cuenta de la configuración de la correlación entre acusación y sentencia que hace el art. 794. 3, resulta indiferente la distinción entre penas preceptivamente establecidas y penas (o aumento de las mismas) que "facultativamente" pudieran imponerse: en cualquier caso la petición del acusador va a limitar el poder de resolución del órgano jurisdiccional. Pero es que, además, esa eficacia limitadora de la petición del acusador sólo puede afirmarse con seguridad desde la formulación definitiva de la acusación. No existe, indiscutiblemente, hasta que el escrito de acusación se formula. E incluso podría pensarse -a la vista del art. 790.7, III- que, iniciado el juicio oral y antes de la formulación definitiva de la acusación, el órgano jurisdiccional puede apreciar que, por la pena que deberá ser solicitada

atendido el resultado de la prueba, el procedimiento es inadecuado. Sobre esto último volveremos después (*infra* apartado 4, B, b).

Ya de modo más secundario se han planteado dudas sobre la adecuación del abreviado en el caso de ciertas penas distintas a las privativas de libertad. Así, respecto a la pena de extrañamiento (ESCUSOL, *El proceso*, p. 80). La duda no me parece fundada porque la expresión "cualesquiera otras penas de distinta naturaleza" (art. 779) es claramente comprensiva de toda otra pena distinta a la de privación de libertad. La mención subsiguiente de "cualquiera que sea su cuantía o duración" no persigue limitar, sino reforzar aquel significado omnicomprendido, y, por lo demás, cubre específicamente el extrañamiento en cuanto pena que tiene duración.

c) Los criterios de adecuación del procedimiento abreviado tienen una restricción en el propio art. 799, cuyo alcance es difícil de definir: "Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales",

La especificación doctrinal de esta restricción ha sido bastante diversificada.

Intentando un planteamiento general de la interpretación del primer inciso del art. 779 debe partirse de las consideraciones siguientes:

1ª) Con exclusión del proceso penal militar (que no es aquí problemático porque su adecuación implica simultáneamente la competencia de tribunales distintos a los ordinarios), no existen en nuestro ordenamiento procesal penal procesos que, sin lugar a dudas, pudieran calificarse de especiales, es decir, regulaciones de conjunto diferenciadas de la serie de actos procesales que integran un proceso de declaración, aplicables *ratione personae* o *ratione materiae*.

2ª) Los supuestos, diferentes de lo anterior y consistentes en conjuntos más o menos amplios de normas especiales, aplicables *ratione materiae* o *personae*, que, con discutible propiedad, la ley, y a veces la doctrina, califican de procesos especiales, no cuentan entre sus normas con preceptos expresos que excluyan la adecuación del procedimiento abreviado o dispongan la del ordinario por delitos graves. Si así fuera, el problema que ahora planteamos quedaría, evidentemente, resuelto.

Esta misma afirmación podía hacerse en la situación normativa anterior, con mayor diversidad de procedimientos ordinarios (ordinario por delitos graves, de urgencia de la Audiencia Provincial, de urgencia del Juzgado de Instrucción, procedimiento de la LO 10/1980). Pero aún entonces había algunas normas de indudable incidencia sobre este tema, que ahora no existen: exclusión del procedimiento de urgencia del Juzgado de Instrucción, por no ser el delito perseguible de oficio o estar reservado el procesamiento a la Audiencia (antigua redacción del art. 14.3º), exclusión del procedimiento de urgencia de la Audiencia Provincial, por requerirse querrela para la persecución del delito (antigua redacción del art. 779.2ª); exclusión del procedimiento de la LO 10/1980 si el delito no era perseguible de oficio o la competencia estaba atribuida a la Audiencia Nacional,

Juzgados Centrales de Instrucción o, en general, por razón de la materia o de la persona (art. 1.1 y 2.2º LO 10/1980).

3ª) Entre las normas que establecen especialidades procesales a las que nos hemos referido en la anterior consideración, hay algunas que expresamente mencionan instituciones peculiares del ordinario por delitos graves, tales como el sumario y el procesamiento. Esto podría justificar que, no obstante lo dicho en la anterior consideración, se interpretara que hay una implícita exclusión del abreviado.

4ª) Pero tampoco la anterior es una pauta segura, porque esas normas surgen en un momento histórico en que los dos procedimientos por delito de la LECRIM (el ordinario y el procedimiento por delitos flagrantes) tenían sumario y procesamiento. Cuando, por reformas sobrevenidas, esa uniformidad deja de existir, lo razonable es interpretar que, salvo que una norma especial disponga o excluya la adecuación de procedimientos en función de criterios diferentes a la norma general sobre adecuación (calidad y gravedad de la pena correspondiente al delito), a esta norma general habrá que atender, sin perjuicio de continuar aplicando, en la letra o en la esencia de la regulación (según los casos), lo dispuesto en las normas sobre especialidades procesales.

Veamos, a partir si es necesario de estas consideraciones, cómo pueden resolverse los supuestos en los que se han planteado dudas respecto a la adecuación del abreviado.

1º) Para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, son adecuados el ordinario o el abreviado, según los criterios generales de clase y gravedad de la pena, porque el número 3º que añadió al art. 779 la LO 4/1988 de 25 de mayo, ya no figura en la redacción actual de este mismo artículo.

2º) Idénticamente para el enjuiciamiento de delitos contra derechos fundamentales, porque la remisión del art. 2.3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, ha quedado sobrevenidamente sin contenido. En cambio, la subsistente vigencia del art. 2.2 de esa Ley ("Para el enjuiciamiento de estos delitos y faltas se observarán las normas de procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal") fundamenta expresamente una remisión al ordinario o al abreviado en sus respectivos supuestos.

3º) Para el enjuiciamiento de delitos cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad la adecuación del abreviado no queda excluida, porque la mención del procesamiento en el art. 8.1, II de la LO 2/1986, de 13 de marzo, va precedida de la salvedad "en su caso", que impide considerar implícitamente inadecuado un procedimiento por no estar previsto en el mismo aquel acto de imputación formal.

Tema distinto es -y después nos ocuparemos de él- el de la separación de competencias para instrucción y enjuiciamiento en este caso.

4º) Respecto al enjuiciamiento de aforados en general ya se suscita alguna mayor dificultad.

En algunas normas rectoras del enjuiciamiento de aforados se hace referencia al sumario y al procesamiento (p. ej. arts. 303, V, 666.5ª en relación con el 677, I, 750 a 756, 775). Pero, a mi juicio, no cabe deducir de las mismas una implícita exclusión de la adecuación del abreviado, por varias razones: porque esas disposiciones surgen en un momento histórico en el que todo proceso por delitos tenía sumario y procesamiento y porque el legislador no siguió, pudiendo fácilmente hacerlo ya que disponía de una precisa referencia en las disposiciones que derogaba, la pauta de excluir la adecuación de ciertos procedimientos.

Y una razón más, relacionada con la primera que he apuntado y que da la clave de la interpretación actual de las normas que aún mencionan el sumario y el procesamiento. Las normas de más reciente origen que atribuyen competencia *ratione personae* utilizan la expresión más genérica de instrucción (p. ej. arts. 57.1. 2º y 3º, 61. 1. 4º, 73.3 b y 4 LOPJ), de modo que ni implícitamente resulta de ellas la exclusión de alguna modalidad de procedimiento. En gran parte de las disposiciones, también de reciente factura, que especifican las funciones atribuidas al competente *ratione personae* (todos los Estatutos de Autonomía, y también el art. 6.3 de LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo) la mención del procesamiento viene incluida en una fórmula más amplia ("correspondiendo decidir sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio"), que razonablemente puede interpretarse que persigue dar cobertura a los supuestos en que no existe imputación formal, sino simple inculpación. En definitiva, que autorizan a entender las referencias al procesamiento con la salvedad de "en su caso" (expresa, como vimos, en el art. 8.1 II de la LOFCSE).

5º) La determinación del procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de injurias y calumnias contra particulares plantea también importantes problemas. DEL MORAL, *Delitos*, pp. 42-49, expone con detalle el estado de la cuestión, para concluir la inadecuación del abreviado.

Aunque soy consciente de la dificultad del tema -en gran medida atribuible a la deficientísima técnica legislativa- me inclino por sostener que la adecuación del procedimiento ha de resolverse en atención a los criterios generales de la clase y gravedad de la pena.

Inexistentes ahora las normas que indudablemente conducían a la adecuación del ordinario por delitos graves (arts. 14.3º y 779. 2ª antigua redacción; art. 1.1 LO 10/1980), no hay otro argumento que permita sostener la exclusiva adecuación de ese procedimiento que el de la referencia al sumario y al procesamiento en los arts. 807 y 812. Pero ya dije más arriba por qué eso no podía considerarse decisivo.

En definitiva, no se desconocería lo que dispone el art. 779 si en las diligencias previas los actos de investigación se limitaran y ajustaran a lo que disponen los artículos 806 al 812 (resultaría chocante que un supuesto en que el legislador ha querido acotar con especial rigor el contenido de la instrucción, no tuviera cabida en el abreviado, procedimiento en el que aquel objetivo se impone de modo general- ORTELLS, *El nuevo procedimiento*, pp. 563-566) y si se subordinara al resultado de esos actos la dirección

subjetiva del procedimiento contra el querellado (lo que daría cumplimiento a la función del procesamiento mencionado en los arts. 807 y 812).

3. CONEXIÓN-ACUMULACIÓN Y ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A diferencia del proceso civil, en el que la adecuación del procedimiento es un presupuesto no siempre alcanzable para producir una acumulación de procesos en procedimiento único, en el proceso penal el art. 300 conduce más bien a plantearse la cuestión de cuál es el efecto que la conexión y, en su virtud, la preceptiva acumulación de los procesos, tiene sobre el procedimiento adecuado, que inicialmente se determina en atención a objetos singulares.

A) La conexión de faltas con delitos para los que es adecuado el abreviado tiene como efecto la adecuación de éste también para el enjuiciamiento de las faltas (argumentando sobre arts. 14.3º y 790.5).

Estos preceptos vienen incluso a ampliar los supuestos de conexión delito-falta. En la redacción originaria de LECRIM -aplicable al ordinario por delitos graves- el supuesto de conexión se limitaba al concepto de falta incidental, definido en el art. 142.4ª. 5º ("reputándose faltas incidentales las que los procesados hubiesen cometido antes, al tiempo o después del delito como medio de perpetrarlo o encubrirlo"). En el abreviado la conexión se reconoce tanto en el caso de faltas incidentales, como en el de no incidentales, pero el significado de este segundo supuesto no queda indefinido a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento de la LO 10/1980 (ORTELLS, *El proceso penal*, pp. 806-807) sino que se especifica en aquellas faltas imputables a los autores de los delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionado con los delitos (arts. 14.3º y 790.5), es decir, comprende toda relación, aun aquella más laxa que no expresa el concepto de falta incidental (CFGE 1/1989, p. 10; PORTERO, *Comentarios*, pp. 21-22; MORENO, *El nuevo proceso*, p. 47).

Problema distinto -porque afecta a la competencia objetiva- es el de si este supuesto más amplio de conexión rige también para los casos en que la competencia para conocer del delito corresponde a la Audiencia Provincial. La FGE entiende que no, porque no lo prevé el art. 14. 4º (CFGE 1/1989, p. 10). Pero el art. 790.5 -de aplicación no expresamente limitada al procedimiento ante los Juzgados de lo Penal- dispone que la acusación se extenderá también a las faltas conexas según el sentido más lato al que nos hemos referido.

Igualmente es cuestión distinta la de una sobrevenida calificación de los propios hechos considerados delito, como constitutivos de falta. Según el momento procesal en que esto ocurra el procedimiento abreviado puede dejar o no de ser adecuado (*infra* apartado 4, B, a).

Evidentemente la acumulación de las faltas implica que son aplicables a su enjuiciamiento las normas que rigen el procedimiento abreviado y no las del juicio de faltas (CFGE 1/1989, p. 10).

B) La conexión de delitos para todos los cuales singularmente considerados sea adecuado el abreviado puede provocar alteraciones en la competencia objetiva, pero evidentemente no en la adecuación del procedimiento.

No obstante debe hacerse notar que los actos procesales sólo admisibles respecto a delitos de menor gravedad (juicio oral inmediato por reconocimiento de hechos, juicio oral en ausencia, sentencia de conformidad a pena que no exceda de seis años) no podrán realizarse mientras subsista la acumulación -es decir, salvo causa legal que autorice la desacumulación; p. ej. 791.4 en relación con el 746, último párrafo-, porque la misma impone la unidad de tramitación procedimental.

En este supuesto de conexión es aplicable, sin duda, lo dispuesto en el art. 784. 7ª. Tal vez lo sea también a las faltas conexas (aunque con una interpretación que prescinda de la letra del precepto) y evidentemente no lo es en los supuestos de conexión que consideramos en el inmediato apartado C (porque las normas del abreviado no son entonces aplicables y ésta es una de ellas). Advirtamos desde ahora que la disposición citada no debe interpretarse como autorización para desacumular los procesos.

C) Resta el supuesto de conexión entre delitos para los que sea adecuado el abreviado y delitos para los que lo sea el ordinario por delitos graves. Esta conexión puede influir sobre la competencia objetiva, aunque no necesariamente. En todo caso debe afectar al procedimiento adecuado. ¿En qué sentido?

LECRIM no regula expresamente esta cuestión, pero de varias disposiciones de la misma (ORTELLS, *El proceso penal*, pp. 785-786) puede deducirse la regla de que para determinar el procedimiento (único) adecuado marca la pauta el delito más gravemente penado. En efecto, no sería razonable, que existiendo la diferencia de gravedad, por delito principal pueda entenderse otro que el previsto en el art. 18. 1º, y, en tal caso, la acumulación no puede producirse a costa de que tenga que cambiar precisamente el procedimiento ordinario que fuera adecuado para ese delito principal.

Evidentemente esto cierra el problema si, como hemos sostenido, la adecuación del abreviado y del ordinario se determina sólo en función de la clase y duración de la pena. Para quien entienda que inciden otros factores, la cuestión del procedimiento adecuado en este supuesto de conexión no tendrá solución fácil.

D) El tratamiento en el procedimiento penal de la pretensión civil *ex delicto* representa también un supuesto de conexión y correlativa acumulación de procesos (MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, III, p. 89).

