

MANUEL ORTELLS RAMOS

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (ESTUDI GENERAL DE VALÈNCIA)



**ESTUDIOS
DE DERECHO PROCESAL**

PROCESO PENAL II (1995-2007)

© Manuel Ortells Ramos

<https://www.bubok.es/libros/187482/>

ISBN: 978-84-614-1752-0



**ESTUDIOS
DE DERECHO PROCESAL
PROCESO PENAL II**

1995_	Detención, retención y habeas corpus	03
1996_	Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado	21
_	Sobre el régimen de los recursos en el proceso penal abreviado	40
1997_	Criterios básicos para la ordenación de un proceso penal	53
_	Juez y Ministerio Público en la instrucción previa del proceso penal	63
1998_	Actos de investigación del procedimiento preliminar penal y actos de prueba del juicio	74
_	El procedimiento preliminar en el proceso penal	84
_	Los principios rectores del proceso penal (tendencias actuales en derecho español)	95
_	Sobre la instrucción previa en el procedimiento ante el jurado	135
1999_	Instrumentos negociales en el proceso penal español	147
_	Notas sobre la protección de peritos y testigos en el proceso penal español	166
2000_	Cuatro aproximaciones al nuevo proceso penal chileno desde la perspectiva del proceso penal en países de la Unión Europea	181
_	Ministerio Fiscal y Policía Judicial en el proceso penal abreviado	222
2003_	La prueba en el juicio ante el tribunal del Jurado Ley, práctica judicial y consideraciones <i>lege ferenda</i>	233
_	Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido	269
_	Tratamiento de la violencia doméstica en la LECRIM (Un comentario a la ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la ODP de las víctimas de la violencia doméstica)	293
2007_	La configuración orgánica del MF y sus potestades en el proceso penal	324

DETENCIÓN, RETENCIÓN Y HABEAS CORPUS^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

1. LA DETENCIÓN Y OTRAS PRIVACIONES PROVISIONALES DE LIBERTAD DE CARÁCTER NO SANCIONATORIO.

Bajo el nombre de detención regulan los arts. 489-501 LECRIM dos clases de medidas de privación de libertad muy diferentes, como se verá más ampliamente al estudiar sus presupuestos.

Por un lado hay una detención como medida instrumental de un proceso de ejecución que ya está iniciado. Por otro, una detención como medida cautelar, aunque con un matiz especial en la característica de instrumentalidad: esta no se afirma respecto a la sentencia (pues la detención es una medida de breve y definida duración), sino respecto a una eventual prisión provisional, en cuanto, durante un breve período de tiempo que es imprescindible para comprobar si concurren sus presupuestos, garantiza que pueda prácticamente adoptarse esta medida cautelar más estable. De ahí que se le denomine a veces medida precauteladora.

La clase de detención que ahora interesa podría definirse como medida cautelar consistente en una privación de libertad, de duración breve y precisamente determinada por la ley, practicada para poner a una persona a disposición del juez de instrucción, para que pueda ser ejecutada la prisión provisional que, en su caso, se acuerde.

Este principal carácter cautelar de la detención se funda en que su presupuesto de *periculum in mora* se configura como peligro de no comparecencia ante el órgano jurisdiccional, y de un modo aproximado al de la prisión provisional (art. 492.2º y 3º), y en la referencia legal a la alternativa de resolución del juez al que se entrega al detenido (elevar la detención a prisión o dejar en libertad: arts. 497, 499 y 501). La relación que establecen los arts. 17.2 CE y 520.1 II LECRIM entre la duración de la detención y el tiempo necesario para realizar las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, no justifica que la detención sea un medio para posibilitar o facilitar esas averiguaciones, porque esta finalidad no se recoge en los presupuestos de la detención.

Sin embargo, hay que reconocer que algunos datos de Derecho positivo obligan a matizar la anterior afirmación.

^(*) Publicado en *Seminario sobre Detención y Prisión Provisional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995, pp. 73-97.

Por un lado, los supuestos primero y segundo del art. 49º presentan aspectos preventivos (frente a la continuación del iter de comisión de delito) y "represivos" (reacción inmediata ante la apariencia de delito), pues la norma no incluye necesariamente un presupuesto de *periculum* presunto por la gravedad de la pena que pudiera corresponder o fundado en circunstancias concretas que hagan previsible la fuga.

Por otro, la previsión de no comparecencia a la citación judicial (art. 492.3º) no equivale a la previsión de que se intentara eludir la acción de la justicia con la fuga. La segunda comprende la primera, pero no a la inversa. Así las cosas, parece legitimarse que la detención se adopte solo para facilitar -si las circunstancias lo requieren- los actos de investigación que necesitan la presencia del imputado.

El ordenamiento prevé otras medidas de privación de libertad que coinciden con la detención regulada por la LECRIM en su naturaleza no punitiva, ni genéricamente sancionatoria, pero divergen de aquella porque no son medidas cautelares, puesto que su régimen no se configura según la característica de instrumentalidad (dependencia del proceso principal para garantizar la efectividad de la sentencia que lo cierre).

Concretamente:

A) Hay medidas de privación o restricción de la libertad que no se adoptan en función de un proceso penal:

a) El internamiento de incapaces regido por el artículo 211 del Código Civil, según el cual:

"El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por el designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4º, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento".

De este internamiento se ha ocupado en recurso de amparo, subsiguiente a juicio de habeas corpus, la STC (Sala 2ª) 104/990, de 4 de junio, según la cual -y con remisión a jurisprudencia del TEDH- este internamiento requiere una perturbación mental real, determinada médicamente de modo objetivo y de tal entidad que justifique el aislamiento. Además, sólo puede darse mientras concurren esos presupuestos.

El control jurisdiccional debe realizarse según lo previsto en el Código Civil y subsidiariamente mediante el juicio de habeas corpus.

b) Internamiento de extranjeros en función del procedimiento administrativo para su expulsión de España, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, según el cual:

"1. Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes:

a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles.

b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido.

c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.

e) Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14.

f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, o desarrollar actividades ilegales.

2. En los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior, se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente.

La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida, se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión sin que pueda exceder de cuarenta días".

La constitucionalidad de este internamiento fue puesta en cuestión por el Defensor del Pueblo por considerar que la intervención judicial era meramente un complemento formal del ejercicio de una potestad administrativa de detención, inconstitucional por lo dispuesto en el artículo 25.1 CE.

La STC (pleno) 115/1987, de 7 de julio, rechaza la inconstitucionalidad, pero puntualiza en que ha de consistir el ejercicio de la potestad jurisdiccional en control de este internamiento. Resumiendo: 1) valoración libre por el juez de las circunstancias que hacen imprescindible el internamiento para evitar que se eluda la expulsión; 2) vigilancia de que se respete el derecho del interesado a utilizar sus medios de defensa; 3) resolución judicial motivada de autorización y en su caso prórrogas.

El control de esta potestad administrativa puede hacerse mediante el juicio de habeas corpus. El Tribunal Constitucional se ha ocupado en algunas sentencias del alcance de las potestades del juez del habeas corpus en este supuesto. En la STC (Sala 1ª), 144/1990, de 26 de septiembre se establece que vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (24.1) y a la libertad, las resoluciones judiciales en materia de internamiento de extranjeros que decretan este sin motivación, aunque no cabe pretender del juez penal que revise las actuaciones administrativas de expulsión que están impugnadas ante los tribunales del orden jurisdiccional administrativo. Sin embargo la STC (Sala 1ª) 12/1994, de 17 de enero, entiende que el juez del habeas

corpus debe valorar el efecto obstativo sobre el procedimiento de expulsión de una solicitud de asilo político (artículos 4 y 5 Ley 5/1984, de 26 de marzo), sin perjuicio de la resolución definitiva de los tribunales de orden jurisdiccional administrativo.

c) La detención para preservar el orden público en los estados de excepción, según lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio, que establece:

"1. La autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. La detención no podrá exceder de diez días y los detenidos disfrutaran de los derechos que les reconoce el artículo 17.3 de la Constitución.

2. La detención habrá de ser comunicada al juez competente en el plazo de veinticuatro horas. Durante la detención, el juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de este".

d) El arresto del quebrado según el régimen establecido en los artículos 1044.2^a del Código de Comercio de 1829 y en los artículos 1335 y 1340 de la LEC, cuyos rasgos principales son la privación de libertad en el propio domicilio si se constituye garantía suficiente, en su defecto ingreso en establecimiento de detención; no finalización del arresto hasta que concluya la ocupación de libros y papeles.

La STC (pleno) 178/1985, de 19 de diciembre, rechaza la inconstitucionalidad de esas normas, mediante una sentencia interpretativa que limita el arresto constitucionalmente legítimo al domiciliario y requiere que sobre este se resuelva motivadamente, valorando si es necesario y adecuado a la función que con él se persigue y también que se extinga cuando tal función ya se haya cumplido.

e) La privación de libertad como medida necesaria adoptada al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que dispone lo siguiente:

"Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

Es cierto que el precepto ya no se refiere expresamente al aislamiento forzoso de los enfermos infecto-contagiosos, como hacia la Ley de 25 de noviembre de 1944 y el Decreto de 26 de julio de 1941. Pero entre las "medidas oportunas para el control" de las personas no es difícil imaginar que pueda ser necesario llegar al límite de la privación de libertad. Esta posibilidad -y el alcance de otras medidas que pueden adoptarse al amparo de la ley citada al principio- es lo que explica que se optara por una regulación mediante ley orgánica y no se incluyeran en la Ley general de Sanidad aprobada en fechas próximas (no cree que la "intervención de medios personales" citada en el art. 26.1 de esta Ley autorice privaciones de libertad; más bien parece tratarse de imposición de prestaciones personales obligatorias).

La falta de toda referencia al control jurisdiccional de una posible privación de libertad al amparo del art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, debe suplirse con la aplicación del régimen del habeas corpus.

B) La privación de libertad dependiendo de un procedimiento de extradición pasiva tiene una mayor proximidad funcional con la detención y la prisión provisional, porque sirve como medida instrumental de la ejecución de la sentencia penal extranjera o como medida cautelar del proceso penal extranjero.

Esta privación de libertad -e incluso medidas alternativas previstas con una modernidad inexistente en el proceso penal interno- se regula básicamente en los artículos 8, 9.1 y 5, 10, 11 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo.

La STC (Sala 1 a) 2/1994, de 17 de enero, en recurso de amparo, contempla en sus antecedentes una solicitud de habeas corpus para atacar la falta de diligencia judicial en los pronunciamientos sobre esta privación de libertad. La única información es que fue rechazada. Los actos jurisdiccionales controlados en amparo fueron los de los juzgados competentes en el procedimiento de extradición.

C) En el régimen del proceso penal, incluso del proceso civil (véase el artículo 643 LEC, sobre la conducción de los testigos mediante la fuerza pública) están previstas medidas de privación o limitación de la libertad no dirigidas a garantizar la efectividad de la sentencia, sino a posibilitar la realización de actos de investigación o de prueba y la celebración de actos procesales que requieren la presencia de ciertas personas.

Así, el artículo 420 LECRIM dispone:

"El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre los que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 25 a 250 pesetas, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los dependientes de la Autoridad, y procesado por el delito de denegación de auxilio que respecto de peritos o testigos define el Código Penal, y en el segundo caso será también procesado por el de desobediencia grave a la Autoridad".

El artículo 463 LECRIM extiende esta disposición a los peritos.

El artículo 731 LECRIM dispone:

"El Tribunal adoptara 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".

Esta amplia disposición autoriza limitaciones de libertad exclusivamente dirigidas a posibilitar la realización del juicio oral con presencia del acusado.

Con una diferencia muy clara de naturaleza jurídica respecto a la detención procesal penal y a las privaciones y limitaciones de libertad vistas hasta ahora, el ordenamiento prevé también la privación de libertad como pena y, al amparo de la habilitación implícita en el artículo 25 de la CE, como sanción disciplinaria militar. Conviene hacer referencia algo amplia a las últimas, puesto que el juicio de habeas corpus constituye una vía de control jurisdiccional de la aplicación (en principio) administrativa de tales medidas.

Específicamente:

A) La Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, establece en el artículo 1o sanciones de privación de salida de la unidad y de arresto de diversa duración, y en el artículo 18 medidas de reclusión provisionalísima, que pueden imponerse por las autoridades militares con competencia disciplinaria. Su control jurisdiccional se produce por la vía del recurso contencioso-disciplinario militar.

B) La Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, contempla también en sus artículos 10 y 13 sanciones de arresto, que pueden imponerse por la autoridad administrativo-militar investida de la correspondiente competencia, y una medida de privación provisionalísima de la libertad en su artículo 18.2. El control jurisdiccional se produce mediante el contencioso disciplinario.

C) La Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de competencia y organización de la jurisdicción militar concreta en diversos preceptos la competencia de los órganos jurisdiccionales militares para conocer de los contenciosos-disciplinarios.

2. SOBRE LAS LLAMADAS “RETENCIÓN” O “PUESTA BAJO CUSTODIA”

Fuera de las medidas de privación de libertad no cautelares o no cautelares de un proceso penal a las que acaba de hacer referencia, la ley no autoriza otra medida de privación breve de la libertad e instrumental de un proceso penal que la que se somete al régimen jurídico de la detención. Consecuentemente las que se adopten fuera de ese régimen son situaciones de hecho contrarias al principio de legalidad de la detención (arts. 17.1 CE y 489 LECRIM), que rige tanto los casos en que esta procede, como la forma en que debe realizarse. Con estos criterios debe juzgarse la licitud de la denominada *retención* y de otras situaciones como la *puesta bajo custodia*.

En algún momento se ha defendido la conveniencia de una llamada retención policial, como privación de libertad muy breve, no fundada en una imputación, sino, por ejemplo, en necesidades de identificación del sujeto pasivo, y que, por su pretendida escasa entidad, no precisaría estar rodeada de las garantías de la detención. De *lege ferenda* ese intento merece un juicio negativo. De *lege data* una tal retención es ilegal.

Este juicio no debe modificarse ni siquiera después de lo que dispone el art. 20 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana -fruto, en cierta medida, de aquellos intentos de establecer la retención policial-. Los apartados 1 al 3 del art. 2o no invisten a la policía de la potestad de practicar una conducción coactiva, sino solo de la potestad de requerir la realización de cierta conducta que posibilite la identificación del requerido (y ello de acuerdo con los supuestos, fines y garantías que establece el precepto para el ejercicio legítimo de esa potestad). Solo la resistencia o la negativa infundada frente al requerimiento, autoriza, por la remisión del art. 20.4 al CP y a la LECRIM, a que la policía practique la detención en función de un probable delito o falta de desobediencia. Pero esa privación provisional de libertad está, sin más, sujeta al régimen de la detención de la LECRIM.

El Tribunal Constitucional en la sentencia (Pleno) 341/1993, de 18 de noviembre sostiene, en cambio, que el artículo 20.2 autoriza, de acuerdo con el régimen que establece, una verdadera privación de libertad, que, aunque no se ajuste a las mismas garantías que la detención procesal penal, no por ello es contraria al artículo 17.1 CE, dado que lo cumple estableciendo unas garantías adecuadas a la función perseguida, que es la de identificación de personas en determinadas circunstancias.

De seguirse esta interpretación nos hallaríamos ante un supuesto de privación de libertad provisionalísima distinto a la detención procesal penal.

A este supuesto podría añadirse la situación de compulsión física que puede ser necesaria para practicar las pruebas de alcoholemia. Sobre esta cuestión la STC (Sala 2ª) 107/1985, de 7 de octubre, sostiene una doctrina algo ambigua, poco coherente con la concepción realista y no nominalista de las situaciones de detención tan claramente proclamada por el TC en algunas sentencias (así FJ 4º STC, Sala 1ª, 98/1986, de 10 de julio). En la STC 107/1985 se afirma lo siguiente:

"Para nuestro análisis hemos de partir de la consideración de que los derechos declarados en el art. 17.3 de la norma fundamental corresponden al "detenido", esto es, a quien haya sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma, según prescribe el núm. 2º del mismo artículo. Las garantías exigidas por el art. 17.3 -información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada- hallan, pues, su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado. No es esta situación, sin embargo, la de quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda, solo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí solo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto y que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el art. 492, 1º de la L.E.Cr., la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En estos términos, la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito (art. 1º *in fine* de la Orden de 29 de julio de 1981). La realización de esta prueba, por lo tanto, así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el art. 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico".

En el caso contemplado por la STS de 12 de marzo de 1985, un delincuente *in fraganti*, había sido herido de bala por la policía e ingresado en un centro hospitalario. En torno al herido la policía montó un servicio de custodia y lo puso en conocimiento del juzgado. La omisión en las comunicaciones entre policía y juzgado del nombre de detención condujo a que no se cumpliera la forma legal de práctica de la misma. El Tribunal Supremo, con independencia de la valoración jurídico-penal del caso, estima

real mente producida una detención.

3. LOS PRESUPUESTOS DE LA DETENCIÓN.

La LECRIM ordena los presupuestos de la detención en dos artículos (490 y 492), con vistas a determinar la facultad de detener de los particulares y la potestad de hacerlo de los órganos del poder público. Pero la lectura de esas disposiciones impone una clasificación que resalte la existencia de dos clases de detención: como medida ejecutiva y como medida cautelar.

a) En el primer caso los presupuestos de la detención se corresponden con un proceso de ejecución ya iniciado o que debió iniciarse y al que se ha sustraído el condenado. La detención no se destina a garantizar una eventual ejecución futura, sino a imponer la realización de una ejecución actual. No es, por tanto, una medida cautelar.

Los presupuestos de esta detención son: el quebrantamiento por un condenado de una pena privativa de libertad (art. 490.3º; 4º y 5º) y la situación de rebeldía (incomparecencia para el cumplimiento de la pena) de un condenado (art. 490.7º).

b) En el segundo caso, hay un proceso de declaración pendiente, e incluso aún no iniciado (por ejemplo, art. 490.1º y 2º), y los presupuestos de la detención son la probabilidad de responsabilidad penal (*fumus boni iuris*) y una situación, más o menos clara, según los casos, de *periculum in mora* en cuanto a la disponibilidad de la persona del imputado para una medida cautelar personal más estable que pueda ser acordada.

Los presupuestos de esta detención, que es la cautelar, son los siguientes:

1.º) Que alguien intente cometer un delito o sea sorprendido en el momento de la comisión (art. 490.1º y 2º).

Estos presupuestos son redundantes porque si los actos preparatorios no son punibles no se puede detener; si lo son, entran en el concepto de delito flagrante. El *fumus boni iuris* lo aprecia de modo directo quien efectúa la detención. El *periculum in mora* no está necesariamente presente ni por la gravedad del delito, ni por concretas circunstancias; el supuesto parece responder preferentemente a evitar que continúe la comisión.

2.º) Que alguien se fugue estando detenido o preso provisional (art. 490.6º), o estando ordenada su busca por requisitoria o declarada su rebeldía (art. 490.7º).

Más que como medida cautelar en sí, la detención aparece en este caso como medio para reintegrar la ejecución de una medida cautelar cuya ejecución se eludió por el sujeto pasivo.

3º) Que una persona este judicialmente imputada de un delito castigado con pena superior a tres años de prisión (art. 492. 2º LECRIM).

El *fumus boni iuris*, ha sido en este supuesto, apreciado en el propio acto de imputación judicial. El *periculum in mora* se presume en función de la gravedad de la pena, de modo similar, aunque no idéntico, al régimen de este mismo supuesto en la prisión provisional.

La detención por este presupuesto queda excluida si el imputado se halla en situación de libertad provisional acordada por el juez, porque sería absurdo que establecida por este una medida cautelar, la policía tuviera el deber legal de contradecirla.

4º) Que una persona este judicialmente imputada de un delito castigado con pena de tres años de prisión o inferior, si los antecedentes del imputado o las circunstancias del hecho hicieran presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por el órgano jurisdiccional (art. 492.3º LECRIM).

El *fumus boni iuris* sigue expresándose en la imputación judicial, pero el *periculum in mora* ha de ser valorado por la policía judicial, atendiendo a circunstancias concretas reveladoras de riesgo de incomparecencia. En función de estas circunstancias puede decidirse una especie de libertad provisional con fianza, a resultas de lo que resuelva el juez (art. 492 3º, II). Como en el supuesto anterior entiendo que este presupuesto de detención queda excluido si el juez hubiera ya acordado la libertad provisional.

5º) Que, a juicio de la policía - y por tanto, sin previa imputación judicial- haya motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y también haya motivos bastantes para creer que participó en él la persona a la que se intente detener. La apreciación del *periculum in mora* se hará según lo expuesto en los dos apartados anteriores, en función de la gravedad del delito (art. 492.4º LECRIM).

Lo que acabo de exponer en los apartados 3º, 4º y 5º no coincide con la literalidad de los núms. 2º, 3º y 4º del art. 492 LECRIM. Pero es lo que resulta de una interpretación de estos atenta a su coordinación sistemática con medidas cautelares que puede acordar el juez y el argumento *a fortiori* de que una detención sobre imputación inicialmente policial también debe estar autorizada para delitos más graves. Se ha atendido también a la necesaria actualización en cuanto al ámbito de aplicación del procesamiento y a las equivalencias con las penas privativas de libertad del nuevo Código Penal (disp. trans. 11ª Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

Contribuyen, por otra parte, a delimitar los presupuestos de la detención las siguientes normas, de alcance más especial:

1ª) Si la imputación es a título de falta no procede la detención salvo que, además de concurrir alguno de los presupuestos anteriores, el imputado no tuviera domicilio conocido o no prestare fianza en garantía de comparecer (art. 495).

2ª) El juez puede acordar la detención, prescindiendo de la concurrencia de los presupuestos anteriores, si una persona a la que se dirigió la especial citación a la que se refieren los arts. 486 y 488 (la denominada citación cautelar), deja de comparecer y no acredita una causa legítima que se lo hubiera impedido (art. 487),

Esta citación persigue específicamente una declaración que permite rectificar o descartar una imputación, sin recurrir, para obtener la presencia del sujeto, a la detención (por los perjuicios que causa y por la poca firmeza de la imputación). Es coherente que una incomparecencia injustificada autorice para acordar la detención.

3ª) Para las personas que gozan de un régimen de inmunidad (de contenido variable) suele disponerse que la detención solo procede en caso de flagrante delito.

Véanse, principalmente, los arts. 71.2 CE (respecto a Diputados y Senadores), 6.3 LO 3/1981, 6 abril (respecto a Defensor del pueblo y sus adjuntos), art. 398.1 LOPJ (respecto a Jueces y Magistrados y aplicable a miembros del MF, según art. 60 EOMF).

En los dos últimos casos la limitación a la flagrancia solo opera respecto a una detención no ordenada por un juez ("por orden del juez competente a en caso de flagrante delito"). Salvo cuando la disposición se expresa así, hay que entender que la limitación de los presupuestos se produce con independencia de quien practique o acuerde la medida (art. 309 LECRIM).

La limitación no excluye ni los presupuestos de la detención como medida ejecutiva (porque el sujeto pasivo habrá perdido la inmunidad), ni los presupuestos de los números sexto y séptimo (el último, en cuanto al procesado), porque su fin es forzar al cumplimiento de una medida válidamente adoptada.

4. LOS EFECTOS DE LA DETENCIÓN. LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL DETENIDO.

El primer y principal efecto de la detención es la privación de la libertad ambulatoria. Legalmente se persigue que esa privación se realice en unas condiciones diferentes a las del cumplimiento de una pena privativa de libertad (arts. 520.1 LECRIM, 5, 8 LO General Penitenciaria).

Es característico de la detención que ese efecto tiene una duración breve y estrictamente determinada. No es la limitación temporal que deriva de la instrumentalidad, ni un similar a la que se ha establecido para la prisión provisional (diferente por su mayor duración y por depender, en algún caso, de conceptos jurídicos indeterminados). Es un límite de duración reglado, tanto por la Constitución, como por la ley, que específicamente estudiaremos después.

Para el detenido establece la ley -de acuerdo con el art. 17 CE- garantías especiales de los derechos fundamentales de la persona, que pudieran estar expuestos a riesgos en esa situación, y, particularmente, del derecho de defensa.

El régimen de estas garantías lo establece la LECRIM de manera conjunta para quienes se hallan en situación de detención y para quienes están sujetos a prisión provisional.

Como regla general ese régimen consiste en el reconocimiento al preso provisional y al detenido, de unos derechos que deben ser específicamente respetados en el momento de la privación de la libertad (art. 17.3 CE, 5.2 CEDH, 520 LECRIM). Como, de hecho, la detención precede normalmente a la prisión, estos derechos deben ser respetados al ejecutarse aquella, pero la lectura del art. 520 demuestra que su ámbito de aplicación alcanza tanto al detenido como al preso provisional.

Estos derechos son los siguientes:

1º) Derecho a designar abogado y solicitar su presencia en las diligencias policiales y judiciales de declaración y de reconocimiento de identidad (art. 17.3 CE;

art. 520.2, c).

Este derecho es irrenunciable, salvo en el caso de detención por delitos contra la seguridad del tráfico (art. 520.5). En principio, el ejercicio del derecho consiste en designar abogado o en pedir que se le designe de oficio (art. 520.4). Tanto si el detenido no ejercitara el derecho (art. 520.2, c), cuanto si el abogado designado no aceptara y, en fin, si se pidió nombramiento de oficio (art. 520.4,1), el Colegio de Abogados procederá al nombramiento, y lo comunicará al abogado, quien deberá personarse para prestar su asistencia en el plazo de ocho horas (art. 520.4, I). Si el abogado no presenta en ese plazo, podrá realizarse la declaración o el reconocimiento, si el imputado expresamente lo consiente (art. 520.4, II).

El contenido de la asistencia del abogado en estos actos se determina en el art. 520.6: fomentar el ejercicio de ciertos derechos por el detenido, solicitar la ampliación de declaraciones y la constancia en acta de extremos relevantes; entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica del acto.

En el ámbito de aplicación del proceso ordinario, el abogado designado de oficio para asistencia al detenido, solo asume, en virtud de tal designación, las anteriores funciones, no la defensa técnica a lo largo de todo el proceso penal, que, si debe asignarse de oficio, se atribuye por un turno distinto al de asistencia letrada al detenido.

Este régimen -criticado por disfuncional para la efectividad de la defensa- cambia en el proceso abreviado: la designación de oficio en el turno de asistencia al detenido, atribuye la defensa técnica para todo el proceso, salvo designación de abogado de libre elección o impedimenta legítimo del designado de oficio (art. 788.2).

2º) Derecho a que se ponga en conocimiento de un familiar u otra persona el hecho de la detención y el lugar de la misma (art. 520.2, d).

Si el privado de libertad es extranjero esta comunicación se entenderá con el Consulado de su país.

Si el privado de libertad fuera menor de edad o incapacitado, además de este derecho, el art. 520.3 establece el deber de oficio de los órganos públicos de realizar esa comunicación.

3º) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano (art. 520.2, e), precepto del que no hay que excluir al español que se hallara en ese mismo caso (S TC 47/1987, de 25 de mayo).

4º) Derecho a ser reconocido por el médico forense, por su sustituto legal, o, en su caso, por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas (art. 520.2, f).

Además de su ejercicio por el privado de libertad, es función del abogado que le asista requerir ese reconocimiento médico (art. 520.6, a).

5º) Para que los anteriores derechos puedan ser efectivamente ejercitados y para que el imputado ejercite con utilidad el derecho de defensa en los actos de investigación que se realicen en ese estado de privación de libertad, se establece un

derecho a la información con un doble alcance (art. 520.2):

- información de que le corresponden los derechos que han sido expuestos.

- información de los hechos que se le imputan y de las razones motivadoras de su privación de libertad, así como del derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar a una o algunas preguntas, a solo declarar ante el juez, ya no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

La falta de respeto a estos derechos puede dar lugar, además de a responsabilidades disciplinarias y penales, a que no deba reconocerse el valor probatorio - que eventualmente pueda ser necesario- a los actos de investigación realizados, y provee de fundamento a una pretensión de habeas corpus (art. 1 b, LO ó/1984, de 24 de mayo).

Por otro lado, este régimen ordinario de la privación provisional de libertad se caracteriza por el tratamiento de la comunicación del detenido con el exterior. El detenido y preso tienen derecho a las comunicaciones y visitas en los términos de los arts. 51 y 53 de la LO General Penitenciaria y Reglamento de la misma. Con excepción de las comunicaciones con los profesionales de la defensa y con las autoridades judiciales (que, salvo las primeras en el régimen de incomunicación, no puedan sufrir restricciones, ni intervenciones: arts. 523, in fine, 524.2 y 51.2 LOGP), las restantes comunicaciones pueden ser sometidas a limitaciones e intervención por el juez de Instrucción (y, en caso de urgencia, por el Director del establecimiento, a resultas de lo que el juez resuelva -art. 51.5 LOGP-) para garantizar el éxito de la investigación.

Un régimen especial de la detención es el de la incomunicación del detenido (arts. 506, 527).

Presupuesto de este régimen especial es evitar el peligro de alteración de las fuentes de prueba, consistente en que el imputado indique a personas que se hallan en libertad de qué modo deben manipularse aquellas para ajustarlas a la versión de hechos ofrecida en sus declaraciones (art. 506, I).

La competencia para aplicar este régimen, tras apreciar sus presupuestos, corresponde al órgano jurisdiccional que ha de controlar la detención o a cuya disposición se halla el detenido o preso (art. 508 y argumentando en base al art. 520 bis 1).

En caso de detención policial por delitos cometidos por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes hay una cierta limitación a lo apuntado: si bien es el juez el que ha de acordar, mediante resolución motivada, la incomunicación solicitada por la policía, la formulación de esa solicitud implica, de momento, la incomunicación. Este régimen no se entiende contrario al artículo 17.1 CE por la STC (1ª) 46/1988, 21 marzo (amparo), a condición de que se pida inmediatamente la resolución judicial. Esta jurisprudencia ya fue establecida por la STC (pleno) 199/1987, 16 diciembre (Inconstitucionalidad).

La incomunicación se acuerda mediante auto, del que solo se notifica al detenido o preso la parte dispositiva (art. 508, II).

El régimen de la incomunicación consiste, por un lado, en una regulación especial de los derechos del detenido o preso reconocidos en el art. 520 (art. 527).

El detenido no tiene derecho a designar libremente abogado que le asista, sino que este debe ser el que corresponda por el turno de oficio de asistencia al detenido.

El derecho de defensa experimenta también la limitación de no poderse celebrar, después de las diligencias de declaración o reconocimiento de identidad, entrevista reservada del detenido con el abogado.

Tampoco tiene derecho a que se comunique el hecho de la detención a familiares o asimilados.

Por otro lado, el contenido general consiste en evitar cualquier comunicación con el exterior: el juez autorizara los libros, efectos y medios de escritura de que puede disponer el imputado (arts. 509, 510); toda comunicación escrita se hará por intermedio del juez y con censura del mismo (art. 511); toda otra comunicación (incluso con el abogado, salvo la especial regulación de la asistencia al detenido en estos casos) está prohibida (art. 527 en rel. 523 y 524). La incomunicación no excluye la intervención del imputado en los actos de investigación, aunque deben adoptarse medidas para evitar la frustración de aquella (art. 506, II).

En cuanto a la duración de la incomunicación hay que distinguir. Si las referencias de la declaración del imputado han de contrastarse en la península y en lugar cercano, la duración será la absolutamente necesaria para la práctica de los actos de investigación correspondientes y, como máximo, de cinco días para la primera incomunicación y tres para la segunda (arts. 506 y 508). Si los actos han de realizarse fuera de la península, durara el tiempo prudencialmente necesario para evitar la confabulación (art. 507).

5. LA POTESTAD DE DETENER DE LOS ÓRGANOS DE LOS PODERES PÚBLICOS. LA FACULTAD DE DETENER DE LOS PARTICULARES.

Que la potestad de detener no es exclusiva de los órganos jurisdiccionales resulta del propio art. 17.2 CE, en cuanto dispone que el detenido deberá, en cierto plazo, ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. La CE y la LECRIM (art. 492) responden así a la necesidad práctica de una adopción muy urgente de esta medida cautelar para preservar su efectividad. Esta necesidad la satisface mejor la policía -más próxima e inmediata al desenvolvimiento de los hechos- que un órgano jurisdiccional. Realizada esa actuación a prevención, la entidad del derecho afectado impone la intervención jurisdiccional.

a) La facultad de detener de los particulares

Para llevar a un punto óptimo la efectividad de la medida la ley reconoce a los particulares una facultad o derecho a efectuar detenciones en los casos del art. 490, es decir, sobre presupuestos de una inmediata apariencia de delito (art. 490.1 ° y 2°) o de frustración de una privación de libertad legítimamente acordada por los poderes públicos (art. 490.3° a 7°).

Supone un acto de colaboración con la justicia que -por razones obvias- no se llega a configurar como deber, pero sí como un derecho, cuyo ejercicio legítimo excluye una eventual responsabilidad penal por detenciones ilegales (art. 20.7° CP).

Desde el punto de vista jurídico-procesal, el ejercicio legítimo de ese derecho depende de la concurrencia de los presupuestos legales (art. 490) y de la entrega inmediata del detenido al Juez mas próximo (art. 496; tal vez también a la policía).

En un enfoque jurídico-penal del asunto puede tener trascendencia la finalidad con la que se hubiera detenido (concurrencia del tipo atenuado del art. 14 CP frente a otros de detenciones ilegales) y la convicción del que detiene sobre la concurrencia, en el caso, de los supuestos legales (arts. 491 LECRIM, 6° bis a) CP), error que excluye la culpabilidad.

b) La potestad de detener de la policía judicial y del Ministerio Fiscal

Ya no se trata de una facultad, sino de un poder-deber que corresponde a la policía judicial (en sentido lato) y a las Unidades Orgánicas (arts. 126 CE; 492, 284 en relación con el 13 LECRIM, 11.1 g. LO Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), y al Ministerio fiscal (art. 5.2. EOMF), siempre que concurren los presupuestos legales de la detención (con la única excepción del previsto en el art. 487, que en todo caso requiere resolución judicial).

Es una potestad propia de estos órganos públicos no jurisdiccionales, en el sentido de que les corresponde apreciar a ellos la concurrencia de los presupuestos de su ejercicio y de que no actúan como ejecutores de una resolución judicial.

Pero es una potestad orientada al cumplimiento de los fines de un proceso penal, dirigido por un órgano jurisdiccional, no a fines de orden público o de otro tipo atendidos por órganos no jurisdiccionales. De ahí que no sólo esta detención debe cesar cuando se esclarezcan los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas el detenido ha de ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial (arts. 17.2 CE, 520.1, II LECRIM), sino que, desde el primer momento de la detención, el órgano jurisdiccional puede ordenar la inmediata puesta a su disposición del detenido. Por otra parte, esta no es más que una consecuencia del carácter de competencia a prevención que corresponde a esta competencia de la policía. En efecto, dispone el art. 286 que cuando el Juez se presente a formar sumario, cesaran las diligencias de prevención, “poniéndose a su disposición a los detenidos si los hubiere”.

El régimen especial de la detención policial en caso de bandas armadas y sujetos terroristas y rebeldes, es, en este aspecto, un tanto ambiguo. Someter la prórroga del plazo máximo ordinario de la detención a la autorización judicial expresa (art. 520 bis 1), implica reconocer la supremacía jurisdiccional. Pero el apartado 3 del art. 520 bis, establece un reconocimiento expreso de facultades del juez, estrictamente innecesario si se diera por sentado que, en todo momento, el detenido estará disponible para él.

c) La potestad de detener del órgano jurisdiccional.

El juez o tribunal que conozca o deba conocer de la causa acordara también la detención, a prevención con las autoridades y agentes de policía judicial (art. 494).

Es una potestad propia de los órganos jurisdiccionales, que puede ejercerse en todos los supuestos legales de detención. El significado de "a prevención" en el art. 494 no es jurídico, sino de hecho: no es que la potestad del juez este subordinada a la de la policía, sino que el juez solo tendrá necesidad de acordar la detención si, contra lo que es normal, la policía no lo hubiera hecho antes.

Para valorar el alcance del requisito de que el órgano jurisdiccional sea el competente hay que tener en cuenta que la detención forma parte de la competencia a prevención -por tanto, podría acordarla el órgano que no tenga la competencia objetiva- y que la detención no es uno de los títulos atributivos de competencia territorial, aunque no sea el preferente (art. 15.2.º).

6. LA ENTREGA DEL DETENIDO AL ÓRGANO JURISDICCIONAL.

Si la detención se hubiera realizado por particulares, por la policía judicial o por el Ministerio Fiscal, la CE y la LECRIM establece unos plazos máximo dentro de los cuales el detenido debe ser puesto en libertad o entregado al juez mas próximo.

Antes de estudiar esos plazos y el tratamiento de la entrega del detenido, conviene sentar dos observaciones que delimitan la aplicación de las normas relativas a esto.

Primera: En el caso de detención por particulares, el respeto del plazo máximo de presentación puede tener relevancia con vistas a la responsabilidad penal por detenciones ilegales, pero, procesalmente, no hay razón que justifique una presentación no inmediata, porque a diferencia de la policía, el particular no ha de realizar ningún acto de investigación.

Segunda: Si la detención se hubiera practicado por la policía judicial en cumplimiento de una resolución judicial, la presentación del detenido ante el órgano jurisdiccional ha de ser inmediata. El art. 497, II deja claro que no hay un primer plazo para la entrega, y uno segundo para resolver entre libertad provisional o elevación a prisión, sino que solo existe este segundo plazo.

a) Duración del plazo para la entrega al órgano jurisdiccional

Según el art. 17.2 CE, aparte de poder tener menor duración si es suficiente para la primera investigación, el plazo máximo es de setenta y dos horas.

Sin embargo la LECRIM establece un plazo de veinticuatro horas en su art. 496, I.

La tesis predominante, y seguida en la práctica, es la de que el plazo a que debe atenderse es el del art. 17.2 CE, en cuanto norma posterior que habría modificado la LECRIM. Sin embargo, Gimeno Sendra mantiene la tesis (muy razonable) de que el precepto constitucional marcaría un máximo que el legislador ordinario no podría superar, pero sí no alcanzarlo, estableciendo una menor duración.

El art. 520.1, II, a pesar de su letra o precisamente por ella ("Dentro de los plazos establecidos en la presente ley, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas"), no es decisivo para la solución de la divergencia. Mientras que el art. 520 bis 1 implícitamente parte de la tesis dominante.

Junto a esta regulación del plazo, que puede considerarse la ordinaria, respecto a delitos cometidos por bandas armadas e individuos terroristas o rebeldes, establece el art. 520 bis una regulación especial. Esta consiste en la posibilidad de que el juez competente prorrogue hasta un máximo de cuarenta y ocho horas más el plazo de setenta y dos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en ese precepto.

b) Entrega del detenido al órgano jurisdiccional.

La entrega debe hacerse al juez más próximo (art. 496.1) y, habiendo varios, al que ese día estuviera de guardia. Esta regla -que responde al fin de poner al detenido al amparo de un órgano jurisdiccional lo más pronto posible- tiene dos excepciones: en caso de detención ordenada por resolución judicial el detenido ha de ser presentado ante el órgano que la hubiera dictado; en caso de bandas armadas e individuos terroristas y rebeldes el detenido será puesto a disposición del juez competente (art. 520 bis 1), actualmente, los juzgados centrales de instrucción.

Efectuada la puesta a disposición, las actuaciones subsiguientes dependen de la naturaleza de la detención, de que el proceso esté o no pendiente y de la competencia del órgano jurisdiccional.

Si se trata de una detención como medida ejecutiva, el órgano jurisdiccional al que se haya hecho la entrega, ordenara el traslado inmediato del detenido al establecimiento penitenciario (art. 500).

Tratándose de una detención cautelar hay que distinguir:

1º) Si la presentación se produce antes de la iniciación del proceso y el juez se considera competente, dictara resolución de incoación del procedimiento adecuado y, en un plazo de setenta y dos horas desde la presentación, decretara la prisión o la libertad provisional; si no se considera competente, instruirá las primeras diligencias, resolverá en el plazo antes dicho sobre la situación personal del detenido y pondrá las diligencias y al preso, en su caso, a disposición del competente (art. 499).

2º) Si la presentación se produce cuando ya está iniciado un proceso, las actuaciones dependen de que el juez sea o no el que está conociendo del mismo. En el primer caso, dentro de las setenta y dos horas desde la presentación, resolverá sobre la situación personal del detenido. En el segundo, se formará una documentación específica sobre la detención y se remitirá, así como al detenido, al órgano que estuviera conociendo.

Obviamente la elevación de la detención a prisión se hará de acuerdo con el procedimiento para decretar la prisión establecido por el artículo 504 bis 2 LECRIM. Sin embargo, la interpretación sistemática de este artículo con el 499 presenta una dificultad en el caso de que el detenido haya sido entregado a juez no competente, pues, según el art. 504 bis 2, solo el competente podría señalar la comparecencia y convocar a ella.

7. EL PROCESO DE "HABEAS CORPUS"

A) El proceso de habeas corpus es un medio de tutela jurisdiccional específico del derecho de libertad ambulatoria frente a privaciones o restricciones ilegítimas del mismo, aunque dotadas de una apariencia de legalidad.

Lo último lo indico porque sería absurdo pensar en el habeas corpus como único medio de protección frente a cualquier privación ilegítima de la libertad. Cuando no existe apariencia de legalidad, corresponde el ejercicio de la autotutela o las actuaciones de los poderes públicos en caso de delito (art. 13 LECRIM: "dar protección a los perjudicados").

B) El alcance de este medio de tutela viene determinado por los presupuestos cuya concurrencia impone que se conceda la tutela y por los efectos jurídicos y de hecho de esa concesión. Lo primero lo regula el art. 1 y lo segundo los arts. 8 y 9 (implícitamente) de la LO 6/1984, de 24 de mayo.

a) En cuanto a los *presupuestos* el art. 1 -bastante imperfecto por la imprecisa definición de sus supuestos- puede sintetizarse así:

1º) Detención realizada sin concurrir el supuesto legal para ello.

2º) Detención realizada con incumplimiento, al realizarla o mantenerla, de los requisitos formales o de otra naturaleza establecidos por la ley.

3º) Detención mantenida más allá del plazo fijado por las leyes, sin entregar al detenido al juez. En cierto modo es una manifestación especial de 2º.

4º) Falta de respeto a los derechos que la Constitución y las leyes procesales reconocen a las personas privadas de libertad.

Para todos los presupuestos anteriores es indiferente que la detención la realice una autoridad o funcionario o un particular.

Si la detención la realiza un órgano jurisdiccional no procede el *habeas corpus*, sino los medios de impugnación admisibles y, en última instancia, el recurso de amparo (Gimeno, *El proceso de "habeas corpus"*, Madrid, 1985, p. 64).

b) *Los efectos de la concesión* del habeas corpus los fija el ap. 2 del art. 8, aunque el art. 9 también los define en cuanto excluye implícitamente que en el *habeas corpus* puedan imponerse las consecuencias penales de la detención ilegal.

Los efectos -que el juez deberá vincular al supuesto que estime concurrente- son:

1º) Ordenar la puesta en libertad (para los casos del supuesto 1º y, tal vez, para algunos de los presupuestos 2º y 4º)

2º) Ordenar que la continuación de la detención se produzca cumpliendo las disposiciones legales y, en su caso, en otro lugar y bajo la responsabilidad de otras personas (para los presupuestos 2º y 4º).

3º) Ordenar que el detenido sea puesto a disposición del juez competente (para el supuesto 3º).

C) Potestad para conceder la tutela. Competencia.

Este medio de tutela es aplicado por la potestad jurisdiccional.

La competencia genérica y la competencia objetiva y territorial se regulan en el art. 2

Las atribuciones de competencia realizadas por los párrafos 2 y 3 del artículo 2, han sido objeto indirecto de impugnación, pretendiendo la afirmación de la competencia del orden jurisdiccional penal y, dentro de él, del juez instructor ordinaria, para conocer del *habeas corpus*.

La STC (Sala 2ª) 153/1988, de 20 de julio, rechaza este planteamiento en un supuesto de detención por delitos de terrorismo, en el que los familiares del detenido pidieron el *habeas corpus* ante el juzgado de instrucción de guardia de San Sebastián, y no, como se debía, ante los juzgados centrales de instrucción.

Las STC (Plena) 194/1989, de 16 de noviembre (amparo), (Sala 2ª) 44/1991, de 25 de febrero y (Sala 1ª) 106/1992, de 1 de julio, han sentado que los *habeas corpus* por sanciones disciplinarias de privación de libertad impuestas a guardias civiles, en cuanto sometidos al régimen disciplinario militar, no son competencia de los jueces de instrucción ordinarios, sino de la jurisdicción militar.

El criterio jurisprudencial conduce a afirmar la competencia de los juzgados de instrucción ordinarios en supuestos de detención de funcionarios de la policía nacional, por no estar sometidos a un régimen disciplinario militar (STC, Sala 2ª, 32/1985, de 6 de marzo; Sala 2ª, 93/1986, de 7 de julio).

LAS PARTES NO OFICIALES EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO (*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. CAPACIDADES PARA SER PARTE Y DE ACTUACIÓN PROCESAL.- III. LA LEGITIMACIÓN: 1. Referencia a los legitimados como interesados en las diligencias de prevención de la policía judicial y en el procedimiento preliminar del Ministerio Fiscal. 2. Legitimación de las partes acusadoras y personación de las mismas; 3. La legitimación del imputado. 4. La legitimación de las partes en el proceso civil acumulado.- IV. POSTULACIÓN PROCESAL. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA TÉCNICA: 1. Situación desde la cual es preceptivo el nombramiento de abogado al imputado. 1. Modalidades del nombramiento de abogado y duración de los efectos del nombramiento. 3. Supuestos de asunción de las funciones de representación procesal y defensa técnica por el abogado.

(*) Publicado en *LA LEY*, 1996, número 3983, pp. 1-7. Publicado también en la obra *El proceso penal abreviado: (nueve estudios)*, Granada, Comares, 1997.

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo voy a tratar del régimen específico, en el proceso abreviado, de los requisitos de aptitud de las partes (las diversas capacidades y la legitimación), pero no de las especialidades que, en ese mismo proceso, tienen las posibilidades, cargas, derechos y deberes procesales de las mismas, porque, como es característico de las leyes procesales, esas especialidades aparecen en la específica regulación de los actos procesales.

Es necesaria también otra advertencia previa: no respecto a todas las actividades reguladas por el título III del libro IV de la LECRIM cabe hablar de partes procesales para referirse a la posición de ciertas personas afectadas por aquéllas y distintas de los órganos públicos que las dirigen. La naturaleza no jurisdiccional de las actividades de la policía judicial y del Ministerio Fiscal -con la única excepción de las que puede realizar la primera ya por orden del Juez que dirija las diligencias previas (art. 789.3)- excluye la estricta condición de parte procesal de cualquier persona que pueda intervenir en esas actividades o ser afectada por ellas. Incluso la adquisición de la condición de parte requiere un acto jurisdiccional: evidentemente la de parte acusadora o actora civil, porque la querrela o la personación han de hacerse ante el Juzgado y admitirse por el mismo (arts. 783, 789.3 -"o por querrela"-); pero no menos la de parte imputada, porque sólo se adquirirá tal carácter en el proceso -con derecho a personarse con abogado y a ejercer el derecho de defensa- si el juez ha realizado un acto de imputación, de oficio o estimando a los solos efectos de imputación la atribución subjetiva del delito hecha por los acusadores (art. 118, I, II y III).