Lo peculiar de la regulación del abreviado en este aspecto es que la adecuación de este procedimiento para tratar la pretensión civil, adecuación que se funda en la conexión del objeto civil con el penal, subsiste aunque el objeto procesal penal no pueda proponerse en el juicio oral por haberse acordado el sobreseimiento por concurrir las eximentes de los números 1º, 3º, 7º y 10º del art. 8 CP. En este supuesto se devolverán

«las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos, en su caso, de los artículos 8 y 20 del Código Penal» (art. 790.3).

Ciertamente la solución es anómala, porque el procedimiento penal continúa, en este supuesto, sin relación con ningún efecto propiamente jurídico-penal. Se trata de un paso más en el camino que ya inició la nueva redacción del último párrafo del art. 20 del CP, por LO 8/1983, de 25 de junio (la absolución por esas eximentes no impide el pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles en la misma sentencia del proceso penal).

4. LA DETERMINACIÓN EN CONCRETO DE LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

A) En general

Estudiados los supuestos en los que el procedimiento abreviado es adecuado, importa considerar los actos mediante los que se constata que los casos de la realidad se ajustan a aquellos, y, consecuentemente, la subsiguiente actividad procedimental (judicial o no) debe ajustarse al régimen jurídico del abreviado.

Es necesario distinguir, en esta materia, tres clases de actos:

1º) Presupuesto que los artículos 786, 788 -en la parte que corresponda- y 789.1 configuran un régimen especial de los poderes y actos de la policía judicial, limitado a los supuestos de adecuación del abreviado, explícita o implícitamente deberá estar presente en el atestado la constatación de que ese régimen especial es aplicable.

La policía tiene competencia propia para hacer esta constatación y actuar en consecuencia, aunque en un ámbito limitado. A diferencia de la actividad de la policía prevista en los arts. 785 bis. 1 y 789.3 (en los que la apreciación de ser aplicables las normas del abreviado ya ha sido hecha por el MF o el Juez de Instrucción, respectivamente), hay una actividad de la misma que no depende de autorizaciones u órdenes del MF o del Juez de Instrucción. Otra cosa es que el MF o las autoridades judiciales con competencia para ello, puedan dictar instrucciones generales orientadoras para la constatación de los supuestos legales en los que procede aplicar este régimen especial.

Pero esta constatación que realiza la policía a los efectos de su actividad inicial, no condiciona la posterior actividad judicial (o fiscal), tanto por lo que se refiere al procedimiento adecuado que deba incoarse, como respecto a la eficacia jurídica que, en función de lo dispuesto en el primer inciso del art. 790.3, corresponda al atestado presentado.

2ª) También el Ministerio Fiscal debe realizar por sí una constatación similar para desarrollar, consecuentemente, su actividad de investigación previa a la incoación del procedimiento judicial, con arreglo a lo dispuesto en el art. 785 bis y -en parte- en el art.

788, en cuanto estas normas rigen su actuación específicamente respecto a hechos enjuiciables por el procedimiento abreviado.

Su resolución explícita o implícita sobre esto tampoco predetermina la resolución judicial sobre el procedimiento adecuado. La instancia a que se refiere el art. 785 bis, 1 *in fine* (de "incoación de las correspondientes diligencias previas") será valorada por el órgano jurisdiccional, que acordará la incoación del procedimiento que estime adecuado.

3ª) Propiamente resoluciones sobre adecuación del procedimiento y cambio del mismo, que es lo expresamente contemplado por el art. 780, sólo las dictan los órganos jurisdiccionales.

B) Las resoluciones sobre la adecuación del procedimiento

Los problemas principales a suscitar me parecen estos tres: en qué momento del procedimiento deben dictarse, en atención a qué datos de hecho y con qué efectos.

a) Momentos en que deben dictarse

Las referencias expresas en el régimen legal del procedimiento son tres:

1ª) La del art. 789.2 y 3, que contempla el momento de la propia incoación del procedimiento preliminar judicial

2ª) La del art. 789.5.4ª, que, al término de las diligencias previas, dispone la emisión de una resolución expresa en el sentido de seguir el procedimiento abreviado, si se diera el supuesto de su adecuación.

3ª) El art. 780, I y II, es aplicable, en principio, en cualquier momento del procedimiento y contempla las posibilidades de cambio del mismo.

El art. 789.5.4ª solo resulta comprensible por cierto mimetismo con el régimen de las diligencias previas en los antiguos procedimientos de urgencia. Tendría sentido si las diligencias previas fueran la primera etapa necesaria de todo proceso penal, como, cuando estaban vigentes los procedimientos de urgencia, lo eran, como mínimo, de los dos procedimientos así denominados, aunque no del ordinario, del procedimiento de la LO 10/1980 y del juicio de faltas, que debían incoarse directamente si se dieran sus respectivos supuestos (ORTELLS, *El proceso penal*, p. 787).

Pero las diligencias previas actualmente no tienen aquél carácter, sino que sólo pueden incoarse para "las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este título "(art. 789.2). Es decir: en principio son una etapa procedimental sólo del procedimiento abreviado (así también CFGE 1/1989, p. 38). Otra cosa es que, como resultado de la investigación desarrollada en esa etapa, se acabe por determinar que el abreviado no es adecuado y deba acordarse un cambio de procedimiento. Pero puede

darse también un cambio desde el ordinario al abreviado, y, tanto aquello como esto, queda cubierto por el art. 780 en todo caso (VARELA, *Investigación*, p. 155).

La previsión expresa del art. 789.5.4ª no sólo estaba de sobra, sino que su conservación (con mimetismo respecto al antiguo art. 789, como ya he dicho), en juego con el régimen de registro de los procedimientos, ha permitido en algún caso actuaciones dilatorias, como la devolución de autos por la Audiencia a los meros efectos de registro como procedimiento abreviado, con el argumento de la pretendida diversidad procedimental entre éste y las diligencias previas. Esto hubiera podido obviarse por el Juzgado de Instrucción simplemente con ordenar, en la misma resolución que decide seguir el abreviado, el registro en tal calidad, puesto que, por lo demás, la ley ya prevé que el traslado para acusación o petición de sobreseimiento se acuerde en aquella misma resolución (art. 790.1).

Además de en la resolución de incoación y en la prevista en el art. 789.5.4ª, sobre la adecuación del procedimiento debe resolverse a tenor de lo dispuesto en el art. 780, II. El artículo contempla dos hipótesis y plantea, a mi juicio, como problema principal el del momento *ad quem* para resolver un eventual cambio de procedimiento.

La primera hipótesis es la de estar tramitándose procedimiento abreviado y constatarse que el caso no se halla comprendido en los supuestos del artículo 779.

Puede no estar comprendido, bien porque el hecho no ha de calificarse como delito sino como falta, bien porque deba calificarse como delito castigado con pena más grave que las previstas en el supuesto del art. 779.

En caso de estimarse que los hechos son constitutivos de falta, si tal constatación se produce, como máximo, hasta el momento de la resolución sobre apertura del juicio o sobreseimiento, debe acordarse el cambio a juicio de faltas. Expresamente se contempla esta resolución al término de las diligencias previas (art. 789.5.2ª), pero también puede resolverse de ese mismo modo, en su caso, al acordarse el sobreseimiento, atendido lo dispuesto en el art. 790.6 en relación con el 639.

Si la constatación se produce después de la iniciación del juicio oral sobre una acusación por delito, entiendo que no se debe acordar el cambio a juicio de faltas (así, también, CFGE 1/1989, p. 59). El argumento principal me parece éste: dejando aparte que no podría haber variación del órgano competente, porque la pena no excedería de la competencia del órgano que está actuando (arts. 790.7, III y 793.8), el cambio de procedimiento abreviado a juicio verbal de faltas no tendría ningún sentido, porque al tener el primero un estándar de garantías más elevado, ni siquiera tendrían que retrotraerse las actuaciones a algún trámite anterior.

El segundo caso -delito castigado con pena más grave que la prevista en art. 779- no suscita problemas en cuanto al deber de disponer el cambio a procedimiento ordinario, si la constatación se produce antes de dar traslado para acusación.

Pero puede producirse después. Y en ese caso habría que empezar advirtiendo que, contra la única previsión que contienen los arts. 790.7, III y 793.8, esa constatación no sólo afecta la competencia del órgano (sino también al procedimiento, como en el de caso de estar conociendo el Juzgado de lo Penal y deber conocer la Audiencia por el procedimiento ordinario), ni necesariamente afecta a la misma (está conociendo la Audiencia, pero debiera hacerlo según el procedimiento ordinario).

A continuación -y si nos centramos sólo en el problema que ahora tratamos- bastaría decir que el cambio a procedimiento, ya en la etapa de juicio oral del abreviado, puede producirse hasta el momento de formulación definitiva de la acusación (en el mismo sentido ALMAGRO, *El nuevo proceso*, pp. 131-132; CFGE 1/1989, p. 59; PORTERO, *Comentarios*, p. 95, aunque no todos ellos mantienen la misma opinión sobre los efectos de este cambio de procedimiento). Con independencia de que pueda entenderse que, a efectos de cambio de procedimiento en este momento, sólo sea determinante la acusación definitiva o pueda serlo también la apreciación *ex officio* de que, atendido el resultado de la prueba, los hechos deben enjuiciarse por el procedimiento ordinario, en todo caso habría que exigir que el órgano jurisdiccional haya exteriorizado esa apreciación en el momento oportuno, que es el del requerimiento a que se refiere el art. 793.6, II. Siempre, pues, el momento inmediatamente anterior a la formulación definitiva de la acusación.

La segunda hipótesis contemplada por el art. 780 es la de estar tramitándose procedimiento ordinario y constatarse que el hecho enjuiciado queda comprendido en el supuesto del art. 779.

No plantea ningún problema el cambio a procedimiento abreviado hasta el momento de la apertura del juicio oral.

Abierto el juicio el cambio a procedimiento abreviado también lo posibilita el art. 780, II, entiendo que hasta el momento de calificaciones definitivas.

Pero lo considero inconveniente por varias razones. Primera, la continuación del procedimiento ordinario no implica ningún riesgo de invalidez de la sentencia (por inadecuación del procedimiento, por falta de competencia objetiva) aunque se acabe por condenar por delito comprendido en el art. 779. Segunda, el cambio a procedimiento abreviado no da ninguna seguridad frente a un eventual "retorno" al ordinario, de modo que acordar aquel cambio posibilita un vaivén poco compatible con los derechos a la efectividad de la tutela judicial y a un proceso sin dilaciones indebidas. Tercera, las normas del ordinario permiten, aunque la calificación de las acusaciones no exceda de los límites del art. 799, que el tribunal condene por delito más grave que exceda de ese límite, previo el planteamiento de la tesis del art. 733 (a pesar de la conocida reinterpretación jurisprudencial de este precepto, la (a mi juicio) más correcta orientación dentro de esa nueva jurisprudencia, justifica que aun pueda sostenerse lo que acabo de indicar: ORTELLS, *Correlación entre acusación y sentencia*, pp. 529-550; ORTELLS, *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador*, pp. 775-798).

b) En atención a qué datos

La resolución sobre adecuación del procedimiento se adopta en atención a los datos de hecho resultantes -según la situación del procedimiento en que la resolución se dicte- de la investigación preliminar (art. 789.3, aunque sólo menciona expresamente "las diligencias esenciales encaminadas a determinar... el órgano competente para el enjuiciamiento") o de la prueba (art. 790.7, III, con el mismo defecto de referirse sólo a la incidencia en la competencia), que sean relevantes para determinar la concurrencia de los supuestos del art. 779.

Salvo cuando resolver sobre la adecuación del procedimiento sea preceptivo por imponerlo una norma del mismo, la posibilidad de resolver sobre la adecuación en cualquier momento del procedimiento hasta la formulación definitiva de la acusación (*supra* apartado B, a) no justifica que, ante cualquier cambio en el conocimiento de los hechos, deba replantearse la adecuación del procedimiento. En primer lugar, es evidente que ese cambio tiene que ser relevante respecto a la aplicación del art. 779. Y, en segundo lugar, es necesario que el órgano jurisdiccional pueda formarse un juicio de probabilidad positivo acerca de esos nuevos datos de hecho relevante. Respecto a lo último, aunque no creo que a la distinción entre "aparecer" y "constar" (términos utilizados en el art. 780 para los dos supuestos de cambio de procedimiento) pueda dársele la entidad objetiva que le atribuye algún autor (PORTERO, *Comentarios*, p. 27; no lo creo, porque en ambos supuesto sólo puede tratarse, cualitativamente, de un juicio de probabilidad), sí que me parece adecuado que, como tendencia, baste una "menor" probabilidad cuando se trate de un cambio a procedimiento ordinario, y se requiera un juicio positivo de probabilidad más riguroso para acordar un cambio a procedimiento abreviado. La razón es que en el segundo caso no se excluye un posible "retorno" al procedimiento ordinario, con los inconvenientes que ello puede provocar desde el punto de vista del derecho al proceso sin dilaciones indebidas y de la economía procesal.

La regla de atender sólo a los datos de hecho resultantes de la investigación y de la prueba, se convierte en problemática en el supuesto de que, tramitándose el procedimiento como abreviado, se hubieran formulado ya los escritos de acusación.

La cuestión es principalmente ésta: si la acusación (o la acusación que más gravemente haya calificado) se produce por delito incluido en los supuestos del art. 779 ¿podrá el órgano jurisdiccional apreciar que, según el resultado de la investigación o de la prueba, los hechos constituyen un delito más gravemente penado, y acordar, en consecuencia, el cambio al procedimiento ordinario? Y esto cabe plantearlo tanto respecto a la acusación inicial, como respecto a su formulación definitiva.

La respuesta doctrinal es negativa, en atención a las exigencias del principio acusatorio (VARELA, *Investigación*, p. 169). Un argumento más específico sería el de la peculiar configuración de la correlación entre acusación y sentencia en el abreviado: si se atiende al art. 794.3, resulta que el juzgador no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, de modo que, en el supuesto que antes apuntaba, no habría riesgo de condenar en un procedimiento inadecuado.

Ahora bien, el abreviado y el ordinario por delitos graves no tienen el mismo régimen de correlación entre acusación y sentencia. Es cierto que la jurisprudencia ha corregido en gran medida la tradicional comprensión de ese régimen en el ordinario, pero la estricta equiparación al régimen del abreviado, que algunas (ciertamente no todas) sentencias patrocinan, he demostrado en otro lugar que es desacertada, aún desde una interpretación de los arts. 733 y 851.4º atenta a los postulados constitucionales que, justificadamente, esta jurisprudencia invoca (ORTELLS, *Correlación entre acusación y sentencia*, pp. 529-550; ORTELLS, *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador*, pp. 775-798). A partir de ahí resulta absurdo sostener que aquello que se halla condicionado por la cuestión previa del procedimiento adecuado (a saber: el régimen de la correlación), opere como condicionante del modo de resolver esa cuestión.

También apoya esta postura el art. 790.7, III -aunque literalmente sólo se refiera a la competencia objetiva-: "salvo que da la prueba practicada durante sus sesiones resultare que la pena a solicitar definitivamente excediera de la competencia de aquél". La referencia no es la pena solicitada, sino la pena a solicitar según el resultado de la prueba practicada. Difícil es pensar que esa apreciación no la está encomendando el precepto al juzgador, sino a los acusadores.

Ciertamente podría intentarse corregir la interpretación del art. 790.7, III, con la del art. 793.8, en el que la referencia sí que se hace a la calificación sostenida por las acusaciones. Pero para eso sería necesario hacerle decir al art. 793.8 algo que no dice; exactamente esto: que cuando todas las acusaciones califican los hechos como delitos castigados con pena que no exceda de la competencia del Juzgado de lo Penal, éste ya no puede apreciar su incompetencia objetiva. Basta leer el último inciso del 793.8 para darse cuenta de que no es así: en este supuesto estamos, precisamente, "fuera del supuesto anterior" (descrito por el apartado 8) y, en consecuencia, el Juez resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio.

Del art. 790.6, IV, si que podría extraerse algún argumento en contra, porque, según su letra, sólo procedería un pronunciamiento expreso de atribución a la Audiencia, si algún acusador lo hubiera solicitado. Pero, constatado un reconocimiento unánime de la imperfecta redacción de este párrafo (CFGE 1/1989, p. 54; ESCUSOL, *El proceso*, pp. 167-168; VARELA, *Investigación*, pp. 168-169) parece más razonable sostener la necesidad de su interpretación sistemática con los artículos antes citados, y, por tanto, la posibilidad de que el Juez de Instrucción, aunque todos los acusadores hayan calificado por delitos incluidos en los supuestos del art. 779, acuerde que, atendido el resultado de la investigación (que, después de la resolución del art. 789.5.4ª, ha podido complementarse según el art. 790. 1 y 2), es procedente el ordinario por delitos graves.

Podría también suscitarse la cuestión en cierto modo contraria a la estudiada hasta ahora: acusación por delito no incluido en los supuestos del art. 779 y posibilidad de que, a pesar de ello, el Juez entienda que es adecuado el abreviado.

Tenemos, entonces, en el art. 793.8 una norma expresa, en el caso de ser esa la postura sostenida por todas las acusaciones, que impone inhibirse en la Audiencia, que, en su caso, ordenará o no el cambio a procedimiento ordinario (críticamente CORTES, *El nuevo proceso*, pp. 211-212; CONDE-PUMPIDO, *El juicio oral*, pp. 199-200). Es lógico sostener la misma vinculación si esa situación se produce en la propia acusación inicial (art. 790.6, IV; CFGE 1/1989, p. 54; VARELA, *Investigación*, p. 169). Pero fuera de esos dos supuestos, se deberá resolver en función de los resultados de la investigación y de la prueba y de la calificación jurídica que en los mismos pueda sustentarse.

c) Con qué efectos

El auto sobre adecuación del procedimiento debe notificarse, inmediatamente, al Ministerio Fiscal, al imputado y a las partes personadas (art. 780, III).

Es correcta la referencia al imputado, aunque no estuviera personado con abogado o con procurador y abogado, porque su condición de parte depende de la imputación y no de la personación (arts. 118) y el deber de notificación existe en función de la condición de parte (art. 270 al principio LOPJ).

Pero la mención de las partes personadas es, en un sentido, pleonástica, y, en otro, incorrectamente restrictiva. Los legitimados como acusadores no oficiales o como actores civiles que no estén personados no son parte, y la disposición incurre, por tanto, en una inútil reiteración. Pero el tercero responsable civil así declarado es parte, aunque no se haya personado con procurador y abogado, por lo que, en aplicación del primer inciso del art. 270 LOPJ, se le debe notificar el auto.

En cuanto a los efectos de la resolución hay que distinguir según la misma determine la adecuación de cierto procedimiento en el momento de su iniciación, o determine esa adecuación pero con cambio del procedimiento que hasta el momento estaba tramitándose.

En el primer caso, los actos del procedimiento desde su iniciación se ajustarán a las normas del que se haya determinado como adecuado. Sólo habría que advertir que, si no se ha determinado la adecuación del abreviado, las investigaciones que, al amparo de las normas del último, hubieran desarrollado la policía judicial y el Ministerio Fiscal, carecerán de la eficacia específica que implícitamente les atribuye el art. 789.3.

En el segundo caso las dificultades son mayores. A los efectos del cambio de procedimiento se refiere expresamente el art. 780.

En los supuestos de cambio de procedimiento ordinario al abreviado, simplemente continúa el proceso, aunque con arreglo a las normas del abreviado desde que se resuelva el cambio. Los actos subsiguientes se realizarán con sujeción a esas normas. Los actos precedentes que no hubieran agotado sus efectos, deberán producir estos según las normas del abreviado. Pero, en cuanto a esto último, es necesaria alguna matización, porque la aplicación rigurosa de este criterio puede conducir a negar los efectos de ciertos

actos. Piénsese, p. ej., en recursos de apelación pendientes contra resoluciones que, según las normas del abreviado, no fueran apelables, o en recursos de queja pendientes, que se interpusieron sin previa reforma (preceptiva, en el abreviado, según el art. 787.1). A mi juicio, lo ineludible y esencial en estos casos es respetar la situación procesal de falta de firmeza en la que la resolución se ha "transferido" al nuevo procedimiento. Que la impugnación deba experimentar una transformación en la impugnación que procedería según las normas del abreviado -lo que será prácticamente difícil-, o pueda seguir tramitándose y surtir efectos según, inicialmente, fue interpuesta y admitida, me parece secundario.

El cambio de procedimiento abreviado a ordinario plantea mayores problemas. Según el art. 780 el cambio se hará "sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales (*scilicet*: las disposiciones generales de LECRIM)".

Si este cambio se produce mientras subsiste la competencia del Juzgado de Instrucción, no será necesario retroceder en el procedimiento, sino sólo resolver sobre el procesamiento y, en su caso, practicar con intervención judicial los actos de investigación realizados por la policía y el Ministerio Fiscal (que en el ordinario no tienen la eficacia que les reconoce el art. 789.3). La eventual inadmisión de recursos de apelación (según las normas del abreviado aplicadas hasta el momento del cambio), puede subsanarse mediante los recursos de queja interpuestos o que se interpongan después del cambio de procedimiento. Unos y otros se resolverán en todo caso al elevarse la causa para confirmación o revocación del auto de conclusión del sumario (arts. 235, 622, IV). El único perjuicio de no haberlos podido interponer *ab initio* como apelación (salvo el supuesto raro de que la apelación inadmisibles en el abreviado, fuera, según las normas del ordinario, una apelación en ambos efectos), será el marginal de esta mayor demora en ser resueltos.

El cambio puede también producirse cuando el proceso ha pasado a la competencia del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial. Si está conociendo el Juzgado éste no acordará el cambio de procedimiento, sino que se declarará incompetente y remitirá las actuaciones a la Audiencia. En cualquier caso, pues, será la Audiencia la que deberá pronunciarse sobre el cambio y sus efectos.

Sostiene la Fiscalía General del Estado, respecto a los efectos de este cambio, que la Audiencia debe dictar sentencia porque, en cualquier caso, es competente (con lo que cabe concordar), y también que "debe aplicar el principio de conservación de los actos ya practicados, consagrado en el artículo 780 párrafo 2º, no retrocediendo en el procedimiento" (CFGE 1/1989, p. 59; también ESCUSOL, *El proceso*, pp. 197-198; PORTERO, *Comentarios*, p. 95).

ALMAGRO entiende, por el contrario, que si la inaplicación de las normas del ordinario ha originado una disminución de garantías, habría que declarar nulidad de actuaciones y retroceder en el procedimiento lo necesario. De otro modo -argumenta- "se habría producido una abrogación encubierta del proceso común realizada de manera poco ortodoxa" (ALMAGRO, *El nuevo proceso*, pp. 131-132).

Respecto a la tesis sostenida por la Fiscalía General, de entrada, y como mínimo, habría que puntualizar que, si la Audiencia ha recibido el proceso del Juzgado de lo Penal, que ya hubiera realizado en parte el juicio oral, tendrá, por ineludibles exigencias del principio de inmediación, que retroceder en las actuaciones hasta el momento de señalamiento del juicio oral y citación para el mismo.

Pero, esto descontado (y, ciertamente, la CFGE 1/1989, pp. 58-59, recoge de modo implícito esta puntualización), la tesis de la Fiscalía General -o, al menos, su poco matizada formulación- me parece que hace tabla rasa de la letra del art. 780 -que expresamente reconoce que, a ciertos efectos, hay que retroceder- y de las garantías procesales a las que esa letra está dando cobertura.

¿Cuáles serán las diligencias o actuaciones no realizadas con arreglo a las normas del ordinario? Principalmente éstas: el auto de procesamiento, la audiencia del procesado respecto a la aprobación o no del auto de conclusión del sumario y respecto la procedencia de la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art. 627 y STC 22 marzo 1985). Eventualmente pudiera también darse que los actos de investigación necesarios para fundamentar las resoluciones de la instrucción previa, se hubieran realizado sin intervención del Juez de Instrucción (art. 789.3).

¿Sería correcta una interpretación según la cual pudiera, de modo absoluto, prescindirse de la realización de esos actos según las normas del ordinario? A mi juicio no, porque entraría en colisión frontal con la letra del art. 780. Implícitamente también rechaza esta tesis la STS de 11 de junio de 1991 (RA 4592).

Una segunda interpretación sería ésta: puede prescindirse de la realización de estas diligencias y actuaciones si, en concreto, las garantías en función de las cuales están establecidas las normas reguladoras de aquéllas, han sido respetadas de otro modo. Pero si en concreto no fueron respetadas, no podría prescindirse de realizar aquellas diligencias y actuaciones con arreglo a las normas del ordinario.

Esta interpretación parece razonable, porque no priva de todo significado a la letra del art. 780, II, y, además, da sentido a la expresión algo restrictiva de "sin retroceder... más que en el caso de que resulte necesario". Resultaría necesario, cuando las garantías no hubieran sido respetadas.

Esto no se daría nunca en cuanto al procesamiento -si entendemos que la garantía que ofrece queda sustituida por la imputación no formal y por la ampliación de los supuestos de sobreseimiento de oficio que establece el art. 790.6, I-. Pero sí en cuanto a las otras actuaciones más arriba mencionadas. Concretamente, si no consta la concesión

de una oportunidad concreta de defensa frente a la posible apertura del juicio y si los actos de investigación, en cuyos resultados principalmente se fundamenta el auto de apertura, no se han realizado con intervención judicial.

En el seno, ya, de esta segunda interpretación, y cuando se aprecie la infracción en concreto de las garantías ¿habrá que retroceder en el procedimiento hasta el momento en que deben realizarse las diligencias o actuaciones o bastará acordar que sólo específicamente éstas sean practicadas?

Lo segundo es insostenible por dos razones. Porque el art. 780, II, no dice que sólo se retrocederá para practicar las diligencias y actuaciones necesarias, sino que se retrocederá en el procedimiento mismo si resultara necesaria esa práctica. Segunda -y fundamental-: porque la nulidad inicial que en estos casos se produce (art. 238.1º y 3º LOPJ) determina la nulidad derivada del auto de apertura, en cuyo sentido están destinados a influir los actos de investigación y las alegaciones defensivas del imputado (art. 242.1 LOPJ).

El cambio de procedimiento no tendrá como efecto el cambio de Juzgado de Instrucción competente (mejor que el de "instructor", como dice el art. 780, II, *in fine*). Esto es cierto incluso en el caso de que el cambio de procedimiento se produzca como consecuencia de conexión de delitos (*supra*, apartado 3, B y C). La eventual modificación del Juzgado en este supuesto, no tiene por causa el cambio de procedimiento, sino la modificación de la competencia o del reparto en virtud de la conexión.

En cuanto al régimen de los medios de impugnación contra las resoluciones sobre adecuación de procedimiento no hay norma especial. Es aplicable, en consecuencia, el régimen general de los mismos según el órgano que hubiera dictado la resolución (téngase en cuenta, en este aspecto, que los Juzgados de lo Penal no dictan resoluciones sobre esta materia, sino que, cuando se da el caso de ser adecuado el ordinario, se limitan a declarar su incompetencia y remitir la causa a la Audiencia).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALMAGRO NOSETE, J., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, con MORENO, V., CORTES, V., GIMENO, V., Valencia, 1989.

CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *El juicio oral*, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990.

CORTES DOMÍNGUEZ, V., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, con MORENO, V., ALMAGRO, J., GIMENO, V., Valencia, 1989.

DEL MORAL GARCÍA, A., *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, Madrid, 1990.

ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento abreviado*, Madrid, 1990.

MORENO CATENA, V., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, con ALMAGRO, J., CORTES, V., GIMENO, V., Valencia, 1989.

ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre*, en Justicia, 1984-IV.

ORTELLS RAMOS, M., *El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales*, en Justicia, 1989-III.

ORTELLS RAMOS, M., *Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, en Justicia, 1991-III.

ORTELLS RAMOS, M., *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*, en Justicia, 1991-IV.

PORTERO, L., REIG, J.V., MARCHENA, M., *Comentarios de la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, s.f.

VARELA CASTRO, L., *Ámbito del procedimiento y normas de competencia*, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990.