Cosa distinta es que algunas personas puedan ostentar la condición de interesados en aquellas actividades o procedimientos de naturaleza no jurisdiccional, y, en virtud de ese título, tener atribuidos derechos de participación e intervención. Esto es seguro respecto a quienes son imputados en las propias actuaciones de la policía judicial y del Ministerio Fiscal. Más dudoso respecto a los ofendidos y/o perjudicados por el delito, porque, en cuanto a las actividades que ahora consideramos, la ley sólo les reconoce una facultad de denuncia. En el subapartado 3A) de este mismo apartado, profundizaremos en estas dos cuestiones.

II. CAPACIDADES PARA SER PARTE Y DE ACTUACIÓN PROCESAL

En cuanto a estos requisitos, más precisamente el segundo de ellos, sólo ha de reseñarse una especialidad relativa a la parte acusada y que deriva de la expresa disposición del art. 790.3.

Incide en el inseguro -según las normas comunes de LECRIM- régimen de las incapacidades naturales de obrar (enajenación mental, alteraciones naturales de la percepción desde nacimiento o infancia que alteren gravemente la percepción de la realidad) existentes en el momento de delinquir y persistentes, con posterioridad, durante el proceso (sobre este tema, en general, MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, III, pp. 77-78). El art. 790.3 opta claramente, en estos casos y en otros de concurrencia de ciertas eximentes (trastorno mental transitorio del núm. 1 del art. 8 CP y las de los números 7º y 10º del mismo artículo), por la apertura del juicio oral, aunque no a efectos de declaración sobre la responsabilidad penal -posibilidad que ya ha quedado cortada por el sobreseimiento pedido por los acusadores-, sino para resolución sobre el objeto procesal

civil que esté acumulado y, si es el caso, sobre las medidas de seguridad establecidas por el art. 8.1º y 3º CP (también VARELA, *Investigación*, p. 162).

La continuación del proceso a estos efectos puede generar, en los supuestos de enajenación del núm. 1º del art. 8 CP y en el del núm. 3º del mismo artículo, la necesidad de integrar la capacidad de actuación procesal de la parte pasiva. La LECRIM no atiende específicamente a esa cuestión. La práctica de establecer distinciones para resolverla en atención a que la enajenación sea o no "furiosa", me parece netamente alegal, cuando no ilegal si se la considera a la luz del régimen de la incapacitación establecido por el Código Civil.

El tratamiento correcto del problema entiendo que debe ser el siguiente:

1º) Si la persona contra la que van a dirigirse las pretensiones no penales, está judicialmente incapacitada o sometida a medidas provisionales de incapacitación (arts. 203, II y 209 CC), su capacidad de actuación procesal será integrada de acuerdo con lo establecido en las correspondientes resoluciones judiciales.

2º) Si esa persona no se hallara en los casos anteriores, el Ministerio Fiscal y el Juez -que no pueden compartimentarse a la hora de cumplir los deberes jurídicos que les atañen-, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 203.I CC, realizarán las actuaciones que les corresponden en orden a la integración provisional y definitiva de la capacidad de obrar, y específicamente de actuación procesal, de aquella persona.

Son convenientes para estos supuestos -especialmente si la persona contra la que se dirigen las pretensiones no penales está afectada por una notoria incapacidad natural para seguir el desarrollo de las sesiones del juicio o incluso puede alterarlo con su conducta- normas de exclusión de la publicidad y de excepción a la presencia obligatoria en el acto del juicio. Para las primeras habría que recurrir a encuadrar el supuesto en alguno de los conceptos jurídicos indeterminados de las normas limitativas de la publicidad (arts. 680 LECRIM, 232.2 LOPJ, 14 PIDCP, 6 CEDH). Para las segundas -excepción a la presencia obligatoria- habría que razonar que, no realizándose el juicio a efectos penales, no cabe aplicar el conjunto de normas del que se deduce el deber (y el presupuesto) de presencia obligatoria (sobre esto, de modo general, GARBERI LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1992, pp. 63-81).

III. LA LEGITIMACIÓN

1. **Referencia a los legitimados como interesados en las diligencias de prevención de la policía judicial y en el procedimiento preliminar del ministerio fiscal.**

Aunque no es propiamente tema de legitimación de las partes, sí que importa precisar cuál es la posición jurídica de determinadas personas respecto de las diligencias de prevención de la policía judicial y el procedimiento preliminar del Ministerio Fiscal.

Hay que distinguir, a estos efectos, entre las personas que, ya con relación al proceso, pudieran constituirse como partes acusadoras, y las personas que resultan imputadas en esas actuaciones no jurisdiccionales.

A las primeras, y respecto a las actuaciones que ahora consideramos, la LECRIM no les reconoce otra posición jurídica que la de denunciante (arts. 264, 785 bis.1, 783 y 789.4 -en cuanto establecen que la personación debe hacerse ante el órgano jurisdiccional-), lo que significa que no estaría justificado un intento de aplicación supletoria de la Ley de procedimiento administrativo, en virtud del cual las personas que se hallaran de algún modo afectadas por el hecho delictivo denunciado, pudieran reclamar la condición de interesados y, con ella, ciertos derechos de intervención en estas actuaciones no jurisdiccionales (en general sobre la posición del interesado en el procedimiento administrativo GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1988, pp. 410-415). Las únicas concesiones de la LECRIM a la condición de interesados que pueden tener ciertas personas, son el deber de notificación del archivo de las actuaciones por el Ministerio Fiscal "a quien hubiera alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción" (art. 785 bis 1) y el deber de información al perjudicado (y al ofendido) de su derecho a constituirse como parte en las actuaciones procesales (si y cuando se inicien) (art. 789.4).

La posición de quien resulte imputado en estas actuaciones no jurisdiccionales es, sin embargo, distinta. Este sí que es tenido como interesado, desde el momento en que se le reconoce un derecho al intervenir. Cabe fundar ese derecho en la no diferenciación, en el art. 24.2 CE, de fases procedimentales a efectos del reconocimiento del derecho de defensa y de asistencia letrada, en la aplicabilidad general del art. 118 (art. 780.1) y en la remisión a "las mismas garantías señaladas en esta ley" que hace el art. 785 bis. 2. Pero el precepto más decisivo es el art. 788.1: "Desde que de las actuaciones resultare imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la policía judicial, el Ministerio Fiscal... recabarán...". Este precepto no se limita, en efecto, al especial régimen de la defensa en caso de detención, ni para eso hubiera sido necesario, dado que ya el art. 520 LECRIM está concebido como aplicable en las detenciones no judiciales. Es evidente, entonces, que el nombramiento de abogado se produce a los efectos de la genérica posibilidad de participación del imputado en esta etapa previa al proceso penal.

2. Legitimación de las partes acusadoras y personación de las mismas

Por lo que se refiere propiamente a la legitimación como parte acusadora, no hay ninguna norma especial en el proceso abreviado.

Sólo el art. 785 introduce una especialidad, ya existente en los antiguos procedimientos de urgencia y que para algunos autores no es tal -porque entienden que los arts. 109 y 110 también lo autorizan en el proceso ordinario- (MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, III, pp. 66-67), referente, no tanto a la legitimación, sino a la forma de constituirse en el proceso como parte acusadora en función de la legitimación que se ostente.

Los no ofendidos por el delito, es decir, los legitimados como acusadores populares, se constituyen como parte, ejercitan la acción, mediante la presentación de querrela (así, también, GIMENO, V., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, con ALMAGRO, J., MORENO, V., CORTES, V., Valencia, 1989, pp. 106-107; PORTERO, *Comentarios*, pp. 34-36 --aunque no comparto que, en este caso,

sólo puedan personarse en el proceso si lo inician mediante su querrela; lo que ocurre es que, aun personándose después de la iniciación, sólo pueden hacerlo mediante querrela-).

Los ofendidos por el delito pueden, en cambio, constituirse como partes mediante un simple acto de personación. Para facilitar este acto se establece el deber de ofrecimiento de acciones (arts. 783, 789.4). Este ofrecimiento no es presupuesto de admisibilidad de la personación, que es admisible aunque se realice espontáneamente. La información al ofendido del derecho a constituirse como parte es preceptiva (en definitiva para el Juez, aunque también ha debido practicarla, en su caso, la policía judicial antes del inicio del proceso -art. 789.4-), lo que implica que, en la situación del art. 790.4 -solicitud de sobreseimiento del Ministerio Fiscal, sin estar constituido acusador particular en la causa-, aunque no esté previsto una actuación similar a la de los artículos 642 y 643, debe ser practicada como mínimo en cuanto constituya el último recurso para cumplir el deber de ofrecimiento de acciones.

El límite preclusivo de la personación como parte acusadora es el inicio del trámite de acusación (argumentando sobre art. 110. I; incluso para el acusador popular: GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, pp. 606-607). La interpretación sistemática del art. 110, I, con las normas específicas del proceso abreviado obliga a distinguir, a estos efectos, diversos supuestos.

En el supuesto de juicio oral inmediato del art. 789.5. 5ª, la formulación de las acusaciones se sitúa en el comienzo de la propia vista del juicio oral. 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 supuesto de proceso abreviado con tramitación común, la peculiaridad en la aplicación del art. 110, I, deriva de la concentración en un solo 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.

Dentro de este segundo supuesto pueden darse dos situaciones especiales. Primera: que algún acusador, al amparo del art. 790.2, pida práctica de diligencias complementarias; si el juzgado accede, después de practicadas las diligencias se abre nuevamente el plazo para formular acusación y, hasta que esto ocurra, las personaciones vuelven a ser admisibles. Segunda: como ya hemos indicado, si se diera el supuesto del art. 790.4 y además no se hubiera practicado anteriormente el ofrecimiento de acciones, deberá realizarse éste antes de acordar el sobreseimiento, reabriéndose consiguientemente la posibilidad de personación.

En cambio -y todavía dentro de este segundo supuesto- la eventual reapertura del trámite de acusación que deriva del art. 790.6, II, no hace admisibles nuevas personaciones, porque la ley la limita expresamente a acusadores precedentemente personados.

Un tercer supuesto es el de juicio oral inmediato de los arts. 790.1, II y III y 790.6, IV.

Este supuesto no es reconducible al primero, porque el trámite de acusación se realiza antes de la vista del juicio oral.

Pero tampoco es, con seguridad, equiparable al segundo supuesto. De una parte, el art. 790.1, II, induce a pensar que se debe realizar el traslado de la causa para las

peticiones sobre apertura del juicio y, en su caso, acusación, a todos los acusadores y por el ordinario plazo común. Pero luego el art. 790.6,V, contradice la idea del plazo común, en cuanto dispone que si el Juez admite la acusación y petición de juicio inmediato del Ministerio Fiscal "recabará la presentación urgente, dentro del plazo no superior a tres días que el propio Juez señale, del escrito de la acusación particular que faltare".

La interpretación del inciso citado del art. 790.6,V puede ser doble: que el Juez deba practicar un ofrecimiento de acciones aun no hecho y, simultáneamente, dar plazo para formular acusación; que el traslado a los acusadores no oficiales para las peticiones sobre apertura de juicio y, en su caso, acusación, deba producirse después de que el Juez haya admitido la petición de juicio inmediato del Ministerio Fiscal. Con ambas interpretaciones se produce un cambio en el momento preclusivo de la personación de acusadores no oficiales, y, en cuanto la segunda interpretación no excluye la primera, el momento preclusivo pasa a ser aquel en el que se extinga el plazo concedido a los acusadores no oficiales para formular las peticiones sobre apertura del juicio y, en su caso, acusar.

Cuestión, en principio, dudosa es la de las consecuencias que deba tener la falta del ofrecimiento de acciones. Tanto el art. 107 como el art. 110 disponen que el acusador no oficial (específicamente el particular) entra en la causa, en el estado en que se halle (similarmente el art. 789.4: "no impedirá la continuación del procedimiento") y, por otro lado, no hay más disposición sobre la perentoriedad en practicar el ofrecimiento que la muy genérica del art. 109, recordada por el art. 789.4 ("en la primera comparecencia"). Con estos presupuestos no es fácil justificar, por omisión del ofrecimiento de acciones, una declaración de nulidad de actuaciones con gran amplitud en cuanto a las fases procesales afectadas, pero esa declaración debe ser posible en cierta medida.

En efecto, en cuanto el derecho de acción penal del ofendido es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 CE (ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, I, *Parte general*, con MONTERO, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., Barcelona, 1991, pp. 429-430) y el ofrecimiento de acciones es una técnica legal de aplicación preceptiva para posibilitar el ejercicio de aquel derecho, la omisión de la misma debe conducir a la declaración de nulidad de actuaciones como mínimo en el supuesto y desde el momento en que se hubiera acordado el sobreseimiento y en el supuesto y desde el momento en que se hubiera producido la preclusión de la posibilidad de personarse. En ambos casos el titular de ese derecho no podría ejercitarlo, sin que, al haberse omitido el ofrecimiento, conste que esto obedece a una decisión voluntaria, por lo que se daría el supuesto de nulidad del art. 238.3º LOPJ (en el mismo sentido, aunque sin puntualizar el alcance de la nulidad, FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Principios procesales y procedimentales de la Ley orgánica 7/1988*, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990, pp. 21-22; VARELA, *Investigación*, pp. 149-150, resalta la imperatividad del ofrecimiento, aunque no se pronuncia sobre las consecuencias de su omisión).

3. La legitimación del imputado

La legitimación del imputado que le convierte en parte en el proceso penal y le confiere derecho a personarse en el mismo para ejercitar el derecho de defensa, deriva del acto de imputación.

La parcial reproducción del art. 118 que hace el artículo 788.1 -que debe ser integrado en lo necesario con el propio 118- demuestra que en el proceso abreviado no hay, en cuanto a esto, especialidad.

Si que se plantean, en cambio, problemas especiales respecto a la preceptividad de que se realice una imputación judicial durante las diligencias previas y respecto a la subsistencia de esa imputación (sobre este tema, que desarrollamos a continuación, han tratado, a partir de la jurisprudencia del TC que inmediatamente mencionaremos, DEL MORAL, *El derecho a ser informado de la acusación*, pp. 653-658; RODRÍGUEZ RAMOS, *¡Muerte al Juez inquisitivo!*, pp. 1089-1094; GARCÍA DE CECA, GUERRERO, *La igualdad procesal de las partes*, pp. 90-97; GUTIÉRREZ GIL, *Comentario a la STC 186/1990*, pp. 175-184; CASTRO, *La primera crisis constitucional*, pp. 1-4; MARTIN DE LA LEONA, *El derecho de defensa*, pp. 151-171; ORTELLS, *Problemas de contenido y delimitación*, pp. 128-139).

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 art. 118 y otros de la LECRIM, principalmente el de personarse con abogado y ejercitar su derecho de defensa ya en la instrucción previa. Tiene esa calidad la admisión de querellas 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 art. 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 (STS 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 art. 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 a 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.

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.

2º) Según la STC 186/1990 (fundamento jurídico 8º) 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 y otra resolución precedente -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.

La resolución que ordena continuar el procedimiento abreviado no es, sin embargo, la última que puede incidir en la subsistencia o no de la condición de imputado de cierta persona y por determinados hechos aparentemente delictivos.

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 o falta) o si no hay autor conocido (en este aspecto subjetivo también excluye la imputación la minoría de dieciséis 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 dieciséis 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 art. 789.5.1ª a 3ª.

4. La legitimación de las partes en el proceso civil acumulado.

No hay especialidades que reseñar respecto de la legitimación como actor civil. Esa legitimación corresponde al perjudicado por la acción u omisión. Para facilitar que él mismo interponga y sostenga la pretensión procesal civil acumulada, se le hace el ofrecimiento de acciones (arts. 783, 789.4). Puede constituirse como parte simplemente mediante un acto admisible de personación (art. 783, II). Pero si no hay renuncia o reserva para ejercicio en proceso civil separado (arts. 110 y 112), la pretensión procesal civil continua acumulada al proceso penal y debe ser mantenida por el Ministerio Fiscal, por la legitimación que le confiere el art. 108 (art. 789.4).

Los supuestos de legitimación de los responsables civiles tampoco tienen un régimen peculiar en el proceso abreviado (sobre el régimen general, véase MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, III, pp. 92-94).

Los problemas se refieren, por razones diversas, a la declaración, en el procedimiento preliminar judicial, de un tercero como responsable civil y a la posición procesal de ciertos terceros responsables civiles (entidades aseguradoras de seguros obligatorios y Consorcio de compensación de seguros).

En cuanto a lo primero, el requerimiento, en caso de aparecer indicada la responsabilidad civil de un tercero y de solicitarlo quien sostenga la pretensión civil (ORTELLS, *Problemas de contenido y delimitación*, pp. 127-128), de prestación de fianza y, subsidiariamente, el mandamiento de embargo (art. 615), puede encontrar la oposición del sujeto pasivo de estas medidas, y dar lugar, dentro del propio procedimiento preliminar, a un incidente para una declaración sobre la responsabilidad de ese tercero *prima facie*, sin perjuicio de las pretensiones que puedan ejercitarse en el juicio oral (arts. 616-621). La aplicabilidad de este régimen en el proceso abreviado resulta de la referencia a la pieza separada de responsabilidad civil de tercero que se hace en los arts. 784.5ª y 785.8ª, b (en este mismo sentido CFGE 1/1989, p. 20; ESCUSOL, *El proceso*, pp. 161-162).

Atendida esta posibilidad, admitir que la solicitud de medidas cautelares respecto de un tercero en calidad de responsable civil, pueda hacerse, por vez primera, en el escrito de acusación (art. 790.5), y que deba resolverse sobre ella en el auto de apertura del juicio oral (art. 790.6, III), resulta claramente inconveniente, porque, de plantear oposición el tercero, deberán suspenderse los actos de preparación del juicio oral, que ya están en curso, hasta la resolución del incidente.

Por lo que se refiere a la posición procesal de la entidad responsable del seguro obligatorio, el art. 784.5ª, III ha optado por una solución que encuentra cobertura, desde el punto de vista de la salvaguarda del derecho a la defensa, en la STC 8 febrero 1982 y otras resoluciones del TC sobre la materia: no podrá, en tal condición de responsable del seguro obligatorio, constituirse como parte en el proceso, pero, dentro del procedimiento preliminar y en el correspondiente incidente, podrá ejercitar su derecho de defensa en relación con la imposición de la obligación de afianzar.

Esta solución no ha encontrado, por lo general, objeciones (CFGE 1/1989, pp. 19-21; GIMENO, *El nuevo proceso*, pp. 125-126; PORTERO, *Comentarios*, pp. 39-40; ESCUSOL, *El proceso*, pp. 162-163; FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Principios procesales*, pp. 28-29; apuntando, en cambio, una crítica, MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, III, p. 93).

Sin embargo, una vez superados por la doctrina y la jurisprudencia -en aras de la economía procesal y de la efectividad de la protección de la víctima- los razonables obstáculos técnico-jurídicos para admitir la acumulación al proceso penal de la acción directa contra el asegurador (sobre esto GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, p. 424; SERRA, *Intervención de las compañías aseguradoras*, pp. 41-68), resulta difícil hallar diferencias esenciales entre los responsables del seguro obligatorio y del voluntario, que justifiquen aquella distinción legal de sus posiciones procesales. Es difícil comprender que el responsable del seguro obligatorio sólo puede ser parte en unas actuaciones de carácter cautelar y de declaración provisional y sumaria de su responsabilidad, y no puede serlo, en cambio, en el proceso en el que, plenaria y definitivamente, va a declararse su responsabilidad y a hacerse un pronunciamiento de condena frente a él. Cosa distinta sería que, admitido como parte en ese proceso, sus posibilidades procesales quedaran limitadas al objeto procesal para el que está legitimado y a las alegaciones y pruebas relevantes para resolver sobre él. Así ocurre, en general, y dejando a un lado lo problemático de especificar el alcance de esa limitación, con la actuación procesal de cualquier tercero responsable civil (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, pp. 445-446). Dentro de este contexto sí que estaría justificado un diferente trato de los

responsables de los seguros obligatorio y voluntario, en cuanto los supuestos de hecho de los que deriva su responsabilidad son distintos.

IV. POSTULACIÓN PROCESAL. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA TÉCNICA

Las especialidades se dan únicamente respecto a la postulación del imputado.

Desde el momento en que los arts. 788.4 y 789.4, inciso tercero, regulan ciertos aspectos de la postulación respecto a los acusadores no oficiales y al actor civil, cabría pensar que establecen normas especiales, porque, de no ser así, aquella regulación no sería necesaria por estar cubierta por las normas comunes. La especialidad de estas normas solo es cierta, sin embargo, en mínima medida.

El art. 788.4, por la remisión que efectúa a los arts. 121 y siguientes de la LECRIM y por la interpretación sistemática, deja intactos, por un lado, los requisitos de que esas partes se han de personar y han de actuar representadas por procurador y defendidas por abogado (las especialidades de los apartados anteriores del art. 788 sólo se refieren al imputado). Por otro lado, a pesar de cierta ambigüedad de la disposición en este aspecto (FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Principios procesales*, p. 21, nota 20), la designación de oficio de procurador y abogado, en el marco del reconocimiento de derecho a la justicia gratuita, se realiza de acuerdo con el régimen de reconocimiento de ese derecho establecido en los arts. 121 y concordantes (CFGE 1/1989, p. 40; PORTERO, *Comentarios*, p. 62; GIMENO, *El nuevo proceso*, p. 108)

Solamente hay innovación normativa, y especialidad en el ámbito del proceso abreviado respecto al ordinario, en el art. 788.5 -por lo que hace a la atribución de la potestad de nombramiento de abogado y procurador de oficio, en ciertos supuestos- y en la imposición también a la policía del deber de informar al ofendido y al perjudicado de su derecho a valerse, en su caso, del beneficio de justicia gratuita para su personación como parte (así creo que puede interpretarse la información -contemplada en el art. 789.4, inciso tercero- del derecho a nombrar abogado).

Las especialidades en el régimen de la postulación del imputado tienen más importancia, y son, principalmente, dos: situación procesal desde la cual es preceptivo el nombramiento de abogado y duración del ejercicio de su función; asunción por el abogado no sólo de la defensa técnica, sino también de la representación procesal, hasta el momento de la apertura del juicio oral y del traslado para el acto inicial de defensa.

1. Situación desde la cual es preceptivo el nombramiento de abogado al imputado

Esta fuera de toda duda que desde que exista un acto de imputación contra una persona, ésta tiene derecho a ser asistida de abogado, derecho que puede ejercitar bien nombrando abogado ella misma, bien pidiendo que se le designe abogado del turno de oficio (arts. 118, III, 788.1).

El problema, sin embargo, tanto en el ordinario por delitos graves (respecto a éste, con examen riguroso de los diversas tesis, MORENO, *La defensa*, pp. 91-106), como en el abreviado, es el de la situación procesal a partir de la cual el nombramiento de abogado para el imputado, no sólo es una derecho del mismo, sino un requisito preceptivo de la actividad procesal.

Sería muy optimista pensar que esa cuestión queda resuelta, para el proceso abreviado, por lo dispuesto en el art. 788.1. Lo que puede deducirse del inciso "desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada", queda inmediatamente neutralizado por lo que se dispone a continuación- "y fuera necesaria la asistencia letrada"- . Ese es precisamente el problema: en qué situación la asistencia letrada es necesaria o preceptiva. Hasta qué punto el legislador es consciente de que esa cuestión sigue abierta, vienen a demostrarlo el art. 788.3, II -que establece la necesidad de asistencia de abogado en la declaración del imputado con reconocimiento de los hechos, para que pueda dar lugar a la remisión a juicio oral inmediato, prevista por el art. 789.5.5ª- y, sobre todo, el art. 791.1- que prevé el nombramiento de oficio preceptivo desde que se dé traslado de la acusación a efectos de formular escrito de defensa- (PORTERO, *Comentarios*, p. 77).

Sí que es cierto, en cambio, que en el proceso abreviado se reduce la extensión del problema. Por un lado es indudable que la asistencia de abogado es preceptiva para recibir declaración al imputado detenido o preso o practicar respecto al mismo un reconocimiento de identidad (art. 520.2, c, 4 y 5). Por otra parte, en el proceso abreviado se introduce como disposición especial que "el abogado designado continuará prestando asistencia jurídica hasta la finalización del proceso" (art. 788.2). De todo ello deriva la consecuencia de que la asistencia de abogado es preceptiva desde la imputación cuando ésta se ha producido mediante una medida cautelar personal privativa de libertad.

El problema queda, pues, restringido a lo que deba ocurrir si el acto de imputación se manifiesta de otro modo (admisión de denuncia o querrela con indicación de responsable, recepción de declaración en calidad de imputado, medidas cautelares procesales penales no privativas de libertad, imputación en el auto que ordena continuar el proceso abreviado).

La generalidad de la doctrina se inclina por zanjar el problema, más que por resolverlo, tal vez porque intentar lo segundo con correcta técnica jurídica conduce, habida cuenta del confusionismo legislativo sobre la materia, a la exasperación. En definitiva sostiene, con mejores o peores argumentos, que la defensa técnica es preceptiva desde que se produce una imputación en cualquiera de sus formas (CFGE 1/1989, pp. 29, 39-40; MONTERO *Derecho jurisdiccional*, III, p. 82; FERNÁNDEZ ENTRALGO, *Principios procesales*, p. 24; PÉREZ MARIÑO, *El abogado*, pp. 122-123; PORTERO, *Comentarios*, p. 61; GIMENO, *El nuevo proceso*, pp. 118-121).

La bondad de esta tesis debe someterse al banco de prueba de la consideración de sus consecuencias.

De ser cierto ese régimen de asistencia letrada preceptiva desde el acto de imputación, las consecuencia debería ser la nulidad de todos los actos en los que, si el imputado hubiera estado debidamente personado, hubiera podido intervenir (art. 302, I). Nulidad fundada en la infracción de los principios de asistencia y defensa (art. 238.3º LOPJ), legalmente concretados, según la tesis que consideramos, en una norma imperativa de nombramiento de abogado. Ciertamente la cláusula "siempre que efectivamente se haya producido indefensión" permitiría, en algún caso, eludir la nulidad, pero, de entrada, el supuesto de la misma vendría dado por la mera falta de nombramiento de abogado.

En cuanto el régimen de las nulidades procesales responde a un principio razonablemente restrictivo, las consecuencias apuntadas resultan inaceptables, en la medida en que las normas rectoras de la asistencia letrada en absoluto conducen a establecerla como preceptiva desde el momento de la imputación.

Sintéticamente la configuración legal de la garantía de la asistencia letrada en el proceso penal -dejando fuera los supuestos en que aparece relacionada con una medida cautelar privativa de libertad- consiste en lo siguiente:

1º) Reconocimiento de un derecho a la misma desde que se produzca una imputación (art. 118, I a III).

2º) Imposición de un deber de información de ese derecho (arts. 118, I, 788.4).

3º) Establecimiento de una técnica que facilita el ejercicio de ese derecho (turno de abogados para nombramiento, que permite superar eventuales dificultades del imputado para encomendar directamente su defensa a algún letrado), y de deberes de información sobre esa técnica y de ponerla en práctica a instancia del imputado (art. 118, III: "... cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitasen...").

4º) La función tuitiva respecto del ejercicio por el imputado de su derecho a la defensa técnica -que ya se revela en lo que hemos indicado en los puntos 2º y 3º- alcanza, en determinadas situaciones, a que el Juez deba nombrarle abogado de oficio. Tales situaciones son dos: que el imputado no tenga aptitud legal para hacer el nombramiento (art. 118, III); que el imputado haya expresado su voluntad de realizar algún acto procesal cuya admisibilidad dependa de que su capacidad de postulación esté debidamente integrada (sería el supuesto del inciso final del art. 118, IV, correctamente interpretado -MORENO, *La defensa*, pp. 96-99- y que debe entenderse que se da no sólo cuando se quiere intentar un recurso, sino cualquier otro acto).

5º) Por fin, en determinado estado del proceso penal, la defensa técnica es configurada por el ordenamiento no sólo como un derecho del imputado, sino como un elemento estructural del proceso, que debe ser cumplido aun prescindiendo de la voluntad del imputado. Esa configuración se refleja en unas normas imperativas del nombramiento de oficio relativas a supuestos de diferente amplitud (y que sirven para cumplimentar la remisión implícita en las cláusulas "en que se necesite el consejo de aquellos" -art. 118, IV- y "fuere necesaria la asistencia letrada" -art. 788.1-): el supuesto más amplio y general es el del traslado de los escritos de acusación a efectos de formulación de la defensa (art. 791.1, I; en el proceso ordinario, el momento del traslado para calificación provisional -art. 652, II-); supuestos más restringidos son los de prueba anticipada dentro del procedimiento preliminar (art. 448, I, que, en cuanto sea necesario, debe ser aplicado por analogía; sobre estos supuestos MORENO, *La defensa*, pp. 95-96) y el de la solicitud para que se dicte la resolución del art. 789.5.5º (art. 788. 3, II).

2. Modalidades del nombramiento de abogado y duración de los efectos del nombramiento.

El abogado puede ser nombrado por el propio imputado o por el órgano competente, según el art. 788, entre los abogados del turno de oficio. Esta última modalidad de nombramiento puede responder a una solicitud del imputado (art. 118, III) o, en los supuestos legales correspondientes, a una iniciativa de oficio de la policía judicial, del Ministerio Fiscal y del órgano jurisdiccional.

El nombramiento por el propio imputado está sujeto a dos limitaciones: la de los supuestos a los que es aplicable el art. 527, a); la que deriva de la jurisprudencia del TC que ha entendido que no infringe la prohibición de indefensión que se inadmita la personación de un imputado en rebeldía mediante abogado y procurador libremente designados (STC, Sala 1ª, 27 julio 1984, 28 noviembre 1986). La última limitación habría que restringirla respecto del proceso abreviado, atendiendo a que, en éste, es admisible, en ciertos supuestos, el juicio oral en ausencia: dando la vuelta a los argumentos en que se funda aquella doctrina del TC (que el sumario no tiene una eficacia definitiva para los resultados del proceso y que éste se suspende si, concluido el sumario, la rebeldía continua) cabe sostener que el acusado ausente puede personarse, como mínimo para el juicio oral, con procurador y abogado libremente designados (la designación de abogado la hará el procurador, al amparo de su poder de representación y sin requerirse la presencia personal del acusado).

El art. 788.5 pretende configurar el régimen de nombramiento de abogado del turno de oficio de un modo que garantice su mayor efectividad. Lo más importante, en este sentido, es el desplazamiento de la competencia para el nombramiento del Decano del Colegio al Juez o Presidente del Tribunal, en el caso de que aquél no hiciera la designación en el plazo de veinticuatro horas desde la recepción de la petición.

La norma, en primer lugar, no es clara en un aspecto importante: si el Ministerio Fiscal también tiene, en el mismo supuesto que los órganos jurisdiccionales, competencia para hacer el nombramiento. Hay, al respecto, respuestas divergentes (CFGE 1/1989, p. 29; GIMENO, *El nuevo proceso*, pp. 121-123). Entiendo que es correcta la respuesta afirmativa, porque de no ser así la remisión al Fiscal de la lista de colegiados del turno de oficio no tendría ninguna funcionalidad. No es dudoso, en cambio, que el nombramiento no puede hacerlo la policía.

En segundo lugar, la norma originará conflictos en cuanto quiebra la unidad de coordinación de los nombramientos.

La norma es aplicable tanto al primer nombramiento de abogado de oficio, cuanto a la sustitución del precedentemente designado. Pero el supuesto de la sustitución está mal configurado, habida cuenta de la finalidad que la norma persigue (evitar dilaciones). En efecto, según el artículo 788.5, I, *in fine*, el supuesto es la falta de comparecencia del abogado sin causa justificada, cuando parece más correcto que el supuesto fuera que, por la incomparecencia del abogado, el acto correspondiente deba suspenderse.

Para la duración de los efectos del nombramiento deben distinguirse entre los supuestos de nombramiento directo por el imputado (en los que la duración depende de las voluntades del abogado y del imputado) y de nombramiento del turno de oficio.

En el segundo supuesto, el artículo 788.2 establece un precepto muy adecuado para garantizar una defensa técnica efectiva (ORTELLS, *El nuevo procedimiento*, pp. 553-554): los efectos del nombramiento inicial perduran, por regla general, hasta la finalización del proceso. En la práctica la efectividad del precepto puede chocar con las reticencias de los profesionales, en cuanto el mayor grado de exigencia que supone para los mismos, no vaya acompañado de una mejora -en la cuantía y en la agilidad de la gestión- de la compensación económica.

La referencia a "la finalización del proceso" no es del todo precisa para indicar el fin de los efectos del nombramiento. En cuanto éste se hace para un cierto imputado, lo realmente relevante para su extinción es el momento de la resolución firme sobre su responsabilidad penal o sobre la admisibilidad de la acción penal frente al mismo. En el segundo caso, un sobreseimiento parcial en el aspecto subjetivo extingue el nombramiento respecto al imputado que se ha beneficiado de aquel pronunciamiento.

Por finalización del proceso ha de entenderse -dejando ya a salvo lo anterior- la del proceso de declaración (GIMENO, *El nuevo proceso*, p. 119), aunque incluidos los incidentes declarativos, a tramitar en la fase de ejecución, si la propia sentencia ha dejado abierta la posibilidad de los mismos (art. 798. 1ª: incidente de liquidación de la condena genérica a indemnización). No cubre, en cambio, la ejecución, ni los incidentes que eventualmente puedan plantearse durante la misma (MARTIN OSTOS, *La posición del imputado*, p. 821; en contra, CFGE 1/ 1989, p. 40).

"Hasta la finalización del proceso" (de declaración) comprende todas las fases, instancias y recursos que formen parte de ese proceso (se excluyen, pues, los medios de impugnación contra la sentencia firme: el mal llamado recurso de anulación y el juicio de revisión). La salvedad que suele hacerse (por todos, CFGE 1/1989, p. 40) de las instancias y recursos de competencia de un órgano jurisdiccional cuya sede se halle fuera del territorio del Colegio al que esté incorporado el abogado nombrado, desconoce lo establecido por el art. 22 del Estatuto General de la Abogacía, que autoriza la actuación del abogado en esas instancias y recursos, y, por tanto, no obstaculiza ni contradice el deber legal impuesto por el art. 788.2. Si que cabría entender, en cambio, que en esos supuestos concurre en favor del abogado actuante una excusa justificada que permite su sustitución. En éste caso habría que interpretar correctamente el régimen de la sustitución establecido en el art. 788, 2, porque, si bien sobre la aceptación de la excusa resuelve el Colegio de incorporación del abogado actuante, a la sustitución debe proveer el Colegio de la sede del órgano jurisdiccional competente para la instancia o recurso de que se trate.

3. Supuestos de asunción de las funciones de representación procesal y defensa técnica por el abogado.

La regla general, más o menos claramente formulada, de que la personación de las partes no oficiales en el proceso por delitos ha de hacerse con representación por procurador y con defensa técnica asumida por abogado (expresamente los arts. 118, III y IV, 277, I y, para los demás supuestos MONTERO, *Derecho jurisdiccional*, III, pp. 70-71, 91, 94), tiene una excepción especial, en el ámbito del proceso abreviado, determinada por el art. 788.3 y sólo referida a la postulación del imputado: el abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su

defendido, de modo que la intervención de procurador no es necesaria hasta cierto estado del proceso.

El alcance de esta excepción es dudoso en algunos aspectos.

Primero: si la excepción es aplicable solamente a los casos de nombramiento de abogado del turno de oficio o lo es también en los supuestos de abogado nombrado por el imputado. Me inclino por la segunda solución (PORTERO, *Comentarios*, p. 62; PÉREZ MARIÑO, *El abogado*, p. 125) porque me parece más decisivo el argumento de la igualdad de trato de los imputados, que un discutible significado especial de "designado" que no comprendería al abogado designado por el propio imputado (como pretende GIMENO, *El nuevo proceso*, p. 124).

Segundo. El precepto convierte en facultativa, en su ámbito de aplicación, la representación por procurador, pero no reconociendo al imputado capacidad de postular por sí mismo -más allá de los (escasos) supuestos en que ya la tiene reconocida por algunas normas-, sino autorizando la atribución de la representación al abogado. Esto determina que el art. 182, I, deba entenderse, en este caso, referido al abogado -por esa razón se establece por el art. 788.3 el deber de designación de domicilio (aunque no hay respecto a los abogados un régimen similar al del art. 272.2 LOPJ, como parece insinuar la CFGE 1/1989, p. 41) y que la firma del abogado sea suficiente para la admisibilidad de los actos de la parte imputada en cuanto al requisito de postulación.

Ese carácter facultativo de la representación mediante procurador influye en el régimen del supuesto en que el imputado pretendiera el nombramiento de un procurador del turno de oficio. Si el imputado designa abogado, puede optar entre designar también procurador o prevalerse de la especialidad del art. 788.3. Pero si, de oficio o a instancia del imputado, se le nombra abogado del turno de oficio, no puede pretender que, del mismo modo, se le nombre procurador, porque, habida cuenta de 788.3, la intervención de éste no es necesaria. El art. 788.3 excluye, en su ámbito de aplicación, la imperatividad del nombramiento de procurador de oficio que aparece en el art. 118, III y IV (en contra GIMENO, *El nuevo proceso*, pp. 124-125; MARTIN OSTOS, *La posición del imputado*, pp. 824-825, reconoce que existe esa diferencia y la estima criticable).

En cuanto a la etapa del procedimiento para la que rige esta excepción, la referencia legal se hace al "trámite del apartado 1 del artículo 791", es decir, al de traslado del escrito de acusación para formular escrito de defensa. En el supuesto de juicio oral inmediato del art. 790.6,V, la referencia debe entenderse hecha al trámite contemplado por el art. 790.6, VII. En el supuesto de juicio oral inmediato del art. 789.5.5^a, la intervención del procurador sólo sería preceptiva, analógicamente, desde el momento de iniciación de la vista, porque es entonces cuando las partes formulan la acusación y la defensa, y, además, porque el art. 788.3, II recalca expresamente la no necesidad de procurador para el acto de parte que precede aquella iniciación (la petición de remisión a juicio inmediato).

BIBLIOGRAFÍA

CASTRO BOBILLO, J.C., *La primera crisis constitucional del procedimiento penal abreviado*, en *La Ley*, 1992, nº 2941.

DEL MORAL GARCÍA, A., *El derecho a ser informado de la acusación en el proceso abreviado para determinados delitos*, en *Actualidad penal*, 1989, nº 13.

ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento abreviado*, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988*, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990.

GARBERI LLOBREGAT, J., *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1992.

GARCÍA DE CECA LÓPEZ, C., GUERRERO SÁNCHEZ DE PUERTA, I., *La igualdad procesal de las partes en la fase intermedia del proceso abreviado*, en *La Ley*, 1991-1.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, II, con FERNÁNDEZ, T.R., Madrid, 1988.

GIMENO SENDRA, V., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, con ALMAGRO, J., MORENO, V., CORTES, V., Valencia, 1989.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1947.

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, nº 12.

MARTIN DE LA LEONA, J. M^a., *El derecho de defensa en la fase de preparación del juicio oral en el procedimiento abreviado*, en *Poder Judicial*, nº 22.

MARTIN OSTOS, J., *La posición del imputado en el nuevo proceso penal abreviado*, en *Justicia*, 1989-IV.

MONTERO AROCA, J., *Derecho jurisdiccional*, III, *El proceso penal*, con ORTELLS, M., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN, A., Barcelona, 1991.

MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982.

ORTELLS RAMOS, M., *El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales*, en *Justicia*, 1989-III.

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, I, *Parte general*, con MONTERO, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., Barcelona, 1991.

ORTELLS RAMOS, M., *Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, "El procedimiento abreviado", Madrid, 1993.

PÉREZ MARIÑO, *El abogado en el procedimiento abreviado*, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990.

PORTERO, L., *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, con REIG, J.V., MARCHENA, M., Bilbao, 1989.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *¡Muerte al Juez inquisitivo!*, (Comentario a la sentencia 186/1990 de 15 de noviembre del Tribunal Constitucional, y algo más), en la Ley, 1991-1.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Intervención de las compañías aseguradoras en el proceso penal (Estudio crítico jurisprudencial)*, en Justicia, 1982.

VARELA CASTRO, L., *Investigación y preparación del juicio oral*, en "La reforma del proceso penal", Madrid, 1990.

Manuel Ortells Ramos

SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO (*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. EL RECURSO DE REFORMA.— III. EL RECURSO DE SÚPLICA.— IV. LOS RECURSOS DE QUEJA.— V. EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS.— VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

(*) Publicado en la *Revista General de Derecho*, N° 624, septiembre 1996, pp. 10135-10147.
Publicado también en la obra *El proceso penal abreviado: (nueve estudios)*, Granada, Comares, 1997.

I. INTRODUCCIÓN

La conveniencia de darle al trabajo un título razonablemente breve, hace necesario inmediatamente que se precise su exacto contenido. No serán tratados todos los recursos, sino solamente los previstos contra resoluciones distintas a la sentencia final del proceso abreviado.

Objeto específico de este trabajo es un estudio de la regulación establecida, para el proceso abreviado, por el artículo 787, siguiendo las diversas derivaciones a las que da lugar la interpretación sistemática del mismo.

II. EL RECURSO DE REFORMA

Este recurso es admisible contra las resoluciones recurribles mediante el mismo, dictadas por los jueces de instrucción y por los jueces de lo Penal (art. 787.1) y también por los instructores comisionados, en los casos en que el procedimiento preliminar sea dirigido por los mismos. Como es sabido, carece de efecto devolutivo, de modo que esos mismos órganos son competentes para resolverlo.

Son recurribles mediante reforma las siguientes resoluciones dictadas por esos órganos:

1.º Los autos que no sean irrecurribles, bien en virtud de norma especial del proceso abreviado, bien en virtud de las normas comunes de LECRIM (CONDE-PUMPIDO, *Los recursos*, pp. 207-209; DEL MORAL, *Estudio del artículo 787*, p. 57; FLORS, *Los recursos*, pp. 5110-5111).

Aunque no afecta tanto a la recurribilidad mediante reforma, cuanto a la recurribilidad mediante apelación, hay que dejar apuntado ahora que, a juicio de algunos autores, la no preceptividad de la reforma previa a la apelación -cuando este recurso sea el admisible- (art. 787.3), impediría que el auto resolutorio de la reforma fuera recurrible en apelación, salvo que ésta se hubiera interpuesto al mismo tiempo y en forma subsidiaria (CORTES, *El nuevo proceso*, p. 227; CONDE-PUMPIDO, *Los recursos*, p. 209). No comparto esa opinión: del art. 787.3 solo se deduce que la reforma previa a la apelación es -a diferencia de lo dispuesto por el art. 222- facultativa, pero no alternativa respecto a la apelación. Ni la letra de la ley es inequívoca en favor de ese carácter alternativo, ni podrían apoyarlo otros criterios interpretativos, desde el momento en que se admite expresamente la interposición simultánea de ambos recursos, con el de apelación como subsidiario.

Por otra parte, también debe advertirse que la reforma contra resoluciones del Juez de lo Penal será poco frecuente, en cuanto la mayor parte del procedimiento que él dirige es oral y la tramitación escrita de la reforma resulta disfuncional en tal caso. La protesta sustituirá a este recurso, tanto al efecto de conseguir que la resolución se reponga, como al de conservar las posibilidades de impugnación en la apelación contra la sentencia. Sin embargo, en las fases escritas del procedimiento ante ese juzgado no hay dificultad para admitir la reforma contra autos no irrecurribles.

2.º Las providencias que no sean irrecurribles, aunque la falta de claridad legal al respecto da lugar a divergencias doctrinales.

Parte de la doctrina considera recurribles en reforma las providencias, si, por el contenido de la resolución, debió utilizarse la forma de auto (CONDE-PUMPIDO, *Los recursos*, pp. 206-207; DEL MORAL, *Estudio del art. 787*, pp. 56; CFGE 1/1989, p. 64; GONZÁLEZ-CUELLAR, *Los recursos*, pp. 949). Pero eso no es admitir la reforma contra providencias, sino evitar que el error en la forma de la resolución repercuta en el recurso admisible.

Entiendo que cabe sostener estrictamente la reforma contra providencias en virtud de las normas comunes de LECRIM (art. 780, I; ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, III, p. 421), que no sufren en el abreviado ninguna restricción parecida a la que, expresamente, sólo establece el art. 787.1 respecto a la recurribilidad en apelación. En este sentido también FLORS, *Los recursos*, pp. 5009-5010, y, con inseguridades, PORTERO, *Comentarios*, pp. 56-57.

Sobre el procedimiento del recurso no hay especialidad respecto a lo dispuesto por las normas comunes de LECRIM (ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, III, pp. 422-423). Carece de efecto devolutivo y también de efecto suspensivo, sin que la razón de que tenga este último efecto el recurso de apelación, que pueda interponerse, deba conducir, en este caso, a reconocérselo al de reforma. En efecto, la parte no sufriría necesariamente un perjuicio, porque puede evitarlo sí, recurre directamente en apelación, como autoriza el art. 787.3.

III. EL RECURSO DE SÚPLICA

La omisión de toda referencia a este recurso en el art. 787 no significa su inadmisibilidad en el proceso abreviado, porque la única norma que limita la admisibilidad de un recurso, en el ámbito de este proceso, la establece el art. 787.1 para la apelación.

Sobre la base del art. 780, I, cabe remitirse, en cuanto a admisibilidad, procedimiento y efectos del recurso de súplica, a las normas comunes de LECRIM (GONZÁLEZ-CUELLAR, *Los recursos*, p. 955; FLORS, *Los recursos*, p. 5113; DEL MORAL, *Estudio del artículo 787*, p. 64; ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, III, p. 423).

Un supuesto específico e importante en que pudiera resultar problemática la admisibilidad de la súplica, a causa de ser dudosa la admisibilidad del recurso de casación (art. 237), es el del auto de liquidación, dictado, en primera instancia, por la Audiencia Provincial (o, en su caso, por las Salas de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Audiencia Nacional) (art. 798.1ª).

La solución de esta duda me parece muy clara de *lege data*. Aunque es auto definitivo, también es cierto que falta disposición legal expresa autorizando su recurribilidad en casación, por lo que la inadmisibilidad de este recurso no ofrece dudas a la vista del art. 848, I. En consecuencia, el único recurso admisible sería el de súplica.

IV. LOS RECURSOS DE QUEJA

El recurso de queja no es, en la LECRIM, un recurso unitario, sino que presenta varias modalidades. La primera -coincidente con la única función de la queja en el proceso civil y asimilados- tiene por objeto las resoluciones de inadmisión del recurso de apelación (arts. 218, 233-235) y de no tener por preparado el recurso de casación (arts. 862 a 871) dictadas por el órgano *a quo*. La segunda tiene por objeto los autos no apelables dictados por el juez de instrucción y, aunque procedimentalmente sea igual a la primera, la función y eficacia del recurso son distintos, porque posibilita el control de resoluciones de más variado contenido que la resolución de inadmisión; en la medida en que se interponga en el plazo previsto para la apelación opera como un sustitutivo de ésta (arts. 218, 235, II). La tercera es una variante de la anterior y se caracteriza por haberse interpuesto fuera del plazo de la apelación, con la consecuencia de que la resolución del recurso sólo afectará a la causa cuando la Audiencia llegue a conocer de ésta (art. 235, II) (sobre los recursos de queja en el proceso penal, ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, III, pp. 423-428).

Salvo la disposición de que la queja puede interponerse contra resoluciones de inadmisión de la apelación dictados por el Juzgado de lo Penal, no hubiera sido necesario que la reforma afectara a la primera modalidad de la queja. Incluso es probable que no fuera esa la intención del legislador. Pero, tanto por lo que dice el art. 787, como por lo que no dicen otros artículos del título relativo al proceso abreviado, se llega a la conclusión de que todas las modalidades de la queja, en cuanto se interpongan en ese proceso, resultan afectadas por disposiciones específicas. Sólo hay una excepción: la queja contra el auto de la Audiencia Provincial (o de la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional, en su caso) que deniega el testimonio pedido para interponer casación. El art. 787 de ningún modo se refiere a la misma y, en consecuencia, ésta conserva el régimen de los arts. 862 y siguientes de la LECRIM.

A) Recurso de queja contra el auto de inadmisión del recurso de apelación.

El art. 218 LECRIM hubiera bastado para entender recurribles en queja los autos de inadmisión dictados por el Juez de Instrucción en el proceso abreviado. El régimen de esa queja hubiera sido el común de la LECRIM.

Sin embargo, la creación de los Juzgados de lo Penal y la posibilidad de apelar algunas de sus resoluciones ante la Audiencia Provincial (o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, si se tratara de Juzgados Centrales), requería establecer la posibilidad de queja contra los autos de inadmisión de la apelación dictados por esos Juzgados. Ninguna de las disposiciones del proceso abreviado contempla específicamente esta modalidad de queja, de modo que hay que acudir a la disposición más genérica del art. 787.1, en la que sin duda está incluida esta modalidad de impugnación. Lo que ocurre es que, además el art. 787.1 acaba por afectar también a la queja contra autos de inadmisión del Juzgado de Instrucción.

Las resoluciones recurribles, a diferencia del proceso ordinario, no lo son directamente los autos de inadmisión del recurso de apelación. El art. 787.1, establece que, previamente a la queja (y no distingue entre las modalidades de ésta), deberá interponerse recurso de reforma. En consecuencia, la resolución recurrible será el auto

que desestime la reforma y confirme la inicial inadmisión de la apelación. No cabe aquí la interposición simultánea de reforma y queja subsidiaria (como en art. 222 respecto a apelación), porque el segundo recurso no puede interponerse ante el órgano *a quo*.

Órgano competente para conocer de la queja y, además, ante el que ésta deberá interponerse (art. 219, II), es, según los casos, la Audiencia Provincial, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y (en casos de aforamiento) las Salas de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo.

El plazo de interposición de esta queja carece de norma expresa tanto en el proceso ordinario como en el abreviado. Del art. 235, II, *a contrario sensu*, en relación con el art. 787.3 entiendo que el plazo, en el abreviado, es de tres días desde el siguiente a la notificación del auto que desestima la reforma.

El acto de interposición debe ser escrito, firmado por quienes integren la capacidad de postulación del recurrente. Ese acto habrá de contener todas las alegaciones y peticiones que interesen al recurrente, porque el régimen del recurso no concede otra posibilidad para formularlas.

La interposición del recurso no tiene efectos suspensivos, aunque sí que determina la falta de firmeza de la resolución recurrida e, indirectamente, de la resolución que se intenta apelar, con las consecuencias que deriven de esa falta de firmeza respecto a la ejecutabilidad de la última resolución (p. ej., tratándose de la sentencia, en cuanto a la condena penal no sería ejecutable -art.798, I LECRIM, art. 80 CP-; en cuanto a los pronunciamientos sobre responsabilidad civil, podría serlo en los términos del art. 989).

Interpuesta la queja, el tribunal lo comunicará al juez por el medio más rápido y le instará a que emita informe en el breve plazo que señale (art. 233). El art. 787.2 autoriza específicamente que el tribunal pida testimonio de algunas actuaciones, si necesita conocerlas para resolver, e incluso, excepcionalmente, el envío de todos los autos. Estas previsiones parecen más adecuadas a las otras modalidades de queja, pero no se excluye que se apliquen en ésta (particularmente la primera de ellas, para comprobar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la apelación).

Con el dictamen del Ministerio Fiscal (art. 234) el recurso llega a estado de resolución, que, de ser estimatoria, ordena la admisión del recurso de apelación.

No prevé el régimen del recurso ninguna posibilidad de alegación para las partes no recurrentes. La doctrina critica esta restricción de la contradicción, especialmente en cuanto a las otras modalidades de queja, y apunta algunas alternativas para superarla (véase *infra*). Téngase en cuenta que también en la queja por inadmisión de la apelación está en juego el interés de los no recurrentes en que no se admita una apelación inadmisibile y que, a un interés similar, atienden satisfactoriamente los arts. 862, 867 y 867 bis.

B) Recurso de queja contra autos no irrecurribles y no recurribles en apelación, interpuesto en el plazo de la apelación

La regla de la impugnabilidad objetiva mediante esta modalidad de queja en el proceso abreviado, puede ser enunciada del mismo modo que en el proceso ordinario: todos los autos (dictados por los órganos jurisdiccionales que luego precisaremos) que, no siendo irrecurribles, no sean impugnables en apelación, son impugnables mediante queja.

Ahora bien, la impugnabilidad objetiva en apelación se configura de manera muy distinta en el ordinario y en el abreviado. En aquél, a pesar del art. 217, se concibe muy ampliamente (ORTELLS, *Derecho jurisdiccional*, III, pp. 429-430), de modo que la queja acaba siendo un recurso residual. En el abreviado, la apelabilidad de autos se limita a supuestos tasados (véase, *infra*, apartado 5), lo que hace de la queja el recurso de más amplia aplicación contra autos. La letra del art. 787.1 es muy precisa en el sentido acabado de exponer.

Ante la importancia que asume el recurso de queja en el proceso abreviado, han arreciado las críticas doctrinales frente a su régimen jurídico -dudosa justificación del informe del juez, olvido del derecho a la contradicción de los no recurrentes, indeterminación del plazo de interposición- (véanse los trabajos de CORTÉS, ESCUSOL, CONDE-PUMPIDO, GONZÁLEZ-CUELLAR, FLORS, DEL MORAL y J. ORAA-P. ORAA, que citaré en este apartado).

En un planteamiento de política legislativa, la opción que ha hecho el legislador es evidentemente desacertada. Si pretendía favorecer la celeridad y que el recurso perturbara mínimamente la actividad del órgano que dictó la resolución recurrida, un estudio comparativo demostraría que las ventajas de la queja son mínimas frente a lo que hubiera supuesto admitir, con cierta amplitud, la apelación en un solo efecto. Pero raya en lo chocante comprobar que si la queja sale de esa comparación mejor parada en el proceso ordinario, que en el proceso abreviado, ello se debe, precisamente, a que las propias normas del abreviado han sobrecargado al órgano *a quo* con actividades de tramitación de la apelación (*infra*, apartado 5).

Pero, además, la opción legislativa de potenciar el recurso de queja se ha realizado con notable imperfección técnica. El recurso tiene el mismo *nomen iuris* que en el proceso ordinario y su régimen jurídico hay que integrarlo, en parte, con las normas comunes de LECRIM relativas al mismo. Pero al insertar ese recurso en una estructura de competencias y en un modelo de proceso distintos a los que rigen en el proceso ordinario, o bien, en algunos supuestos, se convierte en un recurso inútil, o bien hay que configurarlo como un recurso distinto a la queja del proceso ordinario.

Entiendo que no deben aceptarse interpretaciones conducentes a la inutilidad del recurso, porque eso supondría desconocer que la previsión legal del mismo debe tener un significado real. Los problemas interpretativos habrán de resolverse, pues, en un sentido que dote al recurso de una funcionalidad efectiva.

Resoluciones recurribles son todos los autos no exceptuados de recurso y contra los que no sea admisible recurso de apelación, dictados por el Juez de Instrucción y por el Juez de lo Penal, siempre que, previamente, hubieran sido impugnados mediante recurso de reforma (art. 787.1). También -debe entenderse- esos mismos autos dictados por el magistrado-instructor en supuestos de aforamiento. Debe destacarse, como especialidad del abreviado, la preceptividad de la reforma previa a la queja, que, en definitiva, aproxima el régimen de ésta al de la apelación de autos en el proceso ordinario.

Sobre el órgano competente para conocer de la queja remito a lo dicho en el inmediatamente anterior apartado A. Sin duda este modo de atribuir la competencia funcional es correcto, incluso en los supuestos en que la queja se dirija contra autos del Juez de Instrucción y la competencia para conocer del juicio oral corresponda a un Juzgado de lo Penal. Es correcto porque este Juzgado no es, en la organización judicial, órgano superior en grado respecto al Juzgado de Instrucción. Pero conviene dejar

anotado que ésta es una de las causas de la disfuncionalidad de la queja en el proceso abreviado.

El plazo de interposición de la queja -cuando menos de la modalidad de la misma que ahora consideramos- viene determinado por la remisión que efectúa el art. 235, II, al término ordinario de las apelaciones. Como esta remisión ha de cumplimentarse en el contexto de las normas del abreviado, el plazo no es de cinco días (ESCUSOL, *El proceso*, p. 220), sino de tres días, como dispone el art. 787.3 (GONZÁLEZ-CUELLAR, *Los recursos*, p. 950).

La interposición de la queja no tiene efecto suspensivo (CORTES, *El nuevo proceso*, p. 229; ESCUSOL, *El proceso*, p. 221). Esto significa dos cosas: 1º) Si el auto impugnado requiere, por su contenido, unos actos de cumplimiento o "ejecución", estos no se suspenden por la interposición de la queja. 2º) Los actos del proceso que fueran dependientes de la cuestión resuelta por el auto impugnado tampoco se suspenden por la interposición de la queja.

Ahora bien, la queja, como recurso que es, sí que produce el efecto de impedir la firmeza del auto impugnado (argumentando art. 408 LEC *a contrario*) y de dejar abierta la expectativa de que se resuelva de otro modo sobre la cuestión decidida.

En el proceso ordinario la competencia para conocer de la queja corresponde al mismo órgano competente para conocer del juicio oral y, además, aunque la Audiencia Provincial no haya resuelto con anterioridad sobre la queja, el art. 622, IV, garantiza en todo caso que la queja quedará resuelta antes de la decisión entre apertura del juicio o sobreseimiento.

En el proceso abreviado la atribución de competencias y el régimen de la llamada "fase intermedia" conduce a consecuencias muy distintas a las anteriores: 1º) Si la competencia para conocer del juicio oral corresponde al Juzgado de lo Penal, ya se quiebra la identidad competencial antes indicada, y, en tal caso, que la queja sea resuelta antes de la decisión de apertura o sobreseimiento, será algo completamente aleatorio en función del ritmo de tramitación de las previas y del recurso. 2º) Si la competencia para conocer del juicio corresponde a la Audiencia, la identidad de competencia se mantiene, pero no obstante continua siendo aleatorio que sobre la queja se resuelva antes de la resolución de apertura o sobreseimiento, porque ésta, en el abreviado, corresponde al instructor; sólo queda garantizado, si se respeta el orden temporal de prelación para deliberación y fallo de los asuntos pendientes, que la queja se resolverá antes de iniciarse la vista del juicio.

Esto supone, en definitiva, que la queja no cumple su función en el proceso abreviado con la misma efectividad que en el proceso ordinario. A diferencia de lo que ocurre en éste, en el abreviado la queja puede llegar a operar como una "bomba de relojería" del procedimiento, cuya estimación dé lugar, en algunos casos, a la nulidad de juicios orales ya celebrados (p. ej.: queja contra auto de continuación del procedimiento abreviado en el que se hagan nuevas imputaciones), o a la reapertura de procesos finalizados (p. ej.: queja contra auto que inadmita una personación, con posterior sobreseimiento a petición de los acusadores personados).

La tramitación subsiguiente a la interposición de la queja se realiza según lo ya dicho en el inmediatamente anterior apartado A. Pero en esta modalidad de queja, que puede tener por objeto resoluciones sobre muy diversas cuestiones, y, entre ellas, las que versan sobre medidas cautelares, resulta aún más llamativo que se omita establecer

posibilidades de contradicción para las partes no recurrentes distintas al Ministerio Fiscal (CONDE-PUMPIDO, *Los recursos*, pp. 211-212; FLORS, *Los recursos*, pp. 5117-5119; DEL MORAL, *Estudio del art. 787*, pp. 62-63; ORAA-ORAA, *¿Qué recurso cabe contra los autos de prisión...?*, pp. 5129-5140). Para superar esta deficiencia algún autor apunta la solución de dar audiencia a las partes antes de formar el testimonio de las diligencias que deba remitirse al tribunal *ad quem* (art. 787.2), pero esto, aparte de no tener cobertura legal, presenta el inconveniente de que ese testimonio no siempre debe remitirse, sino sólo cuando lo pida el tribunal *ad quem*. Lo que, *lege data*, viene a salvar la vigencia de la contradicción es el preceptivo recurso previo de reforma, porque, en su tramitación, sí que se prevé que las partes no recurrentes se opondrán al recurso, de modo que sobre la cuestión a decidir por el auto recurrible en queja todas las partes habrán tenido oportunidad de formular alegaciones.

C) Recurso de queja interpuesto fuera del plazo de la apelación.

Solo por razones de claridad expositiva he separado la consideración de esta modalidad de queja. En realidad es una variante de la anterior con solo dos diferencias: plazo de interposición y efectos del recurso.

En cuanto a lo primero, de la interpretación conjunta de los arts. 213, 235, II y 787.3, se deduce que, aunque la queja haya sido interpuesta fuera del plazo de tres días, no por ello será inadmisibile, por defecto en el requisito de tiempo, sino que será admisible siempre que se interponga "mientras esté pendiente la causa".

La interpretación que se hace en el proceso ordinario de este límite temporal, es la de mientras esté pendiente el sumario ante el juez de instrucción (FAIRÉN, *Los recursos de queja*, pp. 615-617).

La interpretación para el proceso abreviado ha de ser necesariamente otra, por diversas razones.

Para la queja contra autos del juez de instrucción hay que tener en cuenta que, a diferencia del proceso ordinario, la causa no solo está pendiente ante ese juez hasta que se dicta auto de continuación del procedimiento abreviado y, en su caso, se acuerdan diligencias complementarias (art. 790.1), sino hasta que se acuerda el sobreseimiento o la apertura del juicio y, en este segundo supuesto, hasta que se presenta escrito de defensa o precluye el plazo de su presentación. En consecuencia, el momento preclusivo de la queja sin plazo contra autos del instructor, hay que situarlo en el trámite contemplado en el art. 791.5, por regla general. Como excepción, en diferentes supuestos de juicio oral inmediato, ese momento se sitúa en el emplazamiento de acusados y responsables civiles para comparecer ante el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 790.6, VII) y en la remisión de actuaciones al Juzgado de lo Penal para juicio inmediato según el art. 789.5.5^a.

Pero, además, en el proceso abreviado cabe queja contra autos no apelables dictados por el Juez de lo Penal. El límite preclusivo de la queja sin plazo habrá que situarlo, en este supuesto, en el momento en que se dicte sentencia u otra resolución que ponga fin al proceso ante ese órgano jurisdiccional (p. ej., la prevista en el art. 793.8).

Dicho todo esto, es necesario resaltar la absoluta sorpresa que produce el mantenimiento de la queja sin plazo en el proceso abreviado, cuando las propias normas de éste han establecido que la reforma es preceptivamente previa a la queja (art. 787.1).

El recurso de reforma sí que tiene plazo de interposición (art. 211). Es un auténtico sinsentido que, para la misma parte recurrente (cosa algo distinta sería si es otra parte quien recurre en queja sin plazo el auto de reforma), el recurso que constituye requisito previo esté sometido a un breve plazo preclusivo, mientras que la queja posterior pueda interponerse sin más límite que el de la pendencia de la causa.

Esta modalidad de queja carece, como la anterior, de efecto suspensivo, pero además el art. 235, II, establece una norma especial y expresa sobre sus efectos, cuya aplicación en el proceso abreviado genera graves problemas: "El auto que se dicte no podrá afectar al estado que tuviere la causa..., sin perjuicio de lo que el Tribunal acuerde en su día cuando llegue a conocer de aquélla".

Para valorar esos problemas es conveniente distinguir:

- 1.º Queja contra autos que afectan al curso del proceso principal. En este supuesto los problemas derivan de que ni siquiera será aleatoriamente posible que la queja se resuelva antes de la decisión de apertura del juicio o sobreseimiento -como puede ocurrir, en el abreviado, con la queja con plazo-. Es seguro que esto no podrá ocurrir, porque la Audiencia (en general, el tribunal *ad quem*) solo resolverá la queja cuando llegue a conocer de la causa. Y conocerá de la causa, bien cuando el juicio oral ya haya sido abierto ante ella, bien (si la competencia para el juicio corresponde al Juzgado de lo Penal) cuando se haya interpuesto recurso de apelación. La solución no puede ser más antieconómica, porque no deja otra opción que la de que el proceso llegue hasta el final, aunque sea posible que la eventual estimación futura de la queja ineludiblemente pendiente determine nulidad de actuaciones desde cierto momento. En definitiva, aunque no pueda excluirse que esta queja tenga eficacia, lo normal será que las partes utilicen otros instrumentos de eficacia similar o, incluso, más efectivos (p. ej. pedir diligencias complementarias o proponer como prueba lo que se rechazó como diligencia de investigación; plantear en el incidente previo la vulneración del derecho fundamental de defensa, si se hicieron imputaciones nuevas en el auto de prosecución del procedimiento abreviado), cuyo éxito puede haber dejado sin objeto la queja cuando llegue a resolverse.
- 2.º Queja contra autos que no afectan al curso del proceso principal. Fundamentalmente son los autos muy diversos que pueden dictar los Jueces de Instrucción y de lo Penal sobre adopción y modificación de medidas cautelares. En este supuesto, la demora legal de la decisión de la Audiencia al momento en que conozca de la causa carece, en primer lugar, de toda justificación, porque, aunque resolviera antes, el curso de la causa no sufriría ninguna alteración. En segundo lugar, perjudica, sin ninguna razón, bien sea a los derechos afectados por la medida cautelar o bien al cumplimiento de los fines de esta medida. Por fin, en el supuesto de que la Audiencia solo pueda decidir la queja cuando llegue a conocer de la apelación, la queja habrá quedando probablemente sin objeto, porque, en ese estado del proceso, los presupuestos para resolver sobre la medida cautelar habrán variado sustancialmente. Para evitar la absoluta inutilidad del recurso es necesario sostener que el tribunal *ad quem* no podrá demorar la resolución y que ésta desarrollará inmediatamente sus efectos.

V. EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS

Las especialidades de la apelación de autos en el proceso abreviado se refieren principalmente a la impugnabilidad objetiva y al procedimiento.

Resoluciones apelables son los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal expresamente señalados como apelables por una disposición del Título III del libro IV LECRIM (art. 787.1).

No existen divergencias doctrinales sobre la apelabilidad de los siguientes autos:

- 1.º Los del instructor que, concluyendo las diligencias previas, contengan alguno de los pronunciamientos previstos en el art. 789.5.1ª, 2ª y 3ª (art. 789.5, II).
- 2.º Los del instructor por los que se acuerde el sobreseimiento o se deniegue la apertura del juicio oral (art. 790.6, I, 7.II y 3).
- 3º) Los del Juez de lo Penal por los que se liquide, tras el correspondiente incidente, la condena genérica a indemnización (art. 798.1ª, II). Ningún otro auto del Juez de lo Penal, como, p. ej., el que, separadamente de la sentencia, se pronuncia sobre la remisión condicional de la pena, o sobre el límite de cumplimiento de penas conforme art. 70.2ª CP (art. 988, III). Estos autos serán recurribles en queja, previa reforma.

El alcance de la disposición limitativa de la apelación de autos que se expresa en el art. 787.1, ha sido, sin embargo, puesto en cuestión bien con un argumento de carácter general, bien respecto a ciertos supuestos específicos.

Un argumento de proyección general sobre esta cuestión es el de entender que "la disposición excluyente del recurso de apelación, establecida en el art. 787.1 de la LECRIM, debe interpretarse en el sentido de estimarla referida únicamente a los autos relativos a la tramitación específica del procedimiento abreviado, para no provocar dilaciones en su desarrollo" (FLORS, *Los recursos*, p. 5126).

No comparto esa opinión. De la interpretación conjunta del art. 780, I y 787.1 se deduce un régimen especial limitativo de la apelación de los autos dictados en un proceso abreviado, que, además, la consciente sustitución, en el art. 787.1, de la referencia a "este Título", ha contribuido a clarificar (así, a pesar del desacuerdo de *lege ferenda*, CONDEPUMPIDO, *Los recursos*, p. 214; ORAA-ORAA, *¿Qué recurso cabe contra los autos de prisión...?*, pp. 5131-5133; DEL MORAL, *Estudio del artículo 787*, p. 57; GUTIÉRREZ, *Consideraciones críticas*, pp. 3108-3111; GONZÁLEZ-CUELLAR, *Los recursos*, p. 951). Habida cuenta del modo de determinarse la apelabilidad de autos en las normas comunes de LECRIM (art. 217), la diferencia de redacción apuntada hubiera sido absolutamente innecesaria si solo se pretendía limitar la apelabilidad de los autos específicos del abreviado, porque, en realidad, para que esos autos o algunos de ellos fueran apelables lo que se requería eran disposiciones específicas autorizando su apelabilidad.

Supuestos específicos respecto a los que se ha puesto en duda que la apelación no sea el recurso admisible, son los autos de inhabilitación (CONDE-PUMPIDO, *Los recursos*, pp. 215-216; FLORS, *Los recursos*, pp. 5124-5125), los de prisión y libertad provisional (FLORS, *Los recursos*, pp. 5125-5126; ORAA-ORAA, *¿Qué recurso cabe contra los autos de prisión...?*, pp. 5129-5140) y los de inadmisión inicial de querrela (FLORS, *Los recursos*, pp. 5123-5124). Los argumentos a favor de la admisibilidad de la apelación en algunos de estos supuestos son de política legislativa (en el sentido de mayor perfección técnica y de mejor protección de algunos derechos fundamentales) y, con tal calidad, pueden compartirse, pero, *lege data*, ninguno demuestra que la apelación sea el recurso admisible.

También incide en la impugnabilidad objetiva mediante apelación la norma que, a diferencia de la apelación en el ordinario (art. 222), establece que no es preceptiva la interposición previa de recurso de reforma (art. 787.3). Contra lo que parece sostener CORTES (CORTES, *El nuevo proceso*, p. 227) entiendo que esa norma no sólo permite la apelación directa y la interposición simultánea de reforma y apelación subsidiaria, sino también la reforma previa y la posterior apelación contra el auto desestimatorio de la misma. Las tres posibilidades se ajustan al carácter facultativo, no preceptivo, de la reforma previa, que ha querido establecer la disposición (así, también, DEL MORAL, *Estudio del artículo 787*, pp. 58-59).

La competencia funcional para resolver el recurso, aunque no para dirigir la mayor parte de su tramitación previa, corresponde, según haya sido el órgano que ha dictado el auto impugnado, a la Audiencia Provincial, a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 787.1) y a las Salas de lo Penal del TSJ o del TS en los supuestos de aforamiento.

El régimen del efecto suspensivo es dudoso en algunos supuestos. Regla general en la LECRIM, no contradicha por norma especial del abreviado, es la de que la apelación se admitirá en ambos efectos cuando la ley lo disponga expresamente. En ninguna de las disposiciones del abreviado que contemplan supuestos de apelación se dice literalmente que se admitirá en ambos efectos. No obstante, otros criterios interpretativos dejan claro el efecto suspensivo en algunos supuestos: en los del art. 789.5.4ª, II se reconoce el efecto suspensivo, porque solo a falta de recurso de las partes y del Ministerio Fiscal se procederá a la ejecución de lo resuelto; en el del art. 798.1ª también se da ese efecto, porque lo presupone que, luego, el art. 989 autorice la ejecución provisional.

Algo más problemáticos resultan los autos de sobreseimiento. La existencia o no de efecto suspensivo puede afectar a la continuación inmediata del procedimiento a efectos no penales (art. 790.3, I) y al alzamiento de las medidas cautelares. El argumento de CORTES, que llama la atención sobre lo que dice el art. 790, 3, II (CORTES, *El nuevo proceso*, p. 229), en absoluto es decisivo: el problema es, precisamente, sí, acordado por el juez dejar las medidas sin efecto, el recurso impide o no su ejecución. Entiendo que lo único seguro es lo siguiente: si el imputado está en prisión provisional, procede acordar su libertad, por analogía con lo dispuesto en art. 861 bis a), IV; en cuanto a la posibilidad de continuar inmediatamente el proceso a efectos no penales (art. 790.3. I) debe excluirse por analogía con lo dispuesto en art. 111.

La interposición del recurso habrá de producirse en el plazo de tres días desde el siguiente a la notificación del auto apelable (art. 787.3), mediante escrito firmado por quienes deban integrar la capacidad de postulación del recurrente. Aunque también pudo interponerse en el mismo escrito en que, facultativamente, se interpuso reforma, de modo subsidiario, para que se le dé trámite a la apelación si no se estima la reforma previa (art. 787.3).

Las importantes diferencias procedimentales entre la apelación de autos en el ordinario y en el abreviado -particularmente la no existencia de vista en el último-, determina que sean también distintas al ordinario las cargas que el apelante ha de asumir en el escrito de interposición. El órgano *ad quem*, después de los actos de los apelados ante el *a quo*, resuelve sin más trámites. Ello implica, primero -y más por imperativo del principio de contradicción, que por expresa disposición legal (como en la apelación de sentencias: art. 795.2) o por imponerlo la propia esencia del recurso-, que el acto de interposición habrá de contener las alegaciones que interesen al derecho del apelante (que, en el ordinario, habrían de formularse en la vista: art. 230); segundo, a ese escrito habrán de acompañarse los documentos justificativos de las alegaciones -única actividad probatoria admitida- (que, en el ordinario, pueden aportarse hasta antes de la vista: art. 231).

Contra el auto de inadmisión de la apelación dictado por el órgano *a quo* cabe reforma y, si es desestimada, queja ante el órgano *ad quem* (*supra*, apartado 3, A).

Admitida la apelación el órgano *a quo* notificará a las demás partes que la causa queda de manifiesto en secretaria por plazo de seis días y que, por ese mismo plazo común a todas ellas, pueden formular alegaciones por escrito y aportar documentos justificativos de las mismas (art. 787.3). Nuevamente, ahora para la actividad de los apelados, el momento procedimental de asunción de estas cargas sufre una modificación respecto al régimen de la apelación de autos en el ordinario. En cuanto no se contempla ni en el ordinario, ni en el abreviado para la apelación de autos (para la de sentencias, en cambio, art. 795.4), la posibilidad de adhesión a la apelación, aquellas alegaciones podrán ser de oposición o de apoyo a la apelación interpuesta, pero en ningún caso sustentan *per se* una apelación distinta (que, por ejemplo, pudiera subsistir aunque se desistiera de la primera apelación).

Presentados los escritos de los apelados o precluido el plazo, se remiten las actuaciones al órgano *ad quem*. Las actuaciones que deben remitirse son, por descontado, las propias de la tramitación de la apelación, pero además, habida cuenta de que la apelación se admite en ambos efectos, con alguna matización, debe remitirse la pieza principal de los autos (art. 224). Son necesarias, a este respecto, dos puntualizaciones: 1ª) por analogía con art. 861 bis a, el órgano *a quo* conserva la competencia para las medidas cautelares durante la pendencia de la apelación y, para hacer posible su ejercicio, conserva las correspondientes piezas separadas. 2ª) si en el caso del art. 789 se ha pedido y concedido la ejecución provisional (art. 989), el órgano *a quo* sacará testimonio del auto para proceder a su ejecución (análogamente a lo establecido por art. 391 LEC).

La remisión de los autos no va acompañada, como en el ordinario (art. 224), del emplazamiento de las partes ante el órgano *ad quem*. No tendría ningún sentido, porque las partes no tienen ninguna posibilidad de actuación ante este, que, recibidos los autos, ha de resolver, sin más trámite, en el plazo de tres días. Consecuentemente, tampoco cabe que el recurso quede desierto.

Debe apuntarse, por fin, que hay disparidad de opiniones respecto a la valoración de la importante diferencia procedimental de esta apelación frente a la del proceso ordinario, en particular en cuanto a la supresión de la vista (son favorables las opiniones de CONDE-PUMPIDO, *Los recursos*, pp. 216-217, ESCUSOL, *El Proceso*, p. 226, DEL MORAL, *Estudio del artículo 787*, pp. 59-60, y, matizadamente, la de FLORS, *Los recursos*, pp. 5121-5123; desfavorables la de CORTES, *El nuevo proceso*, p. 235, GONZÁLEZ-CUELLAR, *Los recursos*, p. 952, y, matizadamente, la CFGE 1/1989, p. 65). No creo que sea ésta la piedra de toque de la oralidad del procedimiento, aunque si comparto la crítica al aspecto marginal de que haya desaparecido la posibilidad de que el apelante tome postura frente a los documentos nuevos aportados por el apelado (DEL MORAL, *Estudio del artículo 787*, p. 59; FLORS, *Los recursos*, pp. 5121-5122).

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CFGE 1/1989, en BIMJ, suplemento al núm. 1522.

CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *Los recursos 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., *Estudio del artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: régimen de recursos contra autos en el procedimiento abreviado para determinados delitos*, en Poder Judicial, 1990-I.

ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento abreviado*, Madrid, 1990.

FAIRÉN GUILLEN, V., *Los recursos de queja*, en "Temas del ordenamiento procesal", I, Madrid, 1969.

FLORS MATÍES, J., *Los recursos en la tramitación del procedimiento abreviado*, en Revista General de Derecho, 1992, junio.

GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A., *Los recursos en el procedimiento abreviado*, en La Ley, 1989-4.

GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., *Consideraciones críticas al sistema de recursos del procedimiento abreviado por delitos menos graves*, en Revista General de Derecho, 1990, mayo.

ORAA GONZÁLEZ, J., ORAA GONZÁLEZ, P., *¿Qué recurso cabe contra los autos de prisión o libertad dictados en las diligencias previas del procedimiento abreviado?*, en Revista General de Derecho, 1992, junio.

ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, III, *El proceso penal*, con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., Barcelona, 1991.

PORTERO, L., *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, con REIG, J.V., MARCHENA, M., Bilbao, 1989.

CRITERIOS BÁSICOS PARA LA ORDENACIÓN DE UN PROCESO PENAL^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

1.- NORMAS CONSTITUCIONALES Y CRITERIOS DE POLÍTICA JURÍDICA.

La ordenación de un proceso penal comporta una larga y compleja serie de determinaciones específicas.

Previamente a ese grado mayor de especificación esa ordenación se enfrenta con un más limitado bloque de cuestiones básicas y requiere de unos criterios igualmente básicos y fundamentales que informan las posibles soluciones.

Esos criterios básicos y fundamentales son principalmente de dos clases si se atiende a la diferencia esencial de su valor jurídico. En primer lugar, los que constituyen contenido de normas de Derecho Internacional de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de San José de Costa Rica) y de las normas de Derecho Constitucional de cada Estado. Estas normas, principalmente las segundas, condicionan y limitan la libertad de configuración normativa del legislador ordinario. Los ordenamientos establecen medios para hacer efectiva la supremacía normativa de la Constitución.

En segundo lugar están los criterios de política legislativa o de política jurídica, que justifican las decisiones en el amplio campo de libertad de configuración legislativa. Se extraen de consideraciones científico-técnicas no jurídicas (sociología, psicología, economía), jurídicas o derivan de las diversas opciones ideológicas, más o menos fundamentales, legítimas en una sociedad democrática.

Podrá comprenderse que no sea exhaustivo al ocuparme de esas cuestiones y respectivos criterios básicos. Trataré más bien de ofrecer una visión panorámica que en algunos aspectos detallaré en las siguientes conferencias.

^(*) Texto base de la conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción el día 1 de septiembre de 1997.

Publicado en *Revista de Derecho*, N° 201, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año LXV, enero-junio 1997, pp. 83-92.

2.- DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ÁMBITO DEL PROCESO PENAL.

Una primera cuestión es la de qué amplitud se le quiere dar al proceso penal en un determinado ordenamiento.

Un proceso penal es reconocible si un juez, un órgano jurisdiccional, dotado de un específico estatuto, principalmente caracterizado por la independencia y la imparcialidad, enjuicia y sentencia sobre la aplicación de la ley penal a un caso concreto.

Pero sabemos que hay sistemas sancionadores estatales en los que la imposición de la sanción no corresponde a un juez, sino a órganos del Poder Ejecutivo, cuya resolución puede ser controlada después por los jueces. Es el Derecho disciplinario, ligado a las relaciones de sujeción o de supremacía especial, y el Derecho Administrativo sancionador. Las infracciones no se constatan y las sanciones no se imponen mediante un proceso penal, sino mediante un procedimiento administrativo.

Las disposiciones constitucionales pueden condicionar en diversa medida la decisión legislativa sobre la amplitud del Derecho y el proceso penal frente al Derecho administrativo sancionador. Permítanme que me refiera por vía de ejemplo a la Constitución española.

En primer término establece una norma muy clara (artículo 25.1) en el sentido de que lo que formalmente sea delito y falta sólo podrá ser castigado por un juez, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en un proceso penal. Esta norma no limita la libertad de configuración del legislador ordinario acerca de qué infracciones puedan ser establecidas como delitos y cuales como infracciones administrativas.

Un límite material a esa libertad lo establece el propio artículo 25 al disponer que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, implique privación de libertad”. Es decir: la privación de libertad sólo puede preverse a título de pena por delito y en consecuencia sólo puede imponerse por un juez en proceso penal.

Permanecen constitucionalmente imprecisos los límites al Derecho Administrativo sancionador respecto al Derecho Penal, cuando el legislador utiliza sanciones pecuniarias o, en general, que no afectan al derecho de libertad.

En ese amplio campo, de límites imprecisos, se desarrolla una fuerte tendencia a la ampliación del Derecho Administrativo sancionador. Frente a la misma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español no han reaccionado intentando definir con más precisión un ámbito propio del Derecho y del proceso penal, sino que, respetando la decisión legislativa de encomendar a los órganos administrativos la primera palabra en la imposición de sanciones, han establecido que en el procedimiento en el procedimiento administrativo sancionador deben respetarse en lo posible las garantías procesales, y sobre todo, han reforzado la efectividad del control jurisdiccional sobre los actos administrativos de imposición de sanciones de dos modos: facilitando la suspensión en vía cautelar si se interpone recurso contencioso-administrativo, y proscribiendo cualquier límite a la revisión jurisdiccional plena de esos actos.

3.- PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DE TODO PROCESO.

La opción por el proceso como instrumento para la aplicación de la ley penal comporta la aceptación de tres criterios básicos, principios estructurales del proceso judicial, cualquiera sea el Derecho material que a través del mismo se realice.

A) El principio de dualidad de partes en el proceso penal presenta importantes peculiaridades respecto al proceso civil, principalmente ligadas a que en aquél no hay una transposición procesal de una relación jurídico material litigiosa. Pero a pesar de ello, para que exista proceso es imprescindible que alguien asuma una posición de actor, en el proceso penal de acusador, dirigiendo la acusación frente a alguien que asume la posición de acusado, todo ello en una actividad dirigida por un tercero imparcial, el juez, que, al término, dicta sentencia.

B) El principio de contradicción, consistente en la efectiva posibilidad de que toda persona expuesta a ser afectada en su posición jurídica por una resolución judicial influya en el contenido de la misma, adquiriendo conocimiento de los materiales que serán tenidos en consideración para dictarla, tomando postura frente a los mismos y participando en la introducción en el proceso de esos materiales. Este principio se respeta si existe una posibilidad efectiva y real de las actividades que citaré a continuación. No es necesaria la realización efectiva de tales actividades, pero si una posibilidad de realización no ficticia o meramente formal, o de difícil aprovechamiento. Un completo análisis requeriría ocuparse de la efectividad de los procedimientos de comunicación de los actos procesales y de la suficiencia de los plazos y términos que pautan la realización de los actos procesales. Baste llamar la atención sobre que una disciplina aparentemente tan formal como la que rige estas materias puede comprometer la vigencia del principio de contradicción y además expresa las tensiones entre ese principio y otro que también se formula en los textos del más elevado nivel normativo: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Como presupuesto lógico de sus restantes contenidos el principio de contradicción requiere que las partes adquieran conocimiento del objeto del proceso y de todos los elementos fácticos y jurídicos que han de ser tomados en cuenta por el juez para resolver sobre ese objeto; tanto si estos elementos provienen de actos procesales de las partes, como si derivan de iniciativas que la ley autoriza al juez a adoptar de oficio.

Segundo componente del principio es la posibilidad de formular alegaciones de hechos y de derecho, acompañadas de las correspondientes peticiones, para que el juez las tome en consideración al dictar la resolución.

Una mayor intensidad en la influencia sobre la resolución la supone la posibilidad de probar las alegaciones de hecho formuladas y de intervenir en la práctica de las pruebas propias, de la contraparte y de las acordadas de oficio por el juez.

La vigencia del principio de contradicción presenta especialidades de carácter restrictivo en los procedimientos cautelares, en el proceso de ejecución y en la instrucción previa del proceso penal. Se justifican por la necesidad de que estos instrumentos procesales cumplan su función.

C) En fin, el principio de igualdad implica, en primer término, que las personas tengan iguales posibilidades de acceso a los tribunales para defender, en la posición de parte que corresponda, los derechos e intereses que le asistan. Después, a proceso iniciado, que a las partes, situadas ante un juez imparcial, se les concedan las mismas posibilidades en el proceso y se las someta a las mismas cargas.

La vigencia de este principio en el proceso penal es problemática en diversos aspectos. En la instrucción previa las posibilidades de intervención son desiguales, pero incluso cuando tienden a igualarse se desnivelan en favor del Ministerio Fiscal.

Por otra parte, es frecuente encontrar tratamientos procesales diferenciados en favor del Ministerio Fiscal. Pueden encontrar justificación en las diferentes condiciones objetivas del Ministerio Fiscal frente, por ejemplo, a las partes acusadoras no oficiales. Pero debe advertirse que en las decisiones legislativas sobre las diferencias de trato de los acusadores está en cuestión la efectividad de los mecanismos correctores de eventuales desviaciones del modo debido de actuar el Ministerio Fiscal.

Hay, por fin, importantes desnivelaciones en favor de la parte acusada, algunas de rango constitucional: la impugnación de la cosa juzgada sólo en favor del condenado; reconocimiento (constitucional o en convenio internacional sobre derechos humanos) del derecho a que se establezca un recurso solamente contra sentencias de condena; presunción de inocencia como regla de solución de la duda sobre la cuestión de hecho frente a las reglas sobre carga de la prueba, que reparten entre actor y demandado el riesgo de la duda sobre los hechos relevantes.

4.- CRITERIOS BÁSICOS SOBRE EL PODER DE INICIACIÓN DEL PROCESO Y DE DETERMINACIÓN DE SU OBJETO.

Otras cuestiones básicas de ordenación del proceso dependen en su solución de la naturaleza del Derecho material que se ha de realizar a través del proceso. Así ocurre con el régimen decisivo de a quién corresponde iniciar o instar la iniciación del proceso y a quién corresponde y con qué efectos proponer el objeto sobre el que ha de resolver el juez.

Si se trata de la realización judicial del Derecho Privado la solución de estas cuestiones está informada por el principio dispositivo: el proceso sólo puede iniciarse si lo insta el titular del derecho o interés privado; el demandante propone el objeto del proceso mediante una concreta petición de tutela que acota el ejercicio del poder de resolución del juez; durante el proceso subsisten los poderes de disposición de las partes (allanamiento, renuncia y transacción). Eso debe ser así por una razón obvia: si el Derecho Privado se caracteriza por la libertad de ejercicio y de disposición de los derechos e intereses, ello debe tener como consecuencia que la tutela judicial sólo pueda dispensarse si lo pide y en la medida en que lo pida el titular de aquellos. De no ser así el Derecho Privado vería transformada su naturaleza en el momento de su tutela judicial.

Pero el Derecho Penal es Derecho Público, el Derecho que preserva con las máximas reacciones sancionatorias los fundamentos de una sociedad políticamente organizada. Su aplicación en los casos concretos no puede quedar subordinada a la libre determinación de los particulares.

Para dar al Derecho Penal una aplicación coherente con su naturaleza se le podría atribuir a un juez la potestad de iniciar y desarrollar de oficio, cuando tuviera conocimiento de un hecho que revistiera caracteres de delito, una actividad de comprobación que él mismo continuaría hasta dictar sentencia. Es una actuación del Derecho Penal según el principio inquisitivo.

Esta no sería una realización jurisdiccional del Derecho Penal, puesto que el juez al que se atribuyeran las funciones de descubrir los delitos, investigarlos, perseguirlos y, en fin, enjuiciarlos con participación como mínimo del acusado, carecería de imparcialidad, cualidad esencial -junto con la independencia- para la existencia de jurisdicción.

Para conseguir el distanciamiento del juez respecto de la decisión de iniciar el proceso y de la determinación del objeto sobre el que se ha de resolver en él, distanciamiento que le sitúa en la posición de imparcialidad, es necesario reproducir la estructura de *actus trium personarum* en la que consiste el proceso. Es necesario que una persona o un órgano ajeno al juez le pida a éste que ejercite su potestad jurisdiccional, aplicando el Derecho Penal, respecto a un determinado hecho y respecto a una determinada persona.

Ahora bien, con esto no quedan resueltas totalmente las cuestiones básicas sobre la iniciación y determinación del objeto del proceso penal. En efecto, no está garantizado que la aplicación del Derecho Penal se instará en todos los casos en que proceda y en la medida en que proceda. Eso depende del régimen jurídico de la legitimación para acusar.

El ordenamiento puede legitimar a los ofendidos por el delito. Esta solución no garantiza plenamente una realización adecuada del Derecho Penal, porque la acusación sería una facultad libremente ejercitable y además la legitimación no se atribuiría de modo coherente con la existencia de un interés público lesionado por el delito, sino sólo a los titulares de los bienes jurídicos protegidos.

El ordenamiento puede legitimar para la acusación a cualquier ciudadano (acción popular). Con esto la legitimación es acorde con la presencia de un interés público lesionado; se evita que la inacción de los ofendidos impida la iniciación del proceso. Pero no es una solución plenamente efectiva porque para los ciudadanos la acusación sigue siendo una facultad y por tanto el Derecho Penal podría quedar sin aplicación por la inacción de los particulares.

La solución más adecuada es la de constituir un órgano del poder público e investirle de la potestad de acusar. Ese órgano es el Ministerio Fiscal, el Ministerio Público.

La potestad de acusar del Ministerio Público puede ser una potestad reglada o una potestad discrecional. Si es de la primera clase, tiene el deber jurídico de acusar ante la mera constatación de que el caso es encuadrable en el supuesto de hecho de la norma penal y debe acusar en la medida que resulte de la aplicación de la norma al caso. La potestad es discrecional si la norma le confiere un poder de apreciar en el caso concreto si existe o no interés público en perseguir el delito o si ese interés puede ser satisfecho de modo distinto a la imposición de una pena.

La regla general es que la potestad de acusar es reglada. La formulación de los tipos penales con la consecuencia de la pena no es sólo una garantía de que las

personas sólo serán penadas en esos supuestos, sino también una amenaza de que en esos supuestos serán penadas. Además los ordenamientos suelen formular la norma de que el Ministerio Fiscal actuará de acuerdo con el principio de legalidad, salvo excepción legal (art. 229, párrafo 1, Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica).

Es necesaria norma expresa para que la potestad sea discrecional. En este supuesto existen también elementos reglados: los delitos en los que puede ejercerse esa potestad (por ejemplo delitos determinados de escasa gravedad o de gravedad intermedia), eventuales requisitos adicionales que han de concurrir (por ejemplo imposición de determinadas condiciones cuyo cumplimiento por el imputado excluye la persecución), y en todo caso la norma establece, o está implícito en la misma, que esa potestad debe ejercerse en contemplación de los fines públicos tutelados por el ordenamiento penal.

Cualquiera sea el régimen de la potestad de acusar es posible que las decisiones sobre su ejercicio no sean ajustadas a Derecho. Para garantizar esa conformidad es necesario que se prevea una posibilidad de examen jurisdiccional de tales decisiones, lo cual, por otra parte, es coherente con el control judicial general y pleno de los actos del Poder Ejecutivo y asimilados en un Estado de Derecho.

Ese control puede instrumentarse de dos modos. Primero, que el órgano jurisdiccional que reciba los actos del Ministerio Público relativos a la acción penal no sólo pueda desestimarlos si no concurren los presupuestos legales para el ejercicio de la acusación, sino también si no concurren los presupuestos para la falta de ejercicio, imponiendo en este último caso el deber concreto de ejercitarla.

El segundo modo consiste en legitimar para la acusación, además de al Ministerio Público, a la persona ofendida por el delito o, más en general, a cualquier ciudadano, de modo que los errores o las decisiones ilegítimas del Ministerio Público no sean obstáculo insalvable a que la acusación sea llevada ante el juez.

Si se atiende al fundamento de la necesidad de una acusación ejercitada por un tercero ajeno al juez para que se abra un juicio penal -preservar la imparcialidad del juez- se comprenderán fácilmente dos aspectos esenciales del objeto de ese juicio, de la acusación.

Primero: propuesta o presentada la acusación ante el juez, es irrevocable o irrenunciable, porque el juez ya ha recibido la determinación de los hechos y de la persona sobre los que ha de sentenciar y no precisa implicarse investigándolos con pérdida de su imparcialidad

Segundo: el juez no tiene limitada la potestad de sentenciar ni por las calificaciones jurídicas de los acusadores, ni por sus peticiones de pena. El objeto del proceso penal no es una pretensión, que impone un deber de congruencia no sólo con los fundamentos sino también con la petición.

No hay 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.

5.- LA ATRIBUCIÓN DE LOS PODERES SOBRE APORTACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS RELEVANTES PARA DICTAR LA SENTENCIA.

Otra cuestión básica de la ordenación de un proceso penal es la relativa a la atribución de los poderes para la aportación de los hechos relevantes para dictar sentencia y para la prueba de tales hechos. Se pueden atribuir sólo a las partes (principio de aportación de parte) o también al juez (principio de investigación oficial).

Los elementos que identifican el hecho objeto de un proceso penal y su imputación al acusado han de ser aportados por los acusadores. El juez no puede alterarlos introduciendo en el proceso un objeto distinto o adicional, porque de ese modo quebraría el fundamento del principio acusatorio. Pero además de esos elementos de hecho hay otros que no alteran el objeto, aunque si son determinantes para que la sentencia se dicte en un sentido o en otro: los que determinan la concurrencia de diferentes circunstancias modificativas, de diferentes grados de ejecución o formas de participación, o la aplicación de tipos penales distintos aunque relativamente concurrentes, etc.

Tiene pues sentido preguntarse si el juez deberá quedar limitado a los hechos que se aleguen por las partes, no podrá decidir que se practique otra prueba que la que éstas propongan y, en coherencia con todo ello, deberá quedar vinculado a las admisiones de hechos que hagan las partes, o, por el contrario, podrá atender a los hechos no introducidos por alegación (sino, por ejemplo, derivados de la producción de una prueba), podrá acordar la práctica de pruebas con independencia de la propuesta de las partes, y, obviamente, no quedará vinculado por las admisiones.

El principio de investigación oficial, informador del proceso penal en importantes ordenamientos, se funda en que el interés público requiere tanto el castigo del efectivamente culpable, como la protección del inocente -incluso en contra de su deseo o de su interés privado en ser castigado- y la del propio culpable para que no sea condenado más allá de la medida de su efectiva responsabilidad (Gómez Orbaneja). Esta finalidad no puede ser garantizada por el principio de aportación, porque aunque da lugar a una técnica instructoria muy efectiva, no excluye al máximo los márgenes de error. Cuando el principio de aportación de parte funciona sobre un efectivo enfrentamiento de intereses - es decir: fuera de los supuestos anormales de simulación o de fraude-, fomenta una acabada instrucción fáctica del asunto, pero si por impericia o negligencia de las partes o de sus defensores no ocurre así o si el juez, que es quien precisa formarse la convicción para sentenciar, entiende que no se ha producido ese

óptimo resultado, carece de facultades para salvar la insuficiencia y ha de limitarse a sentenciar aplicando las reglas de la carga de la prueba.