VARELA CASTRO, L., *Investigación y preparación del juicio oral*, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990.

**LA INSTRUCCIÓN POR EL MINISTERIO PÚBLICO
(REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL)^(*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL Y RELATIVIDAD DE LA CUESTIÓN; II. HACIA LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: INTENTOS, REALIDADES, TENDENCIAS; III. SOBRE LA NATURALEZA DEL MINISTERIO FISCAL; IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA EN EL PROCESO PENAL; V. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL; VI. LÍMITES CONSTITUCIONALES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN: LOS RIESGOS DE UNA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA DE "POTESTAD JURISDICCIONAL"; VII. GARANTÍAS PARA LOS ACUSADORES NO OFICIALES Y PARA EL IMPUTADO EN LA FASE PREVIA DEL PROCESO PENAL CON INVESTIGACIÓN ENCOMENDADA AL MINISTERIO FISCAL: RÉGIMEN RESTRICTIVO O INCREMENTO DEL TRABAJO JUDICIAL POR TÉCNICAS DE COMPLEMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL; VIII. COMPARACIÓN DE MODELOS LEGALES Y COMPARACIÓN DE SU FUNCIONAMIENTO REAL.

^(*)Ponencia presentada en el *Seminario Internacional "Justicia y sociedad"*, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Procuraduría General de la República. Publicada en *"Justicia y sociedad"*, UNAM, México, 1994, pp. 465-494.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL Y RELATIVIDAD DE LA CUESTIÓN

La atribución de las potestades necesarias para el desarrollo del procedimiento preliminar en el proceso penal, y, específicamente, la posibilidad de atribuir las al Ministerio Público o Ministerio Fiscal, es uno de los problemas básicos de configuración del proceso penal.

La solución del mismo se realiza en cada ordenamiento en función de factores muy diversos. Ya que sería imposible estudiar estos factores en concreto, debo limitarme a apuntar las diferentes clases de los mismos.

En primer término, presupuesta la existencia de una Constitución como norma suprema y fundamental del ordenamiento, son relevantes los factores de naturaleza constitucional, que limitan la libertad de configuración normativa del legislador ordinario. En la materia que nos ocupa estos factores pueden referirse, principalmente:

1. A que la Constitución determine los requisitos de unos órganos específicos - los órganos jurisdiccionales-, establezca que a ellos les está en exclusiva atribuida la potestad jurisdiccional e, incluso, configure con mayor o menor precisión en qué consiste esa potestad. Si en el procedimiento preliminar es necesario que se ejercite la potestad jurisdiccional, el legislador estará limitado en cuanto a las posibilidades de su atribución.

2. A que la Constitución establezca el monopolio de la acción penal en favor de un órgano del poder público o, por el contrario, reconozca derecho de acción penal a las personas, o específicamente a los ciudadanos, con extensión objetiva más o menos amplia. En el segundo caso, la efectividad del derecho de acción puede requerir que el Ministerio Fiscal no domine de modo absoluto las actividades del procedimiento preliminar.

3. A la extensión con la que la Constitución reconozca el derecho de defensa en el proceso penal. Si ese reconocimiento comprende todas las etapas del mismo, habrá de cuidarse la efectividad del derecho de defensa del imputado durante el procedimiento preliminar.

Respetados los límites de la constitucionalidad, ante el legislador ordinario se abre un abanico de soluciones de este problema de configuración del proceso penal, entre las que debe escoger con arreglo a criterios de política jurídica relativos al diferente grado de protección que la ley puede dispensar a los derechos e intereses implicados en la actuación jurisdiccional de la ley penal. La opción legislativa puede ser enjuiciada, desde un punto de vista valorativo, como establecedora de un estándar de garantías más o menos elevado de esos derechos e intereses.

Criterios también de política jurídica, aunque de naturaleza distinta a los que acabo de indicar, son los de efectividad del proceso penal. Reconocida la prioridad de que ese proceso debe configurarse de modo que pueda alcanzar su fin, que respete los condicionamientos constitucionales y que responda a un adecuado grado de protección de los derechos e intereses por él afectados, el legislador debe plantearse como obtener todo eso con la mayor economía de medios y en el más breve espacio de tiempo posible. Debe analizarse, pues, si un modelo de instrucción previa dirigida por el Ministerio Fiscal presenta o no ventajas desde este punto de vista de la efectividad.

Una última clase de factores es la de como configura el ordenamiento la posición orgánica del Ministerio Fiscal, en especial su relación con el Poder Ejecutivo. El diferente grado de dependencia -en sentido jurídico y en sentido material- del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, si bien puede ser irrelevante para verificar si en la atribución de potestades en la instrucción previa se respetan los condicionamientos constitucionales (por ejemplo, el de los de atribución exclusiva de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales), es, en cambio, decisivo para considerar o no suficiente el estándar de garantías que la ley establece para los derechos e intereses afectados por un proceso penal.

Tras este planteamiento general podrá convenirse en que un análisis fructífero de la cuestión de si la instrucción previa del proceso penal puede atribuirse al Ministerio Fiscal debe hacerse en términos relativos, en el contexto de un ordenamiento jurídico determinado. En las páginas que siguen se analiza en el contexto del derecho español.

II. HACIA LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: INTENTOS, REALIDADES, TENDENCIAS

No es nueva en derecho español cierta tendencia favorable a la ampliación y el reforzamiento de las funciones y poderes del Ministerio Fiscal en la instrucción previa del proceso penal y en el ejercicio de la acusación¹. En los dos últimos años, esa orientación adquiere más fuerza, más probabilidades de llegar a ser derecho positivo, hasta el punto de que ya ha dejado su precisa impronta en la reforma de LECRIM de diciembre de 1988.

Un primer intento de importancia fue el proyecto de Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. En su memoria se destacaba la novedad de las facultades de investigación de hechos delictivos que se atribuían al Ministerio Fiscal (en adelante MF) para una mayor agilización del proceso penal y para la autentica realización de la oralidad, que requiere limitar el contenido de la fase de instrucción previa². El artículo 3.4 del proyecto atribuía al MF la función de "actuar como órgano de investigación en el proceso penal, a cuyo fin instara de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y dirigirá la actividad de la policía judicial". El artículo 5 especificaba los actos que le correspondía realizar en la investigación, excluyendo de ellos la adopción de medidas cautelares y limitativas de derechos, salvo la detención.

Frente a este intento reaccionaron dos grupos parlamentarios de muy diferente signo político: el grupo comunista, que justificaba su enmienda núm. 23 en que la relación del MF con el Ejecutivo conduciría, a través de aquella función, a un control político del proceso y la justicia penal; y el grupo Coalición Democrática, que

¹ Para algunos antecedentes doctrinales y de reforma legislativa en este sentido véase Fairén Guillen, V., "La reorganización del Ministerio Fiscal español", en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, pp. 516-517; Morenilla Rodríguez, J. Ma., "El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español", en *Documentación Jurídica*, 1981, enero-diciembre, p. 104 y autores que cita en nota 14.

² B.O.C.G. Congreso, Serie A. 23 mayo 1980. Núm. 139-I, pp. 1013-1014.

razonaba su enmienda clave -la núm. 211- con argumentos de eficacia (el Ministerio Fiscal no tiene medios, ni preparación para asumir la labor investigadora) y de insuficiencia de garantías de una investigación imparcial por la posición orgánica del MF. Esta reacción tuvo éxito en lo esencial y ya el texto de la ponencia dio a aquellos artículos la redacción que llegó a ser ley³. Ese texto, a pesar de la apariencia, no supuso cambio en el régimen de la actuación del MF según LECRIM, salvo la expresa atribución de la potestad de acordar la detención y una norma -que después analizaremos en el contexto adecuado- sobre presunción de autenticidad de diligencias practicadas por el MF o bajo su dirección.

Un segundo intento, que alcanza en parte su objetivo, ha tenido como motivo la STC 145/1988, de 12 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del precepto de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, que excluía la recusabilidad del juzgador que hubiera sido instructor. Esa declaración de inconstitucionalidad hizo conveniente una reforma de LOPJ y LECRIM para evitar la paralización de la justicia penal respecto a delitos menores. Pero, además, se ha intentado aprovechar esa conveniente reforma para dar entrada a unas ideas sobre la instrucción previa ya expresadas, como luego veremos, en textos oficiales de la FGE y por una corriente doctrinal con influencia en las reformas legislativas.

El anteproyecto avanzaba considerablemente en esa dirección. Sin establecer preceptivamente una investigación previa exclusiva del MF, ponía, con algunos preceptos clave (artículos. 789, II, 786.1, 781.2, d Y 781.5 todos del Anteproyecto) la base para que eso fuera realidad en el mayor número de supuestos (canalización hacia el MF de las *notitiae criminis* provenientes de la policía y necesidad de expreso requerimiento judicial para desapoderar al MF de la investigación). En segundo término, era destacable que, junto a la genérica reserva al juez de la adopción de medidas cautelares (artículo 781.2, d Anteproyecto), los números 5 al 8 del artículo 781 bis del Anteproyecto encomendaban al MF la adopción provisional de unas medidas que, como luego veremos, suponía una peligrosa excepción a la regla general.

Ya antes de llegar a la calidad de proyecto desaparecieron del texto esas disposiciones, atendiendo a críticas formuladas en los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, los cuales, sin rechazar de plano el modelo de la investigación previa del MF, no compartían su concreta plasmación en el Anteproyecto, ni la oportunidad de la innovación⁴. En los artículos 785 bis. 1 y 3 y 789.1 LECRIM puede observarse la suavización de la técnica de derivación de procedimientos hacia el MF⁵.

³ B.O.C.G. Congreso. Serie A. 23 junio 1981. Núm. 139-I 3, pp. 103/6, 12 y 13.

⁴ En cuanto al informe del Consejo General del Poder Judicial véase el *Boletín de Información del Consejo*, 2ª época, año VII, núm. extraordinario, Madrid, octubre 1988, pp. 12-14, 18-19. El Consejo Fiscal emitió informe el 13 de octubre de 1988, de cuyo contenido debe destacarse el apartado II, relativo a la reforma procesal.

⁵ Aunque la circular núm. 1/1989, en "suplemento" al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1522, pp. 1359 y 1365 intenta de nuevo reforzar la posición del MF en el aspecto tratado en el texto.

Ahora bien, de un conjunto de artículos introducidos en esta reforma de LECRIM y especialmente del artículo 789.3, cabe concluir que, al menos parcialmente, ya se ha introducido en nuestro proceso penal una investigación previa del MF. En efecto, si las diligencias de investigación practicadas por este sólo precisan ser complementadas mediante una instrucción previa judicial o dirigida por el juez, en cuanto sean materialmente insuficientes para fundar la acusación, es que, desde un punto de vista jurídico-formal, tienen la eficacia de actos de la instrucción previa y no requieren ser judicialmente reiterados⁶.

Si del campo de los intentos, ya coronados en algunos supuestos por realizaciones parciales, pasamos al de las tendencias, podemos comprobar que la de renovar la posición del MF en el proceso penal se expresa muy claramente y en instancias que cabe suponer con influencia real en las reformas legislativas.

Ya en su *Memoria* de 1987 la Fiscalía General del Estado, tras apuntar que el grado de judicialización de los conflictos en nuestra sociedad desbordaba la capacidad de la organización judicial, indicaba la conveniencia de la discriminalización de ilícitos poco graves, que podrían someterse a sanción administrativa; de la reforma del proceso penal hacia objetivos de eficacia y aceleración sin pérdida de garantías, lo que se lograría modificando su fase preparatoria, encomendando la investigación al fiscal, sin perjuicio del "control jurisdiccional de las decisiones que afecten a los derechos fundamentales (...) que deberían ser adoptadas por la autoridad judicial". En fin, invitaba a reflexionar sobre la conveniencia de introducir un principio de oportunidad "reglada" como rector del ejercicio de la acusación en algunos supuestos⁷.

En la *Memoria* de 1988 la tendencia se refuerza. La instrucción judicial, además de causa de ineficacia del proceso penal, es considerada como exceso sobre las atribuciones que al juez le otorga la Constitución. Y, así, dice el fiscal general:

Me atrevo a afirmar que del examen combinado de los artículos 117.3o. y 4o. Y 124.1o. de la Constitución se deduce que nuestros constituyentes quisieron separar las dos funciones esenciales de la justicia penal: la de juzgar que corresponde a juzgados y tribunales determinados por la ley (artículo 117.3o.) y la de promover el juicio "promover la acción de la justicia" que otorga al fiscal (artículo 124.1o.). Dicho de otra manera, el sistema que propugna la Constitución supone que el fiscal es el titular del impulso procesal; de cuanto debe acontecer antes del juicio oral. Los jueces y tribunales son los titulares exclusivos de la potestad jurisdiccional, es decir, del juicio y de sus consecuencias: su ejecución⁸.

La *Memoria* de 1989, sin dejar el terma de la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal⁹, añade consideraciones sobre el reforzamiento del consenso como estrategia de pacificación social, es decir, de un modo de solución del proceso penal en el que prive el convenio y el consenso, lo que podría favorecer la función resocializadora de la pena¹⁰.

⁶ Sobre esto, más ampliamente, mi trabajo "El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales", pendiente de publicación en *Justicia* 1989, apartado 3.

⁷ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1987, pp. 12-17.

⁸ *Memoria...*, Madrid, 1988, pp. 20-21.

⁹ *Memoria...*, Madrid, 1989, p. 15. También ponderando las ventajas de esa atribución la circular 1/1989, en "suplemento", *cit.*, pp. 1355-1357.

¹⁰ *Memoria*, 1989, p. 16.

Esta tendencia es también alentada por una corriente doctrinal en la que participan diversos autores¹¹. Es conveniente dejar para después las específicas referencias al modo en que estos autores conciben la eficacia jurídica de la investigación del Ministerio Fiscal y los poderes que deben quedar reservados al juez en la fase previa del proceso penal.

III. SOBRE LA NATURALEZA DEL MINISTERIO FISCAL

Existe notoriamente una relación entre la naturaleza del Ministerio Fiscal, en el sentido de la integración o encuadramiento del mismo en algunos de los poderes del Estado, y la atribución a aquel de nuevas funciones y poderes en la instrucción penal.