Por el contrario la vigencia del principio de investigación oficial que -ha de recordarse- no excluye el derecho a la prueba de las partes, permite superar aquel límite a la optimización de la técnica instructoria.

Ciertamente el modo en que se concrete este principio podría suponer nuevamente un riesgo para la imparcialidad del juez. Esta consecuencia se evita principalmente de dos modos.

Primero, en los ordenamientos que establecen la instrucción previa judicial se evita mediante la separación orgánica de las funciones de investigar y enjuiciar. El juez de instrucción investiga los hechos en toda su amplitud y busca y prepara las fuentes de prueba de los mismos, pero los prejuicios que esa labor ha formado en él no trascienden al enjuiciamiento porque ni él es competente para el juicio y la sentencia, ni puede integrarse en el órgano colegiado que los sea

El segundo modo consiste en que los poderes para acordar prueba de oficio sólo autorizan al juez que dirige el juicio y ha de dictar la sentencia 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 para utilizar con ese fin las fuentes de prueba que la propia actividad del juicio oral y la instrucción previa han revelado existentes.

El párrafo 244, II *Strafprozessordnung* 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 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). Una solución similar establece el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica en sus arts. 289 y 317.

6.- EL RÉGIMEN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

La cuestión de cómo ha de valorarse la prueba practicada admite dos respuestas: mediante el razonamiento del juez o mediante la determinación legal del valor de cada prueba según los resultados de su producción.

La libre valoración de la prueba significa que el juez se forma su personal convicción acerca de la certidumbre de los hechos introducido en el proceso, sin tener que someterse a conclusiones establecidas por una norma legal, pero tampoco procediendo arbitrariamente, sino con ajuste al método de razonamiento de una persona de su cultura y formación, atendiendo a los criterios que permiten discernir la credibilidad de la información resultante de cada medio de prueba y formarse una convicción razonablemente segura sobre la situación de hecho en conjunto.

En la valoración legal de la prueba el proceso intelectual de valoración no se desarrolla en la mente del juez, sino que ha sido previamente elaborado por el legislador que lo ha convertido en norma, de modo que la actividad del juez consiste en “una vez comprobada y reconocida la correspondencia entre el supuesto de hecho concreto probatorio y la previsión legal abstracta,...(estimar) sin más como ciertos los hechos demostrados por tales medios, prescindiendo de su criterio personal” (Furno) y tomarlos como fundamento de la sentencia.

El fundamento de las reglas de prueba legal en el proceso penal, en la medida en que subsistan -lo que no es frecuente en el Derecho Comparado-, es el de que la aplicación rigurosa de unas máximas de la experiencia normativizadas ofrece mayores garantías de acierto en el juicio sobre los hechos que el raciocinio personal del juez.

Lo anterior contrasta con el dato cultural de que para el conocimiento de hechos concretos predomina la aceptación del método de razonamiento inductivo, que parte de la observación de los datos concretos de la realidad, verifica los resultados de esa observación y los articula de acuerdo con reglas de la ciencia o de la experiencia para obtener conclusiones fundamentadas. La aplicación exclusiva de reglas apriorísticas puede conducir al error en los casos concretos.

No obstante, la tensión que subyace a los principios sobre la valoración de la prueba -desconfianza ante la libertad de razonamiento del juez- es observable en ordenamientos que establecen inequívocamente la libre valoración: se manifiesta en la imposición de que el juicio de hecho se motive suficientemente, explicando la concreta apreciación de la prueba realizada.

7.- PROCEDIMIENTO ESCRITO O PROCEDIMIENTO ORAL.

Resta por fin la cuestión de la manifestación externa y ordenación de la serie de los actos procesales que integran al proceso. Caben en cuanto a esto dos grandes líneas de solución: configurar un procedimiento escrito o uno oral.

En el procedimiento escrito el material atendible para dictar sentencia es el aportado por escrito o documentado en los autos. Esto conduce, en primer lugar, a la dispersión de los actos procesales, necesaria para permitir la contradicción, dado que partes y juez no están simultáneamente presentes, pero además fomentada por la circunstancia de que, al ser relevante el material documentado, no hay riesgo de que por el transcurso del tiempo peligre el recuerdo del mismo.

Para conseguir que, a pesar de la dispersión de los actos procesales, el proceso se desarrolle ordenadamente hasta llegar al estado de sentencia, es necesario establecer un orden legal de los actos, dividiendo el proceso en fases y plazos preclusivos.

La escritura conduce a la mediación entre las pruebas personales practicadas y el juzgador o bien -como efecto de la dispersión- a que se pierdan los efectos de la inmediación que tal vez se hubiera observado al recibir la prueba. La prueba puede ser apreciada, a partir de la documentación de su práctica, por un juez distinto al que la hubiera practicado.

La publicidad general es difícilmente practicable en un procedimiento escrito. El público no puede obtener un conocimiento de conjunto del desarrollo y contenido del proceso, porque éste se realiza mediante actos aislados, algunos de los cuales se celebran en condiciones que de hecho no favorecen la presencia de terceros.

En el procedimiento oral predomina la palabra hablada frente a la escrita en la forma de los actos.

La oralidad en la práctica de los medios de prueba se concreta en la inmediación entre la fuente de la prueba y el juez, contacto del que se extraen elementos importantes para la correcta valoración de la prueba, principalmente en las pruebas personales

La eficacia de la oralidad y de la inmediación dependen de la concentración en el tiempo de las actividades procesales y de la sentencia como término de ellas. En otro caso se pierde la impresión dejada por la aportación directa de los materiales procesales. Son necesarias reglas para posibilitar la concentración.

Como en un procedimiento oral los sujetos procesales están simultáneamente presentes es posible prescindir de los intervalos necesarios para la comunicación entre ellos -traslado de los actos escritos para conocimiento y reacción-, por tanto pueden liberarse de una estricta preclusión las posibilidades de alegación y contraalegación y sus pertinentes corroboraciones probatorias sin asumir el riesgo de hacer el proceso interminable. Ahora bien, esto sólo puede realizarse si las partes se presentan en la audiencia conociendo suficientemente las cuestiones que pueden ser discutidas y preparadas para discutir las y, en su caso, para practicar las pruebas pertinentes. Si no existe esa preparación -que es prioritaria puesto que condiciona la efectividad del principio de contradicción- son necesarias continuas suspensiones que son contrarias a la concentración.

Por fin la oralidad implica la posibilidad práctica de realizar el principio de publicidad general.

JUEZ Y MINISTERIO PÚBLICO EN LA INSTRUCCIÓN PREVIA DEL PROCESO PENAL^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

1.- POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ESTRUCTURA DE PODERES DEL ESTADO Y LEGITIMIDAD DE SUS FUNCIONES EN LA INSTRUCCIÓN PREVIA.

La instrucción previa del proceso penal ¿Ha de encomendarse al Ministerio Público o a un Juez?

No les aseguro una respuesta a ese tema sino solamente unas consideraciones para la reflexión.

Existe notoriamente una relación entre la naturaleza del Ministerio Público, en el sentido de la integración o encuadramiento del mismo en alguno de los poderes del Estado, y la atribución al mismo de determinadas funciones y poderes en la instrucción previa.

No se trata sólo de que si el Ministerio Público fuera un órgano jurisdiccional nada se opondría a esa atribución. Esto respondería a un planteamiento estricto de la constitucionalidad de la atribución. Pero, con independencia de ese planteamiento, la pregunta es si el régimen orgánico del Ministerio Público, particularmente en cuanto a su vinculación con el Poder Ejecutivo, legitima objetivamente esa atribución de poderes y es percibido como legitimador en la opinión pública.

Como se comprenderá no es posible exponer el régimen orgánico del Ministerio Público y su comparación con el de los jueces. Espero que no parecerán arbitrarias las siguientes generalizaciones.

El Ministerio Público está sujeto a la ley y debe actuar con arreglo a ella y con imparcialidad, en el sentido de que tiene el deber de atender a cualesquiera datos relevantes para una actuación con arreglo a la ley, prescindiendo de cual sea el interés beneficiado por la consideración de un cierto dato.

^(*) Texto base de la conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción el día 4 de septiembre.

Publicado en *Revista de Derecho*, N° 201, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año LXV, enero-junio 1997, pp. 93-102.

El Ministerio Público está sujeto a regímenes orgánicos muy diferenciados que le hacen desde muy dependiente del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo a muy poco dependiente de ellos. En cualquier caso la organización interna del Ministerio Público se configura según los criterios de unidad y dependencia jerárquica, de modo que está excluido que cada miembro del Ministerio Público determine, por sí y ante sí, lo que la legalidad y la imparcialidad requieren para su actuación en un caso determinado.

Los jueces están sujetos únicamente a la ley y al Derecho y deben proceder y resolver con sujeción a los mismos. Para que así sea se les impone el deber jurídico de independencia: no deben estar sujetos a ninguna instrucción o indicación, porque en otro caso se alteraría su personal y libre concreción de la ley y el Derecho en la dirección del proceso y en la sentencia sobre el objeto del mismo.

La imposición del deber jurídico de independencia no es suficiente para la máxima efectividad de la misma. Por esa razón los ordenamientos rodean a los jueces de unas garantías de su independencia, que se refieren al modo de acceso a la condición de juez y a la pérdida de la misma, a la gestión de su estatuto como empleados públicos -traslados, ascensos, régimen disciplinario- y a la atribución de la competencia para dicha gestión -por ejemplo: al Poder Ejecutivo o a un órgano público autárquico-, a su incompatibilidad con otras funciones públicas y a la preservación de su imparcialidad frente a los riesgos derivados de la relación del juez con los sujetos o con el objeto del proceso concreto.

En cada ordenamiento esas garantías son diferentes. Pero, dentro de cada ordenamiento, el más elevado grado de garantías de la independencia corresponde a los jueces para asegurar su actuación con exclusiva sumisión a la ley, porque precisamente está en manos de los jueces el último control institucional de la sumisión a ésta por parte de particulares y poderes públicos. Poco importa que otros órganos del poder público, que en un Estado de Derecho también deben sujetarse a la ley, no estén rodeados de las garantías de los jueces. Sería incluso inadecuado para su función. Pero, además, en cuanto a hacer efectiva aquella sujeción siempre estará abierta la posibilidad del posterior control judicial.

2.- EL ESTATUTO DEL JUEZ COMO LEGITIMADOR DE SU PODER DE DIRECCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA.

Este más elevado grado de garantías del estatuto del juez para asegurar su actuación con exclusiva sumisión a la ley, es lo que puede explicar que haya ordenamientos que atribuyen a los jueces la dirección de la instrucción previa del proceso penal.

Ahora bien, esta misma consideración de las garantías debió hacer pensar que un juez implicado en una investigación como director de la misma, no tiene una efectiva imparcialidad para juzgar, porque pesa sobre él un obstáculo psicológico a la plena receptividad ante las alegaciones y pruebas conducentes a una versión de los hechos eventualmente distinta a la que él mismo va estableciendo como conclusión de su investigación.

La falta de imparcialidad para juzgar no sólo se manifiesta si no se diferencian, atribuyéndolas a órganos jurisdiccionales distintos, las potestades de dirigir la

instrucción previa, por un lado, y, por otro, las de dirigir el juicio y dictar sentencia. Esa es sin duda la situación más grave, porque afecta a la aplicación definitiva de la ley penal. Pero ¿Qué decir del Juez que ha dirigido la investigación de la instrucción previa y tiene atribuida la competencia para resolver sobre la medida cautelar de prisión preventiva? ¿Qué actitud puede esperar el imputado del juez ante lo que exponga para obtener un pronunciamiento diferente a la prisión?

3.- CONSIDERACIONES PARA UNA DECISIÓN SOBRE LA ATRIBUCIÓN DE PODERES AL JUEZ O AL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INSTRUCCIÓN PREVIA.

Para orientarse en las decisiones a tomar en el difícil asunto de los poderes que deban corresponder al Juez y al Ministerio Público en la instrucción previa hay que atender, entre otras, principalmente a estas tres consideraciones.

A) La instrucción previa es una actividad de contenido heterogéneo, algunos de cuyos componentes requieren ejercicio de potestad jurisdiccional y otros no.

Requieren ejercicio de potestad jurisdiccional: las resoluciones sobre las medidas cautelares personales y reales, las resoluciones restrictivas de derechos sin carácter cautelar -generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de las fuentes de prueba-, las resoluciones sobre admisión de la acusación, porque son ejercicio de la potestad de dirección del proceso penal de declaración -en concreto: sobre la admisibilidad de un pronunciamiento de fondo-. Resoluciones de la última clase son las referidas a la admisión de querellas y otros de actos de constitución como parte acusadora no oficial, la imputación o inculpación con efectos condicionantes sobre la posterior dirección subjetiva de la acusación, las resoluciones relativas al sobreseimiento o la apertura del juicio oral. También requieren ejercicio de potestad jurisdiccional los actos de práctica anticipada de la prueba.

Con relación a las resoluciones y actos citados las partes realizan actos de obtención en la terminología de Goldschmidt: peticiones, alegaciones, proposiciones y producciones de prueba. Estos actos no son ciertamente jurisdiccionales, pero han de estar dirigidos y han de ser valorados por un órgano jurisdiccional, precisamente porque su función es influir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional exclusiva de aquél.

No suponen, en cambio, ejercicio de potestad jurisdiccional las actividades materiales dirigidas a descubrir contra qué persona se puede dirigir la acusación, de qué hecho se la puede acusar y de qué fuentes de prueba se dispone para demostrar, en el juicio, el fundamento de la acusación, y, antes del juicio, la probabilidad del fundamento de la acusación a los efectos de que se acuerden medidas cautelares y de que la acusación sea admitida para abrir juicio. Descubrir las fuentes requiere examinarlas y se acompaña de una documentación del resultado de su examen y de la conservación de los objetos que van a servir para las pruebas reales.

B) Qué se puede y qué no se puede atribuir al Ministerio Público o al juez en la instrucción previa depende, en primer término, de la Constitución. Una valoración desde criterios constitucionales debe partir de la norma constitucional que atribuya a los órganos jurisdiccionales la potestad jurisdiccional en exclusiva y de las normas constitucionales que atribuyan específicamente a los mismos la potestad de limitación de algunos derechos básicos. En cuanto esas normas existan, como el Ministerio

Público no es un órgano jurisdiccional no será conforme a la Constitución atribuirle poderes que supongan ejercicio de potestad jurisdiccional.

C) Si el régimen de atribución de potestades en la instrucción previa no incurre en reproche de inconstitucionalidad resta aún por hacer una valoración de política jurídica: ¿Supondrá la atribución de poderes al Ministerio Público en la instrucción previa una importante disminución de garantías para los derechos de los acusadores no oficiales y del imputado? ¿De qué modo se podrá contrarrestar esa disminución?

Desarrollaré ahora estas consideraciones tomando como referencia el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica, que es un texto que abandona la instrucción previa judicial, y que, aún no siendo normativo, está respaldado por la autoridad que le da ser resultado de la reflexión y debate de los procesalistas iberoamericanos.

4.- RIESGOS EN LA CONCRECIÓN POR EL LEGISLADOR ORDINARIO DE LOS CONDICIONAMIENTOS CONSTITUCIONALES DE LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES.

En la concreción por parte del legislador ordinario **de los** condicionamientos constitucionales de la atribución de potestades existen una serie de riesgos frente a los que hay que alertar.

El principal condicionamiento constitucional en el asunto que nos ocupa es la exclusividad de la jurisdicción (art. 73, inciso primero, parte 1ª Constitución Política de Chile; art. 117.3 CE). Concretarlo presenta toda la dificultad de determinar en qué consiste la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la potestad jurisdiccional que no puede ser atribuida al Ministerio Público. El peligro consiste aquí en que esa determinación, que irremediamente tendrá que hacer el legislador al realizar la atribución de potestades en la instrucción previa, se concrete en una versión reductora de la potestad jurisdiccional, que tenga como consecuencia un incremento efectivo de poderes del Ministerio Público a costa del propio ámbito de la potestad jurisdiccional y no sólo de lo que resta claramente fuera de esa potestad.

La potestad jurisdiccional sólo puede ser atribuida a órganos jurisdiccionales. Pero ¿en qué consiste, qué es esa potestad jurisdiccional, en qué supuestos es necesario el ejercicio de la misma? La respuesta a estas cuestiones condiciona que pueda concluirse que las potestades están atribuidas con arreglo a la Constitución.

Se formuló en la doctrina española un tesis -que me atrevo a calificar de estafalaria por sus consecuencias- según la cual el acto esencialmente jurisdiccional es la aplicación del Derecho material en la sentencia de fondo, mientras que los actos de dirección del proceso en sentido amplio y las potestades necesarias para realizarlos no tendrían naturaleza jurisdiccional al menos por esencia, dado que, a diferencia de lo que ocurre con la *res de qua agitur*, el órgano jurisdiccional no es ajeno a la relación jurídica procesal cuyo desarrollo dirige. No será necesario que les pondere la gravedad de las consecuencias derivables de una tesis como ésta en orden, por ejemplo, a la práctica y recepción de los medios de prueba y a toda la serie de elementos instrumentales de la actividad necesaria para la actuación del Derecho, específicamente del Derecho Penal (adopción de medidas cautelares, de medidas para posibilitar la práctica de la investigación y de los medios de prueba).

Por otra parte, es frecuente cuando se considera *lege ferenda* un modelo de instrucción previa con mayores poderes para el Ministerio Público excluir de las potestades de éste y reservar al juez la afectación de derechos fundamentales, de los derechos más básicos del ordenamiento constitucional. Esta tesis debe ser compartida, pero la exclusividad de la potestad jurisdiccional no permite limitarse a lo que deriva de la tesis dicha.

A) Uno de los aspectos en que puede sufrir menoscabo la integridad de la potestad jurisdiccional es el de la recepción y dirección de la prueba procesal.

No sostengo que la atribución al Ministerio Público de la potestad de realizar los actos de investigación de la instrucción previa suponga un riesgo de que la actividad probatoria recibida y dirigida por un juez sea totalmente sustituida por las actas labradas por el Ministerio Público al examinar las fuentes de prueba. Lo que deseo advertir es que atribuida esa potestad al Ministerio Público y no al Juez de Instrucción, en los casos excepcionales en los que sea necesario sustituir la práctica efectiva de un medio de prueba por la lectura de la documentación formada sobre el examen de la correspondiente fuente de prueba en el procedimiento preliminar, no será la documentación de una actividad dirigida por un juez la que servirá para la sustitución. Es verdad que los Códigos tienen previsiones para que los actos de prueba que se prevean irreproducibles en el juicio se practiquen bajo la dirección del juez (véanse arts. 258 y 259 Código de Procedimiento Penal para Iberoamérica), pero la imposibilidad de practicar una prueba en el juicio no siempre es previsible antes de su celebración, sino que en muchos casos se manifiesta durante la realización del juicio. En esa circunstancia, o el ordenamiento rechaza las documentaciones que no gozan de la garantía judicial en la recepción de la prueba, o acepta como material de convicción pruebas no recibidas por un juez. En el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica se prevé lo último en el art. 300.1, 6 y parte del apartado 7.

La anterior es una situación excepcional. Veamos ahora una ordinaria. Aunque no se trata de actividad probatoria para dictar la sentencia, durante el procedimiento preliminar y al término del mismo se dictan resoluciones judiciales sobre medidas cautelares y sobre la apertura de juicio-sobreseimiento. ¿Cuál es el material de convicción que puede ser tenido en cuenta para dictarlas, cómo se presenta ante el juez competente ese material? Si la respuesta es que el juez decide atendida la documentación de las actuaciones del Ministerio Público estamos ante una versión minimizadora de la potestad jurisdiccional como potestad de recepción y dirección de la prueba en cuyos resultados ha de basar su resolución.

El Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica no es en este aspecto lo cuidadoso que hubiera sido deseable: para resolver sobre apertura-sobreseimiento el art. 272 sólo considera la práctica de prueba ante el juez de la etapa intermedia si la propone el imputado, el querellante o se acuerda de oficio, en otro caso parece que puede resolver en atención a las actuaciones y medios de prueba materiales que le ha remitido el Ministerio Público (art. 263); no precisa como se proveen los elementos de convicción para resolver sobre la prisión provisional y medidas sustitutivas, salvo la referencia a que el juez puede acordar una averiguación complementaria (art. 219), lo que significa que como regla general servirán las actuaciones del Ministerio Público.

B) Otro de los aspectos en que la potestad jurisdiccional corre riesgo de una concepción reduccionista es en la atribución de potestades para la adopción de medidas cautelares y otras medidas restrictivas de derechos en función de la aplicación de la ley penal.

Las medidas cautelares personales afectan al derecho a la libertad (prisión preventiva y otras privaciones de libertad más provisionales) o a la libre circulación (algunas medidas sustitutivas de la prisión). Las medidas cautelares patrimoniales (embargo, secuestro de bienes específicos) afectan al derecho de propiedad.

Hay medidas preventivas que afectan, suspendiendo su ejercicio, a derechos a cargos y empleos públicos, al disfrute de determinadas autorizaciones administrativas (conducción de vehículos de motor), al libre funcionamiento de sociedades, fundaciones, empresas y asociaciones.

Para el desarrollo de las actividades de investigación y de prueba se establecen medidas coercitivas sobre objetos: la entrada y registro en domicilios o en otros lugares cerrados en los que existe el derecho de exclusión, la injerencia en el secreto de las comunicaciones personales, la injerencia en el ámbito de la intimidad personal...como medios necesarios en ocasiones para hallar el objeto buscado; en todo caso poderes de secuestro provisional de objetos, que afectan al derecho de propiedad.

Con aquella misma finalidad se establecen medidas coercitivas sobre personas que afectan al derecho de libertad ambulatoria (inmovilizaciones temporales, conducciones coactivas de peritos y testigos) o a una serie más plural de derechos (intervenciones corporales más o menos intensas).

Cuando se trata de la atribución de poderes al juez o al Ministerio Público para la adopción de las anteriores medidas se restringen, en ocasiones, las atribuciones a los jueces al mínimo constitucional ineludible, a los supuestos de reserva constitucional literal y expresa a un órgano jurisdiccional de las decisiones respecto a ciertos derechos (las limitaciones más graves al derecho a la libertad ambulatoria, afectación a la inviolabilidad de domicilio y del secreto de las comunicaciones personales, limitaciones a la libertad de expresión y de asociación, por citar los casos de la Constitución española). Esta interpretación no es fácilmente compartible porque margina la relevancia de la cláusula general de atribución exclusiva a los jueces de la potestad jurisdiccional, que no es sólo una potestad de dictar sentencia, sino que también comprende potestades instrumentales y no sólo cuando estas afectan a derechos fundamentales.

Me parece más correcto atribuir a los jueces las potestades de adopción de medidas cautelares y preventivas y de medidas restrictivas de derechos sobre cosas y de derechos personales en relación con la investigación y la prueba. Y esto aunque no resulten afectados derechos fundamentales, sino derechos disponibles para el legislador ordinario. Por otra parte hay que tener en cuenta que, aparte de la atribución ordinaria de potestades, es normal que los ordenamientos prevean atribuciones excepcionales por razones de estricta urgencia, que aseguran la consecución de los fines en situaciones de hecho extremas.

Se podrá argumentar que no habría desacuerdo con la Constitución si se atribuyen al Ministerio Público potestades derechos de naturaleza patrimonial, dado que probablemente la Constitución da cobertura a la potestad expropiatoria de la Administración Pública y le permite ejercerla por vía de autotutela sin requerir el

auxilio de los tribunales. Ahora bien, aquí no se trata del cumplimiento de una actividad para el cumplimiento de fines de la Administración Pública, sino de actuaciones necesarias para la aplicación del Derecho Penal en las que las técnicas de autotutela administrativa no tienen justificación.

El Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica resuelve estos temas de modo desigual.

Establece -de acuerdo con la tendencia generalizada- la reserva judicial para la prisión preventiva, medidas sustitutivas e internamientos provisionales, incomunicación del imputado, entrada y registro en moradas y lugares asimilados, intervención de correspondencia y de comunicaciones telefónicas.

Es a mi juicio excesivamente laxo al atribuir al Ministerio Público ciertas potestades coercitivas sobre personas: intervenciones corporales de menor importancia sobre imputados y excepcionalmente sobre no imputados que un experto no reputa arriesgadas (arts. 38 y 156), restricciones de libertad de hasta 12 horas en actuaciones de comprobación inmediata de los hechos (art. 151), conducción coactiva de testigos (arts. 138 y 176).

Reserva claramente al juez las medidas cautelares sobre derechos de naturaleza patrimonial y las medidas coercitivas sobre esos mismos derechos (art. 162: secuestro de cosas y documentos de interés para la investigación o confiscables; art. 222: embargo de bienes). Deja a salvo los casos de peligro en la demora en los que puede ejercerlas el Ministerio Público o la policía con posterior control jurisdiccional en el plazo de tres días.

Presupuesto que las potestades para la restricción de derechos, al menos de los fundamentales, quedan atribuidas al órgano jurisdiccional, surge un segundo problema con relevancia constitucional. Los actos que no pueda realizar el Ministerio Público habrá de pedirlos a juez para la instrucción -desde medidas cautelares y preventivas, hasta que autorice determinadas medidas coercitivas necesarias para realizar ciertas investigaciones-. No hay duda de que cuando es el juez el que instruye decide de acuerdo con su libre criterio sobre la procedencia de esos actos. Pero si es el Ministerio Público el que instruye ¿con qué actitud, de qué modo deberá recibir, valorar y decidir el juez sobre la petición del Ministerio Público? El TC español tiene ya formada una doctrina jurisprudencial en el sentido de que si la Constitución atribuye a un órgano jurisdiccional la potestad de restringir determinados derechos la exigencia de jurisdiccionalidad requiere que el acto judicial no sea una simple formalización de la pretensión del órgano del poder público requirente, sino que el juez ha de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso.

5.- ATRIBUCIÓN AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FUNCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y GARANTÍAS PARA LOS INTERESES EN CUANTO A LA INVESTIGACIÓN DE LOS ACUSADORES NO OFICIALES Y DEL IMPUTADO.

Un modelo de instrucción previa que se limitara a atribuir al Ministerio Público la dirección y realización de la investigación no tendría reproches desde la perspectiva constitucional. Pero la Constitución no es la única referencia para valorar la calidad o la adecuación de las normas jurídicas, también habría que someter ese modelo a una valoración desde planteamientos de política jurídica procesal. Esta valoración puede tener en cuenta muchos aspectos, pero el prioritario es el grado de efectividad, en caso de investigación encomendada al Ministerio Público, de las garantías del imputado y de los demás legitimados para intervenir en el proceso penal. ¿Estarán los intereses de estas personas respecto de la actividad de investigación suficientemente protegidos?

A) Repercusiones de atribuir la investigación al Ministerio Público en la efectividad de los derechos procesales del ofendido por el delito y del actor popular en su caso.

No es ciertamente consecuencia necesaria de ese modelo de instrucción previa el monopolio de la acusación por el Ministerio Público, ni siquiera en el ámbito en el que se introduzca el llamado principio de oportunidad. En el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica la investigación del Ministerio Público coexiste con la posible participación en el proceso del querellante ofendido por el delito y, en su caso, del actor popular, participación que depende de un acto de admisión judicial (arts. 78 y redacciones alternativas, 85, 269 y 271). En algunos ordenamientos (por ejemplo en el español) la Constitución impediría ese monopolio, puesto que protege el derecho de acción penal del ofendido e incluso algún ámbito para la acción popular.

Ahora bien, aunque no se introduzcan especiales limitaciones a las acusaciones no oficiales, el mero hecho de la atribución al Ministerio Público de las funciones de investigación merma la efectividad de las mismas, en el sentido de que éstas, para alcanzar el efecto que principalmente persiguen, que es la apertura del juicio por un hecho y frente a una persona determinada, efecto que como es sabido no sólo depende de presupuestos procesales sino de un juicio de probabilidad sobre el fundamento de la acusación, quedan completamente a expensas de la investigación que hubiera desarrollado el Ministerio Público.

Es posible que este inconveniente pretenda minimizarse con dos argumentos. Primero, los acusadores no oficiales tienen derechos de intervención en las actuaciones del Ministerio Público (arts. 255-257 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica: conocimiento, propuesta de investigaciones y participación en los actos). Segundo, el Ministerio Público tiene el deber de proceder en averiguación de la verdad, extendiendo la investigación a todas las circunstancias tanto de cargo como de descargo (arts. 250, 232 CPPM)

Debe, sin embargo, atenderse también a estos contraargumentos. Primero, Los derechos de intervención pueden ser limitados por los actos de dirección del Ministerio Público. Segundo, aunque el Ministerio Público tenga el deber jurídico de proceder con imparcialidad ésta no es garantía suficiente para los acusadores no oficiales, dado que, objetivamente y en términos relativos con un juez, no está rodeado de garantías suficientes para una actuación imparcial y plenamente acorde con la ley, y por

consiguiente es legítimo que esos acusadores desconfíen de la suficiencia y corrección de la investigación

Este inconveniente no se supera con el reconocimiento a los acusadores no oficiales de la posibilidad de desarrollar investigaciones fuera del procedimiento y obtener de ese modo fuentes de prueba con las que lograr la admisión de la acusación y darle un buen fundamento para el juicio. Estas investigaciones siempre serán menos efectivas que las del Ministerio Público, porque la ley no pone a disposición de los particulares los mismos instrumentos de investigación de los que apodera a los representantes de los poderes públicos.

La realidad de este inconveniente es reconocida en los textos que atribuyen la investigación al Ministerio Público, que establecen correcciones para obviarlo: el juez controla las eventuales inhibiciones y negativas del Ministerio Público y ordena que se practiquen las investigaciones pertinentes.

Veamos las previsiones del Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica al respecto.

Primera: si el Ministerio Público rechaza las proposiciones de diligencias de los intervinientes debe dejar constancia de su negativa a los efectos que ulteriormente correspondan (art. 256); el control de la denegación por el juez para la instrucción no es inmediato -con la excepción de las diligencias que se pretenda practicar con el carácter de prueba anticipada: art. 258- lo que puede impedir que el eventual resultado de esas diligencias sea tenido en cuenta para fundar medidas cautelares en el procedimiento preparatorio.

Segunda: el archivo por falta de individualización de imputado es controlado por el juez a instancia del querellante, quien puede proponer prueba para que continúe la investigación y se individualice al imputado, que el juez ordenará (art. 266).

Tercera: en el procedimiento intermedio, y para que el juicio se abra con el alcance objetivo y subjetivo que corresponde, puede el querellante señalar los medios de prueba omitidos requiriendo que los practique el tribunal (art. 269.6). Si esto debiera entenderse referido a pruebas específicas y definidas, sería rectificación insuficiente de los defectos de la investigación. La mención por el art. 272 de “todo acto de instrucción que fuere imposible cumplir en la audiencia” permite entender que puede pedirse una actividad de investigación.

Hay que estar alerta ante el riesgo de que consideraciones de rapidez y eficacia no conduzcan a que los controles judiciales de la insuficiencia de la actividad de investigación del Ministerio Público sean meramente nominales, en vez de efectivos. Algún concreto problema de esa índole lo acabo de mencionar al referirme al Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica.

B) Investigación del Ministerio Público y tutela de los derechos e intereses del imputado en la instrucción previa (evitación de medidas cautelares y de acusaciones infundadas)

La investigación que se desarrolla en la instrucción previa 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 infundadas. 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 infundado de la acusación.

Encomendada la investigación a un juez o al Ministerio Público siempre se ha establecido que tienen el deber de investigar tanto los elementos de cargo como los de descargo. Pero la técnica más efectiva es la de posibilitar la intervención del imputado en la instrucción previa para que sea él quien inste la investigación de descargo. Si la dirección de la investigación se atribuye al Ministerio Público, las posibles restricciones a la intervención del imputado que deriven de los actos de dirección no están debidamente legitimadas porque, además de ser el Ministerio Público juez y parte en la dirección de la investigación, su estatuto no le rodea de suficientes garantías de actuación conforme a la ley -siempre en comparación con un juez-.

Es necesario establecer un posterior control judicial frente a las denegaciones de diligencias de investigación del Ministerio Público. Pero no se debe tratar solamente de que el imputado pueda ofrecer a un juez, en un debate contradictorio previo a la resolución sobre una medida cautelar o sobre la apertura del juicio, el resultado de investigaciones de efecto exonerante que haya podido practicar privadamente, sino de que el imputado pueda servirse de los medios potentes que el aparato estatal (policía, Ministerio Público, Juez de Instrucción) tiene a su disposición para realizar la investigación en el proceso penal y que no son accesibles a un particular.

Las técnicas de control establecidas por el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica se han apuntado antes y vale esencialmente lo dicho entonces (como es obvio la intervención del imputado en el procedimiento intermedio va dirigida a objetar el requerimiento de apertura del juicio y a pedir la práctica de medios de prueba omitidos y relevantes en ese sentido -art. 268.3 y 4-). Se debe resaltar como especialmente inadecuado que el control judicial de la denegación de actos de investigación no sea inmediato, porque puede perjudicar los intereses del imputado respecto a las resoluciones sobre medidas cautelares y preventivas. Respecto a la prisión preventiva hay una posible salida a este inconveniente porque “el tribunal podrá interrumpir la audiencia o la decisión, por un lapso breve, con el fin de practicar una averiguación sumaria”.

6.- RIESGOS DE CORRUPCIÓN EN LA PRÁCTICA DE LOS MODELOS LEGALES DE INSTRUCCIÓN PREVIA.

Una última consideración de naturaleza muy distinta a las anteriores: las opciones legislativas sobre la configuración de la instrucción previa penal dependen de valoraciones jurídicas de carácter constitucional o no, pero también han de tener presente que los modelos legales llevados a la práctica pueden corromperse. Es necesario poner los medios jurídicos u organizativos para impedir que eso ocurra.

Respecto al modelo de instrucción previa judicial se ha apuntado que 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. Hay que evitarlo con un riguroso régimen sobre la introducción excepcional en el juicio de la documentación de los actos de investigación.

También se ha apuntado que la garantía de la atribución a un juez no es en la práctica muy efectiva porque frecuentemente los actos del sumario quedan en manos del personal auxiliar del juzgado.

Pero también el modelo de instrucción previa dirigida por el Ministerio Público tiene sus problemas en este aspecto (como ha puesto de manifiesto la doctrina alemana respecto a la experiencia en su ordenamiento).

Es necesaria la dotación de medios materiales adecuados al Ministerio Público, de suficiente personal con funciones de Ministerio Público y personal auxiliar y de alguna formación en técnicas de investigación criminal; en defecto de esto -y a veces hasta con esto- es difícil que el Ministerio Público asuma la dirección efectiva de la investigación y realmente ésta acaba siendo conducida por la policía, con lo que están mucho más justificadas las dudas antes apuntadas sobre la repercusión del modelo en la efectividad de las garantías de los acusadores no oficiales y del imputado.

Las competencias excepcionales a prevención que se reconocen al Ministerio Público y a la policía para la adopción de medidas cautelares y otras medidas restrictivas de derechos tienden a generar una práctica expansiva en su ejercicio. Es necesario que las normas prevean, para contrarrestar esa tendencia, la potestad del titular de la competencia ordinaria para revisar los actos realizados a prevención y reconocerles o negarles eficacia jurídica (no sólo liberando de restricciones a personas y bienes, sino también, en su caso, con las consecuencias de la prueba prohibida).

ACTOS DE INVESTIGACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR PENAL Y ACTOS DE PRUEBA DEL JUICIO^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

1.- DIFERENTE TRASCENDENCIA DE LA DISTINCIÓN SEGÚN EN EL PROCESO PENAL LAS FUNCIONES DE INSTRUIR Y DE JUZGAR SE ATRIBUYAN O NO A DIFERENTES ÓRGANOS.

Para referirnos a los actos de procedimiento preliminar destinados a averiguar y comprobar los hechos aparentemente delictivos y las personas responsables de los mismos, hemos cuidado de no utilizar la denominación actos de prueba, sino la de actos de investigación.

Es cierto que unas mismas fuentes y medios sirven para realizar actos de investigación y actos de prueba. Unos y otros actos contribuyen al conocimiento y comprobación de los hechos relevantes en el proceso. Pero el régimen de la comprobación de hechos en el proceso no responde sólo al objetivo de alcanzar un conocimiento de los mismos, sino también a otros intereses y principios. Es comprensible, pues, que, a pesar de cualquier similitud, ambas clases de actos tengan diferente naturaleza jurídica.

El tema de la conferencia de hoy tiene un interés relativo. Está en función del tipo de proceso penal en el que se enmarque la materia.

En un proceso penal que, aunque esté dividido en dos etapas -sumario y plenario-, la dirección de ambas está atribuida al mismo órgano jurisdiccional, resulta escasamente relevante distinguir la naturaleza jurídica de los actos para la comprobación de los hechos realizados en el sumario y la de los realizados en el plenario.

Si el titular del órgano jurisdiccional en las dos etapas es el mismo juez no cabe esperar de él, ni imponerle como deber jurídico, el comportamiento esquizofrénico de diferenciar lo que ha comprobado, con los actos de investigación, en el sumario, de lo que ha considerado probado, mediante los actos de prueba, en el plenario. Las reglas de ordenación del proceso no le imponen esa diferenciación sino que asimilan ambos materiales de convicción. Repasemos algunos datos relevantes del Código de Procedimiento Penal chileno: el recibimiento de la causa a prueba no es imprescindible -art. 451-, lo que demuestra que actividad probatoria ya preexiste en el sumario; no es necesario ratificar en el juicio plenario a los testigos del sumario para la validez de sus declaraciones -art. 469-; el informe pericial del sumario es válido, aunque ampliable y rectificable en el plenario -art. 471-; la confesión del reo tiene el mismo valor prestada en el sumario o en el plenario -argumentando arts. 481.1ª y 483-.

^(*) Texto base de la conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción el día 3 de septiembre de 1997.

Publicado en *Revista de Derecho*, N° 204, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año LXVI, julio-diciembre 1998, pp. 117-127.

Si el titular del órgano jurisdiccional es diferente en el sumario y en el plenario por razones meramente eventuales, el sistema demuestra su opción básica por la escritura y la dispersión de los actos, lo que comporta admitir por necesidad la mediación en la recepción de la prueba, y le permite al juez sentenciador fundar su sentencia en unos y en otros actos de comprobación de los hechos.

Se puede decir que la prueba del plenario establece la plena vigencia del principio de contradicción, que durante el sumario estuvo sometido a variadas restricciones - limitaciones de conocimiento del material procesal, de admisión de diligencias propuestas y de participación en la práctica de las mismas-. Otra cosa es la más que dudosa efectividad de la contradicción establecida en esta oportunidad: las alegaciones y pruebas de la defensa habrán de enfrentarse con el bloque compacto de las comprobaciones del sumario conducentes a la acusación -por eso ha continuado el plenario, en otro caso se hubiera acordado el sobreseimiento- y tal vez con el obstáculo aún más insuperable del propio juez que ha formado ese bloque de comprobaciones, cuya actitud mental se ha exteriorizado de entrada favorable a considerar mejor fundada la acusación que lo contrario.

Sin embargo el tema que nos ocupará adquiere extraordinario interés en relación con aquellos procesos penales en los que el procedimiento preliminar no es dirigido por el mismo órgano que el juicio o proceso principal, sea porque aquél esté dirigido por el Ministerio Público o por un Juez de Instrucción diferenciado del órgano jurisdiccional sentenciador.

2.- DIFERENCIAS ENTRE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y LOS ACTOS DE PRUEBA.

Plantea menos dificultades la distinción entre actos de prueba y actos de investigación no judiciales (del Ministerio fiscal, de la policía judicial). La prueba procesal es, sin duda, una actividad dirigida por un órgano jurisdiccional y destinada a él, de modo que unos actos de investigación que se realizan sin intervención jurisdiccional no pueden confundirse con actos de prueba.

Ahora bien, como los actos de investigación se documentan, se podría pretender que nos hallamos ante fuentes de prueba documental, que pueden acceder al juicio a través del medio de prueba documental. Sin profundizar en esta posibilidad baste decir ahora que de no poner coto a este hipotético tratamiento se corre el riesgo de que los actos de prueba ante el Tribunal sentenciador sean sustituidos por aquellos documentos, con infracción de los principios del juicio penal.

La distinción resulta más difícil entre actos de investigación judiciales y actos de prueba, porque también los primeros son dirigidos por un órgano jurisdiccional y practicados ante él. Pero la diferenciación viene impuesta por leyes procesales penales que, no obstante atribuir la dirección del procedimiento preliminar al juez de instrucción, distinguen nítidamente esa etapa de la fase de juicio.

Veamos en qué consisten las diferencias entre los actos de investigación y los actos de prueba.

A) En primer término, hay una diferencia estructural. El acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación. Presupone, pues, la previa realización de tal afirmación que se convierte en el objeto de la prueba.

El acto de investigación no se refiere a una afirmación, sino en todo caso a una hipótesis, a un estado de desconocimiento o conocimiento imperfecto de hechos y persigue alcanzar ese conocimiento o perfeccionarlo, para determinar si puede hacerse una afirmación y qué afirmación sobre ciertos hechos.

Este criterio es válido aunque haya supuestos en que el procedimiento preliminar empieza con una afirmación sobre hechos (denuncia, atestado, querrela) y aunque en el juicio pueda haber actividad probatoria de oficio.

Respecto a lo primero cabe advertir que los actos de investigación no están condicionados temáticamente por las afirmaciones iniciales respecto a los aparentes hechos delictivos, sino que pueden desarrollarse con amplitud y conducir a afirmaciones de hechos distintos a los iniciales.

En cuanto a lo segundo, a pesar de la vigencia del principio de investigación oficial, la actividad propiamente de averiguación queda en extremo reducida, porque la prueba está temáticamente condicionada por los hechos relevantes para resolver sobre el objeto del proceso fijados en los actos de acusación y defensa.

B) El acto de investigación forma parte del procedimiento preliminar y está al servicio de sus funciones, mientras que el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirven al fin de éste. La efectos de hecho de ambas clases de actos son los mismos (conocimiento de los hechos), pero su eficacia jurídica es distinta.

La eficacia jurídica de los actos de investigación está relacionada con las funciones del procedimiento preliminar. Consiste, de una parte, en proveer el fundamento necesario para que se dicten resoluciones de imputación, resoluciones sobre medidas cautelares y asimiladas y, muy destacadamente, para las peticiones y resolución respecto al sobreseimiento o apertura del juicio. Por otra parte, según ordenamientos, pueden servir al tribunal sentenciador para ejercer sus poderes oficiales de dirección respecto a la prueba (control de su admisión, determinación del orden de su práctica, intervención en la práctica e introducción de pruebas *ex officio*).

La eficacia jurídica de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia, que el tribunal debe dictar apreciando las pruebas practicadas en el juicio y solamente ellas.

C) Una tercera diferencia tiene que ver con la calidad del juicio de hecho en las resoluciones que se fundan en actos de investigación y en la que se basa en actos de prueba.

El procesamiento, otros actos de imputación condicionantes de la admisibilidad de la acusación, la adopción de medidas cautelares, la apertura del juicio oral no se apoyan, ni precisan apoyarse, en un juicio de plena convicción sobre la responsabilidad penal de una persona, sino que es suficiente un juicio de mera probabilidad acerca de ello. Sólo la plena convicción de lo contrario excluye que esas resoluciones se dicten en sentido positivo.

Con la sentencia ocurre al revés: sólo la plena convicción acerca de la responsabilidad permite condenar, mientras que un juicio de mera probabilidad debe conducir a la absolución, en virtud del derecho a la presunción de inocencia.

Es congruente con lo anterior mantener que los actos de investigación no deben ser exhaustivos (particularmente en el examen de las fuentes) porque, en cuanto sólo sirven para acreditamiento y para un conocimiento sumario, su eficacia jurídica no

requiere tal cosa. Por el contrario, sobre los actos de prueba ha de recaer el máximo peso de la demostración de hechos en el proceso.

D) La distinta importancia de una y otra clase de actos, que se deduce de las dos diferencias anteriores, justifica, en definitiva, que el legislador distinga el régimen jurídico de la práctica de los actos, de modo particularmente notable en cuanto a la vigencia del principio de contradicción.

Primera referencia jurídico-positiva: en la redacción originaria de Ley de Enjuiciamiento Criminal española la contradicción en el sumario sólo se admitió restrictivamente. Su actual introducción con carácter general, no debe hacer olvidar la posibilidad de declaración de secreto y que el juez de instrucción tiene el protagonismo en la práctica de los actos de investigación y las partes un papel secundario -hasta el punto de no quedar claro el deber de citación y el preciso alcance de su derecho a intervenir-. Para los actos de prueba la contradicción está garantizada al máximo: citación de las partes a juicio oral como requisito de validez de éste (art. 850, 2.º Ley de Enjuiciamiento Criminal española) defensa técnica preceptiva para la parte acusada (art. 652, II Ley de Enjuiciamiento Criminal española), sistema de interrogatorio cruzado por las partes para las pruebas testificales (art. 708 Ley de Enjuiciamiento Criminal española), pericial (art. 724 Ley de Enjuiciamiento Criminal española) y de declaración del acusado, y, evidentemente, ninguna posibilidad de secreto para las partes de acto alguno (art. 681 Ley de Enjuiciamiento Criminal española).

Segunda referencia: a pesar de que el imputado y otros intervinientes tienen derecho a examinar las actuaciones de investigación del Ministerio Fiscal, éste puede excluir temporalmente este derecho de acuerdo con el art. 255 CPPM; el derecho a participar en la práctica de los actos depende de decisiones discrecionales del Ministerio Fiscal y el alcance de la participación es limitado -art. 257 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica-. En el juicio no puede excluirse la presencia de las partes y la participación de éstas en la práctica de las pruebas es plena: interrogando al acusado -art. 306, I Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica-, a los peritos -art. 312, I Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica-, a los testigos -art. 314 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica-.

E) En fin, el acto de investigación en cuanto acto de un procedimiento dirigido por un juez (u otro órgano del poder público) distinto al juez que va a conocer del juicio, no puede confundirse con el acto de prueba (que es eficaz en el juicio), porque para ello sería necesario utilizar la documentación del acto de investigación, y esto no puede ser admisible como regla general, sin que se produzca una quiebra evidente no sólo de la oralidad, sino del conjunto del sistema legal para el conocimiento de los hechos en la etapa del juicio.

3.- LA PRUEBA ES UNA ACTIVIDAD JURÍDICA, NO CUALQUIER MEDIO DE INFORMACIÓN SOBRE LOS HECHOS.

Desde la experiencia jurídica del proceso penal chileno puede resultar chocante que una documentación con informaciones útiles para el conocimiento de la verdad no pueda ser incondicionalmente utilizada por el juez sentenciador para formar su convicción. La asimilación de eso ha sido difícil incluso en ordenamientos que atribuyen la instrucción y el juicio a jueces diferentes. Valgan como muestra estas frases de un jurista español (Quintano Ripollés): “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”.

Frente a estas opiniones es necesario recordar que la prueba es una actividad jurídica y, por ello, es consustancial a la misma estar sometida a una ordenación, que supone establecer limitaciones y condicionamientos y también, por consiguiente, la posibilidad de valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada, sin que importen solamente unos efectos de mero hecho de haber contribuido a la formación de la convicción.

No es cierto que cualquier medio de información sobre los hechos pueda servir para que el juzgador forme su convicción y establezca los hechos en la sentencia. Ese valor y eficacia sólo corresponde a los medios que han entrado en el proceso con arreglo a la ley procesal y sin infringir la Constitución.

En este sentido cabe recordar algunos argumentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional español, 64/1986, de 21 de mayo: “...el derecho a la presunción de inocencia se viola cuando *se utiliza como pruebas mecanismos* o actuaciones, que *no merecen jurídicamente esa calificación...* El derecho probatorio es de configuración legal, como hemos señalado cuando ha sido necesario puntualizar el derecho que también reconoce el art. 24 a las pruebas pertinentes. A su legalidad habrá que atenerse para enjuiciar la corrección de la acción de los tribunales, si la legitimidad constitucional del ordenamiento legal no está puesta en duda. Se deduce de todo ello que la presunción de inocencia queda destruida desde el momento en que se realizan *pruebas* de cargo legalmente *válidas...*”.

El Auto del Tribunal Supremo español de 18 junio 1992 afirma: “... en un Estado de Derecho como el nuestro, corresponde a los jueces penales descubrir la verdad sólo a través de los procedimientos legalmente establecidos, conforme a la Constitución y en función de ella interpretados, así como de los correspondientes instrumentos internacionales, y no de otros medios no ajustados a la legalidad por mucho y noble que pueda ser el interés de descubrir la verdad histórica o real”.

4.- REGLA GENERAL SOBRE LA ADQUISICIÓN DEL CONOCIMIENTO SOBRE LOS HECHOS PARA DICTAR LA SENTENCIA: PRUEBA PRACTICADA EN EL JUICIO.

El modelo de proceso penal que propone el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica para Iberoamérica y el proceso penal español, que es diferente al anterior porque conserva la figura del juez de instrucción, responden a una regulación general o de principio sobre la adquisición de los elementos de hecho para fundar la sentencia, que sintetizaría así: se le han de proporcionar al juez sentenciador en el acto del juicio, 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 inmediación entre el juzgador y el medio de prueba para garantizar la libre valoración más correcta posible. Lo desarrollaremos brevemente.

A) Extensión adecuada al objeto probatorio: los actos de investigación pueden ser frente a las necesidades probatorias del juicio, que se concretan en los escritos de acusación y defensa y en las modificaciones permitidas, inadecuados por exceso o por defecto. En la instrucción se habrán practicado actos de investigación luego impertinentes como pruebas y a la inversa. Con la sustitución de la práctica de un acto de prueba por la lectura de la documentación de un acto de investigación 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 poderes de investigación oficial.

B) El principio de contradicción en la práctica de la prueba no queda satisfecho con la simple condición de que todo el material de convicción sea introducido de modo que todas las partes puedan conocerlo y discutirlo, sino que impone que el material de convicción resulte o derive de la actividad de las partes y del tribunal sentenciador practicando cada medio de prueba admitido con arreglo a las normas de su práctica.

C) La regla general sobre adquisición del material de convicción tiene que ver con la opción por la oralidad, y, dentro de ésta, con la inmediación y su conexión con la libertad de valoración de la prueba. La función de la inmediación es particularmente destacada en la prueba testifical (en alguna medida en la pericial) y en la recepción de declaración al acusado. En estos casos la inmediación permite al juez sentenciador no sólo adquirir conocimiento de la información sobre los hechos que la declaración proporciona, sino también de la personalidad del declarante, de sus cualidades y capacidades, de su comportamiento al declarar y del tono que imprime a sus palabras. Todos estos factores influyen en la valoración de la declaración, de ahí que en la evolución histórica del proceso penal, al mismo tiempo que se suprimían las reglas legales para la valoración de la prueba y se encomendaba a los jueces su apreciación libre, se les imponía recibir 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 la cuestión de hecho. Se comprende entonces fácilmente hasta qué punto es erróneo confundir -como a veces se ha hecho- libre apreciación de la prueba con una inexistente autorización al juzgador de valorar cualquier medio de información sobre los hechos, prescindiendo de cualquier requisito jurídico sobre el modo de su obtención. Hay que distinguir la libertad de vínculos jurídicos en la valoración de la prueba, con una inexistente libertad de vínculos de esa misma naturaleza a la hora de determinar qué constituye prueba. Qué tiene naturaleza de

prueba está determinado por las normas. Cómo ha de valorarse o apreciarse esa prueba es actividad judicial que se realiza después, y sólo sobre lo que sea prueba. Esta actividad es la no sometida a normas jurídicas. Está muy bien formulado en este sentido el art. 149 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica (“Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código. Los elementos de prueba así incorporados se valorarán por su crítica racional”).

5.- EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL: ADMISIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN.

En coherencia con esa regla general y con sus fundamentos resulta que, en principio, la documentación de los actos de investigación de la instrucción previa no forma parte del material de convicción para fundar la sentencia. Dentro de este sistema es necesaria una norma expresa que autorice la toma en consideración y esa norma estará concebida en términos más o menos amplios, pero, como es lógico, en todo caso, excepcionales y restrictivos.

En Derecho español la norma la establece el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que permite que, mediante la lectura, puedan incorporarse al material de convicción la documentación de actos de investigación practicados por el Juez de Instrucción si es imposible -absoluta o relativamente, por ejemplo por no proceder la suspensión del juicio- practicar el medio de prueba correspondiente. La norma se aplica también a los actos dirigidos por el Ministerio Fiscal, pero no a los realizados por la policía, cuyos funcionarios, en el aludido supuesto de imposibilidad, tienen el deber de comparecer personalmente a declarar como testigos de referencia. La excepción se justifica en la necesidad de evitar que, por imposibilidad de practicar el medio de prueba, se pierdan para el proceso los eventuales resultados del mismo en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad y de los intereses de las partes en que se aprecien los datos que favorecen sus posiciones. La ley, a pesar de reconocer menor valor a la documentación del acto de investigación respecto a la prueba practicada con inmediación y plena contradicción, precisa ceder en la admisión de la documentación pues de lo contrario debería renunciar a toda posibilidad de constatar un determinado hecho relevante. Al requisito de la imposibilidad el Tribunal Constitucional español ha añadido el de que el acto se hubiera practicado en su momento con observancia de las garantías necesarias para la defensa, aunque esto no hay que entenderlo en el sentido de que se debió practicar cumpliendo los requisitos rigurosos de los actos de prueba anticipada.

El art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española autoriza la lectura de declaraciones prestadas en la instrucción al testigo (aunque se ha generalizado a otros sujetos de prueba) que declara en el juicio en contradicción con las primeras -por omisión o por contradicción estricta-. No resuelve el difícil tema de si el tribunal puede valorar la declaración leída aunque el testigo persista en su versión distinta. El art. 46 de la Ley del Jurado sí que dispone expresamente excluir la valoración de la declaración de la etapa instructoria.

En el Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica hay disposiciones de admisión por razón de imposibilidad de práctica en el acto del juicio

(art. 300.3 y 5), pero hay también una disposición que permite la incorporación si la aceptan todos los intervinientes y el tribunal sentenciador (art. 300.1). Me parece criticable porque el legislador abandona en manos de los sujetos del proceso (juez y partes) un aspecto esencial del modo de conocimiento de los hechos para dictar sentencia.

Por otra parte el art. 300.2 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica se refiere a la lectura de declaraciones anteriores de quien está declarando en el juicio y ni éste ni otros preceptos permiten excluir la atendibilidad de lo leído aunque persista en rechazarlo el declarante.

6.- CONSECUENCIAS DEL RÉGIMEN DE ADQUISICIÓN DE CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS EN LOS QUE PUEDE FUNDARSE LA SENTENCIA.

Sea cual sea el alcance de las normas que permiten la excepcional incorporación de la documentación de los actos de investigación al material de convicción para fundar la sentencia, dos consecuencias derivan de lo anteriormente expuesto.

A) Es claramente incorrecto entender que la actividad probatoria del juicio es complementaria y correctora de la actividad de comprobación de hechos de la instrucción previa. Para que así fuera sería necesario que el juez sentenciador pudiera, de entrada, tomar en consideración toda la documentación de la investigación instructoria, lo cual hemos visto que está prohibido en general y autorizado sólo en determinados supuestos. Esta comprensión de las relaciones entre investigación instructoria y prueba del juicio -así como otras aparentemente más inofensivas, como la que entiende que, sin discutir el carácter principal de la prueba del juicio, no está excluido considerar sin límites la documentación de la investigación- acaba por dar fundamento a interpretaciones y aplicaciones prácticas de la ley contrarias a sus preceptos y a su sistema.

En Derecho español -en el que la practica falseó por largo tiempo el sistema de la ley en esta materia- esa idea justificaba la denegación de proposiciones de medios de prueba, de preguntas concretas a los sujetos de prueba y de suspensiones del juicio por simple incomparecencia de estos sujetos, con el argumento de que la documentación de la investigación sumarial era suficiente para satisfacer las necesidades de comprobación de un hecho determinado.

En el texto del Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica esa desviada comprensión podría influir negativamente en la interpretación del art. 288.1, que permite rechazar medios de prueba si fueren superabundantes (¿esto se valorará respecto a la propuesta para el juicio o teniendo en cuenta lo practicado en el procedimiento preparatorio?) y en la del art. 300.3, que permite la lectura de las declaraciones de testigos “que por cualquier obstáculo difícil de superar no puedan declarar en el debate” (el tribunal puede tender a esa lectura, en vez de a suspender el juicio e intentar recibir la declaración -art. 297.2-, en función de que sean esperables o no novedades de una nueva declaración del testigo).

B) No es correcto considerar la documentación de la investigación de la instrucción previa como prueba documental a efectos del juicio. Es evidente que se trata de documentos, específicamente de documentos públicos. Pero la admisión del pruebas

documentales está sólo sometida a los requisitos generales de toda admisión de prueba (legalidad, pertinencia y oportunidad procedimental), de modo que introducir por la “puerta falsa” de la prueba documental la documentación de la investigación de la instrucción sería un fraude notorio a la regulación específica de su acceso al material de convicción.

7.- FRAGILIDAD DE ESTE RÉGIMEN NORMATIVO FRENTE A COMPORTAMIENTOS PRAGMÁTICOS EN LA REALIDAD FORENSE. TÉCNICAS PARA CONTROLAR SU APLICACIÓN.

Se puede convenir en que, para un determinado tipo de proceso penal, la regla de que prueba es la que se practica en el juicio y de que sólo en ella puede fundarse la sentencia es un aspecto esencial del mismo. Al mismo tiempo ofrece un flanco muy fácil a la desvirtuación por una innata tendencia de los representantes del poder público, en el proceso penal, a liberarse de trabas reputadas formales al descubrimiento de la verdad. Es necesario que el texto normativo regulador del proceso penal proteja adecuadamente ese aspecto esencial. En otro caso hay experiencias históricas que demuestran esa fácil tendencia a la desvirtuación.

Me parece oportuno mencionar la experiencia española con la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Esta ley estableció una regulación correcta de ese aspecto esencial -es la que he expuesto en esta conferencia-, pero omitió normas suficientes para el control de la observancia de aquella regulación. Esto último era más necesario aún porque había que vencer la enorme fuerza de la inercia histórica: el proceso penal español anterior al de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 no distinguía el valor jurídico de las diligencias del sumario y del plenario, permitía que la sentencia se fundara en la totalidad de los autos, de modo que la prueba del plenario no podía ser más que complementaria y rectificadora. Dictada la nueva ley, este sustrato histórico, insuficientemente “reprimido”, condujo a interpretarla en el sentido de que la única diferencia entre el antiguo y el nuevo proceso consistía en que la confirmación, corrección o ampliación de la prueba sumarial había que realizarla no en un plenario escrito, sino en el juicio oral.

En la formación de la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia (reconocido como fundamental por el art. 24.2 Constitución Española), el Tribunal Constitucional español tuvo que plantearse y resolver la cuestión de sobre qué 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 presupuesto en caso de recurso de amparo» (Sentencia del Tribunal Constitucional 113/1980, de 31 de agosto).

Pero esta proposición abría otro interrogante: ¿Qué constituye prueba en un proceso como el penal, en el que, previamente a la actividad que estrictamente conocemos como prueba, tiene lugar una actividad de averiguación y comprobación de hechos, realizada en gran medida por órganos jurisdiccionales y, en lo demás, por

otros órganos de poderes públicos, cuya documentación podría servir materialmente para formar la convicción?

Quedaba así nuevamente planteado el viejo problema de la eficacia probatoria de la investigación sumarial y de otras investigaciones desarrolladas en procedimientos preliminares. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha restaurado la correcta interpretación del sistema de Ley de Enjuiciamiento Criminal española. También el Tribunal Supremo en la casación por infracción de normas constitucionales.

¿En qué han de consistir las técnicas de control apuntadas antes?

En primer lugar, en una determinada forma de motivación del juicio de hecho en la sentencia. El error en Derecho español fue imponer al tribunal sólo el deber de declarar los hechos considerados probados. Podían así quedar ocultos no sólo los razonamientos que condujeron a aquella declaración, sino también qué material de convicción había sido tomado en consideración para llegar a aquella conclusión de hechos probados, si la prueba del juicio o, por el contrario o además, la documentación de la instrucción fuera de los casos autorizados por la ley.

En segundo lugar, una específica posibilidad de recurso. En Derecho español el recurso de casación sólo daba cobertura, en este ámbito de problemas, al derecho de las partes de practicar pruebas en el juicio, no a que esa prueba y sólo ella fuera valorable para dictar la sentencia. Esto se ha introducido con la técnica antes citada de la violación del derecho a la presunción de inocencia.

El Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica enuncia con perfección la parte preceptual de la norma en esta materia: “El tribunal apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate” (art. 321); “Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido...incorporado al proceso conforme a las disposiciones de este Código”. También la sanción por el incumplimiento: “No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial,..., los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en este Código...” (art. 225). Son, en cambio, mejorables las técnicas para la efectividad de esas normas.

Se podría reforzar el modo en el que deben constar en la motivación los elementos de convicción considerados. Esa constatación puede hacerse en la exposición concisa de los fundamentos de hecho de los votos de los jueces, pero es incierto, aunque probablemente restrictivo, el futuro interpretativo del requisito de la concisión.

La cobertura casacional es perfeccionable. Si la infracción consiste en que se ha producido una lectura fuera de los supuestos legalmente autorizados, la posibilidad y expectativa de éxito del recurso es clara por el art. 342. Pero si consiste en que el tribunal ha considerado la documentación aun sin lectura, haría falta para facilitar la casación un motivo más específico que el de “que falte, sea insuficiente o contradictoria la motivación” (art. 343 en relación con 328, ambos del CPPM), que es el que más se aproxima.

EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

1.- PREPARACIÓN DEL PROCESO CIVIL Y DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL.

No es normal que el acto de iniciación de un proceso civil -la demanda, dirigida frente a persona determinada y que, por regla general, contiene la completa formulación del objeto del proceso- vaya precedido de una serie de actos realizados en función del proceso que después va a iniciarse. Aun es menos normal que tales actos sean preceptivos y estén regulados por la ley y, específicamente, por la ley procesal.

Para lo que ocurre, en cuanto a este tema, en el proceso civil, basta recordar los eventuales intentos preceptivos de conciliación previa y las diligencias preliminares (medidas cautelares, ciertos actos de investigación de hechos y fuentes de prueba que no puede realizar la parte por sí sola).

A pesar de la apariencia no ocurre nada distinto en el proceso administrativo. Es cierto que le precede un (a veces demasiado largo) procedimiento ante la Administración. Pero éste no se relaciona con el proceso subsiguiente más que en el sentido de que eventualmente puede evitarlo (si el administrado decide no impugnar el acto resultante). Esencialmente el procedimiento (administrativo) se justifica por garantizar la correcta formación del acto administrativo, no en atención a un posible proceso posterior.

Por el contrario, una lectura somera de cualquier ley procesal penal es suficiente para comprobar que antes de que una de las partes se halle en situación de formular acusación frente a la otra parte, es decir, de atribuirle hechos aparentemente delictivos y de pedir la imposición de una pena por un órgano jurisdiccional, debe ser realizada una compleja serie de actos que, de maneras muy diferentes, guardan relación con la actividad procesal posterior. A esto lo denominamos procedimiento preliminar. Permite formarse una visión aproximada del mismo la disposición del art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que define el sumario (una de las formas de procedimiento preliminar) de este modo: «Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para 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, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos». Un contenido muy similar al del art. 76 del Código de Procedimiento Penal chileno (el texto que utilizo es el que incluye las

^(*) Texto base de la conferencia dictada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción el día 2 de septiembre de 1997.

Publicado en *Revista de Derecho*, N° 204, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año LXVI, julio-diciembre 1998, pp. 129-139.

modificaciones introducidas por la Ley núm. 18.882, 20.12.89) y al del art. 250 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica (aunque éste omite toda referencia a las medidas cautelares).

¿Por qué esa estructura de un proceso principal (el juicio oral, en la terminología de Ley de Enjuiciamiento Criminal española; el juicio en el CPPM; el plenario en el Código de Procedimiento Penal chileno) precedido de un procedimiento preliminar?

Se puede descartar de entrada la razón de que los procedimientos orales (como lo es el juicio oral) necesitan una preparación escrita. La razón es cierta, pero no requiere una actividad tan compleja como la que integra el procedimiento preliminar. En el proceso penal efectivamente se realiza esa preparación, pero ya dentro del juicio oral y antes de comenzar sus sesiones (debate y resolución sobre presupuestos procesales y otros problemas de admisibilidad de la resolución de fondo, admisión de la prueba y actos de preparación de su práctica según el requisito de concentración).

Una primera razón puede ser ésta: así como los acaecimientos que dan origen a un proceso civil, al producirse, por regla general, con ocasión del tráfico jurídico lícito, son suficientemente conocidos por las personas a quienes pueden afectar, los hechos que pueden dar lugar a un proceso penal, en cuanto son expresión de la máxima ilicitud en el ordenamiento, no sólo se realizan en secreto, sino que se procura eliminar los rastros que permitan descubrir cómo ocurrieron. En esas condiciones no se puede formular una acusación, que tiene que serlo por unos hechos determinados y frente a una persona determinada.

La segunda razón consiste en que existe un interés público en que el proceso penal se realice siempre que hayan tenido lugar hechos que den fundamento para esa realización. En defecto de este interés público, la mencionada circunstancia de la clandestinidad de los hechos no explicaría el régimen jurídico del procedimiento preliminar. Bastaría -como en el proceso civil- con dejar a los particulares que resolvieran con su actividad privada los problemas de preparación del proceso, con posibilidad de pedir, cuando fuera necesario, la intervención de un órgano jurisdiccional. Por el contrario, la vigencia del principio de legalidad y la excepcional vigencia del llamado principio de oportunidad (que requiere valorar en concreto el interés público en la persecución) impone regular el procedimiento preliminar, porque sus actividades son necesarias para satisfacer el interés público del que se trata.

Relacionadas con la anterior aparecen dos razones complementarias.

Primera: como las actividades del procedimiento preliminar van a ser realizadas por órganos públicos, son necesarias -a diferencia de si se tratara de una actividad de particulares- normas que les atribuyan las correspondientes potestades y regulen su ejercicio.

Segunda: algunos actos que deben realizarse en el procedimiento preliminar pueden afectar a los derechos y libertades fundamentales, lo que justifica también una regulación legal de los mismos, y en algunos ordenamientos, como el español, por leyes respaldadas por una mayoría parlamentaria reforzada.

Una tercera razón -no tan obvia como las dos primeras- es la de que un proceso penal sólo debe realizarse frente a alguien si hay suficiente fundamento para ello. Esto último hay que determinarlo previamente y hay que reunir los datos necesarios para

hacerlo. Esta razón no se corresponde con el interés público antes visto, ni con uno relativo a la economía procesal, aunque tal vez sí con el de evitar que una acusación mal fundada conduzca a una absolución errónea con valor de cosa juzgada. Se conecta más bien con un interés en evitar -salvo suficiente justificación- las consecuencias sociales desfavorables que el proceso penal por sí sólo origina a la persona sometida a él.

Los nombres legales de esta fase son los de instrucción (Libro II, título. IV), sumario (Libro II, título. IV, cap. I y II), diligencias previas (artículo 789.2) en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española; de sumario también habla el Código de Procedimiento Penal chileno; de procedimiento preparatorio y de instrucción el CPPM; de *inquérito* el Código do Processo Penal portugués de 1987; de *indagine preliminari* el *Codice de Procedura Penale* italiano de 1988.

La denominación *procedimiento preliminar* no es legal, sino doctrinal, y, además, no es frecuente verla usada en la doctrina para referirse a esta fase del proceso penal.

El término lo tomo de un estudio del procesalista Alcalá-Zamora, relativo a la sistematización de la variedad de supuestos de procedimientos relacionados con el proceso principal y anteriores a él. Me parece muy adecuado para designar la institución correspondiente, por estas razones

En primer lugar, como inmediatamente se observará, esta fase del proceso penal tiene un contenido heterogéneo en cuanto a las clases de actos; no sólo hay en ella actos de investigación o de información en cuanto a hechos, que es a lo que fundamentalmente se alude cuando se habla de instrucción o similares.

En segundo lugar, no siempre la realización de los actos de esta fase se atribuye a órganos jurisdiccionales. Estas dos observaciones hacen conveniente designar esa fase con una expresión amplia y algo neutra: procedimiento, para no prejuzgar su carácter jurisdiccional en todos los casos; preliminar, que denota sobre todo la posición en el tiempo de esta fase y sólo alude (no designa precisamente) a su funcionalidad respecto a la fase siguiente.

2.- LAS FUNCIONES DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR.

¿A qué va destinado, para qué sirve, qué funciones cumple el procedimiento preliminar?

Algunos textos legales reguladores del proceso penal sólo mencionan la función de preparación del juicio (Ley de Enjuiciamiento Criminal española art. 299; Código de Procedimiento Penal chileno art. 76: “las diligencias dirigidas a preparar el juicio...”). Pero esa función no es la única que cumplen los procedimientos preliminares, ni los procedimientos preliminares penales cumplen en todos los casos esta función. Efectivamente, no todos los procedimientos preliminares son seguidos de celebración de juicio (que, lógicamente, no puede decirse, en tal caso, preparado), pero ésta no es la constatación de un mero hecho, sino uno de los resultados posibles y previstos por la ley para esos procedimientos.

Si se amplía la consideración a todos los procedimientos preliminares y no sólo a los seguidos de juicio oral, se comprueba que el procedimiento tiene una pluralidad de funciones.

A) Función de tomar en consideración y, en su caso, comprobar cualquier hecho que revista caracteres de delito, para garantizar la satisfacción del interés público en la persecución de los delitos.

Hay elementos que revelan la existencia de un posible delito, pero una investigación muy simple permite descartar evidentemente esa calificación. No cabe prescindir de esa toma en consideración y comprobación, si se quiere evitar que se sustraigan a la persecución verdaderos delitos.

Esta función se cumple, muchas veces, con un desarrollo muy reducido del procedimiento preliminar (inadmisión de querrela -art. 313. I Ley de Enjuiciamiento Criminal española; art. 102 Código de Procedimiento Penal chileno-, archivo de denuncia -art. 269 Ley de Enjuiciamiento Criminal española; art. 91 Código de Procedimiento Penal chileno) e incluso es una función que puede entenderse cumplida con la simple actuación de la policía (art. 269 Ley de Enjuiciamiento Criminal española).

B) Función de resolver sobre la admisibilidad del juicio oral por cierto hecho y frente a cierta persona. El procedimiento preliminar condiciona la apertura del juicio oral por una determinada acusación.

Con esta función se resuelve un primer problema que es originado por la propia estructura del proceso: no es admisible un proceso penal frente a persona incierta. Por esta razón, una determinación mínimamente justificada de la persona del acusado es siempre presupuesto del juicio oral y ha de realizarse en el procedimiento preliminar. Un primer aspecto de esta función es descubrir a alguien a quien poder acusar.

Podría encomendarse al acusador hacer esa determinación, pero la ley no considera eso suficiente. Más allá de lo que viene impuesto por la propia estructura del proceso -que la acusación se dirija frente a alguien-, se requiere, para que pueda abrirse juicio por un hecho y frente a una persona determinada, que un órgano jurisdiccional considere como probable el hecho del que se acusa y la responsabilidad del acusado respecto a ese hecho.

En el procedimiento preliminar se recogen los elementos necesarios para fundar ese juicio de probabilidad, juicio que, en unos casos, se formula en el propio procedimiento (en el proceso penal español el auto de procesamiento -indicios racionales de criminalidad apreciados por el juez- condiciona la posibilidad de dirigir la acusación frente a esa persona), y, en otros, inmediatamente después de su conclusión (principalmente en las decisiones entre sobreseimiento y apertura del juicio o iniciación del plenario; la resolución del art. 424 Código de Procedimiento Penal chileno se dicta por exclusión de las causas de los arts. 408 y 409; el auto de apertura del juicio del art. 274 del Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica es resolución alternativa a la sentencia de sobreseimiento y a la resolución de clausura provisional, no hay probabilidad de fundamento de la acusación, sino certeza de la falta de fundamento o falta probabilidad suficiente de fundamento de la acusación).

Esta función se justifica en atención a un interés de los posibles acusados: no verse sometidos, sin fundamento suficiente, a un juicio oral que, aunque no termine con una sentencia de condena, es por sí mismo causa de desprestigio social y de daños morales y, tal vez, psicofísicos para el acusado.

Ahora bien, sin desconocer el peso de esta justificación, no parece que pueda ser única, porque en tal caso no se comprendería por qué el imputado no puede renunciar al procedimiento preliminar, para ser sometido inmediatamente a juicio.

Lo que más se aproxima a esa renuncia es, en Derecho español, una posibilidad regulada en el artículo 789.5ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero, en primer lugar, en ese caso hay una confesión con garantías que es, como tal, un acreditamiento suficiente. En segundo lugar, el efecto de que se inicie el juicio oral no es automático, sino que el juez "podrá,... remitir las actuaciones"; es decir, sin regir estrictamente el artículo 406, I Ley de Enjuiciamiento Criminal -que, a pesar de la confesión de los hechos por el imputado, impone al juez el deber de una completa investigación-, no queda excluido que el juez no estime la petición de juicio inmediato, si tiene elementos para considerar falsa la confesión. En fin, no hay que olvidar que se requiere también la petición del Ministerio Fiscal.

Atendido esto parece que otra razón además de la dicha, justifica esta función del procedimiento preliminar: evitar la presentación de acusaciones insuficientemente fundadas, que se exponen a ser rechazadas con efectos de cosa juzgada, con la posible consecuencia de situaciones de impunidad total o parcial.

Dos últimas observaciones acerca de esta función del procedimiento preliminar.

Primera: Averiguar y hacer constar los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, no puede entenderse en el sentido absoluto de que la finalidad sea la prueba plena de todos estos datos. Un procedimiento preliminar tiene éxito, en cuanto a esta función, sólo con que permita formar un juicio de probabilidad.

Segunda: Si se atiende a las razones que justifican esta función, el criterio de la actividad de investigación en el procedimiento preliminar debe ser buscar no sólo los datos de inculpación, sino también los que exculpen al imputado.

C) Función preparatoria del proceso principal (juicio oral). Esta función es eventual, en el sentido de que sólo se cumple si el juicio llega a abrirse. La función preparatoria está relacionada con los actos de prueba del juicio oral y con el aseguramiento de la efectividad de la sentencia que puede dictarse.

La relación con la prueba no consiste en que determinados actos del procedimiento preliminar (los llamados actos de investigación) valgan como prueba en el juicio oral. Eso sólo ocurre como excepción. La regla general de aquella relación consiste en que se buscan y, en su caso, se conservan las fuentes de prueba (los documentos y objetos en general; las personas que tienen conocimiento sobre los hechos), y son examinadas en el procedimiento. con lo cual, además de cumplirse la segunda función antes vista, se forma un material que sirve al juez de juicio oral para ejercer fundadamente sus potestades de dirección de la prueba (muy intensas, porque rige el principio de investigación oficial). Para esto no es necesario que el examen de las fuentes de prueba sea exhaustivo.

La relación con la garantía de la efectividad de la sentencia consiste en que en el procedimiento preliminar se adoptan medidas cautelares personales y patrimoniales y otras medidas similares y se dictan otras resoluciones sobre tales medidas. No es que estas resoluciones no puedan ser dictadas durante el proceso principal, pero el proceso cautelar se inicia durante el procedimiento preliminar y ocupa una parte importante -cuantitativa y cualitativamente- de la actividad que en él se desarrolla.

3.- LAS CLASES DE ACTOS QUE COMPONEN EL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR.

Para cumplir las funciones que tiene atribuidas el procedimiento preliminar se halla compuesto por actos de las siguientes clases.

A) Actos de ejercicio de la acción penal (querrela, personación como parte acusadora, instancia de constitución como querellante) y de resolución sobre los mismos (sobre la admisión de la querrela o la personación o constitución). Otras resoluciones sobre la acción (sobreseimiento o apertura de juicio) no se realizan en el procedimiento preliminar, sino en la iniciación del juicio o en la llamada fase intermedia.

B) Actos de iniciación del procedimiento distintos a la querrela: denuncia, atestado policial y la llamada iniciación de oficio.

C) Actos de investigación consistentes en la busca y examen de las fuentes de prueba. Con carácter instrumental respecto a ellos se establecen las medidas coercitivas necesarias para la efectividad de lo anterior (apoderamiento coactivo de documentos y objetos; imposición coactiva sobre personas para que cumplan sus deberes como testigos y peritos) y para la conservación de algunas fuentes de prueba (documentos, objetos), y, muy especialmente, se regulan aquellas actuaciones que afectan a derechos fundamentales (entrada y registro en domicilios y otros lugares protegidos; intervención de comunicaciones personales; injerencias en ámbitos cubiertos por el derecho a la intimidad personal).

D) Actos de imputación, es decir, de atribución a determinada persona de una probable responsabilidad por el hecho aparentemente delictivo. En algunos ordenamientos la existencia de un acto judicial de imputación de un hecho aparentemente delictivo a una persona condiciona la admisibilidad de la apertura de juicio oral frente a esa persona (en Derecho español, el procesamiento). En cualquier caso el acto de imputación es necesario para que se pueda ejercer el derecho de defensa durante el procedimiento preliminar.

E) Actos relativos a las medidas cautelares (personales y reales o patrimoniales) y a medidas asimiladas a ellas (por ejemplo, suspensiones provisionales de permisos de conducción de vehículos, de uso de armas, de ejercicio de ciertas funciones) sea para adoptarlas, modificarlas o extinguirlas.

F) Actos de prueba anticipada, en aquellos casos en que sea previsible que el medio de prueba no podrá ser practicado en la fase procesal que corresponde, que es el juicio oral.

4.- CUESTIONES Y CRITERIOS GENERALES DE LA ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR.

A) El procedimiento preliminar se sujeta en el aspecto procedimental al principio de escritura, porque teniendo en cuenta su contenido es inevitable la tendencia a la dispersión de los actos que lo componen. Con esto se relaciona el importante problema de la duración del procedimiento preliminar.

Las leyes procesales penales no pueden establecer una determinada duración para el procedimiento preliminar, ni siquiera pueden fijar una serie de trámites sometidos a plazos preclusivos cuyo sucesivo vencimiento llevaría el procedimiento hasta el final, con una duración controlada. Todo esto es imposible, habida cuenta de los actos que componen este procedimiento y las funciones que ha de cumplir. En efecto, lo que siempre ralentizará la instrucción, aunque se superen corruptelas e imperfecciones técnicas en su regulación, es la dificultad material de encontrar elementos de convicción, no tanto la práctica procedimental de las diligencias una vez descubiertos aquellos elementos. En consecuencia, es una etapa del proceso penal no "dinamizable" mediante reglas procedimentales, plazos y preclusión.

Por otra parte los textos constitucionales y los convenios internacionales reconocen el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 Constitución Española) o en un plazo razonable (art. 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos) (también art. 12.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.1 Pacto de San José de Costa Rica). Es cierto que lo "indebido" y lo "razonable" son conceptos jurídicos indeterminados; pero, llegado el caso, pueden concretarse en atención a diversos factores, entre los que se halla la complejidad del asunto.

El problema de la duración presenta unos perfiles específicos en los ordenamientos en los que la dirección del procedimiento preliminar está encomendada a un juez de instrucción. En España una arraigada rutina inquisitiva de nuestro aparato judicial, no rectificadas mediante unas normas más explícitas y estrictas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Una instrucción previa judicial muy completa y, aún más, con amplias garantías para la defensa, 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.

Teniendo en cuenta las funciones del procedimiento, no es necesario que en él se lleve a cabo una recolección y examen exhaustivos de las fuentes de prueba interesantes para la causa, sino el suficiente para fundar los juicios de probabilidad (necesarios para fundar las resoluciones sobre las medidas cautelares y sobre la admisibilidad de la acusación) y para conocer las fuentes de prueba útiles. El problema es que cuando se intenta una limitación de contenido hay que ser cuidadosos, porque no es justo establecerla de manera unilateral en favor de la acusación (la investigación está completa cuando lo está para fundar la acusación).

Pero no es un problema que pueda ser descuidado si se opta por asignar la dirección del procedimiento al Ministerio Fiscal. Puede verse en este supuesto la solución prevista en el art. 262 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica.

El procedimiento preliminar es secreto. Esto se justifica -así por ejemplo la exposición de motivos de Ley de Enjuiciamiento Criminal española- en la conveniencia de equilibrar las posiciones del responsable penal y del poder público en el conocimiento de los hechos. Aquél actuó clandestinamente y procuró ocultar rastros. Lógico es que el poder público se prevalega del secreto, para evitar que sea conocida la orientación de la investigación y que se eliminen o falsifiquen los datos que ésta va alcanzando.

Si ésta es la justificación, es comprensible que Ley de Enjuiciamiento Criminal aproxime el tratamiento del secreto del sumario (art. 301) al de las limitaciones al principio de contradicción en este procedimiento (art. 302). Algo parecido ocurre en el Código de Procedimiento Penal chileno cuyo artículo 78 establece la regla general de secreto e, inmediatamente a continuación, el art. 79 la posibilidad de excepciones en favor del procesado. Estas son, en realidad, materias distintas: el secreto tiene que ver con las limitaciones a la publicidad frente a los terceros, mientras que las limitaciones al conocimiento de las actuaciones por las partes a efectos de su defensa afecta al régimen del principio de contradicción. La formulación del art. 255 Código de Procedimiento Penal Modelo para Iberoamérica es más perfecta: establece que “todos los actos de la investigación serán secretos para los extraños” y regula en apartados separados el derecho de acceso de imputado y otros intervinientes admitidos y las limitaciones excepcionales a ese derecho.

Ciñendo ahora la referencia sólo al secreto como alternativa a la publicidad general de la instrucción previa, el fundamento del mismo a pesar del reconocimiento de la contradicción, hay que buscarlo en la protección del derecho al honor de la persona imputada y en la presunción de inocencia de la misma. También, en cierto modo, en la protección de los fines de la investigación: ¿Qué ocurriría si el verdadero culpable es otro o si hay otros culpables además del imputado?

B) Oficialidad del procedimiento e intervención de las partes y de los interesados

El conjunto de actos que integran un procedimiento preliminar pueden desarrollarse de oficio por el juez de instrucción o por el Ministerio Fiscal, según al que el ordenamiento encomiende su dirección, sin necesidad de que se inste su realización por las partes (excepción hecha de la iniciación, cuando dependa de

querella o de otro acto condicionante de la procedibilidad). Sin embargo, las leyes procesales penales introducen con mayor o menor amplitud la técnica de la contradicción, reconociéndose a las partes posibilidades de participación en el desarrollo del procedimiento.

En efecto, por un lado, las partes acusadoras no oficiales ponen en juego en el procedimiento preliminar la existencia o no de su derecho a acusar, que se satisface con la resolución judicial sobre prosecución del proceso. Han de poder participar para influir en las resoluciones que se pronuncian sobre ese derecho.

El imputado tiene interés legítimo en evitar que el juicio se abra sobre la base de acusaciones insuficientemente fundadas y obviamente en que no se adopten frente a él medidas cautelares y asimiladas sin suficiente fundamento. En consecuencia ha de poder influir, mediante la participación en el procedimiento, en las resoluciones sobre ello.

En términos generales, las posibilidades de participación son las siguientes.

Primera, tomar conocimiento de las actuaciones. Sin ese conocimiento las siguientes posibilidades de participación no podrían aprovecharse, o se utilizarían con desorientación o ineffectividad.

En segundo lugar, proponer la práctica de diligencias, proposición que está sometida al correspondiente enjuiciamiento de admisibilidad por parte del juez de instrucción o del Ministerio Fiscal que dirige la investigación. Al decirse proposición de diligencias probablemente se está haciendo una directa referencia a los actos de investigación. Pero las partes también pueden formular peticiones (en el sentido de adopción, modificación o extinción) relativas a medidas cautelares y asimiladas, plantear incidentes relativos a la competencia y a la recusación, impugnar resoluciones, etc.

La tercera posibilidad es la de intervenir en todas las diligencias del procedimiento. Parece lógico que si se tiene un derecho a intervenir deba realizarse una citación para posibilitar su ejercicio. No suele haber, a este respecto, disposiciones tan rigurosas como las relativas a la citación para el juicio -dentro de cuyas sesiones se realiza la práctica de la prueba-, y tampoco suele estar determinado de modo muy preciso en qué puede consistir esa intervención. Un mínimo debe ser presenciar la celebración y formular observaciones que se recojan en la documentación del acto.

Las posibilidades de tomar conocimiento de las actuaciones y de intervenir en la práctica de diligencias (no así, formalmente, la de proponerlas) pueden ser temporalmente excluidas para las partes distintas al Ministerio Fiscal para evitar que por el conocimiento previo de los actos de investigación planeados pueda frustrarse el éxito de los mismos.

5.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO PRELIMINAR EN EL PROCESO PENAL.

Los autores han llegado a conclusiones bastante diversas: naturaleza administrativo-policial, naturaleza jurisdiccional, naturaleza no unitaria sino que hay actos administrativos y actos jurisdiccionales.

La cuestión puede plantearse en un doble plano: naturaleza jurídica tal como está regulado el procedimiento preliminar en los respectivos Derechos positivos, y, en otro nivel, 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 Constitución.

El segundo enfoque tiene un interés más general, menos ligado a un concreto ordenamiento y es el adecuado si está en juego el gran tema de reforma en esta materia -y del que me ocuparé en la última de las conferencias-, que es el de si el procedimiento preliminar ha de ser dirigido por el Ministerio Público o por el Juez de Instrucción.

En una primera aproximación no parece desacertado concluir que el procedimiento preliminar tiene un contenido heterogéneo, del que antes he dado noticia, algunos de cuyos componentes constituyen o requieren ejercicio de potestad jurisdiccional y otros en cambio no. Esta es la tarea de calificación decisiva, sobre todo en un ordenamiento constitucional en el que a los órganos del poder judicial les esté reservada en exclusiva la potestad jurisdiccional.

Algunos componentes requieren ejercicio de potestad jurisdiccional. Son los siguientes:

A) Las resoluciones sobre las medidas cautelares personales y reales.

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 admisión de la acusación, porque son ejercicio de la potestad de dirección del proceso penal de declaración -en concreto: sobre la admisibilidad de un pronunciamiento de fondo-. Estas resoluciones son las referidas a la admisión de querrelas y otros de actos de constitución como parte acusadora no oficial, la imputación o inculpación con efectos condicionantes sobre la posterior dirección subjetiva de la acusación, las resoluciones relativas al sobreseimiento o la apertura del juicio oral.

D) Los actos de práctica anticipada de la prueba.

Con relación a las resoluciones y actos citados las partes realizan actos de obtención en la terminología de Goldschmidt: peticiones, alegaciones, proposiciones y producciones de prueba. Estos actos no son ciertamente jurisdiccionales, pero han de estar dirigidos y han de ser valorados por un órgano jurisdiccional, precisamente porque su función es influir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional exclusiva de aquél.

No supone, en cambio, ejercicio de potestad jurisdiccional las actividades materiales dirigidas a descubrir contra qué persona se puede dirigir la acusación, de qué hecho se la puede acusar y de que fuentes de prueba se dispone para demostrar, en el juicio, el fundamento de la acusación, y, antes del juicio, la probabilidad del fundamento de la acusación a los efectos de que se acuerden medidas cautelares y de que la acusación sea admitida para abrir juicio. Descubrir las fuentes requiere

examinarlas y se acompaña de una documentación del resultado de su examen y de la conservación de los objetos que van a servir para las pruebas reales.

Pero es necesario puntualizar inmediatamente lo siguiente: las actividades descritas no implican el ejercicio de potestad jurisdiccional a condición de que su eficacia jurídica quede limitada a que los acusadores utilicen los resultados de las mismas para formular solicitudes fundamentadas de medidas cautelares, para dirigir una acusación con fundamento y para poder proponer pruebas útiles. Limitadas a esto, estas actividades son en todos los procesos actividades de las partes, y en gran medida actividades netamente privadas. Incluso en el proceso penal no está excluida la investigación privada, pero para poder hacer valer sus resultados en el proceso, es necesario proponer y practicar dentro de éste los correspondientes medios de prueba.

Esta puntualización es clave: la tesis de la no jurisdiccionalidad de la actividad de investigación previa al proceso, no podría sostenerse si tuviera que entenderse que la documentación que los acusadores o que el acusador oficial ha formado de dicha actividad, es eficaz por sí misma para que el juez funde en ella sus resoluciones sobre las medidas cautelares y sobre la admisión de la acusación, sustituyendo la actividad probatoria que ha de ser practicada ante y bajo la dirección del juez que ha de dictar resolución.

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL (TENDENCIAS ACTUALES EN DERECHO ESPAÑOL)^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)
España

SUMARIO

- 1.- SENTIDO Y LÍMITES DE UN DISCURSO SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO.
- 2.- LA CONVERSIÓN DE PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL EN NORMAS POSITIVAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE ALGUNOS CONVENIOS INTERNACIONALES Y LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES ENCARGADOS DE CONCRETAR JUDICIALMENTE ESAS NORMAS.
- 3.- EL “PRIMER” PRINCIPIO DEL PROCESO PENAL: LA EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y ALGUNAS TENDENCIAS QUE PUEDEN MENOSCABARLA.
- 4.- A) LA AMPLIACIÓN PROGRESIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DIFERIMIENTO DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL.
- 5.- B) LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA Y LA CONSTITUCIONALIDAD DE ATRIBUIR SU DIRECCIÓN AL MINISTERIO PÚBLICO.
- 6.- C) LA FUNCIÓN DEL JUEZ Y DEL MINISTERIO PÚBLICO EN UNA FINALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL POR SOBRESEIMIENTO CON IMPOSICIÓN DE SANCIONES O DE MEDIDAS DE CORRECCIÓN.
- 7.- LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y LAS TENDENCIAS DE CAMBIO EN MATERIA DE PRINCIPIO ACUSATORIO Y DE LOS PRINCIPIOS SOBRE APORTACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS.
- 8.- A) LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO (O DE LA INICIATIVA DE PARTE) A LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN PREVIA: ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES; PREPARACIÓN DE LA ACUSACIÓN EN PROCEDIMIENTO CON JUICIO ANTE JURADO.
- 9.- B) UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA Y SU PREVISIBLE REPERCUSIÓN EN EL RECORTE DE LAS POTESTADES PROBATORIAS DEL JUZGADOR EN EL JUICIO ORAL.
- 10.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD PARA LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL O EXCEPCIONES EN FAVOR DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. EL PROBLEMA EN DERECHO ESPAÑOL: UN RECONOCIMIENTO VERGONZANTE DE LA OPORTUNIDAD.
- 11.- PERFECCIONAMIENTO DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN: A) EXTENSIÓN DEL MISMO A LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN PREVIA Y APLICACIÓN REFORZADA EN LAS ACTUACIONES DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.
- 12.- B) EN EL JUICIO ORAL: GARANTÍA DE LA EXCLUSIVA ATENDIBILIDAD DE LA PRUEBA PRACTICADA CON CONTRADICCIÓN; GARANTÍA DE LA CONTRADICCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN DE LA ACUSACIÓN.
- 13.- PRINCIPIOS SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: A) RECTIFICACIÓN DE CONCEPCIONES ERRÓNEAS DEL PRINCIPIO DE LIBRE VALORACIÓN.
- 14.- B) VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA Y MOTIVACIÓN DEL JUICIO DE HECHO DE LA SENTENCIA.

^(*) Publicado en *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, Universidad Autónoma Nacional de México, México, 1998, 509-552.

1.- SENTIDO Y LÍMITES DE UN DISCURSO SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO.

Una exposición de carácter general de la regulación jurídica del proceso puede llevarse a cabo mediante la exposición de los llamados principios del mismo, es decir de las ideas que informan la regulación de los más importantes aspectos de aquél, fundamentalmente los poderes del órgano jurisdiccional y de la partes respecto al objeto procesal, al material de hecho y a la dirección formal del proceso y la forma según la cual se realizan y ordenan los actos que integran el proceso.

Este método ha sido sometido a crítica precisamente en el propio ámbito doctrinal en el que tuvo origen y que lo mantiene: la doctrina alemana. La consideración de la valoración crítica del método de las *Maximen* es conveniente que preceda a su aplicación por nosotros.

La teorización inicial sobre las *Prozessmaximen* se produjo en un contexto filosófico preciso -el iusnaturalismo racionalista- que imprimió en aquélla su impronta característica. Para Gönner, iniciador de la doctrina de los principios con la distinción entre el *Verhandlungsgrundsatz* y el *Untersuchungsgrundsatz*, no eran éstos generalizaciones obtenidas del Derecho positivo, sino principios derivados de la razón natural, de la naturaleza de las cosas, dotados de un valor apriorístico respecto a la regulación jurídico-positiva y que, utilizados en el estudio doctrinal del Derecho positivo, conducían a una reelaboración de este último en términos ajustados al sistema de principios concebido apriorísticamente ¹.

Semejante concepción no es desde luego mantenida por los autores que siguen admitiendo el método de los principios. Expresamente advierte Brüggemann el hecho de que la jurisprudencia de conceptos los considerara como principios vigentes *a priori*, no puede hacerse pesar sobre el concepto de los principios como categoría del pensamiento jurídico rectamente entendida².

La correcta comprensión de la teoría de los principios consiste para un conjunto de autores ³en considerar aquéllos como las ideas que están en la base de determinados conjuntos de normas y que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas. Su valor no es sólo teórico sino que tiene también repercusión práctica como medio auxiliar de la interpretación ⁴ y como punto de partida para la resolución por analogía de supuestos no regulados ⁵ No tienen, sin embargo, tales principios naturaleza normativa, aunque como advierte Pohle ⁶

¹ BOMSDORF, F., *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlín, 1970, pp. 96-157, ofrece una amplísima exposición de la teoría de GÖNNER y de sus bases filosóficas; también NÖRR, K. V., *La scuola storica, il processo civile e il diritto delle azioni*, en Riv. Dir. Proc., 1981, pp. 24 y sigs.

² BRÜGEMANN, D., *Judex statutor und Judex investigator*, Bielefeld, 1968, p.101.

³ GRUNSKY, W., *Grundlagen des Verfahrensrecht*, Bielefeld, 1974, pp. 16-17; HENCKEL, W., *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 118; BRÜGEMANN, *Judex statutor*, p.102.

⁴ BRÜGEMANN, *Judex statutor*, p. 102; POHLE, R., en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, Tübingen, 1972, p.646.

⁵ GRUNSKY, *Grundlagen*, pp. 16-17

⁶ PHOLE, en STEIN-JONAS, *Kommentar*, I, p.646.

algunos de ellos pueden tenerla, como concretamente sucede con los principios establecidos en la Constitución. Igualmente se ha resaltado la importancia de los mismos como marco teórico adecuado para la discusión de las soluciones de *lege ferenda* a los problemas básicos de ordenación del proceso⁷, así como también el valor didáctico de su exposición⁸.