No se trata sólo de que "de sostener la naturaleza jurisdiccional del mismo, nada grave se opondrá a que se ampliaran sus facultades dentro de la instrucción"¹². Esto respondería a un planteamiento estricto de la constitucionalidad de la atribución. Pero, además de ese planteamiento, cabe preguntarse si el régimen orgánico del MF, particularmente en cuanto a su vinculación con el Poder Ejecutivo, legitima objetivamente esa atribución de nuevos poderes y puede experimentarse como legitimador en la opinión pública¹³.

La Constitución y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal han reavivado¹⁴ con nuevos datos el debate sobre el encuadramiento del MF entre los poderes del Estado.

Tras una observación bastante difundida sobre la ambigüedad de la referencia constitucional al Ministerio Fiscal, no predomina ciertamente en la doctrina la tesis de que sea una institución inserta en el Poder Judicial¹⁵. Esta más extendida la conclusión

¹¹ Segura mente sin exhaustividad cabe citar de Gimeno sobre el tema que nos ocupa "El Ministerio Fiscal y la Constitución", en *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid, 1982, pp. 334-335; "Los procedimientos penales simplificados (Principio de "oportunidad" y proceso penal monitorio)", en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 32-37; "Algunas sugerencias sobre la atribución al MF de la investigación oficial", en *Justicia*, 1988, pp. 829-834; "El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial*, núm. especial VI, pp. 274-280. Moreno Catena, V., "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", en *Poder Judicial*, núm. especial II, p. 165 y, en general, todo el artículo "La justicia penal y su reforma", en *Justicia*, 1988, pp. 313-318. Vives Antón, T., "Doctrina constitucional del proceso penal", en *Poder Judicial*, núm. especial II, pp. 93-128. Ruiz Vadillo, E., "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en *Poder Judicial*, núm. especial II, p.p. 53-89.

¹² Como dice Gimeno en "El Ministerio Fiscal y la Constitución", en *Comentarios*, *cit.*, p. 328.

¹³ En este sentido, no limitado al aspecto de la constitucionalidad, aparece, por ejemplo, planteada la cuestión en la enmienda núm. 23. del grupo parlamentario comunista al Proyecto de Estatuto Orgánico del MF, y par Andrés Ibáñez, P., *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pp. 396-397.

¹⁴ Para información sobre el estado de la cuestión en España con anterioridad a las citadas referencias constitucional y legislativa, "La reorganización del Ministerio Fiscal", en *Temas*, I, *cit.*, pp. 483-517; Sara Domínguez, M., "El Ministerio Fiscal en España (Notas para una futura construcción de dicha figura y estudio de su posición en el derecho procesal español)", en *Documentación jurídica*, núm. 10, 1977, pp. 266-357, y núm. 11, pp. 521-661.

¹⁵ Sostienen, con diversos matices, tesis judicialistas Llobell Muedra, J., "El nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal", en *La Ley*, 1982, pp. 909-912; Aparicio Calvo-Rubio, J., "El Ministerio Fiscal en la Constitución", en *El Poder Judicial*, I, Madrid, 1983, pp. 627-651; Conde-Pumpido Ferreira, C., "La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y en el nuevo Estatuto Orgánico", en *El Poder Judicial*, I, *cit.*, pp. 847-890.

de su dependencia respecto al Ejecutivo¹⁶, conclusión que además es valorada diferentemente por los autores. Unos adoptan frente a ella una actitud crítica, fundada en que esa posición orgánica amenaza la efectividad de los principios funcionales de legalidad e imparcialidad¹⁷. Por el contrario otros autores se muestran favorables a la vinculación del MF respecto al Ejecutivo porque este ejerce a través de la actuación del MF ante los tribunales, una de las manifestaciones de su función constitucional de dirigir la política interior (artículo 97 CE), influyendo en que el MF postule ante los órganos jurisdiccionales cuando sea necesario que ejerciten su potestad y el MF este legitimado para promoverlo¹⁸. Desde esta segunda postura las críticas se dirigen más bien contra que la vinculación MF-Ejecutivo no haya recibido una expresión normativa más acabada y que elimine ciertas indefiniciones y ambigüedades¹⁹.

Sin entrar de lleno en esa polémica, y para los efectos de lo que tenemos que analizar después, es conveniente hacer tres observaciones.

Las dos primeras están muy próximas a la obviedad y se refieren a la tesis minoritaria que se inclina por la inserción del MF en el Poder Judicial. Esta inserción, sin duda, no puede significar:

A) Que el Ministerio Fiscal tenga la calidad de órgano jurisdiccional ordinaria, es decir, de órgano jurisdiccional cuyos titulares están protegidos por el régimen general de las garantías de la independencia, particularmente la sujeción en aspectos gubernativos al Consejo General del Poder Judicial²⁰. Dejando aparte, que no es poco, la falta del requisito de la independencia, los miembros del MF carecen de los requisitos de unidad de cuerpo y de estatuto personal con el de los jueces y magistrados, y, además, no están sujetos a las potestades administrativas del Consejo, ni pueden formar parte del mismo en su específica calidad de miembros del MF²¹.

B) Que el MF constituya una de las excepciones al principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 CE), es decir, que no siendo "Poder Judicial" en el sentido específico de esta expresión en la Constitución, lo sea en cambio en el sentido

¹⁶ En este sentido Fairén Guillen, V., "El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988 (I)", en *Tapia*, 1989, enero-febrero, pp. 63-73; Pérez Gordo, A., "Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981", en *El Poder Judicial*, III, Madrid, 1983, pp. 2347-2382; y los autores que se citan en las siguientes notas.

¹⁷ Morenilla, "El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal", *cit.*, pp. 93101, 112; Martín Pallín, J. A., "El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales", en *El Poder Judicial*, II, Madrid, 1983, pp. 17911804; Muñoz Calvo, J. L., "La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal", en *El Poder Judicial*, III, Madrid, 1983, pp. 2153-2175.

¹⁸ González-Cuellar García, A., "El Ministerio Fiscal", en *Documentación Jurídica*, 1985, enero-junio, pp. 227-239; Jaural de Morgado, E., "El Ministerio Fiscal", en *Poder Judicial*, núm. 1, 1981, diciembre, pp. 46-48.

¹⁹ Véase especialmente consideraciones en ese sentido en Jiménez-Blanco y A. Carrillo de Albornoz, "Relevancia constitucional del Ministerio Fiscal", en *El Poder Judicial*, II, Madrid, 1983, pp. 1625-1645.

²⁰ Sobre el concepto y requisitos de un órgano jurisdiccional ordinario Montero, J., *Derecho jurisdiccional*, I, Barcelona, 1989, pp. 71-73.

²¹ Mosquera, L., "La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978", en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid, 1980, pp. 701-705.

que esa expresión tiene en la ciencia jurídico-política. Sería entonces un órgano jurisdiccional dotado de potestad en esa naturaleza, pero de carácter especial y reconocido por la Constitución en su artículo 124²².

El MF no puede ser considerado como una clase de órgano jurisdiccional especial constitucionalmente reconocido, en primer lugar y fundamentalmente, porque sus componentes carecen de independencia, a diferencia de lo que es requisito esencial de los titulares de órganos jurisdiccionales. Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (artículo 124.2 CE) conducen a que, dejando ahora a un lado la vinculación con el gobierno, cada miembro de MF no pueda hacer por sí una autónoma determinación de cuál debe ser en el caso una actuación con arreglo a la ley, sino que en esa determinación está sometido a las órdenes e instrucciones emanadas de sus superiores (artículos 24, 25 y 26 EOMF), cuyo incumplimiento es sancionable por la vía disciplinaria (artículos 62.1 y 63.2 EOMF). Existen, además, instrumentos eficaces para alcanzar el cumplimiento específico de la orden superior, como la sustitución del fiscal en cualquier momento del proceso o de la actividad que esté realizando (artículo 23 EOMF), específicamente cuando ha objetado la ilegalidad de las órdenes e instrucciones (artículos 27, II EOMF), o la facultad de específica designación de fiscales para asuntos determinados (artículo 26 EOMF). Todo esto excluye la naturaleza jurisdiccional del órgano-MF, aun prescindiendo de analizar su posible dependencia respecto al gobierno.

Se añade a lo anterior que, a diferencia de otros órganos jurisdiccionales especiales contemplados por la CE, no hay expresión alguna en el texto constitucional que signifique que le sea atribuible al MF potestad jurisdiccional en alguna medida. El artículo 124.1 CE deja claro que la función del MF no es actuar la justicia, sino promover la acción de la misma en defensa de cierta clase de intereses.

La tercera observación, después de descartar que el MF pueda ser calificado como órgano jurisdiccional en algún sentido, se refiere al grado de garantía con el que el régimen orgánico del MF protege la efectividad de los principios funcionales de legalidad e imparcialidad, evitando que queden muy estrechamente condicionados por las directrices políticas del gobierno. Si, como se ha dicho, "solo si el Ministerio Fiscal ajusta su difícil tarea a los principios de legalidad e imparcialidad (lo que es obligado, como acabamos de ver) puede desempeñar su función investigadora con plenitud de garantías y la incondicionada confianza de la sociedad"²³, parece necesario un régimen de garantías que asegure que aquel ajuste se produzca. No es suficiente la voluntarista afirmación de que el ajuste se producirá²⁴. Ni son comparables las posibles desviaciones del MF respecto a sus principios funcionales, cuando éstos no se dorna de garantías suficientes, con las de un juez respecto a los principios de sumisión

²² Sobre los criterios para una calificación del- MF como la que se enuncia en el texto Montero, *Derecho jurisdiccional*, I, pp. 62-75.

²³ Ruiz Vadillo, E., "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", *cit.*, p. 66.

²⁴ Como la que formula, por ejemplo, Ruiz Vadillo, *cit. supra*, pp. 66, 70-71; también responde a ese matiz voluntarista la opinión que expresa Gimeno; "El Juez imparcial", *cit.*, p. 280. Sobre este extremo véase la reflexión de De la Oliva, A., *Jueces imparciales, fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, pp. 71-72.

a la ley e independencia²⁵, porque la lógica de ese argumento podría conducir a estimar irrelevantes las garantías de la independencia judicial.

El juicio sobre el grado de esas garantías no puede, ciertamente, ser positivo²⁶. En primer lugar hay que recordar las técnicas para la dependencia jerárquica dentro de la organización del MF que hace poco hemos apuntado.

Esas técnicas se complementan con otras que instrumentan la dependencia respecto al Ejecutivo y que sintéticamente son estas:

a) El fiscal general del Estado es nombrado y cesado por el rey, *a propuesta del gobierno*, oído previamente el Consejo General del Poder Judicial (artículo 29.1 EOMF).

b) Aunque no se dice que el gobierno pueda dirigir instrucciones al FGE, si puede interesar del mismo que promueva ciertas actuaciones ante los tribunales en orden a la defensa del interés público. El FGE -que ya vimos como fue nombrado y como puede ser cesado- no está vinculado por aquel acto del gobierno y resuelve motivadamente sobre su viabilidad y procedencia, previa audiencia de un órgano colegiado (la Junta de Fiscales de Sala) (artículo 8 EOMF), cuyos componentes (artículo 14.2 EOMF) han sido todos nombrados por el gobierno a propuesta del FGE (artículos 36 en relación con el 35.1 y 34.1º EOMF).

c) Todos los fiscales jefes de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el gobierno a propuesta del FGE (artículo 41 EOMF en comparación con los 39 y 40 del mismo texto), de modo que está en manos del gobierno y del FGE el control de la composición de la Junta de Fiscales de Sala y el dominio inmediato de los grados intermedios de la estructura jerárquica (artículos 23 al 26 EOMF).

No se está diciendo, obviamente, que las influencias que emanen del Ejecutivo serán en todo caso contrarias a los principios de legalidad e imparcialidad, sino que el Ejecutivo -que dispone de cauces perfectamente efectivos de dirección del MF- no es la entidad más idónea en el ordenamiento español para la realización de aquellos principios, pues en otro caso no se justificaría lo dispuesto en el artículo 106.1 CE (que da a los tribunales la última palabra en el control de la legalidad de la actuación administrativa).

²⁵ Hace esta comparación Ruiz Vadillo, la "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", *cit.*, p. 69, cuando dice que "Con análoga apoyatura y carencia de justificación podría ponerse en tela de juicio el comportamiento del juez o tribunal".

²⁶ En este mismo sentido De la Oliva, *Jueces imparciales, cit.*, pp. 91-94.

IV. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA EN EL PROCESO PENAL

La cuestión puede plantearse en un doble plano: naturaleza jurídica de la instrucción previa tal como hoy está configurada por el derecho positivo, y, en otro nivel, su naturaleza jurídica en atención a los fines a los que responde esta fase previa del proceso penal y a las posibilidades de configuración de la misma de modo conforme a la Constitución²⁷.

En el primer plano, entiendo que, salvo la brecha que abrió la Ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre²⁸, y que ha profundizado la L. O. 7/1988, de 28 de diciembre²⁹, la conclusión es la naturaleza jurisdiccional de la instrucción previa. Se trata de un proceso previa, regido por los principios procesales de oficialidad, investigación e impulso oficiales, y por el procedimental de escritura, dirigido principalmente (pero no sólo: también adopción de medidas cautelares) a un acto jurisdiccional final sobre la admisibilidad de una acusación³⁰.

Los actos necesariamente previos a las resoluciones jurisdiccionales que repercuten en la admisibilidad de la acusación, son dirigidos y realizados, con menor o mayor intervención de las partes, por un órgano jurisdiccional. Esto último del mismo modo en que, en la estructura más frecuentemente considerada de un proceso de declaración, el órgano jurisdiccional no se limita a dictar la sentencia, sino que dirige los actos necesariamente previos a la misma.

En este trabajo importa, sin embargo, el segundo plano en el que puede plantearse la cuestión de la naturaleza jurídica. Como se trata de valorar la tendencia reformadora de atribuir al MF nuevas funciones y poderes en la instrucción previa, lo decisivo es precisar que componentes de esta constituyen ejercicio de potestad jurisdiccional (de acuerdo con un concepto de esta con arreglo a la Constitución) y cuáles no tienen esa calidad.

²⁷ Sobre la naturaleza jurídica de la instrucción previa -cuando el tema tenía una trascendencia preferentemente dogmática y no, como ahora, una repercusión sobre la constitucionalidad del régimen de la instrucción- han tomado postura en la doctrina española algunos autores, entre los que cabe citar a Serra Domínguez, M., "El juicio oral" y "La instrucción de los procesos penal y civil: El sumario", ambos trabajos en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 764-769 y 716-738, respectivamente; Fairén, V., "La disponibilidad del derecho de la defensa en el sistema acusatorio español", en *Temas*, II, *cit.*, pp. 1210-1212, nota 30; Fenech, M., *Derecho procesal penal*, II, Barcelona, 1960, pp. 939-942; Jiménes, Asenjo, E., "Concepción técnico-jurídica de la instrucción criminal", en *RDPro Iberoam-filip.*, 1960, pp. 575-606; Pastor López, M., "El sumario: su función y naturaleza jurídica", en *RDPro*, 1965-1, pp. 61-94; del mismo autor, *El proceso de persecución*, Valencia, 1979, pp. 152-155; Alcalá-Zamora y Castillo, N., "En torno a la noción del proceso preliminar", en *Scritti giuridici in onore de la Cedam*, II, Padova, 1953, pp. 304-311; Viada López-Puigcerver, C., *Curso de derecho procesal penal*, II, Madrid, 1962, pp. 5-30.

²⁸ Explico la entidad de esta reforma en "El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre", en *Justicia*, 1984, pp. 789-800.

²⁹ Véase sobre esto mi *El nuevo procedimiento penal*, *cit.*, apartado 3.

³⁰ En realidad la admisibilidad de la acusación se somete a varios enjuiciamientos durante la instrucción, el último de los cuales es el que sirve para decidir entre apertura del juicio o sobreseimiento. Sobre esto Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento criminal*, II, Barcelona, 1951, pp. 188-191.

En una primera aproximación puede sostenerse que son ejercicio de potestad jurisdiccional:

- a) Las resoluciones sobre medidas cautelares.
- b) Las resoluciones restrictivas de derechos sin carácter cautelar, generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de las fuentes de prueba.
- c) Las resoluciones sobre la admisión de la acusación (admisión de querrela y de personación del acusador particular, procesamiento y sobreseimiento-apertura de juicio oral), en cuanto son ejercicio de potestad de dirección procesal respecto al proceso de declaración.
- d) Práctica anticipada de prueba.

Los actos de obtención que realizan las partes³¹ en relación con las resoluciones y actos acabados de enumerar no son, ciertamente, ejercicio de potestad jurisdiccional, pero han de estar dirigidos y han de ser valorados por el órgano investido de esa potestad, precisamente porque persiguen influir en su ejercicio.

No supone, en cambio, ejercicio de potestad jurisdiccional la actividad material dirigida a descubrir:

- a) Contra qué persona se puede dirigir la acusación.
- b) De qué hechos se la puede acusar.
- c) De qué fuentes de prueba se dispone para demostrar (en el juicio) el fundamento de la acusación, y (antes del juicio) la probabilidad de ese fundamento a los efectos de que se acuerden medidas cautelares y de que la acusación sea admitida. Descubrir las fuentes de prueba requiere examinarlas y se acompaña de una documentación del resultado de ese examen y de la conservación de objetos que van a servir para las pruebas reales.

Ahora- bien, hay que puntualizar: todo eso no supone ejercicio de potestad jurisdiccional a condición de que la eficacia de los resultados de esa actividad quede limitada a que el acusador los utilice para formular (con fundamento, en el sentido de hacerlo con conocimiento de causa) solicitudes de medidas cautelares, la acusación y proposiciones de prueba limitada a eso" tal actividad es en todos los procesos una actividad desarrollada por las partes y, en muchos casos, privada. Incluso en el proceso penal no está excluida, sólo que para introducir sus resultados en una instrucción previa judicial ha de instarse la práctica de las correspondientes diligencias³².

La puntualización es necesaria, porque la tesis de la no jurisdiccionalidad de la actividad de investigación previa al proceso, no podría sostenerse sin grave dificultad - como después se explicará-, si tuviera que entenderse que la documentación que el acusador ha formado de dicha actividad es eficaz, *per se*, para que el juez funde en la

³¹ Sobre el concepto de esta clase de actos Ortells, *Derecho jurisdiccional*, I, *cit.*, pp. 572-577.

³² Así sobre la investigación realizada por la policía, en su caso por orden del Fiscal, y a la que se refiere el artículo 287 LECRIM, véase mi *El proceso penal en la Ley Orgánica 10/1980*, pp. 790-791.

misma sus resoluciones sobre medidas cautelares y admisión de la acusación y puede sustituir a una prueba que debe ser practicada ante y bajo la dirección del órgano jurisdiccional que ha de dictar la resolución.

V. CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN DE NUEVOS PODERES AL MINISTERIO FISCAL

Los criterios para apreciar esa tendencia legislativa son de un doble orden. Unos de carácter constitucional: las normas constitución tales como límite a la libertad de configuración normativa del legislador. Otros de política jurídica, que entran en juego tras resolver el problema de una configuración conforme a Constitución.

Una valoración desde criterios constitucionales debe partir principalmente del artículo 117.3 CE, es decir, de la exclusiva atribución a los órganos jurisdiccionales de la potestad jurisdiccional, y también de otros preceptos que específicamente formulen esa reserva (artículos 17, 18.2, 18.3, 20.5, 22.4, 25.1 CE). Si el Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional no será conforme a Constitución atribuirle en la fase previa del proceso penal poderes que sean potestad jurisdiccional.

Ahora bien, así como no es discutible la inconstitucionalidad de una atribución al MF de potestad jurisdiccional, no creo que sea cierto, como se está empezando a sostener por algunos autores³³ y por la propia Fiscalía General del Estado³⁴, que precisamente el modelo de la instrucción previa judicial sea disconforme con la Constitución, presupuesta, en todo caso, la separación orgánica de instructor y sentenciador. Pienso, por el contrario, que el artículo 117.4 CE, que permite que la ley expresamente atribuya a los órganos jurisdiccionales funciones distintas al ejercicio de potestad jurisdiccional en garantía de cualquier derecho, da cobertura constitucional suficiente a aquel modelo.

Esto abre paso a una valoración ya no constitucional, sino de política jurídica: presupuesta la no inconstitucionalidad de la atribución al MF de ciertas funciones en la fase previa del proceso penal. ¿Se producirá con ese cambio una importante disminución de garantías para los derechos de los acusadores no oficiales y del imputado? Si, para evitar esa importante disminución, resulta conveniente establecer determinados complementos judiciales a la investigación fiscal ¿se alcanzarán los objetivos de reducción de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y de aceleración del proceso penal, que también se persiguen con las nuevas atribuciones del MF?

³³ Vives Antón, *Doctrina constitucional, cit.*, pp. 99-102; Moreno Catena, *La justicia penal y su reforma, cit.*, pp. 314-315.

³⁴ *Memoria*, 1988, pp. 20-21.

VI. LÍMITES CONSTITUCIONALES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN: LOS RIESGOS DE UNA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA DE "POTESTAD JURISDICCIONAL"

La verificación del respeto al límite constitucional que deriva del artículo 117.3 CE presenta toda la dificultad de determinar en qué consiste esa potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la potestad jurisdiccional que no puede ser atribuida al MF. Y existe el riesgo de que esa determinación, que ineludiblemente tendría que hacer el legislador, se resuelva en una versión cicatera y reductora de la potestad jurisdiccional, que tenga por consecuencia un incremento efectivo de los poderes del MF a costa del propio ámbito de la potestad jurisdiccional, y no solo de lo que claramente queda fuera de esa potestad.

Dentro del carácter, lógicamente no del todo definido e impreciso, de la corriente cuyas manifestaciones expusimos al principio, aparecen unos datos y apuntes que preanuncian esa orientación restrictiva en el modo de entender la potestad jurisdiccional. Vamos a examinar los supuestos más importantes en los que esto ocurre.

A) Uno de los aspectos en los que puede sufrir menoscabo la integridad de la potestad jurisdiccional es el de la recepción y dirección de la prueba procesal

Algún autor ha llegado a sostener, en un plano de construcción teórica, que los actos del juez en el proceso, salvo la sentencia de fondo, son de naturaleza administrativa³⁵, de modo que administrativa sería también la potestad de realizarlos y cabría, por consiguiente, cuestionar su exclusiva atribución a un órgano jurisdiccional. Esa tesis me parece inaceptable³⁶, porque el proceso como actividad jurídica realizada con intervención del órgano jurisdiccional es impuesta por la propia Constitución.

El artículo 117.3 CE no permite que la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado pueda ejercitarse de cualquier modo, sino que somete su ejercicio a las normas de procedimiento que las leyes establezcan. E incluso la regulación legal del procedimiento específicamente judicial no es indiferente al legislador constitucional, que establece normas tanto respecto a la forma del mismo (artículo 120 CE), como respecto a los derechos de las partes (artículo 24.1 y 2 CE) Y los poderes del juez (artículo 118 CE).

Considero, en consecuencia, que la tesis de que las potestades del órgano jurisdiccional en la relación jurídica procesal no son jurisdiccionales o son, de algún modo, "menos" jurisdiccionales, está llamada a permanecer en un plano puramente teórico y no puede tener ninguna incidencia en el derecho positivo, porque el ordenamiento constitucional impide que esas potestades le sean sustraídas al órgano jurisdiccional.

³⁵ Ballbe. M., "La esencia del proceso", *RGLJ*, 1947, pp. 42-46.

³⁶ Ya Chiovenda previo y crítico concepciones de ese estilo en *instituciones de derecho procesal civil* (trad. Gómez Orbaneja), II, Madrid, 1936, p. 11. También críticamente en la doctrina española Gutiérrez de Cabiedes, E., "Una nueva reflexión acerca del concepto del derecho procesal", en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, pp. 50-51; De la Oliva, A., "Sobre conceptos básicos del derecho procesal", en *RDPPro Iberoam*, 1976, pp. 198-199.

No afirmaré que el sistema de investigación a cargo del MF suponga un riesgo de que una actividad probatoria recibida y dirigida por un juez sea totalmente sustituida por la documentación que hubiera formado el MF. Lo que quiero advertir es que, generalizada la investigación fiscal, en los casos de excepción, pero prácticamente nada infrecuentes, en que sea necesario suplir la práctica de una prueba por la lectura de una documentación previa sobre el examen de la correspondiente fuente de prueba, no será, por regla general, la documentación de una actividad judicial la que servirá para la sustitución.

Si se atiende a algunas manifestaciones sobre este tema de partidarios de la investigación fiscal, podría pensarse que el riesgo apuntado nunca se hará real³⁷. Es paradigmática, en tal sentido, esta afirmación:

el MF es una autoridad carente de independencia judicial y, por tanto, nunca puede generar actos de prueba, sino meros actos de investigación, por lo que *en momento alguno* (subrayado mío) el tribunal decisor podría fundamentar su declaración de hechos probados de la sentencia en los referidos actos investigatorios³⁸.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la imposibilidad de practicar una prueba en el juicio oral, no siempre es previsible antes de su celebración, sino que en muchos casos se manifiesta *a posteriori*, en el mismo momento del juicio³⁹. Eso conduce a que otras opiniones sobre el régimen de esta materia en un nuevo sistema de investigación fiscal sean más matizadas. Así, puede leerse en la circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 que "las diligencias de investigación del fiscal carecen *en principio* de valor probatorio"⁴⁰ y que no pueden invocarse como prueba "salvo aquellas irrepetibles (reconocimientos oculares, test de alcoholemia, etcétera) en las que la practica probatoria deberá consistir en que la persona que ha recogido la prueba o practicado la pericia se ratifique en juicio..."⁴¹. Otro autor significativo apunta que "a instancia de cualquiera de las partes, si el tribunal lo autoriza podrían leerse las diligencias practicadas en la fase de investigación que por causas ajenas a la voluntad de quien lo propone no puedan ser reproducidas, si su integración en el proceso no vulnera el derecho de defensa"⁴² y que el respeto a las garantías que establece la LECRIM, es esencial para que, dentro de ciertos temperamentos, puedan tener eficacia en la decisión final "por ejemplo, ocupación de efectos, re-

³⁷ Moreno Catena. *Garantía de los derechos fundamentales*, cit., p. 165; circular FGE núm. 1/1989, apartado IV, B, c.

³⁸ Gimeno Sendra, V., *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., p. 830 y también p. 833.

³⁹ En definitiva, una práctica anticipada de la prueba no siempre puede ser el tratamiento aplicable a los supuestos de imposibilidad de practicarla en el acto del juicio. Más ampliamente sobre este tema Ortells, M., "Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECRIM", en *RGD*, 1979, pp. 33-47 (también en *RDPro-Iberoam*, 1982, pp. 365-427).

⁴⁰ En la edición del suplemento al núm. 1522 del *Boletín de Información* del Ministerio de Justicia, p. 24.

⁴¹ En la edición que se cita en nota 43, p. 30.

⁴² Ruiz Vadillo, "La actuación del Ministerio Fiscal", cit., p. 82.

conocimientos, toma de huellas, fotografías, croquis, etcétera"⁴³.

En caso de pruebas irreproducibles será admisible introducir en el material probatorio la documentación de la actividad de investigación del MF, realizada con garantías sí, pero por el MF en definitiva y no por un órgano jurisdiccional. Y, ciertamente, los casos de pruebas irreproducibles no serán escasos, porque junto a los de imposibilidad absoluta de práctica de pruebas, estarán los de imposibilidad relativa, es decir, aquellos en que para practicar una prueba tuviera que acordarse una suspensión de la vista que la ley no autorice⁴⁴.

¿Será eficaz la doctrina de la "mínima actividad probatoria" para poner coto a estos riesgos? Entiendo que no del todo. A pesar de que para esa doctrina, principalmente, esa actividad probatoria debe realizarse con intervención de un juez, también ha admitido que pueden preconstituirse pruebas sin esa intervención, siempre que se cumplan determinados requisitos⁴⁵. Es cierto que, además, se exige que se ratifique en el juicio oral el funcionario que hubiera realizado la "actividad probatoria", no bastando con un formal "por reproducida". Ahora bien será suficiente que el funcionario, aunque no recuerde aspectos concretos, manifieste que el siempre practica correctamente las actuaciones correspondientes para que la documentación entre a formar parte del material de convicción y adquiera eficacia probatoria.