Reconocen, por otra parte, los autores citados que los principios del proceso no se realizan en las leyes en sus formulaciones más puras, sin que por ello pierda utilidad su estudio, porque en todo caso conviene conocer las soluciones maximalistas que pueden darse a un problema antes de buscar un compromiso entre ellas⁹ o porque, como indica Henckel¹⁰, precisamente para delimitar la exacta vigencia de un principio, hay que saber en qué consiste, en qué se funda y al servicio de qué fin está.

La observación de esa no absoluta vigencia de los principios constituye, sin embargo, el punto de partida de la crítica de la teoría sobre los mismos. Según Hagen estos principios no sirven para la construcción de una teoría general del proceso porque no agotan la determinación de la idea fundamental a la que responde una regulación, caracterizándose por su relatividad, su sentido globalizador y una mera función de acentuación¹¹. Para otros autores los principios del proceso - particularmente algunos de ellos muy importantes, como el de aportación de parte y el de investigación oficial no expresan la realidad de la regulación del proceso, sin que esta ineludible objeción sea correctamente superada cuando se afirma que un determinado principio rige como regla con excepciones derivadas del principio contrario, porque en tal caso lo que en realidad sucede es que ya no rige ninguno de los dos¹².

De esta crítica hay que retener como advertencia fundamental la del riesgo de hipervaloración de los conceptos, mediante la cual éstos pueden llegar a superponerse y a falsear la propia regulación jurídico-positiva que deberían explicar. Si no se incurre en ese defecto, el método de los principios es de utilidad para una exposición general de la regulación del proceso.

⁷ BRÜGEMANN, *Judex statutor*, pp. 101-102; BETTERMANN, K. A., *Hundert Jahre Zivilprozessordnung. Das Schicksal einer liberalen Kodifikation*, en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1978, p. 365; PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Pamplona, 1982, pp. 514-515; GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, p. 177.

⁸ GRUNSKY, *Grundlagen*, pp. 16-17; PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, pp. 514-515; GIMENO SENDRA, *Fundamentos*, p. 177.

⁹ GRUNSKY, *Grundlagen*, p.17.

¹⁰ HENCKEL, *Prozessrecht*, p.119.

¹¹ HAGEN, J. J., *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre*, Freiburg, 1972, pp. 84-92.

¹² BOMSDORF, *Prozessmaximen*, pp. 278-283; WASSERMANN, R., *Der sociale Zivilprozess*, Neuweid-Darmstad, 1978, pp. 103-104.

2.- LA CONVERSIÓN DE PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL EN NORMAS POSITIVAS DE LA CONSTITUCIÓN Y DE ALGUNOS CONVENIOS INTERNACIONALES Y LA FUNCIÓN DE LOS TRIBUNALES ENCARGADOS DE CONCRETAR JUDICIALMENTE ESAS NORMAS.

Supone un cambio esencial en la significación de algunos principios del proceso penal el ser asumidos como contenido de normas constitucionales e, incluso, de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por convenios internacionales sobre derechos humanos.

De entrada, y en todo caso, esta normativización de principios del proceso penal es muy apreciable, porque asegura un estándar de garantías del proceso penal suficientemente elevado, tanto frente al legislador ordinario, como frente a los jueces, cuyas actuaciones u omisiones concretas pueden ser sometidas al Tribunal Constitucional mediante un recurso de amparo.

Pero, además del reforzamiento de la efectividad de los principios que deriva de su conversión en normas positivas, este fenómeno tiene también como consecuencia un modo peculiar de aplicar el ordenamiento procesal, especialmente atento al fundamento último de sus normas¹³.

Esta tendencia es directamente tributaria del reconocimiento constitucional de derechos y principios procesales básicos y de la configuración constitucional en cierta medida de algunas instituciones procesales. La aceptación, ya por nadie seriamente discutida, del valor normativo -y no meramente político- del texto constitucional, y las competencias del Tribunal Constitucional que, al concretar ese valor a través de sus sentencias, lo confirman y refuerzan, han contribuido también a alentar esa tendencia. En el mismo sentido hay que tener presente la remisión que hace el artículo 10.2 de la Constitución española a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España, como criterios a tener en cuenta para la interpretación de las normas sobre derechos fundamentales y libertades reconocidas por la Constitución. Esos tratados y acuerdos recogen un rico catálogo de derechos fundamentales procesales. Por lo demás, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuenta también con un mecanismo para su concreción jurisdiccional, en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ya ha generado una abundante jurisprudencia sobre las disposiciones de contenido procesal del Convenio.

Como no podía ser de otro modo, los métodos tradicionalmente aplicados para la solución de cuestiones procesales, han de experimentar una modificación cuando esas cuestiones deben ser contempladas desde los parámetros normativos constitucionales o de normas internacionales sobre derechos humanos. Si cierta posibilidad procesal ha precluido o no en función del transcurso del plazo fijado para utilizarla, si tal acto es o no admisible en atención a la observancia de un requisito legal o a la subsanabilidad de su incumplimiento, si la eficacia ejecutiva de una

¹³ Estas reflexiones proceden de la presentación de la sección de Derecho Procesal que dirijo en la Revista General de Derecho, que se publicó en esa revista, 1992, números 577-578, pp. 9847-9851.

sentencia o la cosa juzgada de un proceso se extienden o no a determinadas personas que no han sido partes, si debe o no ser admitida la intervención de ciertos terceros, si el Juez puede o no tomar en consideración cierta prueba en atención a cómo haya sido adquirida,... eran cuestiones a las que se intentaba responder desde la interpretación de las normas legales rectoras de los diferentes supuestos y, subsidiariamente, con técnicas de integración normativa más o menos complejas. El nuevo fenómeno al que me vengo refiriendo conduce, en cambio, a confrontar la cuestión procesal con referentes normativos más imprecisos, como la prohibición de indefensión, el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia, etc.

Ciertamente el Tribunal Constitucional no puede enjuiciar las cuestiones procesales de otro modo. Pero los tribunales ordinarios, tal vez por lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴, recurren también con frecuencia directamente a esos parámetros normativos más elevados.

Como he dicho más arriba, esta tendencia me parece, por lo general, positiva e incluso debida por la incidencia que el texto constitucional ha de tener sobre el conjunto del ordenamiento. Ha contribuido poderosamente a reivindicar el trasfondo axiológico que hay detrás de las (en apariencia) puramente técnicas normas procesales. Puede incitar, y auxiliar al mismo tiempo, a que se elaboren con mayor rigor la interpretación teleológica de cualesquiera normas, la interpretación adecuada a ciertas normas de carácter «principal», y, sobre todo, las construcciones para la integración normativa necesarias cuando la interpretación ha mostrado sus límites. Sin olvidar el apoyo que proporciona para optar entre varias interpretaciones que puedan hacerse de cierta norma.

Pero si, sobrevolando las dificultades que puede presentar la interpretación de las normas para su aplicación al caso, se pretende resolver las cuestiones procesales directamente desde la concepción de unos derechos fundamentales y unos principios establecidos en los textos normativos de más elevado rango, se corre el peligro de sustituir la ordenación legal convenientemente rigurosa del proceso, por un arsenal de principios, la especificación de cuyas consecuencias dependerá, en definitiva, de la inteligencia y buen sentido -o de su falta- del Juez que dirige el proceso.

Ese modelo ni me parece aceptable desde la exigencia de seguridad jurídica, ni entiendo que se ajuste al diseño constitucional, que somete el ejercicio de la potestad jurisdiccional a «las normas de competencia y procedimiento que las mismas (las leyes) establezcan» (artículo 117.3 de la Constitución Española).

Hechas estas consideraciones se pueden repasar brevemente aquellos aspectos fundamentales del proceso penal, que generalmente se consideran principios del mismo, que han sido constitucionalizados:

¹⁴ La disposición citada establece: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

a) Previo a todos ellos está la atribución exclusiva de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales (art. 117.3 CE), a la que deben adicionarse los preceptos del art. 25 CE, que facilitan la determinación de la potestad jurisdiccional en materia penal.

b) Con incidencia en el régimen de la iniciación del proceso penal y de la determinación de su objeto, encontramos el art. 124.1 CE, que confiere al Ministerio Fiscal la “misión (de) promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley”, actuando “con sujeción, en todo caso, a los (principios) de legalidad e imparcialidad” (art. 124.2 CE), sin perjuicio de que también “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular..., en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine (art. 125 CE), quedando siempre a salvo respecto a esa libre determinación del legislador el que “todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos...” (art. 24.1 CE).

c) En términos generales, respecto al proceso y para cualquiera de las partes en el mismo, está reconocido el derecho fundamental a que no “se pueda producir indefensión” (art. 24.1 CE), a que tenga “todas las garantías” (art. 24.2 CE) y a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

d) Se reconocen específicamente como derechos fundamentales los principales contenidos del principio de contradicción relativos a la posición propia del imputado o acusado: los derechos “a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos..., a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables” (art. 24.2 CE). Estos mismos derechos son reconocidos con especial relevancia en las etapas iniciales del proceso si se ha producido una privación cautelar de libertad (art. 17 CE).

e) Respecto a la prueba, además de lo dicho en el precedente apartado d, se reconoce el derecho fundamental a la “presunción de inocencia” (art. 24.2 CE) y hay normas que conducirán al establecimiento legal de prohibiciones probatorias (art. 18 CE: necesidad de autorización judicial para limitar la inviolabilidad de domicilio y de comunicaciones; art. 24.2 CE: límites al deber de declarar del imputado y de determinados terceros).

f) En cuanto a los aspectos más externos de la ordenación del proceso (forma y tiempo), se reconoce el derecho fundamental a que sea público y sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), la exigencia de publicidad la reitera el art. 120 CE que, ya sin el carácter de derecho fundamental, dispone que “el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal” (art. 120.2 CE).

Este catálogo de aspectos fundamentales del proceso penal, relacionados con los habitualmente considerados como principios del mismo, y que han sido normativizados con rango superior, puede ser ampliado porque el art. 10.2 CE dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades

públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En esta remisión tiene una importancia más destacada el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, puesto que España ha formulado la declaración que permite a cualquier persona física, organización no gubernamental o grupos de particulares, dirigir demandas a la Comisión Europea de derechos Humanos, con fundamento en violaciones del Convenio debidas a la acción estatal¹⁵.

Este fenómeno de normativización de principios del proceso penal ha sido, por un lado, el motor de las modificaciones experimentadas en la concreción de los mismos, y, por otro lado, impone revisar las modificaciones, hechas o proyectadas, con unas pautas más rígidas, puesto que ya no está en juego solamente la libertad del legislador y la mayor o menor calidad de la doctrina jurídica que inspire ciertas reformas, si no la adecuación a normas constitucionales o supranacionales.

En las páginas que siguen no podremos, ciertamente, desarrollar estos planteamientos exhaustivamente, pero si analizaremos algunas muestras significativas de la evolución reciente de algunos principios del proceso penal en Derecho español.

3.- EL “PRIMER” PRINCIPIO DEL PROCESO PENAL: LA EXCLUSIVIDAD JURISDICCIONAL EN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL Y ALGUNAS TENDENCIAS QUE PUEDEN MENOSCARLA.

El art. 117.3 CE establece que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales”. Este precepto parece, sin embargo, dejar abierta la cuestión de en qué consiste, qué es la potestad jurisdiccional, en qué supuestos es necesario el ejercicio de la misma. Para dar una respuesta, que es clave porque de la misma depende la afirmación o negación de la atribución constitucional correcta de esa potestad, se han formulado diversas explicaciones¹⁶, pero, precisamente en el ámbito de la aplicación de la ley penal, existe una respuesta particularmente sencilla y segura en lo fundamental.

Según la Constitución española la Administración no puede estar investida de la potestad de actuar el Derecho en materia penal. Esa actuación ha de producirse no

¹⁵ Un conjunto de trabajos de gran interés sobre el CEDH, sus órganos de garantía, la jurisprudencia del TEDH y su incidencia en Derecho Español puede verse en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1993.

¹⁶ Puede verse mi *Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución española*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, 1984-1985, núm. 3, pp. 417-453; un resumen con alguna ampliación en mi trabajo, pendiente de publicación en Cuadernos de Derecho Judicial, *Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional*, en concreto el apartado 5.

sólo por primera vez, sino exclusivamente mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

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 CE), alguna de cuyas garantías se formulan por la Constitución de modo literal con relación al proceso penal (art. 24.2 CE), 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 CE). A esa correlación se enfrenta la que el propio art. 25-1 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 jurisdiccional¹⁷.

Esa interpretación sistemática de los preceptos constitucionales permite afirmar que ha quedado constitucionalizado el contenido esencial del art. 1 LECRIM¹⁸. Consecuentemente sería inconstitucional cualquier procedimiento jurídico que implicara atribuir a los 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 sólo 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.

¹⁷ En el mismo sentido, COBO DEL ROSAL, M., BOIX REIG, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en Comentarios a la Legislación Penal, I, Madrid, 1982, p. 212.

¹⁸ Esa disposición establece: "No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles,...sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente". Un buen comentario en GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, Madrid, 1947, pp. 26-36.

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 libertad¹⁹. Y precisamente uno de los aspectos que conducen a reputar insatisfactoria la posibilidad de una extensión, sin más límites constitucionales que los del art. 25.3 CE, del Derecho administrativo sancionador, es la consecuencia acompañante de quedar excluido un ejercicio inicial de la potestad jurisdiccional, pues las sanciones administrativas se imponen en principio (el Derecho administrativo sancionador *es actuado* en principio) por la propia Administración.

La exclusividad jurisdiccional en la aplicación de la ley penal puede considerarse, sin énfasis, el “primer” principio del proceso penal, porque sin aquella éste no existe.

En relación a este asunto tan radical se han dado en Derecho español orientaciones (reformas efectivas, proyectos en diverso grado de desarrollo, meros planteamientos doctrinales) que deben ser examinados desde la perspectiva de este condicionamiento constitucional de la exclusividad de la jurisdicción en materia penal.

4.- A) LA AMPLIACIÓN PROGRESIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL DIFERIMIENTO DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL.

El Derecho Administrativo sancionador ha alcanzado un extraordinario desarrollo. En la fijación de sus límites frente al Derecho penal no se ha seguido el criterio de restringirlo al ámbito de una autotutela administrativa suficientemente justificada²⁰, 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 CE). Es cierto que se han registrado importantes progresos en las garantías para la aplicación del Derecho administrativo sancionador²¹, pero no lo es menos que su expansión revela una correlativa retirada del Poder Judicial a una función de control

¹⁹ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal*, en Revista de Administración Pública, 1972, número 67, p. 89; COBO DEL ROSAL, BOIX REIG, *Garantías constitucionales*, en Comentarios, I, pp. 214-215; MUÑOZ CONDE, F.; MIR PUIG, S., Notas a la traducción de JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, I, Barcelona, 1981, pp. 86-87.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (con FERNÁNDEZ, T. R.), *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1980, pp. 486-489; PARADA, *El poder sancionador de la Administración*, pp. 41-93.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional*, en Revista Española de Derecho Administrativo, 1981, pp. 362-368; LÓPEZ RAMÓN, F., *Limites constitucionales de la autotutela administrativa*, en Revista de Administración Pública, 1986, número 55, pp. 102-106; PAREJO ALFONSO, L., *La tutela judicial cautelar en orden contencioso-administrativo*, en Revista Española de Derecho Administrativo, 1986, pp. 32-34. Con una amplia visión global GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, Valencia, 1996.

de actos previos de la Administración Pública -técnica cuyos inconvenientes sólo son muy trabajosamente vencibles²²-, 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 penales²³.

5.- B) LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA Y LA CONSTITUCIONALIDAD DE ATRIBUIR SU DIRECCIÓN AL MINISTERIO PÚBLICO.

La doctrina ha tratado de la naturaleza jurídica de la instrucción previa, llegando a conclusiones bastante diversas²⁴. Esta cuestión, hasta un cierto momento, podía ser considerada como meramente académica. Mientras todos los procedimientos para la instrucción previa del ordenamiento español estuvieron encomendados a jueces, no estaba en cuestión la principal consecuencia de ese problema de naturaleza jurídica; a saber: que por ser el procedimiento jurisdiccional, sólo a órganos jurisdiccionales pudiera ser atribuido (art. 117.3 CE). Tampoco había problema con el aspecto negativo del principio de exclusividad, porque el último inciso del art. 117.4 CE daba cobertura a la atribución al juez, en cuanto función desarrollada en garantía de derechos, fundamento, por cierto, que nunca le faltará a un procedimiento preliminar judicial penal.

La cuestión, sin embargo, ha adquirido trascendencia posteriormente como consecuencia de reformas legales y de tendencias de reforma. Primero fue una ampliación de las atribuciones de la policía en el ámbito de los suprimidos procedimientos de urgencia. La Ley 10/1980, de 11 de noviembre, en su campo de aplicación, reservaba al juez la dirección de la investigación, pero la realización de gran parte de los actos que la integran se encomendaba a la policía. La reforma de LECRIM por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, establece el proceso abreviado, en el que se mantiene la posibilidad de distinguir entre dirección judicial de la investigación y

²² Sobre estos inconvenientes y su superación FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Tratado*, II, Madrid, 1988, pp. 499-510; GARCÍA DE ENTERRÍA en el mismo *Tratado*, I, pp. 491-495; PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, en *Revista de Administración Pública*, 1968, número 55, pp. 102-106; el mismo, *Derecho Administrativo, Derecho Privado, Derecho Garantizador*, en *Revista de Administración Pública*, 1967, número 52, p. 93; MUÑOZ MACHADO, S., *La carga de la prueba en el contencioso-administrativo: su problemática en materia de sanciones administrativas*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1976, pp. 734-741; del mismo, *Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1980, pp. 496-510.

²³ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Descriminalización y prevención*, en *Poder Judicial*, número especial II, pp. 9-29; GIMENO SENDRA, V., *Los procedimientos penales simplificados*, en el mismo número de *Poder Judicial*, pp. 32-34; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1987, pp. 12-13.

²⁴ Un resumen de las diferentes opiniones y un planteamiento personal de la cuestión puede verse en mi *Derecho Jurisdiccional*, III, Barcelona, 1993, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, pp. 126-129 y bibliografía citada al final del capítulo.

realización por la policía y, además y principalmente, se admite que, por lo general, los actos de investigación puedan realizarse sólo por el Ministerio Fiscal. Por lo demás, hay una clara tendencia a generalizar este último modelo a todo proceso penal.

Evidentemente la cuestión está dejando de ser meramente académica. La naturaleza jurisdiccional o no de todo o parte del procedimiento preliminar, condiciona la constitucionalidad de las opciones que puede hacer el legislador. Resulta, pues, ineludible plantearse cuáles son los límites constitucionales a la configuración legislativa del procedimiento preliminar en el aspecto de la calidad del órgano al que encomendar la conducción de ese procedimiento.

Según una primera tesis, no podrían encomendarse al Ministerio Fiscal, sino que deben reservarse a los jueces -y además en calidad de primer pronunciamiento- las resoluciones que limiten o restrinjan derechos fundamentales (por ejemplo: entrada y registro, intervención de comunicaciones personales, prisión provisional).

Esta tesis reduce en exceso los límites constitucionales, porque parece dejarlos restringidos a los preceptos de la CE, que, de modo expreso y específico, reservan sólo a los órganos jurisdiccionales la potestad de afectar a ciertos derechos (arts. 17.2, 18.2 y 3, 20.5, 22.4 CE).

No puede aprobarse ese criterio restrictivo, porque además de esos preceptos, la CE tiene otros más genéricos, relevantes para determinar lo que es la potestad jurisdiccional, como potestad exclusivamente atribuible a órganos jurisdiccionales. Me refiero al art. 117.3 y, en el ámbito de la realización del Derecho penal, al art. 25.1.

De estos dos preceptos se deduce que en el ámbito de la realización del Derecho penal está excluida la técnica de la autotutela administrativa (sometida a un posterior control por parte de órganos jurisdiccionales) y sólo cabe proceder con ejercicio de potestad jurisdiccional (y sólo por órganos de esta naturaleza).

Por otra parte, del art. 24.1 CE se deduce que cualquier resolución sobre la acción penal (y las hay en el procedimiento preliminar) debe dictarse por un órgano jurisdiccional, en cuanto versa sobre el derecho a la tutela judicial efectiva.

A las dos últimas consideraciones se podría objetar lo siguiente: no sería inconstitucional sustraer los actos de investigación de su realización por un órgano jurisdiccional y encomendarla al Ministerio Fiscal o a la policía, porque en esos actos estrictos no hay realización del Derecho penal, ni consisten en una resolución de las específicamente reservadas (dejando aparte algunos actos de busca de fuentes de prueba).

Esta objeción debe ser rechazada en cuanto pretende dar beligerancia en la interpretación constitucional a la distinción entre actos jurisdiccionales puros y por conexión, para cubrir con la exigencia de la exclusividad sólo a los primeros, pero no a los segundos. Cualquier resolución (que represente ejercicio de potestad jurisdiccional) requiere unas actuaciones previas, de mayor o muy pequeña extensión según los casos, para que aquélla se dicte con fundamento. Negarles a esas actuaciones naturaleza jurisdiccional, para sustraerlas del juez (en el sentido de no entenderlas dirigidas hacia él y sometidas a su dirección), no será razonable (porque no es imaginable humanamente un enjuiciamiento sin la aportación de algunos datos con los

que hacerlo) ni acorde con la CE (para la que -art. 117.3- la potestad jurisdiccional no se ejercita en un acto instantáneo, sino en un procedimiento legal, uno de cuyos sujetos es el órgano jurisdiccional).

Lo que sí sería acorde con la CE es modificar el modelo de procedimiento preliminar, aproximándolo a una estructura acusatoria. En vez de que el juez desarrolle por propio impulso el procedimiento y, específicamente, los actos de investigación que lo componen y otros actos que en ellos se fundan, la ley le podría asignar una posición de espera de solicitudes formuladas por las partes, sobre las que resolvería en atención a unos actos de acreditamiento practicados ante él, bajo su dirección y, según los casos, con contradicción

Lo último es fundamental para que el sistema escape de la crítica anterior sobre la no exclusividad (de atribución a los jueces) de los actos jurisdiccionales sólo por conexión. Caería de lleno bajo tal crítica si esa práctica de actos de acreditamiento, fuera sustituida por la mera aportación de la documentación de las investigaciones, formada por el Ministerio Fiscal o la policía.

6.- C) LA FUNCIÓN DEL JUEZ Y DEL MINISTERIO PÚBLICO EN UNA FINALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL POR 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. Esto involucra radicalmente la comprensión de la potestad de juzgar del artículo 117.3 de la CE, y, específicamente, de la de imponer penas mediante sentencia del artículo 25.1 de la CE.

Los nuevos poderes del Ministerio Fiscal pueden acabar 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 Ministerio Fiscal y del órgano jurisdiccional en esta materia, puede suscitarse el problema de constitucionalidad que apuntaba.

Como la ampliación del Derecho Administrativo sancionador, también es una técnica para reducir la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales. Pero es una técnica distinta, porque no consiste en transvasar la sanción de ciertas conductas al Derecho Administrativo, 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 España, sólo cabe considerar algunas manifestaciones de carácter doctrinal que se expresan de modo muy significativo.

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.)»²⁵. La autoridad judicial tendría que disponer ese sobreseimiento, previa solicitud del imputado e informe favorable del Ministerio Fiscal, con plena libertad de determinar la pena substitutiva o la condición a imponer²⁶. 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 Ministerio Fiscal, vía de informe, sea siempre preceptiva»²⁷.

Moreno Catena contempla una facultad del Ministerio Fiscal «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 delincuente²⁸.

Bacigalupo se refiere a los parágrafos 153 y 153a StPO como modelo de regulación moderna del principio de oportunidad²⁹. Conviene apuntar que la última disposición contempla una *abstención de la acusación por parte del Ministerio Fiscal 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*»³⁰.

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

²⁵ GIMENO, *Los procedimientos penales simplificados*, p. 48.

²⁶ GIMENO, *Los procedimientos penales simplificados*, p. 48.

²⁷ GIMENO, *Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial*, en Justicia, 1988, p. 834.

²⁸ MORENO CATENA, V., *La justicia penal y su reforma*, en Justicia, 1988, p. 316.

²⁹ BACIGALUPO, *Descriminalización y prevención*, p. 14.

³⁰ VIVES ANTÓN, T., *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, en Poder Judicial, número especial, p. 109.

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»³¹.

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 Ministerio Fiscal y el imputado, bien de iniciativas del Ministerio Fiscal para imposición de sanciones o medidas de readaptación social, cuya eficacia jurídica depende del consentimiento del imputado y del propio órgano jurisdiccional³².

Efectivamente en la doctrina alemana se han expresado serias dudas sobre la constitucionalidad del sistema del párrafo 153, a StPO, porque deja indeterminado, a disposición del Ministerio Fiscal y 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 Ministerio Fiscal, que es quien ha realizado la investigación, la iniciativa de las medidas sancionadoras y de corrección infringe el requisito de imparcialidad³³.

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 Ministerio Fiscal y

³¹ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1989, p. 16.

³² Una intervención tan poco decisiva no satisface las exigencias que el Tribunal Constitucional español ha establecido en ocasiones para que exista ejercicio de potestad jurisdiccional; por el contrario se requiere que el juez adopte “*libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso*”, no que decida vinculado por otro (STC 26 febrero 1981; STC 7 julio 1987; STC 26 septiembre 1990)

³³ Véase, de entrada, ROXIN, K., *Strafverfahrensrecht*, München, 1987, p.71; más ampliamente KAUSCH, E., *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, Berlín, 1980, *passim*.

al órgano jurisdiccional para la aplicación de ese sistema que parece delinarse, 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 jurisdiccional .

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 jurisdiccional.

7.- LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y LAS TENDENCIAS DE CAMBIO EN MATERIA DE PRINCIPIO ACUSATORIO Y DE LOS PRINCIPIOS SOBRE APORTACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS.

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.³⁴

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.³⁵ 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 la 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.³⁶

El principio acusatorio formal, en su proyección estricta sobre la solución de las cuestiones básicas de la iniciación del proceso penal y de la determinación de su objeto, se entendía que presentaba tres manifestaciones principales:

³⁴, 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.

³⁵ Sobre esta alternativa GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos*, pp. 68-70; ROXIN, K., *Strafverfahrensrecht*, München, 1989, p. 66.

³⁶ SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Göttingen, 1964, p. 197; SCHAFFER, K., *Strafprozessrecht Eine Einführung*, Berlin-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.

a) La apertura del juicio oral está condicionada por la acusación de un sujeto distinto al órgano jurisdiccional. Esa misma exigencia no se entendía necesaria para iniciar la instrucción previa, ni para dirigir, dentro de ella, una concreta imputación frente a alguien. Era discutido si resultaba necesario que la acusación fuera mantenida hasta el término del juicio oral. Siempre me pareció razonable la respuesta negativa, porque al haber fundado la apertura del juicio y haberle proporcionado el objeto, el fin de preservar la imparcialidad del juzgador, evitando que actúe de oficio en cuanto a esas determinaciones esenciales, ya había sido alcanzado.

b) La acusación determina la persona del acusado y el objeto del proceso, que es un hecho con consecuencias jurídico-penales, no una calificación jurídica, ni una pretensión de pena determinada. La potestad de sentenciar del órgano jurisdiccional queda acotada por aquellos dos elementos (persona y hecho).

c) El órgano jurisdiccional que ha conducido la instrucción previa ha de ser distinto al órgano jurisdiccional que debe sentenciar; más aún, el juez titular de aquél no puede integrar la sala sentenciadora (art. 54.12 LECRIM). Si esto se cumple el principio acusatorio no resulta lesionado aunque el instructor puede incoar de oficio el sumario o modificar o ampliar su objeto según los resultados de la investigación - como efectivamente sucede en nuestro ordenamiento-. Si no es así, aunque la apertura del juicio oral venga condicionada por la petición del acusador, si ésta se produce y se estima no se podrá evitar que influyan sobre la actividad sentenciadora del juez los prejuicios que se forme en la investigación por él dirigida, frustrándose en consecuencia la finalidad del acusatorio.

Esta última manifestación del principio acusatorio influye también en el modo de resolver otra cuestión básica: la de la aportación de los hechos y su prueba. Al respecto, el régimen normativo en Derecho español estaba inspirado en el principio de investigación oficial, sin que por ello tenga que renunciarse a la imparcialidad psicológica de juzgador, al separar orgánicamente las funciones de investigar y juzgar, aún acompañando a esta última la facultad de acordar pruebas de oficio. El órgano jurisdiccional encargado de la instrucción previa investiga los hechos en toda su amplitud, y busca y prepara las fuentes para la prueba de los mismos, sin embargo, los prejuicios que en esta labor se hubiera formado no trascenderán a la sentencia, porque ni le corresponde a él dictarla, ni su titular puede integrarse en el órgano jurisdiccional que la ha de dictar. El órgano jurisdiccional sentenciador juzga sobre la prueba practicada en el juicio, a instancia de las partes y por ellas o acordada de oficio por él mismo, utilizando las fuentes de prueba que el juez de instrucción preparó y que las partes no utilizaron y en la medida en que no las utilizaron ³⁷.

El marcado respeto a la forma acusatoria en materia de prueba al que responde LECRIM (proposición, en principio, de los medios de prueba por las partes -art. 728- y práctica de la prueba por las mismas, con intervención directora y complementaria

³⁷ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, pp. 112-113; BAUR, F., *Potere giudiziario e formalismo del diritto processuale*, en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1965, p. 1699; MONTESANO, L., *Le prove disponibile d' ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1978, pp. 192-193.

del tribunal), coexiste con una amplia realización de principio de investigación oficial: el tribunal puede acordar de oficio la prueba documental y el examen de las piezas de convicción (art. 726) y cualquier medio de prueba no propuesto por las partes que considere necesario para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación (art. 729-2º). O sea, no existe en el proceso penal la carga formal de la prueba. Estos poderes del órgano jurisdiccional no tienen más límite que el que resulta de la delimitación del objeto del proceso por la acusación: sólo le está vedado introducir mediante la prueba un hecho distinto, pero no cualquier circunstancia fáctica no identificadora del hecho, aunque no haya sido alegada por las partes.

En este panorama normativo sólo había un extremo que concitaba el general desacuerdo: la pérdida de la garantía de la imparcialidad que, por haberse eliminado la separación de los titulares de las funciones de instruir y juzgar, se había producido en el procedimiento de urgencia de los juzgados de instrucción (reforma de LECRIM por Ley de 8 de abril de 1967) y, después, en el proceso que reguló la LO 10/1980, de 11 de noviembre. Precisamente el art. 2, II de la última ley fue declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988. Según esta sentencia la incompatibilidad de las funciones de instruir y juzgar

“busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la LECRIM.). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso «De Cubber», de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso «Piersack», de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de «un proceso público» que también exige el citado art. 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el art. 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan”.

La doctrina jurisprudencial del TC y la del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos³⁸ han tenido una gran fuerza expansiva. Del supuesto singular de pérdida de imparcialidad que inicialmente fue considerado -y que motivó una inmediata reforma procesal y orgánica para el pleno restablecimiento de la separación instructor-sentenciador-, se ha pasado a examinar otros supuestos que igualmente generarían la llamada “contaminación procesal” y a proyectar esa exigencia de más perfecta imparcialidad del juez no sólo sobre la función de dictar sentencia, sino también sobre otras actuaciones y decisiones jurisdiccionales³⁹.

Revisaremos algunas muestras significativas de esa repercusión.

8.- A) LA EXTENSIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO (O DE LA INICIATIVA DE PARTE) A LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN PREVIA: ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES; PREPARACIÓN DE LA ACUSACIÓN EN PROCEDIMIENTO CON JUICIO ANTE JURADO.

Dos muestras podemos encontrarlas en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (modificada por Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre), que, aparte de regular la nueva clase de tribunal y las especialidades de su proceso, introdujo algunas reformas en el sistema procesal general.

a) Entre las últimas destaca la modificación del régimen de los poderes del juez y de las partes en orden a la adopción y modificación de las medidas cautelares personales. La regla general de la oficialidad para la adopción de las medidas -que hasta tiempos recientes regía en Derecho español- debe entenderse alterada por lo que resulta de los párrafos III y IV del art. 504 bis 2 y de los párrafos III y IV del art. 539 LECRIM, específicamente relativos a las medidas de prisión y libertad provisionales.

Estas dos medidas no pueden acordarse si alguna parte no las solicita, ni pueden acordarse medidas más restrictivas que las pedidas por alguna parte. Sólo se permite actuar de oficio en los supuestos de concurrencia de un concreto peligro de fuga, en los que las peticiones de las partes se producen en una comparecencia posterior a la prisión y con los mismos efectos que se han explicado. Hay que recordar que el Ministerio Fiscal, obligado a actuar con sujeción al principio de legalidad, debe -si estima concurrente sus presupuestos- pedir las medidas.

Es dudoso si los nuevos principios que derivan de esta nueva norma deben afectar también al régimen de adopción de otras medidas cautelares penales. Por coherencia sistemática la respuesta debería ser afirmativa.

Críticamente debe observarse que con este nuevo régimen sólo en apariencia queda salvaguardada la imparcialidad del juez que ha de resolver sobre las medidas

³⁸ Especialmente sobre la jurisprudencia del TEDH, ORTELLS RAMOS, M., *Jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 del CEDH en el proceso penal*, en “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, 1993, pp. 181-186.

³⁹ ; BERMÚDEZ OCHOA, E., *Problemas orgánicos y procesales de la llamada “contaminación procesal”*. La sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julio, en “Cuestiones de Derecho procesal penal”, Madrid, 1994, pp. 55-121; DÍAZ CABIALE, J. A..., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*, Granada, 1996.

cautelares, puesto que ese juez, que sigue dirigiendo de oficio la actividad de investigación de la instrucción previa, normalmente tiene (o puede razonablemente pensarse que tiene) criterio formado sobre los aspectos que ha de considerar en su resolución⁴⁰.

b) Por otra parte, en la instrucción previa especial del procedimiento con juicio ante Jurado, se ha introducido por la ley citada una importante novedad respecto a la concreción, dentro de aquella etapa procesal, del hecho justiciable y de la atribución subjetiva del mismo⁴¹.

A diferencia de lo que ocurre en los otros regímenes de instrucción, en la de las causas ante el jurado, el juez de instrucción no puede realizar imputaciones de oficio, ni en sentido objetivo -imputar de más hechos justiciables (o de otros hechos) que los que las partes imputen-, ni en sentido subjetivo -imputar a personas distintas de las que las partes imputen-.

Es cierto que en los otros procedimientos penales de nuestro ordenamiento tales poderes oficiales no trascienden de la instrucción, porque a los efectos del juicio oral -de su apertura y de la fijación de objeto y acusado- lo positivamente relevante también es la decisión de los acusadores. Pero en el procedimiento ante el jurado esta característica esencial del principio acusatorio aparece en la misma instrucción.

Veamos las razones que apoyan esta tesis.

En primer término, es importante, aunque no decisivo, uno de los objetos que establece el art. 25 de la Ley del Jurado para la que podemos llamar "primera comparecencia instructoria": que el Ministerio Fiscal y los acusadores personados concreten la imputación. El poder de concretar la imputación corresponde, pues, a las partes y lo han de ejercitar en esta oportunidad.

En segundo término, lo que dispone positivamente el art. 25 de la Ley del Jurado se completa y refuerza con el reconocimiento al juez de instrucción de unos poderes oficiales muy limitados en cuanto a la determinación del hecho justiciable y del imputado:

1º) El art. 27.3 de la Ley del Jurado limita temáticamente las diligencias de investigación que el juez puede acordar de oficio a la comprobación del hecho justiciable y respecto a las personas objeto de imputación por las partes acusadoras. De otro modo: no tiene poder para acordar investigación que innove uno u otro elemento, sino sólo la que contribuya a comprobar la probabilidad de los mismos. Eso es coherente con su falta de poder para *fijar* estos elementos.

2º) Según el art. 28 Ley del Jurado si de las diligencias practicadas resultaren indicios racionales de delito distinto del que es objeto del procedimiento o la

⁴⁰ DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación de parte*, cit., pp. 472-473; con anterioridad había resaltado un absurdo similar respecto a cierto modo de entender la correlación entre acusación y sentencia 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, número 4, pp. 797-798.

⁴¹ ORTELLS RAMOS, M., *Sobre la instrucción previa en el procedimiento ante el Jurado*, en prensa en la revista Tribunales de Justicia.

participación de personas distintas a las inicialmente imputadas, se convocará una nueva comparecencia con el régimen de la del art. 25 de la Ley del Jurado (o se incoará procedimiento distinto, si la competencia no corresponde al jurado). Este artículo reconoce al juez de instrucción un poder oficial de promover la ampliación o modificación de los elementos objetivo y subjetivo, pero no de realizarlas él. El juez debe, en los supuestos del art. 28, convocar una comparecencia del art. 25 en la que serán las partes las que podrán (o no) concretar (hacer suya) la nueva imputación.

9.- B) UNA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA Y SU PREVISIBLE REPERCUSIÓN EN EL RECORTE DE LAS POTESTADES PROBATORIAS DEL JUZGADOR EN EL JUICIO ORAL.

Uno de los componentes esenciales de la estructura del proceso penal está experimentando en el ordenamiento español, desde hace unos 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 extraordinaria novedad.

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.

La concepción doctrinal y jurisprudencial de la falta de correlación por exceso entre acusación y sentencia, se había mantenido estable y uniforme a lo largo del prolongado período de vigencia de la LECRIM.⁴²

La correlación como límite a la potestad de resolver impone -además del respeto a la dirección subjetiva de la acusación- que la sentencia no se pronuncie sobre un hecho distinto de aquél por el que se formuló acusación inicialmente (calificaciones

⁴² 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.

provisionales, escrito de acusación), sea ese nuevo hecho sustitutivo o complementario del inicialmente fijado por los acusadores.

Lo anterior presupuesto ¿Qué correlación debe existir entre la sentencia, por una parte, y, por otra, las alegaciones de las partes que no afecten a la identidad del hecho-objeto del proceso, las calificaciones jurídicas y la pena pedida? ¿Hasta qué punto los actos de los acusadores vinculan al órgano jurisdiccional en los aspectos citados, en el sentido de limitar su potestad de resolver?

En el proceso ordinario los preceptos básicos son el art. 851.4.º LECRIM en relación con el 733 LECRIM. Para el art. 851.4.º LECRIM se infringe el límite a la potestad de resolver si la sentencia condena por un delito más grave que el que ha sido objeto de la acusación, salvo que el tribunal haya procedido de acuerdo con el art. 733 LECRIM.

Ello significa, en primer lugar, que, para determinar este aspecto de la correlación, hay que comparar no la gravedad de las penas concretamente pedidas en las calificaciones definitivas y de las impuestas en la sentencia, sino la gravedad de los tipos penales aplicados en esos actos (gravedad que se determina por la de las penas que la ley prevé para los mismos).

Dentro del límite del tipo penal de igual o menor gravedad, el órgano jurisdiccional no está vinculado a los actos de los acusadores en cuanto a los hechos que determinen un cambio de tipificación, diferentes grados de ejecución y formas de participación, ni en cuanto a las calificaciones jurídicas, conducentes unas y otras, a una determinada pena. A estos efectos, el órgano jurisdiccional, respetando en todo caso la identidad del hecho-objeto del proceso introducido por los acusadores, puede atender a los hechos que resulten de la prueba, asumir la calificación jurídica que estime correcta e imponer la pena que, en función de ello, corresponda.

Pero, en segundo lugar, incluso la limitación de la gravedad del tipo penal no es insuperable. Si el órgano jurisdiccional ejercita la potestad que le confiere el art. 733 LECRIM y pone a debate el tipo penal distinto y más gravemente penado que el sostenido por las partes acusadoras, la sentencia puede pronunciarse sobre el mismo, aunque ninguna parte acusadora lo haya asumido (art. 851.4.º LECRIM).

La interpretación del art. 733 LECRIM en función del art. 851.4.º LECRIM condujo a limitar en exceso (sólo para apreciar un delito más grave) el ámbito de aplicación de la técnica dispuesta en aquel artículo con la finalidad de promover la contradicción sobre toda cuestión relevante para la sentencia. Esto ha sido corregido por una línea jurisprudencial iniciada por la STS 4 de noviembre de 1986, que ha extendido el deber de aplicación a otros casos: apreciación de agravantes, de otras formas de participación, de tipos de delito distintos aún no más graves, de cualquier elemento inculpatario o agravatorio e, incluso, a la posibilidad de no apreciar un elemento favorable al acusado que hubiera sido alegado por alguna de las partes.

En el proceso abreviado la solución es distinta, porque el art. 794.3 LECRIM dispone que «la sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones».

De entrada la limitación a la potestad de resolver ya no viene puesta en el delito más grave, sino en la pena más grave de las pedidas por los acusadores.

Consecuentemente tampoco cabrá entender autorizado que el tribunal aprecie ningún elemento agravatorio no alegado por los acusadores. Pero además el órgano jurisdiccional no puede desvincularse en modo alguno de esa limitación. El art. 793.6 y 7 LECRIM no autoriza al juzgador a resolver en la sentencia sobre planteamientos eventualmente agravatorios que hubiera sometido a discusión, salvo que hubieran sido asumidos por algún acusador en conclusiones definitivas. Basta comparar los arts. 794.3 y 851.4.º LECRIM: el primero no hace salvedad del caso de haberse sometido a debate la tesis agravatoria.

En el proceso ordinario tiende a imponerse la opinión de que es necesario que algún acusador asuma la tesis propuesta por el tribunal para que éste pueda válidamente resolver sobre la misma. Por vía interpretativa, el régimen de la correlación en el proceso ordinario se ha aproximado al del proceso abreviado.

La reinterpretación judicial de la correlación en el proceso ordinario ha supuesto un parcial perfeccionamiento de la tutela de la contradicción respecto a las cuestiones relevantes para la sentencia. Aún es insuficiente en ese sentido, a diferencia de la más perfecta regulación establecida en las normas del proceso abreviado⁴³.

Pero el establecimiento, por vía jurisprudencial o mediante reforma legal, de una vinculación de la potestad de resolver por las peticiones de los acusadores tan estrecha como la que se ha expuesto, no me parece que viniera impuesto por ningún precepto constitucional, en particular por el que requiere la imparcialidad de los jueces.

La cuestión básica es la siguiente: ¿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 perjuicio, 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 perjuicio, si se reconoce al juzgador el poder de determinar de oficio cuáles 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 cuáles 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

⁴³ Véase *infra* apartado 12 de esta ponencia.

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.⁴⁴

La realización jurisdiccional del Derecho penal no se ha entendido, en nuestro ordenamiento -y no sólo en él-,⁴⁵ hasta ahora, de ese modo. Pero si así tuviera que 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.⁴⁶ Ahora bien ese reconocimiento no ha conducido a excluir de un modo absoluto estos poderes del Juez

⁴⁴ 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; JAUERNIG, 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.

⁴⁵ Para lo que ocurre en Derecho alemán basta remitirse a los párrafos 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*, 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 proceso 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).

⁴⁶ LIEBMAN, E.T., *Fondamento 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 Revista de Derecho Privado, 1979, p. 811.

en los procesos civil, laboral y administrativo,⁴⁷ 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.⁴⁸

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 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 necesario 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)⁴⁹

En Derecho español, 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. 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.⁵⁰

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

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Sobre la solución del Código Italiano ILLUMINATI, G., *Giudizio*, p. 367; AMODIO, *Il modelo accusatorio nel nuovo Codice*, cit., p. XXXVII.

⁵⁰ Como dice el art. 368.2 del Código portugués para formar la sentencia se someten a deliberación y votación a los hechos alegados por la acusación y la defensa, así como *los que resultaren de la discusión de la causa, relevantes...*»

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 exculpatorios 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.

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.

Parece que el restablecimiento de una solución lógica y coherente de una cuestión tan fundamental como ésta pasa por excluir al máximo los poderes oficiales del juzgador de intervenir en la actividad probatoria del juicio oral y en esa dirección se están produciendo ya reflexiones en la doctrina y en la práctica española⁵¹

⁵¹ DÍAZ CABIALE, *Principios de aportación de parte y acusatorio*, cit., pp. 191-398; SAAVEDRA RUIZ, J., *La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral*, en “Cuestiones de Derecho Procesal Penal”, Madrid, 1994, pp. 13-38.

10.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD PARA LA ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL O EXCEPCIONES EN FAVOR DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. EL PROBLEMA EN DERECHO ESPAÑOL: UN RECONOCIMIENTO VERGONZANTE DE LA OPORTUNIDAD.

El principio de legalidad significa que la incoación del proceso penal es un deber de ciertos órganos a la vista de todo hecho que revista caracteres de delito. Como tal puede coexistir con el principio inquisitivo -recayendo entonces el citado deber sobre el órgano jurisdiccional- y con el principio acusatorio formal. En combinación con este último el principio de legalidad supone que el Ministerio Fiscal tiene el deber de ejercitar la acción penal y mantenerla cuando estime que un hecho reviste caracteres de delito y en tanto en cuanto, por los resultados de la investigación, continúe estimándolo así⁵².

El principio de legalidad se contrapone al principio de oportunidad, según el cual el órgano de la acusación dispondría de una esfera de discrecionalidad para valorar la conveniencia de ejercitar la acusación en determinados supuestos, que el legislador delimitaría en atención a consideraciones vinculadas a la finalidad preventiva de la pena o -en caso de infracciones leves- a la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y a la eficacia general del sistema penal⁵³. Con este ámbito de discrecionalidad no han de confundirse las facultades del Ministerio Fiscal para apreciar la concurrencia de los elementos de hecho y de derecho de los que depende el ejercicio y el mantenimiento de la acción a tenor del propio principio de legalidad: aquel juicio de discrecionalidad influye precisamente después de que los hechos sean considerados perseguibles de acuerdo con los presupuestos estrictos de la ley⁵⁴.

En Derecho español la actuación del Ministerio Fiscal está sin excepciones regida por el principio de legalidad⁵⁵. En cuanto el Ministerio Fiscal puede errar e la apreciación de las circunstancias de las que depende el ejercicio de la acción y no ejercitarla, e incluso dejarse influir por consideraciones ajenas al principio de legalidad, la acción popular supone una redoblada protección de la efectividad del principio. Incluso se podría afirmar que el principio está constitucionalizado, como rector de la actividad del Ministerio Fiscal, por el artículo 124. 2 CE (“...con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”). En ese artículo principio de legalidad no puede ser entendido de un modo que se confunda con la garantía de determinación por ley de los delitos y las penas, porque esa garantía ya está separadamente establecida por el artículo 25. 1 CE.

Se producen en Derecho español excepciones al principio de legalidad, aunque no en el sentido de que el Ministerio Fiscal pueda actuar en esos casos con arreglo al

⁵² SCHMIDT, E., *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zur Gerichtsverfassungsgesetz*, I, Göttingen, 1964, pp. 216-217; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, München, 1980, pp. 62-63; SCHÄFER, *Strafprozessrecht*, pp. 231-234; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, p.526.

⁵³ SCHMIDT, *Lehrkommentar*, I, pp. 219-222; ROXIN, obra y lugar citados en la nota inmediatamente anterior; PETERS, K., *Strafprozess*, Heidelberg-Karlsruhe, 1981, pp. 161-167; GÓMEZ ORBANEJA, obra y lugar citados en la nota inmediatamente anterior.

⁵⁴ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, p. 528.

⁵⁵ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, pp. 506-524, 527-528; GIMENO, *Fundamentos*, pp. 199-201..

principio de oportunidad, sino en el de que una persona u órgano distinto al Ministerio Fiscal tienen la facultad o potestad de crear con un acto suyo un presupuesto procesal condicionante de la persecución del delito. Pero, constituido por ese acto el presupuesto para la acusación, ésta se rige, lo mismo que en los delitos no condicionados, por el principio de legalidad⁵⁶

Estas tesis continúan siendo fundadas después de la entrada en vigor del nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), con una mínima excepción en favor del principio de oportunidad. Como dice Gómez Colomer “el CP de 1995 introduce una única norma que significa ejercicio del principio de oportunidad por el Ministerio Fiscal aplicado a la no perseguibilidad de un delito, que es novedad en nuestro Derecho, dado que hasta la fecha la no perseguibilidad estaba (y sigue estando como acabamos de ver) fundamentalmente en manos del ofendido. Se trata, en efecto, del delito de amenazas, cuando consista en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito (amenaza condicional, denominada comúnmente chantaje) en cuyo caso “el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiera amenazado,...”(art. 171.3 CP)”⁵⁷.

Una parte de la doctrina española postula el reconocimiento de más amplias excepciones en favor del principio de oportunidad, combinadas con un tratamiento no estrictamente penal de ciertas conductas⁵⁸. Por otra parte se ha apuntado que el principio de legalidad resulta en buena medida quebrantado de hecho, mediante una desviación del ejercicio de las facultades para la simple constatación de los hechos a los efectos de concretar el deber de acusar, ejercicio que prácticamente se dejaría influir por consideraciones de oportunidad⁵⁹.

A esta última situación no es ajeno el propio legislador que, por un lado, teme implantar de modo expreso y claro excepciones al principio de legalidad, y, por otro, establece regulaciones que no sólo no son adecuadas para impedir la oportunidad de hecho en las decisiones sobre la acusación del Ministerio Fiscal, sino que incluso parecen querer fomentarla.

En este sentido, debo recordar, en primer término, la vinculación del juzgador - innecesaria para preservar su imparcialidad- respecto a la calificación jurídica del acusador y a la incidencia de ésta sobre la pena concreta, que acabamos de tratar en el apartado 9 de esta ponencia.

En segundo lugar, un aspecto del régimen de la conformidad del acusado con la acusación, que fue reformado de manera muy llamativa por la ley que introdujo el denominado proceso abreviado⁶⁰. En uno de los artículos redactados por esa ley (el art.

⁵⁶ GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, II, pp. 530-548.

⁵⁷ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Constitución y proceso penal*, Madrid, 1996, pp. 133-134 y pp. 118-129 para los supuestos en que la acusación depende de la decisión del ofendido.

⁵⁸ Véase *supra* apartado 6 de esta ponencia y, con amplia información, BARONA VILAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994.

⁵⁹ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos*, pp. 195-197; VOLKMANN-SCHLUCK, Th., *Der spanische Strafprozess zwischen Inquisitions- und Parteiverfahren*, Baden-Baden, 1979, pp. 43-45.

⁶⁰ También críticamente sobre esta materia DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la conformidad del imputado y la “negociación” de la sentencia en el proceso penal español*, en

793.3, párrafo primero LECRIM) se introduce un precepto 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.

11.- PERFECCIONAMIENTO DE LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN: A) EXTENSIÓN DEL MISMO A LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN PREVIA Y APLICACIÓN REFORZADA EN LAS ACTUACIONES DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

Era característico de los ordenamientos procesales penales ajustados al sistema llamado mixto excluir o reducir en gran medida la aplicación del principio de contradicción durante la instrucción previa.

Ciertamente los actos que integran la instrucción previa pueden desarrollarse de oficio por el juez de instrucción, sin necesidad de que se inste su realización por las partes (excepción hecha de la iniciación, cuando dependa de querrela o denuncia y de la declaración de responsabilidad civil de tercera persona -art. 615 LECRIM-). Sin embargo, ya desde la primera redacción de LECRIM, se introdujo limitadamente en el sumario la técnica de la contradicción, reconociéndose a las partes posibilidades de participación en el desarrollo del procedimiento.

La amplia introducción de esa técnica es debida a la reforma de LECRIM por Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que, especialmente, aproximó al imputado -parte antes

“Revista jurídica de la Región de Murcia”, 1991, número 13, pp. 11-28; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Oportunidad y conformidad*, en “Los principios del proceso penal”, Madrid, 1992, pp. 29-50. Lo que expongo en el texto procede de mi trabajo *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, en Justicia, 1989, pp. 559-560.

sometida a las mayores restricciones de participación- a la posición de las demás partes. Esa ley vino a anticipar una regulación ajustada al art. 24 CE. Estableció el derecho de las partes a tomar conocimiento de las actuaciones, a proponer la práctica de diligencias y a intervenir en la práctica de las mismas.

En efecto, por un lado, las partes acusadoras ponen en juego en la instrucción previa el derecho a la tutela judicial efectiva, que se satisface con la resolución judicial sobre prosecución del proceso. Han de poder participar para influir en esa resolución, lo que requiere posibilidad de proponer actos de investigación y de intervenir en su práctica con el objetivo de demostrar la probabilidad del fundamento de la acusación, probabilidad que depende del sentido positivo de aquella resolución (y así el Tribunal Constitucional ha afirmado que también asisten a los acusadores en esta fase los derechos del art. 24.2; S TC 1/1985, de 9 de enero)

Respecto al imputado, el reconocimiento del derecho de defensa y de especificaciones del mismo se hace en el art. 24 de la Constitución sin limitarlo a fases determinadas del proceso. Resultaba necesaria en la LECRIM una norma como la del art. 118, que reconoce el derecho de defensa desde el momento de la imputación.

Efectivamente, la investigación que se desarrolla en la fase previa del proceso penal 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 para excluir las acusaciones infundadas. 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.

El último progreso en la vigencia del principio de contradicción respecto actuaciones que, principalmente, se realizan en la etapa instructoria, se ha producido por la Ley del Jurado de 1995, con unas disposiciones aplicables no sólo en el proceso ante el Jurado, sino siempre que se deba resolver, en cualquier proceso penal, sobre la adopción de la medida cautelar de prisión provisional o sobre la agravación de las condiciones de la libertad provisional.

Antes de esa reforma me había referido críticamente “a que en ningún caso hay contradicción previa a la resolución sobre la medida, lo que en general se intenta justificar en la preservación de la efectividad de aquélla, que necesita urgencia y sorpresa. No siempre esta justificación es real: la resolución sobre prisión o libertad provisional respecto a un imputado detenido, podría, sin problemas de efectividad, ser precedida de un debate contradictorio simplificado, para un mayor respeto al derecho de defensa. La contradicción diferida a instancia del sujeto pasivo de la medida, sólo se instrumenta como un incidente de oposición en el caso de medidas cautelares adoptadas frente a tercero responsable civil (arts. 616-618). En los restantes casos tiene que encauzarse a través de los recursos admisibles contra la resolución de adopción de la medida. La ampliación, en estos casos, de los actos de investigación cuyo resultado fuera relevante para resolver, habrá de intentarla el recurrente mediante el ejercicio de sus facultades de intervención en el procedimiento preliminar, y no siempre será fácil

que el resultado de estos actos se incorpore a los materiales para la decisión del recurso.”⁶¹

Después de la reforma de LECRIM por la Ley del Jurado, con carácter previo a la adopción -o a la modificación agravatoria- de las medidas de prisión o libertad provisionales es preceptiva una previa comparecencia con práctica de medios de acreditamiento y formulación de alegaciones (arts. 504 bis 2, III, 539, III LECRIM). Este régimen no supone riesgo para la efectividad de las medidas, porque o bien el imputado se halla temporalmente en situación de detención, o bien el juez de instrucción puede acordar las medidas en caso de riesgo de fuga y establecer la contradicción *a posteriori* (arts. 504 bis, 2, IV, 539, IV LECRIM).

12.- B) EN EL JUICIO ORAL: GARANTÍA DE LA EXCLUSIVA ATENDIBILIDAD DE LA PRUEBA PRACTICADA CON CONTRADICCIÓN; GARANTÍA DE LA CONTRADICCIÓN EN LOS SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN DE LA ACUSACIÓN.

También en la etapa de juicio oral se han producido, en los últimos tiempos, progresos importantes hacia una más plena vigencia del principio de contradicción. Sin duda las dos muestras más significativas son las que se citan en el epígrafe.

a) 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 qué 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 dicho presupuesto en caso de recurso (*scilicet*) de amparo» (S TC 113/1980, de 31 de agosto).

Pero esta proposición abría otro interrogante: ¿Qué constituye prueba en un proceso como el penal, en el que, previamente a la actividad que estrictamente conocemos como prueba, tiene lugar una actividad de averiguación y comprobación de hechos, realizada en gran medida por órganos jurisdiccionales y, en lo demás, por otros órganos de poderes públicos, cuya documentación podría servir materialmente para formar la convicción?

Queda así nuevamente planteado el viejo problema de la eficacia probatoria de la investigación sumarial y de otras investigaciones desarrolladas en la instrucción previa.

Ese problema estaba -y sigue estando- resuelto en la LECRIM de un modo esencialmente correcto: no se reconoce eficacia probatoria a la documentación de esas investigaciones como regla general, aunque sí como excepción en casos determinados. La rutina histórica y algunos defectos de la LECRIM (foma de la motivación de la sentencia e insuficiencia de los motivos de casación para preservar este aspecto tan básico del sistema) permitió, sin embargo, una práctica forense totalmente divergente

⁶¹ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN, Barcelona, 1993, p. 552.

de la ordenación legal. La utilización del sumario e, incluso, de las investigaciones policiales se producía "en la práctica por la fuerza de la propia lógica, que es más potente que todos los formalismos" (Quintano Ripollés)⁶².

La jurisprudencia constitucional sobre el principio de presunción de inocencia ha impulsado nuevamente una correcta interpretación del sistema de la LECRIM en este punto y, en los extremos que veremos, ha introducido alguna novedad en él, por mor de una interpretación conforme a la Constitución⁶³.

Que prueba sea, primera y principalmente, la practicada en el juicio oral, no es sólo el resultado de una fácil interpretación literal del art. 741, sino que está avalado por el conjunto de principios y normas que inspiran y rigen la actividad probatoria en un proceso penal y viene impuesto por preceptos constitucionales.

En cuanto a lo primero: el sistema de oralidad requiere que así se entienda, pues en otro caso fallaría, especialmente, el principio de inmediación, que es importante para una adecuada libre valoración de las pruebas. Sólo de este modo la producción de la prueba se somete a la plena vigencia del principio de contradicción y se pueden obtener de los medios de la misma todos los datos que las partes y el juzgador estimen convenientes en vista del objeto de la prueba, que tiene que estar determinado en el momento del juicio.

Para la segunda justificación aludida, el TC ha hecho notar el valor que al sistema de oralidad ha venido a otorgarle el reconocimiento constitucional del art. 120.1 y 2 CE (S TC 137/1988, de 7 de julio), y la importancia de la práctica de la prueba testifical en el juicio oral, a la vista de los arts. 6.3, CEDH y 14.3 e, PIDCP -art. 10.2 CE- (S TC 101/1985, de 4 de octubre). También queda involucrado en este asunto el derecho a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 CE).

Pero además en los supuestos en que, como excepción a esa regla general, puede ser necesario admitir como elementos de convicción para fundar la sentencia algunos no consistentes en pruebas practicadas en el juicio, el Tribunal Constitucional ha considerado necesario que, en la realización del acto de investigación que se quiera utilizar, se hayan observado las garantías necesarias para la defensa (SS TC 80/1986, de 17 de junio; 182/1989, de 3 de noviembre; 217/1989, de 21 de diciembre). En este aspecto el TC ha innovado el régimen del art. 730 con una interpretación conforme a la CE. Se requiere, pues, que, como mínimo, se haya dado la posibilidad de intervención que establece la LECRIM para los actos del procedimiento preliminar.

b) Explicaba *supra* en el apartado 9 de esta ponencia, que la interpretación que una reciente jurisprudencia hace de las disposiciones de LECRIM rectoras de la correlación entre acusación y sentencia como límite de la potestad de resolver, suponía -fuera de otras consecuencias que estimo criticables- un parcial perfeccionamiento de la

⁶² QUINTANO RIPOLLES, A., *Grundsätze und Methode der Beweiserhebung im spanischen Strafprozess*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1960, p.631.

⁶³ Para una exposición general ORTELLS (con MONTERO, GÓMEZ COLOMER, MONTÓN), *Derecho Jurisdiccional*, III, pp. 322-335. Monográficamente VEGAS TORRES, J., *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, *passim*.

contradicción procesal, por haber ampliado los supuestos en los que una tesis de calificación jurídica distinta a la inicialmente sostenida por los acusadores, debe ser sometida a debate para que el juzgador pueda, válidamente, sentenciar a tenor de la misma.

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...»),⁶⁴ 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 LECRIM 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 LECRIM) y que se acomodarán a ella los informes (art. 737 LECRIM).

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 LECRIM. Y, partiendo de ese error, al menos una de las orientaciones de esa nueva jurisprudencia 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.

Ordinariamente 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 LECRIM)- las iniciales calificaciones provisionales. Los problemas son, en primer lugar, dónde están los límites de la

⁶⁴ 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 RDPPro, 1946, p. 129; ORTELLS, *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, en Justicia 1989, p. 554.

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 podrían 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 complementaria⁶⁵), 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 *Codigo do 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 de escrito de acusación relativo a las penas que corresponden a los acusados) 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 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

⁶⁵ 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.

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 oral⁶⁶ 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, resuelven 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 alternativas⁶⁷ 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. 728⁶⁸ y ciertamente tiene excepciones, pero no tan amplias como sería necesario, según veremos a continuación.

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 únicamente el ajuste de las calificaciones definitivas al resultado de las pruebas practicadas.

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.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, MONTERO, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1979, pp. 216-266.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Véase mi *Derecho jurisdiccional*, III, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER Y MONTÓN, p. 340.

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 también en el español, 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.⁶⁹

El nuevo *Código do processo 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 éste 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

⁶⁹ GOLLWITZER, M., en LOWE-ROSENBERG *Die Strafprozessordnung und die Gerichtsverfassungsgesetz*, III, Berlín-New York, 1987, marg 102 del comentario del art. 244.

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 al ordenamiento español, el art. 793.7 LECRIM, 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.⁷⁰ 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.

13.- PRINCIPIOS SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: A) RECTIFICACIÓN DE CONCEPCIONES ERRÓNEAS DEL PRINCIPIO DE LIBRE VALORACIÓN.

La valoración de la prueba -es decir: la determinación de la eficacia de sus resultados en orden a establecer los hechos en la sentencia- se somete inequívocamente en el proceso penal al principio de libre valoración. El fundamento normativo es muy claro. Para el art. 741, I LECRIM, el tribunal "apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio,... dictará sentencia...". Específicamente respecto a la prueba testifical dispone el art. 717 LECRIM que será apreciable "según las reglas del criterio racional". No subsiste, en realidad, ninguna manifestación del sistema de la prueba legal.

Libre valoración de la prueba significa que la determinación de su eficacia para fijar los hechos no está sometida a normas jurídicas, sino que ha de realizarse con sujeción a los criterios que ordinariamente rigen la formación del razonamiento humano

Pero el sistema de libre apreciación de la prueba ha sufrido con frecuencia desviaciones de su correcta comprensión. Una primera desviación es la que confunde ese sistema con una inexistente autorización al juzgador de valorar cualquier medio de información sobre los hechos, prescindiendo de cualquier requisito jurídico sobre el modo de su obtención.

Se ha dicho en este sentido que, como el art. 741 LECRIM alude 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

⁷⁰ ORTELLS, *El nuevo procedimiento penal abreviado*, cit. p. 554.

materias probatorias, para llegar a una convicción de la verdad material" (Quintano Ripollés)⁷¹.

Esta concepción confunde la libertad de vínculos jurídicos en la valoración de la prueba, con una inexistente libertad de vínculos de esa misma naturaleza a la hora de determinar qué constituye prueba. Qué tiene naturaleza de prueba está determinado por las normas. Cómo ha de valorarse o apreciarse esa prueba es actividad judicial que se realiza después, y sólo sobre lo que tenga naturaleza de prueba. Esta actividad es la no sometida a normas jurídicas.

Precisamente una correcta libre valoración precisa partir de la forma legal generalmente establecida para la práctica de la prueba; hay una relación entre oralidad y libre valoración. Así, se decía en un texto de trabajos prelegislativos de nuestro siglo XIX: "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."⁷²

Otra interpretación incorrecta -aunque al menos ya no contunde la libertad de valoración con la libertad sobre lo que puede ser valorado- es la que entiende la libertad de valoración como no sujeción a criterio alguno, no sólo a criterios establecidos legalmente, sino ni siquiera a los de un raciocinio correcto, lo cual tendría, como ineludibles consecuencias, la ausencia de toda explicación de la valoración realizada y también de un posterior control de la misma.

Una formulación extrema de esa concepción la encontramos en esta sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de febrero de 1978 cuando dice: «el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencia de valoración tasada o predeterminada por la Ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder al análisis y a la consecutiva ponderación, con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial".

Este modo de entender la libre valoración empieza por estar en desacuerdo con las bases culturales de la misma. La valoración legal elevaba ciertos criterios abstractos a la calidad de normas jurídicas sobre determinación de la verdad (número de testigos que declaren en determinado sentido; condición personal de los testigos). El sistema de libre valoración supuso frente a esto precisamente una reacción de racionalidad, ligada al auge de las ciencias experimentales. Para el conocimiento de hechos concretos no es adecuado un razonamiento dogmático-deductivo, sino un método empírico-inductivo, basado en la observación de la realidad y que procede formulando y comprobando hipótesis para llegar a conclusiones razonablemente seguras.

La concepción expuesta más arriba no sería compaginable con el significado más genérico de la potestad de juzgar, que el art. 117.3 CE atribuye a los órganos

⁷¹ QUINTANO RIPOLLES, *Grundsätze und Methode*, p.649.

⁷² Apéndice III a la *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1871, tomo 39, pp. 137-138.

jurisdiccionales, consistente en una operación racional que no sólo tiene por objeto las normas jurídicas, sino también los hechos a los que se aplican. Sería también contraria a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 10.3 CE), en cuanto podría legitimar una irracional elección del caso concreto al que debe aplicarse la norma penal.

Esta desviación ha sido en parte favorecida por la expresión usada en el art. 741 LECRIM de que las pruebas se apreciarán en conciencia, como una especie de operación intelectual racionalmente inaprehensible. Pero también puede entenderse que apreciar en conciencia significa hacerlo «escrupulosamente, ponderadamente, con la debida atención y juiciosamente, ya que sólo así se puede ser un juez de conciencia» (Vázquez Sotelo)⁷³. Por otro lado, al referirse al art. 717 LECRIM al valor de ciertas declaraciones testificales dispone que serán apreciables, como todas esas declaraciones, "según las reglas del criterio racional".

De esas reglas del criterio racional (máximas de la experiencia, en otra denominación), que pueden ser genéricas, y hallarse al alcance de una persona del nivel cultural del juez o especializadas, aportándose entonces a través de los peritos, ha de hacer uso el juzgador en dos momentos de la formación del juicio sobre la cuestión del hecho:

1º) Al valorar cada medio de prueba singularmente considerado, para determinar la credibilidad que pueda atribuirse a los resultados que ha arrojado su práctica.

2º) En la construcción de las presunciones judiciales, puesto que entre los hechos-indicio, que han debido quedar probados, y los hechos inmediatamente relevantes para la aplicación de las normas penales, ha de mediar una relación precisa concebida según las reglas del criterio racional.

14.- B) VALORACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA Y MOTIVACIÓN DEL JUICIO DE HECHO DE LA SENTENCIA.

Relacionado con el principio de libre valoración de la prueba, pero no confundido con él, está el deber de exteriorizar el razonamiento judicial conducente a la resolución sobre la cuestión de hecho. Ese deber y su extensión depende de las normas rectoras de la motivación de la sentencia.

El art. 1203 CE ha constitucionalizado el deber de motivación de las sentencias que ya estaba establecido en las leyes ordinarias. Además, el TC ha vinculado el derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE) con el deber de motivación, en el sentido de que el objeto de aquel derecho es una resolución, favorable o adversa, pero fundada en Derecho. De ese modo, la motivación pasa a formar parte del contenido esencial de aquel derecho fundamental.

Desde tiempo, sin embargo, ha dejado de cuestionarse la motivación en sí y ha pasado a ser objeto de atención el modo y la extensión que debe tener la misma.

⁷³ La frase citada procede de VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e intima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984.

La sentencia contiene juicios sobre hechos y juicios de derecho. La motivación debe referirse a ambos, pero el principal problema se suscita respecto a los primeros.

En síntesis, el régimen de la motivación del juicio sobre los hechos requiere que en la sentencia se enuncien los hechos concretos (y jurídicamente relevantes) que el juzgador considera ciertos, de los que está convencido (la llamada “declaración de hechos probados”). Esa enunciación debe ser clara y no contradictoria, terminante y no dubitativa, dotada de riqueza descriptiva de los hechos en vez de sustituir la descripción por valoraciones de esos hechos.

Ahora bien, ese contenido de la motivación fáctica resulta insuficiente. No permite que las partes, otro órgano jurisdiccional y el público, conozcan las razones en virtud de las cuales el juzgador ha alcanzado la convicción sobre «esos hechos probados».

El art. 142 LECRIM no dispone, de manera expresa, que se motive la valoración de la prueba. Pero en modo alguno puede entenderse que la prohíba. Siempre que se respete la declaración separada de hechos probados, explicar las razones que condujeron a la misma no es disfuncional respecto a un recurso como la casación e incluso resulta adecuado para impugnaciones como la apelación (que permiten un pleno control del juicio de hecho). En fin, cabría pensar que el deber constitucional de motivación y la razón de ser del mismo, imponen que la motivación tenga ese alcance.

En la práctica no se ha llegado tan lejos. Pero, de una manera matizada y por vías diferentes, exponer las razones de la convicción se ha establecido como preceptivo en las siguientes circunstancias:

1.^a) Cuando la conclusión probatoria sea contradictoria con el resultado de pruebas documentales, porque el motivo de casación del art. 849.2.º LECRIM (que no puede interpretarse como garantizador de una inexistente prueba legal) obliga indirectamente a explicar por qué se han considerado más fiables «otros elementos probatorios».

2.^a) Cuando la declaración de hechos probados se funde no en pruebas directas, sino en una presunción judicial. El TC -en la jurisprudencia sobre tutela del derecho a la presunción de inocencia- ha entendido que la mínima actividad probatoria en este caso, dado que no puede consistir en la práctica material de un medio de prueba, se resuelve en la necesidad de que el juzgador exprese el razonamiento en virtud del cual ha pasado de los hechos-indicio (probados) a los hechos presuntos, porque es éste el único modo de comprobar si hay una verdadera prueba por presunciones o simples conjeturas o sospechas.

3.^a) En el caso de hechos probados como consecuencia de pruebas directas, la motivación exigiría que se enunciara en la sentencia cuáles han sido esas pruebas y cuál su resultado (qué ha declarado el testigo, qué ha informado el perito, etc.) y que se expusiera por qué se ha dado o no crédito al mismo. A lo último, sin embargo, no suele llegarse. Sin embargo, en los casos de pruebas directas contradictorias o de rechazo del resultado de una prueba directa, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) parece requerir un razonamiento justificativo de la opción hecha por el juzgador.

SOBRE LA INSTRUCCIÓN PREVIA EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL JURADO (*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. LA INICIACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL JURADO.— III. LA DETERMINACIÓN DE LA ACUSACIÓN Y EL RÉGIMEN DE SU ADMISIBILIDAD.— IV. EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA FORMACIÓN DEL "MATERIAL DE CONVICCIÓN" (DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN) EN EL QUE HAN DE FUNDAMENTARSE LAS RESOLUCIONES DE APERTURA DEL JUICIO ORAL O SOBRESEIMIENTO Y RELATIVAS A OTRAS CUESTIONES.— V. UN RÉGIMEN PROCEDIMENTAL PARA LA INSTRUCCIÓN COMPLEMENTARIA. NORMAS DIRIGIDAS A LA AGILIZACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN Y LÍMITES DE ESE OBJETIVO.

(*) Publicado en *Tribunales de Justicia*, número 2, febrero 1998, pp. 165-172.

I.—INTRODUCCIÓN.

El legislador ha entendido que debía introducir un régimen especial, aunque sólo parcialmente, de la instrucción previa al establecer la regulación del procedimiento ante el jurado.

Un régimen especial de la instrucción no es necesario por la razón de que, posteriormente, el juicio oral se celebrará ante el jurado. Otra cosa es que haya muchas razones de política legislativa para reformar la instrucción previa en el proceso penal español. En efecto, en este momento están en crisis aspectos tan fundamentales del régimen de la instrucción previa como el modo de realizar la imputación y los poderes del juez al respecto, a quién (juez, ministerio fiscal o policía judicial) se atribuye la competencia para practicar los actos de investigación que integran la instrucción previa y también las técnicas para reducir las dilaciones indebidas en esta etapa del proceso. Tal vez el legislador no haya querido dejar pasar la oportunidad que le brindaba la Ley del jurado para dejar muestras de sus criterios sobre estos aspectos.

Si la intención del legislador era la última, el resultado ha sido deplorable.

Los artículos 24 al 29 de la Ley del jurado no regulan de modo completo una instrucción previa. Esa regulación completa habrá que determinarla atendiendo al precepto sobre normas supletorias que establece el art. 24.2 LJ: "La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal será supletoria en lo que no se oponga a los preceptos de la presente Ley".

Pero la LECRIM no tiene un único grupo normativo que pueda recibir esa remisión. Tiene dos: el que regula la instrucción del procedimiento ordinario y el que, de modo incompleto, rige la del procedimiento abreviado. Y son importantes las diferencias entre ambos regímenes.

A mi juicio el grupo normativo supletorio debe determinarse -ciertamente después de apreciar la laguna de la Ley del jurado en cierta materia- atendiendo a las normas que establecen su ámbito de aplicación. En consecuencia, si se considera lo dispuesto en el art. 780, I LECRIM y la penalidad prevista para los delitos enjuiciables por el jurado, los grupos normativos supletorios pueden ser distintos.

Tal vez en la práctica se acabe imponiendo un criterio más simplificador, que sustente la aplicación supletoria sólo de las normas del ordinario o sólo de las del abreviado.

Cualquiera sea la solución que predomine, será cierto que esta nueva intervención legislativa en el régimen de la instrucción previa no ha contribuido a restablecer un adecuado grado de seguridad jurídica en esa etapa procesal, sino más bien al contrario.

II.—LA INICIACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA DEL PROCEDIMIENTO ANTE EL JURADO.

Según el art. 24.1 LJ la incoación del procedimiento ante el jurado depende de estos dos presupuestos:

a) Verosimilitud de un delito cuyo enjuiciamiento esté atribuido al jurado y que esté descrito en una denuncia, en una querrela o sea conocido como resultado de cualquier actuación procesal.

b) Verosimilitud de la atribución subjetiva de ese delito a una persona o unas personas determinadas.

Antes de la nueva redacción que dio al ap. 1 del art. 24 la LO 8/1995, de 16 de noviembre, que reformó la LJ, había razones para dudar sobre el significado de la exigencia de verosimilitud. Podía entenderse en el sentido de que el hecho en sí y su atribución subjetiva aparecieran como racionalmente posibles. O bien, dando un paso más, en el sentido de que debía concurrir algún grado de probabilidad en la existencia del hecho y en su atribución subjetiva, grado de probabilidad que sólo puede derivar de una previa actividad de investigación aunque sea mínima.

El art. 24.1 -en su antigua redacción- inclinaba por lo segundo, puesto que imponía al juez de instrucción el deber previo de confirmar la verosimilitud. Aunque la expresión confirmar es ambigua en el contexto, parecía significar que no debía bastar que el juez estimara verosímiles ciertos datos, sino que debía hacer alguna comprobación que confirmara su juicio.

Sin embargo los arts. 309 bis y 789.3 LECRIM, reformados por la propia Ley del jurado, más por un afán "didáctico" de relacionar aquella Ley con ésta, que por una necesidad normativa, no hacían -ni hacen ahora- ninguna mención a la verosimilitud, ni a su confirmación, sino que se limitan a disponer la incoación de la instrucción para juicio ante jurado si de la denuncia, querrela u otra actuación resultaren los delitos correspondientes atribuidos a persona determinada.

La nueva redacción del art. 24.1 LJ, que ya no habla de "previa confirmación", sino de "previa valoración de su verosimilitud", permite inclinarse por la interpretación de que en cuanto a la constatación de hecho, basta que el juez aprecie que los hechos que transmite la denuncia o la querrela o que se derivan de otra actuación procesal son verosímiles, sin que sea necesario que realice una investigación para concluir que, además de verosímiles, son probables, para, sólo entonces, dictar auto de incoación de procedimiento para ante el jurado.

En definitiva, en cuanto a la constatación de hecho, el juicio a realizar para la incoación es similar al que influye para la admisión de una denuncia según el art. 269 LECRIM: que los hechos no sean manifiestamente falsos.

Se habrá observado, por otra parte, que la resolución de adecuación del procedimiento que determina que lo es la especial instrucción que precede a un juicio oral ante jurado, tiene una importante especialidad en su presupuesto: la necesidad de que exista una atribución subjetiva verosímil del hecho delictivo a persona o personas determinadas. No hay incoación de una instrucción previa a juicio oral ante el jurado *in incertam personam*.

En relación con esa especialidad resulta también lo siguiente: si tiene la condición de aforado la persona frente a la cual se hace la atribución subjetiva del hecho (supuesto posible atendido el art. 1.3 LJ), previamente a incoar frente a ella la instrucción, habrá que obtener el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, porque esa incoación implica cierta aceptación judicial de una imputación. La citación a la comparecencia, uno de los primeros efectos de la resolución de incoación, se le hace a cierta o ciertas personas en calidad de imputados (art. 25.1 LJ).

La eficacia jurídica de la resolución de incoación, que puede ser dictada ab initio de toda actividad procesal o determinando la transformación de un procedimiento de otra clase anteriormente seguido, consiste, en términos generales, en que la actividad procesal deberá acomodarse a las disposiciones específicas de la Ley del jurado y solo supletoriamente a las de LECRIM (art. 24 LJ), y, de modo más específico, en que el juez de instrucción deberá señalar la primera comparecencia instructoria y citar a la misma al imputado, al ministerio fiscal y a otros personados o legitimados para personarse (art. 25.1 LJ).

Sobre los objetos de esa comparecencia y otras vicisitudes de esta especial instrucción previa trato en los apartados siguientes.

III.—LA DETERMINACIÓN DE LA ACUSACIÓN Y EL RÉGIMEN DE SU ADMISIBILIDAD.

Una de las funciones del procedimiento preliminar (instrucción previa) es la de que se resuelva sobre la admisibilidad del juicio oral por cierto hecho y frente a cierta persona. De otro modo: en el procedimiento preliminar se resuelve sobre la admisibilidad de la acusación que, como es lógico, ha de ser previamente concretada en ese procedimiento para ser, después, objeto de la valoración de admisibilidad.

Es sabido, por otra parte, que el cumplimiento de esta función no se alcanza solamente con el hecho de que exista un acusado determinado. Esto es, ciertamente, imprescindible, porque es absurdo realizar un juicio oral frente a persona incierta. Pero más allá de esta exigencia estructural del proceso, nuestro ordenamiento procesal penal ha requerido y sigue requiriendo que, para que pueda abrirse juicio por un hecho y frente a una persona determinada, un órgano jurisdiccional considere, sobre la base de las diligencias de investigación, probable ese hecho y probable la responsabilidad de la persona a quien se atribuye. La mera afirmación de un acusador no es, ni siquiera unida al concurso de los estrictos presupuestos procesales, condición suficiente para la apertura del juicio oral.

El régimen de la instrucción para las causas ante el jurado introduce algunas novedades en la función apuntada.

A) La novedad más importante se refiere a la determinación de la acusación, entendiendo por tal la concreción, en el procedimiento preliminar, del hecho justiciable y de su atribución subjetiva, concreción lógicamente previa a las valoraciones de admisibilidad.

A diferencia de lo que ocurre en los otros regímenes de instrucción, en la de las causas ante el jurado, el juez de instrucción no puede realizar imputaciones de oficio, ni en sentido objetivo -imputar de más hechos justiciables (o de otros hechos) que los que las partes imputen-, ni en sentido subjetivo -imputar a personas distintas de las que las partes imputen-.

Es cierto que en los otros procedimientos penales de nuestro ordenamiento tales poderes oficiales no trascienden de la instrucción, porque a los efectos del juicio oral -de su apertura y de la fijación de objeto y acusado -lo positivamente relevante también es la decisión de los acusadores. Pero en el procedimiento ante el jurado esta característica esencial del principio acusatorio aparece en la misma instrucción.

Veamos las razones que apoyan esta tesis.

En primer término, es importante, aunque no decisivo, uno de los objetos que establece el art. 25 LJ para la que podemos llamar "primera comparecencia instructoria": que el Ministerio Fiscal y los acusadores personados concreten la imputación. El poder de concretar la imputación corresponde, pues, a las partes y lo han de ejercitar en esta oportunidad. Por tanto si en etapas anteriores de la actividad procesal -realizadas, por ejemplo, según normas de otro procedimiento -hubo imputaciones (a instancia de parte o de oficio), en esta comparecencia tendrán que ser asumidas o ratificadas por alguna parte acusadora.

En segundo término, lo que dispone positivamente el art. 25 LJ -que, como he indicado, no es decisivo- se completa y refuerza con el reconocimiento al juez de instrucción de unos poderes oficiales muy limitados en cuanto a la determinación del hecho justiciable y del imputado:

1º) El art. 27.3 LJ limita temáticamente las diligencias de investigación que el juez puede acordar de oficio a la comprobación del hecho justiciable y respecto a las personas objeto de imputación por las partes acusadoras. De otro modo: no tiene poder para acordar investigación que innove uno u otro elemento, sino sólo la que contribuya a comprobar la probabilidad de los mismos. Eso es coherente con su falta de poder para fijar estos elementos.

2º) Según el art. 28 LJ si de las diligencias practicadas resultaren indicios racionales de delito distinto del que es objeto del procedimiento o la participación de personas distintas a las inicialmente imputadas, se convocará una nueva comparecencia

con el régimen de la del art. 25 LJ (o se incoará procedimiento distinto, si la competencia no corresponde al jurado). Este artículo reconoce al juez de instrucción un poder oficial de promover la ampliación o modificación de los elementos objetivo y subjetivo, pero no de realizarlas él. El juez debe, en los supuestos del art. 28, convocar una comparecencia del art. 25 en la que serán las partes las que podrán (o no) concretar (hacer suya) la nueva imputación.

Por otra parte, el juez de instrucción conserva la potestad de ofrecimiento de acciones a los legitimados como acusadores particulares (art. 25.2 LJ) y las potestades de consulta al superior jerárquico del Ministerio Fiscal y de "salir en busca de acusador", establecidas en los arts. 642 y 643 Lecrim, para los supuestos en que el juez no comparta la petición de sobreseimiento (art. 26.2 LJ). Ciertamente estas potestades responden también a otros fines (p. ej.: facilitar el ejercicio del derecho a la tutela judicial), pero tienen igualmente el efecto de producir una incidencia judicial sobre la formulación de acusaciones por los legitimados para ello. Mediante ellas el juez que estime infundada la falta de imputación, tiene la oportunidad de provocar que esta se produzca por otros personados o por orden del superior jerárquico.

B) También hay novedades en el régimen de admisibilidad de la acusación.

a) El juez de instrucción puede resolver ya sobre la admisibilidad de la acusación al término de la "primera comparecencia instructoria", dado que, en tal oportunidad, debe decidir entre sobreseimiento, por la causa y de la clase que él entienda concurrente, o la continuación del procedimiento frente al imputado y por el hecho justiciable que se le impute por los acusadores.

Parece que esta resolución de sobreseimiento "según el estado de la investigación" deba ser también posible cuando, de acuerdo con el art. 28 LJ, haya comparecencias ampliatorias.

Estas resoluciones de sobreseimiento no es probable que sean frecuentes, porque, salvo que a las comparecencias haya precedido casualmente una investigación realizada de acuerdo con otro procedimiento, no habrá, al término de las comparecencias, elementos de juicio para resolver el sobreseimiento. Estos elementos surgirán de las diligencias de investigación propuestas y acordadas en las comparecencias, para ser practicadas con posterioridad.

b) Ordinariamente, la resolución sobre la admisibilidad de la acusación se produce al término de la instrucción, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 27.4, 29 (actos de las partes), 30 y 31 (audiencia preliminar), 32 y 33 (resoluciones de sobreseimiento o de apertura y otras resoluciones), todos ellos de la LJ.

En síntesis el régimen es el siguiente:

1º) Terminado el período ordinario para la práctica de las diligencias de investigación, sin perjuicio de las posteriores posibilidades de diligencias

complementarias, el juez de instrucción da traslado de la causa a las partes por su orden, para que, en plazos respectivos de cinco días, formulen petición por escrito, alternativamente, de incompetencia del jurado e inadecuación del procedimiento, de apertura del juicio oral o de sobreseimiento en sus diversas clases.

2º) Presentado el escrito de la defensa el juez de instrucción señalará una comparecencia, con el carácter de audiencia preliminar, cuyo objeto es debatir sobre las peticiones formuladas por las partes y sus fundamentos, y, en su caso, practicar diligencias de investigación relevantes respecto a esos fundamentos.

3º) El acusado (todos los acusados, si fueran varios) pueden renunciar a la realización de la audiencia preliminar y aceptar la apertura del juicio oral, que deberá ser acordada por el juez.

Esta facultad de renuncia merece algún comentario. En primer término, entiendo que no puede producir los efectos previstos en el art. 30.2 LJ en el supuesto de que el juez debiera resolver sobre la competencia del jurado, por tratarse de materia regida por normas de Derecho imperativo.

Por otra parte resulta sólo aparente la renuncia al control judicial de la fundabilidad de la acusación, pues ya en momentos anteriores de la instrucción el juez ha podido sobreseer (art. 26 LJ).

4º) Terminada la audiencia preliminar (o sin ella, en el supuesto que acabamos de considerar) el juez de instrucción dictará, según los casos, diversas resoluciones.

En primer término (siguiendo un orden lógico) puede resolver que el procedimiento se adecue a otro de los previstos por las leyes y que la causa se remita a un órgano competente distinto al jurado.

En segundo término, puede resolver el sobreseimiento en cualquiera de sus clases, si estima que concurren sus respectivos presupuestos fácticos y jurídicos (art. 32 LJ). Al igual que ocurre en el procedimiento abreviado, el juicio sobre la admisibilidad de la acusación en atención a su fundabilidad se realiza plenamente de este modo. El juez no tiene limitada su potestad de sobreseer de oficio al supuesto de sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito (art. 645 LECRIM), sino que puede sobreseer de oficio por cualquiera de las clases y causas.

En fin, el juez puede resolver la apertura del juicio oral en la forma y con el contenido que se establecen en el art. 33 LJ.

c) La resolución definitiva sobre la admisibilidad de una acusación, aparte de la posibilidad de recurso de apelación contra los autos del instructor de sobreseimiento total y de sobreseimiento parcial subjetivo (art. 32.2 LJ), se produce en el trámite de cuestiones previas ante el magistrado presidente del Tribunal del jurado.

En efecto, según los apartados c) y d) del número 1 del art. 36, las partes pueden, al personarse ante la Audiencia, plantear como cuestiones previas las siguientes:

1º) "Interesar la ampliación del juicio a algún hecho respecto del cual hubiese inadmitido la apertura el juez de instrucción".

Se trataría de una especie de sobreseimiento parcial objetivo, contra el que la parte interesada (acusadora) podría reaccionar con éxito si hubo acusación por el hecho, si previamente se concretó el hecho en la instrucción complementaria y si el magistrado entiende que, según el estado de los autos, no procede el sobreseimiento por ese hecho.

2º) "Pedir la exclusión de algún hecho sobre el que se hubiera abierto el juicio oral, si se denuncia que no estaba incluido en los escritos de acusación".

Este es el supuesto inverso al anterior: el juicio oral se abre, la acusación es admitida con mayor amplitud objetiva que la precedente.

El problema en la configuración de este supuesto es si la única causa para reducir la amplitud objetiva con la que se ha abierto el juicio es la falta de acusación. Se podría argumentar que también puede pedirse con éxito la exclusión cuando el hecho no se hubiera concretado en la instrucción complementaria antes de la acusación y si se demostrara que respecto de ese hecho hubiera precedido, según el estado de los autos, el sobreseimiento.

Tras la tramitación establecida en el art. 36 (principalmente en su ap. 2), que es la de los artículos de previo pronunciamiento, el magistrado-presidente resuelve específicamente sobre las cuestiones planteadas (art. 37, I LJ) y debe tener presente la coherencia que ha de existir entre esa resolución específica y la precisión del hecho o hechos en el auto de hechos justiciables (art. 37, a) LJ).

C) Es importante referirse para finalizar este apartado, a la distribución de poderes entre partes y órganos jurisdiccionales en cuanto a la formación del material de convicción en el que han de fundamentarse, entre otras, las resoluciones sobre la admisibilidad de la acusación.

Ese material está formado por las diligencias de investigación practicadas a propuesta de las partes y por diligencias acordadas de oficio por el juez de instrucción, aunque del carácter sólo complementario a las propuestas por las partes y limitadas a comprobar el hecho justiciable -en su existencia objetiva- y el fundamento de su atribución subjetiva a persona determinada (arts. 27.3 y 32.3 LJ). Entre las diligencias acordables de oficio se comprenden, sin duda, todas las de sentido exculpatorio, dado que en ningún caso alteran la identidad del hecho justiciable y del imputado. Las de sentido inculpatorio sólo pueden acordarse de oficio si no alteran la identidad del hecho justiciable.

IV.—EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN EN LA FORMACIÓN DEL "MATERIAL DE CONVICCIÓN" (DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN) EN EL QUE HAN DE FUNDAMENTARSE LAS RESOLUCIONES DE APERTURA DE JUICIO ORAL O SOBRESEIMIENTO Y RELATIVAS A OTRAS CUESTIONES.

La amplia introducción de la contradicción en la instrucción LECRIM por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que, especialmente, aproximó al imputado -parte antes sometida a las mayores restricciones de participación- a la posición de las demás partes. Esa ley vino a anticipar una regulación ajustada al art. 24 CE.

En efecto, por un lado, las partes acusadoras ponen en juego en el procedimiento preliminar el derecho a la tutela judicial efectiva, que se satisface con la resolución judicial sobre prosecución del proceso. Han de poder participar para influir en esta resolución (y así el Tribunal Constitucional ha afirmado que también asisten a los acusadores en esta fase los derechos del art. 24.2; S TC 1/85, de 9 de enero).

Respecto al imputado, el reconocimiento del derecho de defensa y de especificaciones del mismo se hace en el art. 24 sin limitarlo a fases determinadas del proceso. Resultaba necesaria en la LECRIM una norma como la del art. 118, que reconoce el derecho de defensa desde el momento de la imputación. Por otra parte, ese derecho es más intensamente protegido cuando el imputado está privado de libertad (art. 17.3 CE; art. 520 LECRIM).

En términos generales, las posibilidades de participación de las partes en el sumario (arts. 302 y 311 LECRIM) y en las diligencias previas (art. 780, I LECRIM) son las siguientes:

1ª) Tomar conocimiento de las actuaciones (art. 302, I LECRIM) con toda la extensión prevista en el art. 234 LOPJ (recibir información, examinarlas y conocerlas, obtener testimonios). Sin ese conocimiento las siguientes posibilidades de participación no podrían aprovecharse, o se utilizarían con desorientación e ineffectividad.

2ª) Proponer la práctica de diligencias (art. 311, I LECRIM), proposición que está sometida al correspondiente enjuiciamiento de admisibilidad por parte del juez de instrucción.

3ª) Intervenir en la práctica de las diligencias.

El principio de contradicción como posibilidad de participación de las partes en la formación del "material de convicción" en el que habrán de fundamentarse las resoluciones de apertura de juicio oral o sobreseimiento, así como las resoluciones sobre medidas cautelares y preventivas, parece adecuadamente realizado en las normas de la instrucción del procedimiento ante el jurado.

Merece destacarse, en primer término, la correcta configuración de la pertinencia como requisito de admisión de las diligencias de investigación: son admisibles las diligencias "imprescindibles para resolver sobre la procedencia de la apertura del juicio oral" (arts. 27.1, 31.2 LJ), por lo tanto con independencia del sentido de la resolución (apertura o sobreseimiento) que las diligencias persigan fundamentar. Esto evita todo riesgo de comprensión unilateral (en favor sólo de la fundamentación de la admisibilidad de la acusación) de las diligencias admisibles, riesgo que dejan abierto otros preceptos de LECRIM, como el art. 789.3 y 4, con el consiguiente perjuicio para la plena efectividad de la defensa en esta etapa procesal.

Por otra parte, y salvo el problema que a continuación trataré, se garantiza el conocimiento del objeto de la investigación con carácter previo a la proposición de diligencias, lo que posibilita la efectividad de éstas:

a) Las diligencias que se proponen en la comparecencia primera y, eventualmente, en las comparecencias adicionales, pueden partir de la imputación (hecho justiciable y persona imputada del mismo) que se ha especificado en esos actos.

b) La ley admite proposiciones de diligencias fuera de comparecencia, que pueden ir dirigidas al acreditamiento de datos relevantes no tomados en consideración en la comparecencia. Por otra parte de la práctica de las diligencias pueden resultar datos que interese refutar mediante otras diligencias. El art. 27.2 LJ garantiza la contradicción en esta circunstancia con la disposición de que se abra un nuevo plazo para proponer diligencias, apertura que se notificará a las partes.

Para que el principio de contradicción aplicado a la decisión apertura de juicio-sobreseimiento sea efectivo, es necesario que se garantice la identidad esencial de la "acusación preparada" a lo largo de toda la instrucción complementaria, o bien que, si hay variación, se den respecto a la misma plenas posibilidades de actuación defensiva.

En este aspecto de la LJ presenta alguna deficiencia inicial, tal vez superable con la interpretación.

Expresamente establece que debe existir esa identidad entre el hecho justiciable y la persona a los que se refiere la calificación provisional y eventuales modificaciones posteriores (arts. 31.3 al final; 33, a: 36, 1, d LJ), pero, en cambio, no garantiza del mismo modo explícito que deba existir esa identidad esencial entre hecho justiciable y persona en los que se concretó la imputación en la comparecencia del art. 25.3 LJ y el hecho y la persona a las que, posteriormente, se refiera la calificación provisional.

Evidentemente, la inexistencia de esta garantía daría a la contradicción en esta etapa un alcance meramente formal: se habría propuesto diligencias para producir la inadmisión de cierta acusación y, después, el juicio oral acabaría por ser abierto en base a una acusación diferente, frente a la cual no habría existido posibilidad defensiva.

Además de argumentos fundados en derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta -como fundamento jurídico- positivo de esta concreta garantía- que el art. 28 LJ impone que siempre que de las diligencias practicadas resulten indicios de delito distinto al imputado o la participación de personas distintas a la imputadas, se convocará nueva comparecencia para la concreción de la nueva imputación (según lo dispuesto en el art. 25 LJ), y en aquella comparecencia se podrán proponer diligencias, sobre cuya admisión resolverá el juez de atención a su imprescindibilidad para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral (art. 27.1. LJ).

V.—UN RÉGIMEN PROCEDIMENTAL PARA LA INSTRUCCIÓN COMPLEMENTARIA. NORMAS DIRIGIDAS A LA AGILIZACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN Y LÍMITES DE ESE OBJETIVO.

Es una peculiaridad del régimen de esta instrucción complementaria el intento que podríamos llamar de ordenación procedimental de la misma.

A diferencia de lo que ocurre con las instrucciones previas hasta ahora conocidas en nuestro ordenamiento, esta instrucción complementaria no aparecerá externamente como un cúmulo desordenado de actos de investigación propuestos, en cualquier momento, por unas u otras partes y de resoluciones diversas sobre la imputación.