Queda, por fin, la influencia en este punto de una norma ya vigente y de no fácil interpretación⁴⁶: el artículo 5, III EOMF, que dispone que "todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección, gozaran de presunción de autenticidad". La Fiscalía de Barcelona, además de entender que esto supone que tales diligencias tienen el valor de prueba documental, apuntaba equívocamente una carga de la prueba de la parte acusada o perjudicada por el contenido de la diligencia para "destruir la presunción de autenticidad"⁴⁷. La Fiscalía General establece correctamente, que se trata de una autenticidad formal (prueba que la diligencia se ha practicado y su resultado es el que consta documentado) y también que esa autenticidad se limita a la fase previa al juicio oral y no es efectiva dentro de este⁴⁸. Comparto esta última limitación, pero habrá que convenir en que no resulta del propio artículo 5, III EOMF y en que esta presunción de autenticidad podría llegar a argumentarse para evitar la ratificación personal en el juicio del fiscal investigador,

⁴³ *Op cit.*, p. 87. Obsérvese que en todo caso se trata de actos realizados sin intervención judicial.

⁴⁴ Ortells, *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial, cit.*, pp. 40-45.

⁴⁵ Sobre estas excepciones STC 3 octubre 1985; STC 28 octubre 1985; STC 18 febrero 1988; STC 23 septiembre 1987; STC I octubre 1987. En doctrina Martín Pallín, J. A., "Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal", en *Poder Judicial*, núm. especial VI, pp. 119-136; Juanes Peces, A., "El principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción", en *Poder Judicial*, núm. especial VI, pp. 143-151; Gimeno Sendra, V., "El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida", en *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, pp. 123-136.

⁴⁶ Pérez Gordo, *Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución, cit.*, p. 2374.

⁴⁷ Estas manifestaciones aparecen en un estudio recogido en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1983, p. 235.

⁴⁸ Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/1989, pp. 29-30 en la edición del suplemento al núm. 1522 del *Boletín de Información* del Ministerio de Justicia.

que habría formado unos documentos fehacientes⁴⁹.

B) La resolución sobre medidas cautelares y otras medidas restrictivas de derechos no específicamente reservada por la Constitución a órganos jurisdiccionales

En esta materia el riesgo de una configuración reductiva de la potestad jurisdiccional se manifiesta de un doble modo. En primer lugar, limitando la intervención de un órgano jurisdiccional en la fase previa del proceso penal a los supuestos en los que la Constitución la dispone de manera específica. En segundo término, concibiendo la potestad jurisdiccional como una potestad de control *a posteriori* de actos de la policía judicial y del MF, en este caso.

Es verdad que, por ahora, estas orientaciones se manifiestan vaga e imprecisamente, pero, como se verá después, el anteproyecto de reformas orgánicas y procesales penales de finales de 1988 demostró la probabilidad de una evolución en ese sentido.

Para ilustrar la primera modalidad de reducción de la potestad jurisdiccional llamo la atención sobre la determinación de los supuestos de preceptiva intervención de un órgano jurisdiccional en la fase previa del proceso penal, que realizan el artículo 5, II EOMF Y algunos autores representativos de la corriente en estudio.

Según el artículo 5, II EOMF, el MF no puede adoptar medidas cautelares (salvo la detención) ni otras limitativas de derechos. Sin embargo, en algunas formulaciones doctrinales el círculo que no podría invadir el MF ya no parece ser tan amplio⁵⁰. Así, para Gimeno no podrían encomendarse al MF actividades estrictamente jurisdiccionales, como lo son la adopción de resoluciones que puedan limitar el libre ejercicio de los derechos fundamentales (verbigracia: autos de entrada y registro, intervención de la correspondencia, prisión e incomunicación)⁵¹.

Similarmente afirma Moreno Catena que "la autoridad judicial,..., estaría llamada a actuar para garantizar los derechos fundamentales, ordenando a instancia de parte las diligencias que supongan su restricción (entrada y registro, prisión provisional o levantamiento del secreto de las comunicaciones personales)... "⁵².

⁴⁹ Efectivamente la cualidad del documento autentico es la de hacer fe "por sí mismo sin apoyo exterior alguno, frente al documento adicionado, que es heteróntico, pues deriva su eficacia del acto y documento adicional de reconocimiento", como dice Núñez Lagos, R., "Concepto y clases de documentos", en *Revista de Derecho Notarial*, 1957, pp. 29-30.

⁵⁰ No es el caso de Ruiz Vadillo, "La actuación del Ministerio Fiscal", *cit.*, pp. 77 y 87, que, entre las resoluciones reservadas al juez, comprende, además de las expresamente señaladas en diversos preceptos de la CE, las relativas a embargos, entrada en domicilio de personas jurídicas. También con una concepción amplia de la reserva Varela Castro, L., "El principio de contradicción: igualdad y derecho de defensa", en *Congreso extraordinario sobre proceso penal* de la Asociación Jueces para la Democracia, sin lugar ni fecha de edición (aunque son los trabajos del Congreso celebrado en San Sebastián, 22, 23 y 24 de junio), p. 22.

⁵¹ Gimeno, *El Ministerio Fiscal y la Constitución*, *cit.*, p. 335. También de este mismo autor *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, *cit.*, p. 833.

⁵² Moreno Catena, *La justicia penal y su reforma*, *cit.*, p. 315.

A mi modo de ver estas formulaciones doctrinales, muy claramente cuando acometen una enumeración de los supuestos, están restringiendo la intervención del órgano jurisdiccional al mínimo constitucionalmente ineludible, a los supuestos de reserva literal y expresa a un órgano jurisdiccional de las decisiones respecto a ciertos derechos (artículos 17.2, 18.2 y 3, 20.5 y 22.4 CE). Esa interpretación no puede compartirse, porque margina completamente la relevancia del artículo 117.3 CE para determinar la potestad (jurisdiccional) exclusivamente atribuible a órganos jurisdiccionales. En nuestra Constitución no solo aquellos preceptos antes citados y de alcance específico determinan el contenido de esa potestad exclusiva, sino que el artículo 117.3 contiene elementos para una determinación más general de esa potestad⁵³. Lo que resulte de esta determinación también debe ser exclusivamente atribuido.

Precisamente por esa determinación general entiendo que deben quedar comprendidas en la potestad jurisdiccional las resoluciones sobre medidas cautelares y otras próximas a estas, como son las medidas preventivas personales⁵⁴. Las resoluciones sobre estas medidas no son más que una especial manifestación del juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE), caracterizada por su función de garantía de efectividad de un proceso (jurisdiccional) principal⁵⁵. Por eso, aunque no se disponga en una norma constitucional específica, sólo un órgano jurisdiccional debe poder dictarlas.

Lo mismo cabe decir del poder de limitar o restringir derechos sin finalidad cautelar, pero con carácter instrumental para practicar actos de investigación en la fase previa de un proceso penal. Si tuviera que aceptarse que el nuevo modelo de investigación previa comporta que el MF pueda asumir esos poderes sin otros límites que los específicos constitucionales, nos hallaríamos ante la mejor prueba de la anómala expansión de la administración a costa del ámbito tradicional de la jurisdicción, porque la técnica de la autotutela administrativa penetraría en el procedimiento para la realización del derecho penal⁵⁶.

Un segundo modo de reducir la potencialidad de la potestad jurisdiccional es configurarla como una potestad de control -se entiende que de actos previos de otros, en este caso del MF-, en vez de como una potestad de primera resolución. El matiz no pasa desapercibido en los escritos producidos dentro de la corriente reformadora⁵⁷. Gimeno ha sostenido, explícitamente, que los órganos jurisdiccionales han de tener, en las intervenciones que les estén reservadas, no sólo la última, sino también la primera

⁵³ Sobre esta materia he meditado más ampliamente en mi "Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 3, pp. 438-455.

⁵⁴ Acerca de estas medidas véase mi "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", en *RGLJ*, 1978, pp. 478-482

⁵⁵ Ortells, M., *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, 1989, II, 2º, pp. 270-271.

⁵⁶ Debo remitir, en este punto, a la fundamental aportación de García de Enterría, E., muy accesible en su *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1983, I, pp. 455-498. También a mis reflexiones en *Aproximación al concepto de Potestad jurisdiccional*, *cit.*, y pp. *cits.* en nota 56.

⁵⁷ Ni tampoco a la fina crítica de De la Oliva, *Jueces imparciales*, *cit.*, pp. 69, 80-81.

palabra⁵⁸.

Sin embargo, en algunos textos oficiales se deslizan expresiones nada claras - quisiera pensar que simplemente incorrectas- que parecen apuntar a la mera función de control. Así, cuando en la *Memoria* de la FGE de 1987 se dice que "la dirección de la investigación por el fiscal, puede ser plenamente compatible con el *control jurisdiccional de las decisiones* que afecten a los derechos fundamentales (...) que *deberían ser adoptadas por la Autoridad judicial*"⁵⁹.

La demostración cumplida de la realidad de estos riesgos vinieron a darle algunas disposiciones del anteproyecto de reforma de LOPJ y LECRIM que, con grandes modificaciones, culminó en la LO 7/1988 de 28 de diciembre. Concretamente:

a) En el artículo 781.2,b se disponía que el fiscal "Solicitará del *juez de Instrucción* competente la adopción de las medidas cautelares que exijan resolución judicial, *sin perjuicio de las que pueda adoptar por sí mismo con carácter urgente*". No quedaba claro si lo último era remisión a otras disposiciones -que específicamente autorizaran la intervención del fiscal- o una norma general de competencia a prevención para adoptar medidas cautelares en favor del MF.

b) El artículo 781, bis, atribuía al MF los siguientes poderes:

5. Acordar lo pertinente acerca de la ocupación y depósito de las piezas de convicción y objetos provenientes de la infracción, pudiendo ordenar la entrega provisional a sus poseedores legítimos de los pertenecientes a terceros no responsables, con las cautelas necesarias, sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el Juez, en su caso.

6. Acordar la intervención inmediata del vehículo utilizado en la comisión del hecho punible y la retención del permiso de circulación, cuando fuera necesario practicar alguna investigación en aquel o para asegurar las posibles responsabilidades pecuniarias en tanto no conste acreditada la solvencia del imputado o del tercero civil responsable, si bien en tal caso debería solicitar del Juez de Instrucción el embargo pertinente, y siempre sin perjuicio de la resolución de este, si el interesado reclamare.

7. En los hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, dentro de los límites del seguro obligatorio, requerir a la compañía aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros para que abonen a los perjudicados la correspondiente pensión provisional en la cuantía que, según las circunstancias, el Fiscal estime necesaria.

Los requerimientos de pago podrán alegar ante el Fiscal lo pertinente y, si se mantuviere el requerimiento en los mismos términos, reclamar ante el Juez de Instrucción lo que estimen oportuno. Si el Juez lo confirmare, el requerido abonará las cantidades devengadas con un interés anual del 25 por 100.

8. Requerir a los imputados- no residentes en España, en los procedimientos por delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, para que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho a enjuiciar, designando persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y

⁵⁸ Gimeno, *El Ministerio Fiscal y la Constitución*, cit., p. 335; *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., p. 833.

⁵⁹ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1987, p. 15. De entrada cabría pensar en un simple defecto de expresión, pues simultáneamente se afirma el control jurisdiccional de las decisiones y la adopción de las mismas por la autoridad judicial. Sin embargo, lo que a continuación se expone en el texto revela que puede ser real reducir la intervención del juez a un control de decisiones previas de otro órgano.

emplazamientos que hubiere que hacerle, con la prevención contenida en el artículo 789, en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y presten caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional que responda de su presentación en la fecha o plazo que le señale.

En el informe del Consejo General del Poder Judicial estas disposiciones fueron seriamente criticadas⁶⁰ y ya no pasaron al proyecto. Ciertamente que, como apuntaba el informe, los previstos requerimientos del MF carecían, en caso de incumplimiento, de consecuencias efectivas, pero no menos cierto el claro anuncio de una preocupante tendencia a reconocer eficacia inicialmente vinculante a actas del MF limitativas de derechos (de carácter patrimonial), dejándolos expuestos sólo a un posterior control judicial.

VII. GARANTÍAS PARA LOS ACUSADORES NO OFICIALES Y PARA EL IMPUTADO EN LA FASE PREVIA DEL PROCESO PENAL CON INVESTIGACIÓN ENCOMENDADA AL MINISTERIO FISCAL: RÉGIMEN RESTRICTIVO O INCREMENTO DEL TRABAJO JUDICIAL POR TÉCNICAS DE COMPLEMENTACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL

Abandonemos ahora la perspectiva de valoración constitucional. Supongamos que, con un ajuste exquisito a los límites constitucionales, solo quedará atribuida al MF la estricta actividad de investigación. ¿Que valoración cabría hacer del modelo desde un planteamiento de política jurídica procesal? A la hora de hacer esa valoración entiendo que debería tenerse presentes dos inconvenientes de peso que apunto y luego desarrollare.

En primer lugar, las insuficientes garantías de la imparcialidad y de la actuación según el principio de legalidad del MF, no aseguran objetivamente los intereses de las partes no oficiales (acusadores e imputado) respecto a la actividad de investigación, actividad cuyo resultado influye decisivamente en los derechos procesales de aquellas partes.

Pero, en segundo término, si se intenta corregir el anterior defecto, concediendo a esas partes un adecuado acceso a un órgano jurisdiccional para que este supla las insuficiencias de la actividad investigadora del MF, no se obtiene --con el cambio de modelo- un especial progreso hacia los objetivos de mayor rapidez y eficacia, salvo que estas técnicas de complementación se configuren restrictivamente, lo que nos devuelve a la primera objeción.

A. **Investigación fiscal y efectividad del derecho a la tutela judicial del ofendido y de la acción popular**

El nuevo modelo para la fase previa del proceso penal ciertamente no podría alcanzar a conferir al MF el monopolio de la acusación, ni siquiera en el ámbito en que se pretende introducir el principio de oportunidad. A esto se oponen precisos límites constitucionales: de un lado, el derecho a la tutela judicial de los ofendidos por el delito, que el Tribunal Constitucional ha reconocido como incluido en el artículo 24.1 CE⁶¹; de otro, el artículo 125 CE que impone un reconocimiento legal, aunque sea mínimo, de la acción popular.

⁶⁰ Puede verse ese informe en *Boletín de Información* del Consejo General del Poder Judicial, núm. extraordinario, octubre 1988; concretamente las críticas que se indican en el texto en pp. 18-19.

⁶¹ Ortells, *Derecho jurisdiccional* I, pp. 415-416.

No puede afirmarse, sin embargo, que corran buenos tiempos para estos derechos tan arraigados en el ordenamiento procesal penal español. Pueden leerse frases significativas de una tendencia a configurar las acusaciones no oficiales como subsidiarias de la del MF⁶². Cabe encontrar actitudes genéricamente poco favorables a las mismas, que afloran al propugnarse interpretaciones restrictivas de preceptos rectores de la acción popular⁶³, o planteamientos de *lege ferenda* en los que los antes citados preceptos constitucionales son "sentidos" como límites a un fortalecimiento de la oficialidad de la acusación, que se estima preferible⁶⁴.

No centro ahora la atención sobre ese tema, sino sobre otro de menor calado constitucional. Aunque no se introdujeran especiales limitaciones a las acusaciones no oficiales, la sola atribución al MF de las funciones de investigación merma la efectividad de las mismas, en el sentido de que éstas, para alcanzar su efecto de que se abra el juicio oral frente a una persona determinada, efecto que no sólo depende de presupuestos procesales, sino también de un juicio de probabilidad sobre el fundamento de la acusación⁶⁵, quedan completamente a expensas de la investigación que hubiera desarrollado el MF. Esto es insatisfactorio porque, objetivamente, el MF no está rodeado, en términos relativos con un órgano jurisdiccional, de garantías suficientes para una actuación imparcial y acorde con el principio de legalidad, y, por consiguiente, es legítimo que los acusadores no oficiales puedan desconfiar de la suficiencia y corrección de la investigación⁶⁶.

No vale decir que los acusadores no oficiales siempre podían desarrollar investigaciones fuera del procedimiento y obtener así fuentes de prueba con las que lograr primero, la admisión de su acusación y, ya en el juicio, eventualmente la condena. Estas investigaciones siempre serán menos efectivas que las del MF, porque —como es lógico— la ley no pone a disposición de los particulares los instrumentos para la investigación disponibles para un representante del poder público.

La realidad de este inconveniente ha sido reconocida y se han propuesto correcciones para obviarlo. Doctrinalmente se apunta que el juez tendría que "asegurar el acceso a la fuente de prueba por los legitimados para el ejercicio de la acción popular, obviando eventuales inhibiciones del Ministerio Fiscal y ordenando, en su caso, las investigaciones necesarias"⁶⁷. O bien, que "El acusador particular ha de gozar

⁶² Ruiz Vellido, *La actuación del Ministerio Fiscal*, cit., p. 76; Gimeno, *Los procedimientos penales simplificados*, cit., p. 46; Moreno Catena, *La justicia penal y su reforma*, cit., p. 315.

⁶³ Por ejemplo la que aflora en el estudio de la Fiscalía de Las Palmas recogido en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1989, pp. 314-320.

⁶⁴ Vives, *Doctrina constitucional*, cit., p. 107.

⁶⁵ Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*; Barcelona, 1951, II, pp. 198-207.

⁶⁶ Se apunta esta objeción en el *Informe del Consejo General del Poder judicial*, cit., p. 13; Bardají, L. y García, M^a. A., *Del juez instructor al fiscal instructor: razones políticas del cambio*, comunicación presentada al tema "El Fiscal y la investigación criminal" en el III Congreso de la Unión Progresista de Fiscales, junio de 1988. La desconfianza que se menciona en el texto crece cuando los que son o pueden ser imputados son agentes del Poder Ejecutivo, como se advierte en una de las aportaciones a la primera ponencia del *Congreso extraordinario sobre el proceso penal*, de la asociación "Jueces para la democracia", cit., p. 11.

⁶⁷ Varela Castro, *El principio de contradicción: igualdad y derecho de defensa*, cit., p. 22.

de un recurso judicial para el supuesto de que el Ministerio Fiscal no cumpliera las diligencias por él interesadas"⁶⁸. Ya en el plano legislativo, los artículos 789.3 y 790.2 LECRIM (redacción de la LO 7/1988, de 28 de diciembre) están puestos para resolver la cuestión en el procedimiento abreviado.

Si tales soluciones van a ser suficientes y reales y no meramente nominales, importaría determinar, con métodos adecuados, la incidencia de esos necesarios controles jurisdiccionales sobre la investigación del MF en la duración y en la complejidad de la tramitación de la fase previa del proceso penal. Tal vez esto revelará las limitadas ventajas del cambio de modelo de fase previa, incluso desde un punto de vista de eficacia⁶⁹.

B. Tutela de los derechos e intereses del imputado en la fase previa: evitación de medidas cautelares y de acusaciones infundadas

La investigación que se desarrolla en la fase previa del proceso no solo tiene o debe tener por finalidad proveer de fundamento suficiente a la acusación, sino también otros fines respecto a los que el imputado ostenta un interés digno de tutela: proveer el necesario fundamento para la adopción de medidas cautelares y preventivas y excluir las acusaciones infundadas⁷⁰. El imputado tiene interés en que consten resultados de investigación que sirvan para que no se adopten medidas frente a él (o para que se alcen las adoptadas) y para revelar el carácter no fundado de la acusación.

La reforma de la LECRIM, por ley de 4 de diciembre de 1978, vino a dar a ese interés una adecuada protección: No bastaba con el deber del juez de instrucción de actuar según el artículo 2 LECRIM, sino que deba reconocerse el derecho a la defensa del imputado para participar en la investigación, proponiendo actos de investigación e interviniendo en su práctica⁷¹.

Un modelo de fase previa con investigación encomendada al MF no es el más adecuado para la protección de esa posición del imputado⁷².

Es cierto que se afirma que el MF debe proceder en la investigación con arreglo al principio de imparcialidad, y, en ese sentido, orientar aquella también hacia la búsqueda de elementos exonerantes para el imputado⁷³. Ni más ni menos que lo que

⁶⁸ Gimeno, *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., p. 834.

⁶⁹ Se intuye este problema en una de las aportaciones a la segunda ponencia del *Congreso extraordinario sobre el proceso penal*, cit., p. 84.

⁷⁰ Pastor López, *El proceso de persecución*, cit., pp. 131-139; Morenilla, *El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español*, cit., pp. 103-104.

⁷¹ Dejando a un lado la influencia que pudo tener en esa reforma la corruptela de la sobrevaloración del contenido de la instrucción previa -Moreno Catena, *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, cit., pp. 162-163, la introducción de la contradicción y el derecho de defensa en la fase de instrucción por los efectos que de esta derivan es, sin duda, una justificación objetiva, suficiente y correcta de tal reforma.

⁷² En efecto, en Alemania se reconoce que este es uno de los puntos débiles de su régimen de instrucción previa; véase Riess, P., en Löwe-Rosemberg, *Strafprozessordnung. Grosskommentar*, II, Berlín-Nueva York, 1989, pp. 23, 218.

⁷³ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, en la edición que se cita en nota 43, p. 25; punto VII de la "Propuesta sobre la proyectada atribución de la investigación criminal al Ministerio Fiscal", adoptada en el III Congreso de la Unión Progresista de Fiscales; Gimeno, *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., pp. 833-834.

ya dispone, también para el fiscal, el artículo 2 LECRIM. Ahora bien, el MF no es el órgano más idóneo para desarrollar esa investigación imparcial, porque su estatuto no le rodea de garantías suficientes para ello, al menos en comparación con las de un órgano jurisdiccional.

Por otra parte, esta materia aparece relacionada con el razonable objetivo de poner coto a una investigación previa excesiva y desbordada, que puede ir en detrimento de la importancia de la prueba en el juicio. Pues bien, al menos en la reforma de 28 de diciembre de 1988, esto ha conducido a una fijación de límites unilateralmente orientada a que en la investigación se recojan los elementos necesarios para la acusación⁷⁴. Hasta tal punto es así que la circular que FGE dedicó al nuevo procedimiento, junto a manifestaciones conformistas con esa restricción legal⁷⁵, ha resaltado la parquedad del tratamiento de la posición del imputado y propugnado interpretaciones que permitan tutelar su derecho de defensa en la fase previa⁷⁶.

No se trata solo de que el imputado pueda ofrecer a un órgano jurisdiccional, en un debate contradictorio previo a la resolución sobre una medida cautelar⁷⁷ o sobre la apertura del juicio oral admisión de la acusación, el resultado de investigaciones de efecto exonerante que haya podido practicar privadamente, sino, además de eso, de que el imputado pueda servirse de los medios potentes que el aparato estatal (la policía, el MF o el juez de instrucción) tiene a su disposición para realizar la investigación en el proceso penal y que no son asequibles a un particular⁷⁸.

Si no se quiere admitir la reducción de las garantías del imputado en la fase previa, deberá establecerse la intervención de un órgano jurisdiccional para que resuelva, en definitiva, sobre sus solicitudes de investigación no debidamente atendidas por el MF. Esto tendrá, como ya advertimos para el caso similar de los acusadores no oficiales, una lógica incidencia en la complejidad y duración de la fase previa.

⁷⁴ Ortells Ramos, *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, cit., apartado 8.

⁷⁵ En la edición citada en nota 43, pp. 24-25.

⁷⁶ En la edición que cito en nota 43, pp. 25, 40-41.

⁷⁷ Gimeno, *Algunas sugerencias sobre la atribución al MF*, cit., pp. 830-831; del mismo autor, *El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 278-279.

⁷⁸ Me parece en este aspecto un poco cínica la consideración que se formula en la circular de la Fiscalía General del Estado (p. 35 de la edición que cito en nota 43), según la cual: "Es de notar también que la prohibición de una investigación subsidiaria y paralela a la judicial no se predica de las demás partes, que podrán realizar investigaciones propias al no existir prohibición legal, lo que, *por el principio de igualdad de las partes* (subrayado mío), tampoco puede estar vedado al Fiscal".

VIII. COMPARACIÓN DE MODELOS LEGALES Y COMPARACIÓN DE SU FUNCIONAMIENTO REAL

En la polémica sobre la atribución a un órgano jurisdiccional o al MF de la investigación previa, se han utilizado argumentos no referidos a la configuración legal del modelo de investigación judicial, sino a las corruptelas que se producen en su funcionamiento real.

Se ha dicho que ese modelo genera una tendencia a conferir valor probatorio a la investigación realizada; precisamente porque lo es con intervención de un órgano jurisdiccional, y por esa vía contribuye a la vaciedad probatoria del juicio oral⁷⁹. Un estudio detenido del tema revela que esta no es una consecuencia del sistema de LECRIM, sino una corruptela que se puede corregir con pequeñas reformas en esa ley⁸⁰.

También se ha apuntado que no es muy efectiva la garantía de la atribución a un juez, porque la práctica lleva frecuentemente esa intervención a manos del personal auxiliar del juzgado. A la vista de esto, la atribución al MF no supondrá, en un planteamiento realista, una disminución apreciable de las garantías.

Evidentemente una argumentación centrada en las posibilidades de corrupción práctica de los modelos legales, solo es aceptable en la medida en que se reconozca que esa posibilidad afecta a todos los modelos. También al de investigación fiscal. Y, en verdad, corruptelas en este sistema son muy razonablemente previsibles y hay experiencia de las mismas en países que lo tienen introducido en su proceso penal.

Por una parte, la carencia de medios materiales del MF, la insuficiencia del personal fiscal y auxiliar del mismo y el escaso peso que tiene en la formación de los fiscales la específica preparación en técnicas de investigación criminal, representan un obstáculo considerable a la asunción real por el MF de la investigación o de la dirección efectiva de la misma⁸¹. Es, por ello, muy previsible que la actividad de investigación acabe por recaer realmente en la policía, que por la preparación técnica, por su infraestructura y organización asume más "naturalmente" esa función.

Y esa ha sido, en efecto, la experiencia alemana. Como advierte Riess, en la realidad jurídica, de antiguo y con extensión considerable, la incoación y realización del procedimiento de investigación y particularmente la investigación de los hechos, está en manos de la policía. En el campo de la pequeña y mediana criminalidad la policía lleva autónomamente la investigación hasta el final. El MF ordena pocas investigaciones complementarias y se limita a dictar la disposición de conclusión. Una

⁷⁹ Vives, Antón, *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, cit., pp. 99-100; Moreno Catena, *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, cit., p. 162.

⁸⁰ El tema lo estudié muy ampliamente en mi *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial*, cit., y en "Eficacia probatoria del sumario en el juicio ante el Jurado", en *Justicia*, 1987, pp. 347-354.

⁸¹ Muy ilustrativa en este aspecto la enmienda 211 que el Grupo Coalición Democrática presentó al proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Se reconocen estas insuficiencias en el Informe del Consejo Fiscal sobre el anteproyecto de reforma de LECRIM que culminó en la LO 7/1988, apartado II, d; y en la circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, pp. 25-27 de la edición citada en nota 43. De gran interés Del Toro Marzal, A., "La reforma del Ministerio Fiscal y la realidad socio jurídica", en *Anuario de sociología y psicología jurídicas*, 1980, pp. 58-64.

Asunción amplia por la policía de las competencias a prevención para adoptar medidas de coacción, conduce a eludir también el recurso al MF, que es quien debe pedir tales medidas al juez⁸².

Considerando, pues, con realismo el nuevo modelo no hace más que incrementarse la desconfianza frente a la formación de un material de investigación al que se vinculan importantes efectos ordinarios (proporcionar los fundamentos necesarios para resolver sobre medidas cautelares y sobre apertura del juicio) y, más aún, los extraordinarios en caso de imposibilidad de reproducción del medio de prueba.

⁸² Riess en Löwe-Rosemberg, *Strafprozessordnung*, II, *cit.*, p. 16, pero más ampliamente pp. 15-19; Roxin, *Strafverfahrensrecht*, *cit.*, PP. 53-54; Peters, K., *Strafprozess*, Heidelberg, 1985, pp. 182-183.