Diferentemente:

1º) La resolución de incoación del procedimiento ante el Tribunal del jurado tiene, entre otros efectos, el de señalar una comparecencia y citar a las partes a la misma, para que, en primer término, se fijen por los futuros acusadores el hecho justiciable y la persona a quien se imputa, y, en segundo término y en relación de pertinencia con lo anterior, propongan diligencias de investigación al respecto, sobre cuya admisión resuelve luego el juez de instrucción (arts. 25.3 y 27.1 LJ).

2º) Deberá procederse también de ese modo cada vez que, según el estado de los autos, resulten indicios racionales de un objeto de proceso distinto o adicional o de una nueva imputación subjetiva (art. 28 LJ).

Introducir esta técnica procedimental en la instrucción tiene el efecto positivo de orientar al juez de instrucción y a las partes a que relacionen precisamente las diligencias con el objeto preciso de la investigación.

Pero, salvo lo que marginalmente pueda resultar de lo anterior, esta técnica no sirve para un objetivo que muchas veces se ha propuesto para la reforma de la instrucción: la agilización, la aceleración de esa etapa procesal.

En efecto, lo que siempre ralentizará la instrucción, aunque se superen corruptelas e imperfecciones técnicas en su regulación, es la dificultad material de encontrar elementos de convicción, no tanto la práctica procedimental de las diligencias una vez descubiertos aquellos elementos. En consecuencia, es una etapa del proceso penal no "dinamizable" mediante reglas procedimentales, plazos y preclusión. La LJ se rinde a esa

evidencia al establecer las comparecencias complementarias para proposición de diligencias de investigación cuando hayan aparecido nuevos objetos de proceso o fundamentos para nuevas imputaciones subjetivas (art. 28 LJ) y cuando permite ampliamente proposición de diligencias fuera de las comparecencias y presumiblemente en relación con lo resultante de diligencias practicadas (art. 27 LJ).

Por otra parte, la ley no ha optado por una práctica concentrada de las diligencias admitidas salvo una excepción. Las diligencias se habrán propuesto y resuelto su admisión en la comparecencia o inmediatamente a su término, pero su práctica se producirá de manera dispersa, salvo que el juez entienda que pueden practicarse directamente en la audiencia preliminar (art. 27.1)

En definitiva la agilización de la instrucción complementaria, en cuanto a las diligencias de investigación a practicar, está en manos de una decisión discrecional del juez de instrucción, como se deduce del art. 27.4 LJ, que dispone lo siguiente: "Si el Juez considerase improcedentes las solicitadas y no ordenase ninguna de oficio, conferirá nuevo traslado a las partes a fin de que insten, en el plazo de cinco días, lo que estimen oportuno respecto a la apertura del juicio oral, formulando escrito de conclusiones provisionales. Lo mismo mandará el Juez cuando estime innecesaria la práctica de más diligencias, aún cuando no haya finalizado la práctica de las ya ordenadas".

El criterio que rige esa decisión discrecional es correcto como se apuntó mucho antes: la pertinencia de las diligencias, que funda su procedencia, no se configura, como en otras disposiciones, de modo unidireccional (p.eje. "suficientes para formular acusación": arts. 789.3 al principio, 790 LECRIM), sino equilibradamente ("imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral").

La discrecionalidad judicial en este punto queda excluida, en alguna medida, en favor de la parte imputada, mediante una regla estricta.

La facultad que el último inciso del art. 27.4 LJ concede al juez de instrucción de dar traslado para conclusiones provisionales, incluso antes de que finalice la práctica de diligencias admitidas, si el juez estima innecesario completar esa práctica, tiene una excepción en el caso de diligencias propuestas por la defensa. Con cierta imperfección técnica, el art. 30.1 LJ excluye que pueda ser revocada la resolución de práctica de las diligencias que hubieran sido admitidas a propuesta de la defensa del imputado.

INSTRUMENTOS NEGOCIALES EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

A.- ESTADO DE LA CUESTIÓN DE ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

Es necesario partir de una puntualización: entiendo por proceso penal la actividad jurisdiccional establecida para hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 19 del Código Penal español los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a ese texto legal. La actividad jurisdiccional (atribuida a jueces ordinarios, pero especializados) que se realiza cuando los menores cometen infracciones tipificadas como delitos no constituye estrictamente proceso penal.

La exposición de este informe se centra principalmente en el proceso penal propiamente dicho, es decir, en el proceso penal de adultos.

No obstante, precisamente el tema de la ponencia general, la conciliación en asuntos penales, tiene reconocimiento legal y cierto desarrollo práctico en el proceso de menores. Expondré el régimen normativo correspondiente en el apartado **A.1.11.bis**

1. El Derecho español no reconoce la conciliación como modo de terminación de un proceso penal por delito de acción pública, pero establece la denominada “conformidad del acusado” como un medio de desarrollo y terminación del proceso con mayor incidencia de la voluntad de las partes.

A) La conciliación como procedimiento para la solución de conflictos, en este caso jurídicos, requiere para que la solución pueda llegar a producirse que puedan ser aplicados medios autocompositivos de solución de conflictos jurídicos -es decir: renuncia, allanamiento y transacción-. Esos medios son expresivos de las facultades dispositivas de los sujetos sobre el objeto del conflicto.

En el Derecho penal y procesal penal español estas facultades dispositivas no existen, por regla muy general, respecto a la acción penal. De modo que, correlativamente con esa generalidad, el ordenamiento español no reconoce la conciliación entre las partes como una forma legítima de finalizar el proceso penal por delito de acción pública.

El reconocimiento de la conciliación es sólo excepcional en los supuestos que expondré en el siguiente apartado **A.3**.

^(*) Este trabajo constituyó la relación nacional española a la ponencia general sobre el tema “La justicia penal consensual en Iberoamérica”, debatida en las XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y celebradas en Brasilia, del 10 al 14 de agosto. Publicado en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, III, 1999, pp. 349-365.

B) Para no cerrar sin más el tratamiento de las cuestiones de esta parte fundamental del cuestionario, he entendido que podría reconducir éste al tema de si el ordenamiento español establece algún modo “próximo” a la conciliación y de aplicación general -en el sentido de no limitada a determinadas clases de delitos- para el desarrollo y terminación de un proceso penal por delitos de acción pública. Un modo que -imprecisamente descrito- consista en que la voluntad de las partes del proceso penal tenga un peso, para producir su terminación e influir en el sentido de ésta, más decisivo que en el desarrollo normal del proceso penal.

Ese modo sí que existe en Derecho español, y se puede decir que es tradicional en él, puesto que su origen se halla en la Ley reformada de 1850 aprobando reglas provisionales para la aplicación del Código Penal de 1848. Se trata de la denominada conformidad del acusado.

Referiré a este especial modo de desarrollo y terminación del proceso penal el tratamiento de los temas que suscita el cuestionario.

1.1.- Las normas que regulan la conformidad del acusado.

A) El régimen de la conformidad establecido en las normas reguladoras del procedimiento ordinario (debe advertirse que este procedimiento es adecuado para enjuiciar delitos penados con privación de libertad superior a nueve años).

Después de resuelta la apertura del juicio y en las actividades preparatorias de éste, los acusadores (Ministerio Público y, en su caso, acusador particular -ofendido por el delito- y acusador popular -cualquier ciudadano-) han presentado el escrito de acusación provisional (calificación provisional), del que se da traslado a la defensa técnica del acusado para que formule escrito de defensa; en este contexto el **artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** dispone:

“Si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida; expresándose además por el letrado defensor si esto, no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio.

Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.

Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el tribunal la continuación del juicio.

También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad.

Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad”.

Terminada la preparación del juicio oral, constituido el tribunal y comparecidas las partes, como primera actividad de las sesiones del juicio oral disponen los **artículos 688 al 700 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** lo siguiente:

688. En el día señalado para dar principio a las sesiones, se colocarán en el local del Tribunal las piezas de convicción que se hubieren recogido, y el Presidente, en el momento

oportuno, declarará abierta la sesión.

Si la causa que haya de verse fuese por delito para cuyo castigo se pida la imposición de pena correccional, preguntará el Presidente a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el escrito de calificación, y responsable civilmente a la restitución de la cosa o al pago de la cantidad fijada en dicho escrito por razón de daños y perjuicios.

689. Si en la causa hubiere, además de la calificación fiscal, otra del querellante particular o diversas calificaciones de querellantes de esta clase, se preguntará al procesado si se confiesa reo del delito, según la calificación más grave, y civilmente responsable por la cantidad mayor que se hubiese fijado.

690. Si fueren más de uno los delitos imputados al procesado en el escrito de calificación, se le harán las mismas preguntas respecto de cada cual.

691. Si los procesados fueren varios, se preguntará a cada uno sobre la participación que se le haya atribuido.

692. Imputándose en la calificación responsabilidad civil a cualquiera otra persona, comparecerá también ante el Tribunal y declarará si se conforma con las conclusiones de calificación que le interesen.

693. El Presidente hará las preguntas mencionadas en los artículos anteriores con toda claridad y precisión, exigiendo contestación categórica.

694. Si en la causa no hubiere más que un procesado y contestare afirmativamente, el Presidente del Tribunal preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral. Si éste contestare negativamente, el Tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresado en el artículo 655.

695. Si confesare su responsabilidad criminal, pero no la civil, o aun aceptando ésta no se conformare con la cantidad fijada en la calificación, el Tribunal mandará que continúe el juicio.

Pero en este último caso, la discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil que el procesado no hubiese admitido de conformidad con las conclusiones de la calificación.

Terminado el acto, el Tribunal dictará sentencia.

696. Si el Procesado no se confesare culpable del delito que le fuere atribuido en la calificación, o su defensor considerase necesaria la continuación del juicio, se procederá a la celebración de éste.

697. Cuando fueren varios los procesados en una misma causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 694 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación, y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, a no ser que sus defensores consideren necesaria la continuación del juicio.

Si cualquiera de los procesados no se confiesa reo del delito que se le haya imputado en la calificación, o su defensor considera necesaria la continuación del juicio, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

Si el disenso fuere tan sólo respecto de la responsabilidad civil, continuará el juicio en la forma y para los efectos determinados en el artículo 695.

698. Se continuará también el juicio cuando el procesado o procesados no quieran responder a las preguntas que les hiciere el Presidente.

699. De igual modo se procederá si en el sumario no hubiese sido posible hacer constar la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse éste cometido, no pueda menos de existir aquél, aunque hayan prestado su conformidad el procesado o procesados y sus defensores.

700. Cuando el procesado o procesados hayan confesado su responsabilidad de acuerdo con las conclusiones de la calificación, y sus defensores no consideren necesaria la continuación del juicio, pero la persona a quien sólo se hubiese atribuido responsabilidad civil no haya comparecido ante el Tribunal, o en su declaración no se conformase con las conclusiones del escrito de calificación a ella referentes, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 695.

Si habiendo comparecido se negase a contestar a las preguntas del Presidente, le

apercibirá éste con declararle confeso.

Si persistiere en su negativa, se le declarará confeso, y la causa se fallará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 694.

Lo mismo se hará cuando el procesado, después de haber confesado su responsabilidad criminal, se negare a contestar sobre la civil.

B) El régimen de la conformidad establecido en las normas del procedimiento abreviado (este procedimiento es adecuado para enjuiciar delitos castigados con penas privativas de libertad hasta nueve años y con penas no privativas de libertad).

Como una alternativa de finalización de la instrucción previa y antes de que el Juez de Instrucción resuelva el sobreseimiento o la apertura de juicio ante el Juez de lo Penal (cuya competencia objetiva se extiende al enjuiciamiento de los delitos castigados con penas privativas de libertad de hasta tres años y con penas leves no privativas de libertad) dispone el **artículo 789.5, quinta de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** lo siguiente:

“Si el hecho constituyera delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal, el de Instrucción podrá, a instancia del Ministerio fiscal y del imputado que, asistido de su Abogado haya reconocido los hechos que se le imputan, remitir las actuaciones al Juez de lo Penal, para que convoque inmediatamente a juicio oral al Fiscal y a las partes, quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones, pudiendo dictar sentencia en el acto, de conformidad con el artículo 794”.

Presentado escrito de acusación y resuelto abrir el juicio oral, se da traslado a la defensa técnica del acusado para que formule escrito de defensa. En esta oportunidad dispone el **artículo 791.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** lo siguiente:

“En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Tal conformidad podrá también formalizarse conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio fiscal”.

Constituido el Juez o el Tribunal, personadas las partes y al comienzo de las sesiones del juicio, dispone el **artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** lo siguiente:

“Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación, más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes.

No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes, estimara el Juez o Tribunal que el mismo carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación, dictará sentencia en los términos que proceda, previa audiencia de las partes realizada en el acto.

No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal”.

C) El régimen de la conformidad establecido en las normas del procedimiento ante el jurado.

Una vez constituido el Jurado, a lo que se procede inmediatamente antes del inicio de las sesiones del juicio, y en cualquier momento del desarrollo de éstas no posterior al de formulación definitiva de la acusación, dispone el **artículo 50** de la **Ley del Jurado** lo siguiente

“Disolución del Jurado por conformidad de las partes.- 1. Igualmente, procederá la disolución del Jurado si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que se presentaren en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objetos de juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales. La pena conformada no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos.

2. El Magistrado-Presidente dictará la sentencia que corresponda, atendidos los hechos admitidos por las partes, pero, si entendiéndose que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado, no disolverá el Jurado y mandará seguir el juicio.

3. Asimismo, si el Magistrado-Presidente entendiera que los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación, no disolverá el Jurado, y previa audiencia de las partes, someterá a aquél por escrito el objeto del veredicto.

1.2.- Supuestos en los que se autoriza la conformidad del acusado.

Esta cuestión la entendemos referida al conjunto de requisitos que la ley establece y de los que depende la admisibilidad de la conformidad, es decir, la posibilidad de que se realicen los actos que integran el procedimiento de ésta y de que el órgano jurisdiccional la tome en consideración, previamente al ejercicio de su potestad de control de la conformidad atendido su contenido (de lo último nos ocuparemos en apartado **A.1.5**).

A) Requisitos relativos al objeto de la conformidad.

La conformidad es admisible respecto acusaciones de delitos de todas clases, pero siempre que las penas propuestas no excedan de determinados límites.

El límite tradicional ha sido que la pena propuesta sea “correcional”. Buscando la equivalencia con el sistema de penas de Códigos posteriores al que rigió originariamente con la Ley de Enjuiciamiento Criminal se trata de penas no superiores a una privación de libertad por seis años o (en el nuevo Código Penal de 1995) por tres años.

Ahora bien, las normas reguladoras del procedimiento abreviado (introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1988) han modificado tácitamente las establecidas en sede de procedimiento ordinario. Por una parte la conformidad raramente pueden aplicarse en el procedimiento ordinario, porque éste es adecuado para enjuiciar delitos castigados con penas privativas de libertad a partir de nueve años de duración (la admisión de la conformidad dependería de que la pena concreta pedida por los acusadores no excediere el límite del art. 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Por otra parte en el procedimiento abreviado no han dejado de dedicarse normas a la conformidad, que no hacen depender la admisibilidad de esta actividad procesal de los tradicionales límites de penalidad. Así como el art. 655 LECRIM dispone «Si la pena pedida... podrá manifestar su conformidad...»; y el art. 688 de la

misma ley establece: «Si la causa... fuese por delito... preguntará el Presidente... si se confiesa...», una lectura sin prejuicios de los nuevos arts. 791.3 y 793.3 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 si la conformidad es efectivamente prestada.

Hay autores que sostienen que los límites de penalidad para la admisión del trámite de la conformidad, establecidos en las del procedimiento ordinario, son aplicables a la conformidad en el procedimiento abreviado.

Con independencia de a quién pueda asistir la razón en esta polémica debe anotarse críticamente la inseguridad jurídica creada por el descuido del legislador en este aspecto importante del régimen de la conformidad.

El requisito del objeto de la conformidad tiene un segundo aspecto: ¿Qué tipo de declaración debe hacerse respecto al objeto de la conformidad para que ésta pueda producir su efecto principal de inmediata terminación del proceso y emisión de la sentencia?

Debe tratarse de una declaración que consista en la aceptación plena de todos los elementos de la acusación. El punto de referencia es la pena, pero la aceptación se refiere a toda la acusación, es decir: los hechos punibles, su tipificación delictiva y grado de perfección del delito, forma de participación de los acusados, hechos constitutivos de circunstancias modificativas de la responsabilidad y penas correspondientes en atención a todo lo anterior. Ha de tratarse de una aceptación incondicionada. En el supuesto de existir varias acusaciones por el mismo hecho (sea porque hay varios acusadores personados o porque el acusador único haya formulado conclusiones provisionales alternativas) la conformidad ha de ser prestada a la acusación que propone pena de mayor gravedad.

B) Requisitos relativos a los sujetos que prestan la conformidad.

La declaración de conformidad ha de ser prestada tanto por el acusado como por su defensor técnico, su abogado. El orden en el que han de efectuar la declaración es diverso según el momento en el que ese presta la conformidad, pero lo importante es el necesario concurso de voluntades. Esta es sin duda una garantía de la libre y consciente decisión del acusado, pero plantea problemas no resueltos por la ley en los casos de divergencia. Piénsese, por ejemplo, que si la declaración inicial de conformidad del acusado no es ratificada por el abogado existe el riesgo de hecho de que se entienda producida una admisión de los hechos; si es el abogado el que declara primero la voluntad de conformarse, que después el acusado no ratifica, queda al descubierto la escasa convicción con la que el abogado asumirá la defensa.

Si en el mismo proceso hay varios acusados, para que se produzcan los efectos de la conformidad ésta habrá de prestarse por todos los acusados y por sus respectivos abogados. En defecto de esto el juicio oral debe continuar. *Lege ferenda* la doctrina es partidaria de que en estos supuestos se produzca la desacumulación y de que la conformidad sea eficaz para los acusados que la prestaron. Alguna jurisprudencia, aún admitiendo que en este caso debe continuar el juicio, ha entendido también que la sentencia que deberá dictarse al término del mismo habrá de respetar, respecto al acusado que se conformó, las limitaciones establecidas para la sentencia de

conformidad (así Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 19 junio 1989, en Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi 6265).

C) Requisitos de tiempo y forma.

Después de las nuevas disposiciones introducidas con el procedimiento abreviado las posibilidades son varias:

1. En el propio escrito inicial de acusación del Ministerio Público, haciéndose constar en ese mismo escrito o en escrito adjunto al mismo la declaración del acusado y de su abogado.

2. En el escrito de defensa que se puede presentar antes del inicio de las sesiones del juicio oral.

3. En el momento de comenzar las sesiones del juicio oral. Dentro de esta posibilidad se distingue por una parte de la doctrina -con inseguridad, porque es muy imperfecta la base legislativa para la distinción- entre una conformidad a preguntas del presidente del Tribunal (art. 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y una conformidad que presentan las partes por su iniciativa antes de procederse a la práctica de la prueba (art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Estos diferentes modos de manifestarse la conformidad tendrían después consecuencias en un diferente alcance de los poderes de control del juez sobre el contenido de la conformidad prestada.

La conformidad no es admisible cuando ya han sido formuladas las calificaciones definitivas (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo penal, 7 noviembre 1989, Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi 8578; 7 febrero 1994, RJA 717). En el procedimiento ante el Jurado este límite no existe, como se deduce del art. 50 de la Ley reguladora.

1.3 y 1.4.- Frecuencia de utilización y aceptación por la ciudadanía.

No hay estudios que permitan proporcionar información sobre estas cuestiones con el suficiente rigor científico.

1.5.- Poderes del juez en relación con la conformidad.

Al juez le corresponde la dirección formal del procedimiento de conformidad, los actos procesales relativos a la misma de los acusadores y de los acusados van dirigidos a él quien los admite a trámite si es procedente de acuerdo con lo dicho en el apartado **A.1.2.**

Además de lo anterior, el juez está investido de unos poderes de control de la conformidad en atención al contenido de la misma, es decir: a los hechos de la acusación y a la valoración de su certeza, a la corrección de la calificación jurídica realizada y de la pena consecuentemente propuesta.

Estos poderes de control se manifiestan de dos modos distintos: en unos supuestos, denegando el efecto de la conformidad, consistente en dictar inmediatamente sentencia, y, por consiguiente, ordenando la continuación del juicio; en otros, al dictar la “sentencia de conformidad”. Los expondremos brevemente a continuación, no sin antes referirnos a un aspecto del control sobre el que pide información el cuestionario y no está expresamente regulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Respecto al control por parte del juez de la formación consciente y libre de la voluntad para la declaración de conformidad, el Tribunal Supremo ha precisado (Sentencia 1 marzo 1988, RAJ 1511) que la declaración de conformidad debe ser “voluntaria, esto es, consciente y libre”. Sin embargo la ley no prevé medios procesales específicos para la supervisión judicial del cumplimiento de este requisito, salvo la garantía que supone la necesaria asistencia técnica del abogado y la necesaria presencia judicial en el momento de expresarse la conformidad en el momento del juicio.

Un riesgo real para la formación consciente y libre de la voluntad aparece con la posibilidad de una conformidad negociada y consiste en que la voluntad pueda verse excesivamente condicionada por la advertencia de formular una acusación más grave.

Volvamos a los poderes del juez para controlar la conformidad, legalmente establecidos de modo expreso.

A) Supuestos en los que el juez debe negar los efectos de la conformidad y ordenar la continuación del juicio.

No hay previsión legal de que el juez pueda negar los efectos de la conformidad y ordenar la continuación del juicio por entender que los hechos afirmados en el escrito de acusación no son ciertos o, mejor, por no estar convencido de ellos.

Ese juicio podría materialmente hacerlo basándose en la documentación de la investigación de la instrucción previa. Pero la ley no le habilita para hacerlo. La única concesión expresa de la ley en favor de la “verdad material” es el requisito de que si por la clase de delito debe existir “cuerpo del delito” y éste no ha sido hallado, el juez - ante la importante dificultad probatoria- ha de inadmitir la conformidad y ordenar que se proceda ordinariamente (art. 699 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Siempre se ha entendido que los hechos quedaban establecidos por la conformidad y se consideraba excluida la posibilidad de utilizar la instrucción previa en contra del acusado (luego veremos que no se excluía la utilización a favor), en el sentido de posibilitar la realización del juicio oral en el caso de que el juez pensará que

los hechos acreditados por la investigación son otros (y fundamentadores de una calificación jurídica más grave que la asumida en la acusación).

Esta opinión ha hallado clara expresión normativa en el art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autoriza modificaciones de la calificación jurídica pero “a partir de la descripción del hecho aceptada por todas las partes”.

Sorprendentemente para el procedimiento ante el Jurado el art. 50.2 de su Ley reguladora altera la regulación antedicha e impone al Magistrado-Presidente que ordene la continuación del juicio “si entendiéndose que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado”.

Está, en cambio, expresamente establecido que si el juez entiende que la pena procedente, atendida la calificación, no es la propuesta por el acusador, sino otra mayor, rechazará la conformidad y ordenará que continúe el juicio (art. 655, párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por falta de una clara expresión legal ha originado problemas interpretativos la posibilidad de que el juez resuelva del mismo modo si entiende que la calificación jurídica no es la adecuada atendidos los hechos afirmados por la propia acusación. La corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria se inclina por una respuesta afirmativa: siempre a partir de los hechos, si el juez entiende que es correcta una calificación jurídica más grave, ordenará la continuación del juicio oral.

Por fin hay que apuntar un supuesto también problemático, que se produce en el procedimiento abreviado y si se ha prestado conformidad a acusación con pena de seis años de privación de libertad o superior -lo cual, como más arriba se apuntó, parte de la doctrina entiende admisible-. Si la pena aceptada es superior a seis años lo único seguro es que el órgano jurisdiccional no está vinculado a la conformidad (art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). 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.

B) Poderes de control del juez al dictar la sentencia de conformidad.

Si procede no realizar el juicio oral y dictar inmediatamente sentencia, el juez está investido de otros poderes en relación con el contenido de la conformidad prestada que se ejercen precisamente al dictar la sentencia y dan lugar a algunas especialidades en la correlación entre acusación y sentencia.

El Juez no puede desconocer la certeza de los hechos afirmados en la acusación conformada, ni negándola absolutamente, ni reconociendo como ciertos sólo parte de esos hechos. El primer inciso del párrafo segundo del art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal formula expresamente esta norma, contra la que había sido opinión defendible, antes de la reforma de 1988, de utilizar la investigación de la instrucción previa en favor del acusado en caso de conformidad, para absolverle o para condenarle más levemente, y ello no sólo por razones de orden jurídico sino también por falta de convicción judicial respecto a los hechos afirmados por la acusación conformada. No obstante, como muestra de la inseguridad en la que se debate esta materia en Derecho español baste apuntar que el Tribunal Supremo ha iniciado una corriente jurisprudencial según la cual se puede absolver si se estima que los hechos no están probados.

El juez puede absolver y atenuar la pena propuesta en la acusación conformada, sin realización del juicio oral pero previo un debate contradictorio de las partes, si estima

que el hecho tal como ha sido afirmado no es típico o que del mismo resultan circunstancias de exención o de atenuación de la responsabilidad penal.

Fuera del último supuesto apuntado el juez no podría absolver ni imponer pena menor que la conformada. Pero ya he apuntado poco antes las potestades que el juez tiene en caso de falta de convicción sobre los hechos y apunto ahora que el Tribunal Supremo entiende que el juez conserva íntegras, a pesar de la conformidad, sus potestades para la individualización de la pena.

1.6.- El papel del Ministerio Público en la conformidad.

El papel del Ministerio Público en la conformidad ha sido, hasta lo que implícitamente tolera la reforma de LECRIM de 1988 y comentaremos después, estrictamente el de uno de los acusadores que presenta uno de los escritos de acusación respecto al cual la conformidad puede ser prestada.

La acusación del Ministerio Público ni siquiera tiene un trato privilegiado a efectos de conformidad: la conformidad ha de prestarse a la calificación más grave. Junto a la del Ministerio Público puede haberlas de los acusadores particulares y populares; si estas son más graves que la del Ministerio Público la conformidad no será admisible porque haya sido prestada a la acusación formulada por el acusador oficial.

En Derecho español vigente -otra cosa son unas tendencias de reforma indefinidas que no se han concretado en textos prelegislativos- la potestad de acusar del Ministerio Público está sometida al principio de legalidad, es una potestad reglada, no discrecional, salvo una excepción poco significativa que se reconoce en el art. 171.3 CP (la clase de amenazas vulgarmente conocida como “chantaje”). Los delitos perseguibles previa denuncia del ofendido no son propiamente una excepción, porque la apreciación de oportunidad de perseguir o no está en manos del Ministerio Público sino del particular ofendido.

Si la instrucción previa da suficientes fundamentos para acusar a alguien el Ministerio Público debe acusar. Es posible que la instrucción le deje dudas al Ministerio Público tanto sobre cuestiones de hecho como sobre cuestiones de derecho, pero esas dudas las ha de resolver según el criterio de “una única solución justa”, del modo que objetivamente estime ajustado a Derecho. El ordenamiento no le confiere al Ministerio Público un margen legítima de decisión sobre acusar o no y sobre de qué acusar, como ocurre si rige el principio de oportunidad, o, mejor, de discrecionalidad. Como es natural, el ordenamiento no puede eliminar los márgenes de error, la negligencia o, incluso, la incidencia del dolo en las decisiones del Ministerio Público sobre la acusación; pero esas situaciones no representan vigencia del principio de oportunidad, sino meras situaciones de hecho frente a las que deben establecerse garantías procesales (por ejemplo: legitimación de acusadores no oficiales) y, en su caso, tratamientos disciplinarios o incluso penales.

Siendo esto así, el Ministerio Público no tiene *de iure* ningún margen de maniobra para obtener la conformidad presentando escritos de acusación que puedan ser considerados más ventajosos para el acusado y por tanto con más posibilidades de recibir su conformidad. Es más: el régimen de la conformidad hasta la reforma de 1988 ni siquiera suponía unos tratos, una negociación para “preparar” la conformidad, sino que ésta se producía por el encuentro casual e impremeditado de las calificaciones acusatorias y de la declaración de conformidad del acusado.

Las normas sobre la conformidad en el procedimiento abreviado -introducidas en 1988- implican o pretenden implicar un cambio respecto a la situación que acabo de describir.

En primer lugar es notable una especialidad en cuanto a la forma de la conformidad, consistente en que ésta 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.

En segundo término, hay una innovación 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.

1.7.- El carácter procesal de la negociación para la conformidad. Riesgos para la situación probatoria del acusado ligados a determinados casos de frustración de la conformidad.

Los tratos o negociaciones para preparar la conformidad no se realizan en la actividad procesal sino fuera de ella. Al proceso sólo se incorpora el resultado.

Para que se incorporaran al proceso manifestaciones hechas en las negociaciones preparatorias de la conformidad sería necesario que el personal del Ministerio Público declarara en el juicio oral como testigo de referencia, lo cual no está legalmente excluido (artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero podría excluirse específicamente en el caso por estar disponible el medio de prueba más inmediato, que es la declaración del propio acusado. Todo esto sin perjuicio de otras consideraciones sobre la admisión y el valor como prueba de las manifestaciones hechas en el contexto de la negociación de la conformidad.

Mucho más real que la situación acabada de apuntar es el problema que eventualmente se plantea en diferentes supuestos de frustración de la conformidad en los que el acusado ya ha expresado ésta, con su implícito efecto de admisión de hechos, pero, por diversas causas, procede ordenar la continuación del juicio oral (por ejemplo por disconformidad de los coacusados o del abogado, por exceder de seis años la pena propuesta, por entender el juez que procede una calificación y/o una pena más grave).

El riesgo no es que los hechos se deban tener por probados -para lo cual sería necesaria una norma que lo estableciera, que no existe-, sino que la declaración deba ser considerada “actividad probatoria”, con eficacia para fundar en ella la sentencia.

El primer riesgo está excluido: la Ley sólo dispone el efecto de admisión de hechos para el caso de la conformidad admitida y eficaz, y aún así ya vimos que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo era reticente a reconocérselo.

El problema es el segundo. No ha sido estudiado sistemáticamente por la doctrina española. Provisionalmente se puede decir, en primer lugar, que desde un punto de vista técnico-jurídico la declaración de conformidad del acusado no es un medio de prueba, aunque proporcione información sobre los hechos relevantes para resolver sobre el objeto del proceso. Si llegara a considerarse técnicamente como medio de prueba habría que negarle eficacia probatoria porque la declaración prestada bajo la influencia de la expectativa de un mejor trato punitivo o del temor a una acusación más grave, infringen los derechos fundamentales de libertad de declaración del acusado (derechos a no declarar contra sí, a no confesarse culpable -art. 24.2 Constitución Española-) y consiguientemente carecen de eficacia probatoria (artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

1.8.- La conformidad no es un acuerdo que resuelva las consecuencias del delito con un tratamiento distinto a la imposición de penas a través de un proceso penal.

Se habrá podido concluir de lo dicho en los apartados anteriores que la conformidad no es un medio de tratamiento del ilícito penal distinto a la imposición de las penas previstas en el Código Penal y a través de un proceso.

No es un acuerdo cuyos componentes den satisfacción, por vía distinta a la imposición de penas, a los intereses afectados por el ilícito penal, acuerdo cuya preparación o concertación excluya o suspenda la realización de proceso penal por los hechos correspondientes.

Es simplemente un procedimiento especial y más rápido de desarrollo del proceso penal, en el que tiene una incidencia más decisiva la voluntad de las partes.

1.9.- No hay normas especiales sobre “conciliación penal” o medios similares aplicables a determinados grupos étnicos u otros minoritarios.

No existen normas de esa clase. En todo caso serían inconstitucionales por infringir el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española.

1.10.- El procedimiento de conformidad del acusado es aplicable a toda clase de delitos.

Es evidente que el tema correspondiente del formulario está pensado en función de una auténtica conciliación, en la que serían problemáticos los supuestos en los que no se pudiera personalizar al titular de los bienes jurídicamente protegidos, al que debería corresponder la declaración de la voluntad relevante para el tratamiento no penal del ilícito.

La conformidad no es una conciliación, pero, además, en ella intervienen, desde la posición del acusador, todas las personas que el ordenamiento procesal penal ha considerado que deben estar legitimadas para una adecuada protección de los intereses afectados: los intereses del ofendido (legitimado como acusador particular) y los intereses de la sociedad tanto interpretados sin intermediación del Estado (legitimación del acusador popular) como mediante la actuación del Ministerio Público.

Si se tiene lo anterior en consideración puede comprenderse que la conformidad pueda ser un procedimiento admisible para toda clase de delitos, incluso para los que afectan a intereses colectivos y difusos.

1.11.- El consenso como medio de agilización de la instrucción previa en el proceso penal abreviado.

El artículo 789.5.5ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reproducido en el apartado A.1.1, utiliza técnicas consensuales como medio no de terminación del proceso penal, pero sí de simplificación del contenido de investigación de la instrucción previa en el proceso abreviado.

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:

1. Si el hecho reconocido no es constitutivo de delito (no es típico).
2. Si el hecho es constitutivo de falta.
3. Si el responsable es menor de 16 años o la competencia corresponde a los Tribunales militares.
4. Si la competencia no corresponde a los Juzgados de lo Penal.
5. 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.

1.11.Bis.- Manifestaciones de la conciliación en el proceso de menores.

En caso de conductas constitutivas de delitos y faltas cometidas por menores de dieciséis años -el Código Penal de 1995 establece la mayoría de edad penal en dieciocho años, pero esa norma sólo entrará en vigor cuando se apruebe la Ley Penal del Menor- la competencia para el enjuiciamiento corresponde a los Juzgados de Menores, órganos jurisdiccionales especializados integrados en la jurisdicción ordinaria. Las normas reguladoras del proceso específico para ese enjuiciamiento (Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, cuya denominación y redacción en vigor se debe a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio) establecen dos posibilidades de terminación del proceso por conciliación.

A) Conciliación determinante de conclusión de las actuaciones durante la etapa de instrucción previa dirigida por el Ministerio Público.

La establece el artículo 15.1.6^a de la Ley antes citada, que dispone lo siguiente

“Atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación, o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima, el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones.”

En la interesante Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores, se plantean dudas importantes sobre la comprensión de esta disposición novedosa:

“Hay otra circunstancia que es de muy difícil existencia jurídica: “que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima”. Los menores emancipados,

cualidad que no puede concurrir en los sujetos de este proceso (...), son los únicos con capacidad para obligarse en general, pero el consentimiento que pueden emitir los demás menores se reputa jurídicamente inexistente, por lo que el compromiso por el menor de asumir la obligación de reparar el daño patrimonial causado a la víctima, no debe ser causa por sí sola de archivo; a no ser que en aquel acto estuviera legalmente representado -supuesto que aquí la Ley no prevé- y sean los representantes quienes garanticen la reparación del daño. Puede pensarse también en una reparación de naturaleza extrapatrimonial, especie de conciliación, mediación o arrepentimiento, en que el menor sin necesidad de asistencia representativa podría comprometerse”.

La práctica que se hace de este modo de terminación del procedimiento es la siguiente según la información que proporciona la magistrada Coronado Buitrago (“*La singular posición de la víctima en la justicia de menores*” en “*La victimología*”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993)

“Una vez propuesta al juez y presentado el correspondiente protocolo de reparación o de compromiso de hacerlo, suscrito por las partes ante educador del equipo técnico de apoyo de los Juzgados de menores y previa aprobación judicial a través de auto se procede al archivo de las actuaciones sobre la base de que se ha producido una solución extrajudicial al conflicto.

Es una renuncia a la intervención judicial a cambio de que la víctima y el menor acepten un acto de conciliación como solución al problema. Este acto de conciliación puede consistir en una simple conversación o en una acción o ejercicio y es fundamental la figura del mediador, que puede ser el educador del equipo.”

B) Conciliación determinante de la suspensión del cumplimiento de las medidas establecidas por el juez en la resolución de cierre del procedimiento.

Esta posibilidad se establece en el artículo 16.3 de la Ley citada, según el cual

“En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo determinado y máximo de dos años, siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial. Ello no obstante, podrá acordarse la suspensión del fallo si los perjudicados, debidamente citados, no expresarán su oposición o esta fuera manifiestamente infundada.

Para ello, oído el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el Abogado, el Juez deberá valorar razonadamente, desde la perspectiva exclusiva del interés del menor, el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta. Se deberá dejar constancia en el acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento. En el caso de que el menor los incumpla, se revocará la suspensión del fallo y se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez.”

2.- Oficinas públicas con funciones próximas al fomento de la conciliación en asuntos penales.

Con dependencia de las Comunidades Autónomas (Gobiernos regionales) están siendo creadas en los últimos años las denominadas Oficinas de Ayuda a las Víctimas del Delito.

Entre los profesionales que suelen integrar esas oficinas están abogados, asistentes sociales, criminólogos y psicólogos.

Las funciones de estas oficinas son asistir y orientar a las víctimas en sus actuaciones respecto al proceso penal y en las secuelas de orden psicológico y personal que haya podido dejar en las víctimas el hecho de haber sufrido el delito.

El acceso a los servicios de estas oficinas públicas es el ordinario a los de cualquier servicio público, pero se ha procurado -mediante actuaciones experimentales- facilitar ese acceso con la presencia y la oferta de los servicios por parte del personal de las Oficinas en determinados Juzgados de Guardia, que son los principales receptores de noticias de delito.

Por contigüidad a las funciones de estas oficinas y a las técnicas no jurídicas que las mismas aplican, se han realizado, con participación de las mismas, experiencias de mediación-conciliación en materias penales.

Estas experiencias consisten en mantener una relación entre el personal de la oficina y los sujetos del proceso penal (juez, Ministerio Público, ofendido, imputado), con la finalidad de que, si se logran los objetivos de reconciliación y reparación entre imputado y víctima -en pro de los cuales trabaja el personal técnico de la oficina-, esto pueda ser trasladado a la utilización de los diferentes medios legales estudiados en los apartados anteriores, que permiten un desarrollo y una terminación del proceso penal con mayor incidencia de la voluntad de las partes.

3.- Medios jurídicos diferentes a la conciliación que permiten terminar el proceso penal por vía consensual.

Es necesario distinguir diferentes supuestos.

A) Un primer grupo de supuestos puede integrarse con aquellas normas penales materiales que determinan que la aceptación voluntaria por el sujeto pasivo de la conducta típica o la reparación por el sujeto activo del daño causado son causas de exclusión de la antijuridicidad o, como mínimo, de atenuación de la responsabilidad.

1. Hay exención de responsabilidad penal a título de lesiones si media consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido en supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto por la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo (artículo 156 Código Penal).

2. En delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (relacionados con pago de tributos, de cotizaciones, recepción de subvenciones públicas y obtención de desgravaciones y exenciones) la regularización de la situación, efectuando el sujeto activo los pagos y los reintegros correspondientes, antes de que se hayan iniciado las actuaciones administrativas o penales en investigación de la posible defraudación, exime de responsabilidad (arts. 305, 307 y 308 Código Penal).

3. La reparación voluntaria del daño causado en los delitos contra la flora y la fauna atenúa la responsabilidad (art. 340 Código Penal).

4. La colaboración activa con las autoridades por parte de un sujeto activo de delito de terrorismo atenúa su responsabilidad (art. 579 Código Penal).

5. Con carácter genérico, el cumplimiento de la responsabilidad civil es, por regla general, requisito para la remisión condicional de la pena (art. 81.3º Código Penal).

6. Igualmente con carácter genérico, la reparación o disminución de efectos por el culpable del daño causado a la víctima, en cualquier momento del procedimiento anterior al juicio oral, es causa de atenuación de la responsabilidad (art. 21.5ª Código Penal).

B) Querrela necesaria del ofendido, conciliación previa preceptiva y perdón.

Los delitos de calumnia y de injuria contra particulares sólo pueden ser perseguidos si se presenta querrela por el ofendido o, en su caso, por su representante legal (art. 215.1 Código Penal).

La admisión de la querrela depende de la previa celebración o del previo intento de celebración de un acto de conciliación (art. 804 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). El proceso penal no se iniciará si el ofendido o su representante legal se dan por satisfechos y no interponen la querrela y si renuncian a la acción penal (arts. 106, 107 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Iniciado el proceso penal, por haberse cumplido el presupuesto procesal correspondiente, la retractación por parte del sujeto activo, objetivamente apreciada por el juez y aunque no sea aceptada como suficiente por el ofendido, es causa de atenuación de la responsabilidad (art. 214 Código Penal).

Por otra parte, el perdón del ofendido o de su representante legal extingue la responsabilidad penal y el proceso para exigirla (art. 215.3 Código Penal). Pero si el ofendido es menor o incapacitado, los medios ordinarios de integración de la capacidad no tienen plena eficacia, sino que el Ministerio Público puede oponerse a la eficacia del perdón otorgado por el representante legal y el Juez decidirá en definitiva (art. 130.4º, párrafo segundo Código Penal).

C) Denuncia necesaria del ofendido y perdón del mismo.

La denuncia del ofendido o de otras personas investidas de la facultad o de la potestad de denunciar condiciona la iniciación del proceso por hechos constitutivos de determinados delitos.

En estos supuestos no hay acto de conciliación previo, pero eso no excluye la posible existencia de contactos informales en los que se llegue a acuerdos que conduzcan a la no presentación de la denuncia, con lo que se impide la iniciación del proceso, salvo lo que luego diré sobre las personas que pueden denunciar.

Presentada la denuncia el hecho queda incondicionalmente expuesto a la persecución penal, la voluntad del ofendido deja de influir en el desarrollo del proceso -salvo lo que luego diré- y el Ministerio Público debe constituirse como parte acusadora. El ofendido también puede constituirse como parte acusadora, pero no es necesario para el desarrollo del proceso.

Como excepción a lo acabado de decir está, d una parte, la posibilidad de extinción de la responsabilidad penal y del proceso para exigirla por el perdón del ofendido de acuerdo con el régimen que explicaré a continuación, y, de otra, con menor importancia, la preceptiva audiencia del ofendido o de su representante legal antes de que el juez se pronuncie sobre la remisión condicional de la pena en esta clase de delitos (art. 86 Código Penal).

a) ¿A qué delitos y faltas es aplicable este régimen?

Las disposiciones del Código Penal que determinan los delitos y faltas correspondientes establecen, en su caso, normas especiales sobre la no necesidad de denuncia y sobre la eficacia del perdón.

1. Práctica de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento. No establece la posibilidad de perdón (art. 162.2 Código Penal).

2. Delitos contra la libertad sexual. Expresamente excluye la eficacia extintiva del perdón (art. 191 Código Penal).

3. Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Excluye la necesidad de denuncia si el autor es autoridad o funcionario público o si el delito afecta a intereses generales o de una pluralidad de personas. Establece la posibilidad de perdón (art. 201 Código Penal).

4. Delitos de injuria o calumnia contra autoridad o funcionario público sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. Establece la posibilidad de perdón (art. 215.1 Código Penal).

5. Delito de abandono de familia. No se establece la posibilidad de perdón (art. 228 Código Penal).

6. Delito de daños por imprudencia y de cuantía superior a diez millones de pesetas. Establece la posibilidad de perdón (art. 267 Código Penal).

7. Delitos relativos a la propiedad intelectual, a la industrial, al mercado y los consumidores. Excluye la necesidad de denuncia si afecta a los intereses generales o de una pluralidad de personas. No establece la posibilidad de perdón (art. 287 Código Penal).

8. Delitos societarios. No establece la posibilidad de perdón (art. 296 Código Penal).

9. Determinadas faltas contra las personas y contra el patrimonio (arts. 620, 621 y 624 Código Penal). El art. 639 establece en general para estas faltas la posibilidad de perdón.

b) La denuncia condicionante de la iniciación del proceso puede ser eficazmente realizada por el ofendido por el delito o por su representante legal, si el ofendido es menor o incapaz -entendiendo por lo último aquél que ha sido incapacitado por sentencia a causa de padecer un defecto físico o psíquico que le impide gobernarse por sí mismo-.

A pesar de lo que podría pensarse por lo acabado de decir, el régimen ordinario de integración de la capacidad de obrar acaba no siendo aplicable, sino que se establecen reglas especiales para una más efectiva protección de la persona frente a ilícitos penales.

Por un lado, en el caso de que el ofendido sea menor o incapaz también puede denunciar el Ministerio Público si entiende -en contraposición al que ha sido el criterio de quienes ostentan la representación legal- que la realización del proceso es más beneficiosa para los intereses del ofendido.

Por otro lado, si el ofendido es una persona desvalida, aunque formalmente no carezca de capacidad de obrar, también puede denunciar el Ministerio Público.

c) El perdón del ofendido, con efectos de extinción de la responsabilidad penal y del proceso respecto a la misma, no es admisible en todos los delitos perseguibles previa denuncia del ofendido, sino que, de acuerdo con el art. 130.4º Código Penal, es necesario que la Ley lo prevea expresamente.

El perdón ha de ser expreso y ha de otorgarse antes de la iniciación de la ejecución de la pena. Declarada la firmeza de la sentencia, el juez tiene el deber de inquirir al ofendido acerca de si decide otorgar el perdón.

Aunque la regla general es que el perdón puede ser otorgado por el ofendido o por su representante legal, en su caso, tampoco aquí el ordenamiento se limita a dar efectividad al régimen ordinario de integración de la capacidad de obrar. El Ministerio Público puede oponerse a la eficacia del perdón otorgado por el representante legal de

menores o incapaces y el juez puede, en tal caso, negar eficacia a ese perdón previa audiencia del representante legal que ya hubiera expresado su voluntad (art. 130.2 y 3 Código Penal).

4- Mecanismos de conciliación para asuntos penales que se aplican de hecho, sin reconocimiento legal.

Aunque con toda probabilidad esos mecanismos existen, no estoy en condiciones de dar una información sobre los mismos con suficiente rigor científico.

B.- ESTADO DE LA CUESTIÓN SEGÚN PROYECTOS DE LEY.

En el momento de elaborarse este informe no se conocen proyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal o de reforma de la misma que afecten a la materia de la ponencia.

C.- BIBLIOGRAFÍA.

Limitaré la cita a las obras más recientes -que, por cierto, son abundantes- y que han sido utilizadas para la elaboración de este informe. En las obras que se citan a continuación está analizada la jurisprudencia más importante y reciente sobre la materia.

De la Oliva Santos, Andrés. *Sobre la conformidad del imputado y la “negociación” de la sentencia en el proceso penal español*, en Revista Jurídica de la Región de Murcia, 1991, número 13, páginas 11-28

De Jorge Mesas, Francisco, *Memoria de la experiencia de colaboración entre el Juzgado número dos de Valencia y la Oficina de Ayuda a las Víctimas del delito de la Generalitat Valenciana*, en La victimología, Madrid, 1993, páginas 413-434; Coronado Buitrago, María Jesús, *La singular posición de la víctima en la justicia de menores*, páginas 399-410 de la obra colectiva acabada de citar; Giménez-Salinas, Esther, *La conciliación víctima-delincuente: hacia un Derecho Penal reparador*, páginas 347-378 de la obra colectiva acabada de citar.

Ortells Ramos, Manuel, *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Granada, 1997.

G. Vidoso, Fely, De Jorge Mesas, Francisco, *Mediación. Primera experiencia de adultos en España*. Ponencia inédita.

Barona Vilar, Silvia, *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994.

De Diego Diez, Luis Alfredo, *La conformidad del acusado*, Valencia, 1997.

Rodríguez García, Nicolás, *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona, 1997.

Aguilera Morales, María de la Encarnación, *El “principio de consenso”. La conformidad en el proceso penal español*, tesis doctoral inédita, defendida en 1997 en la Universidad San Pablo C.E.U.

**NOTAS SOBRE LA PROTECCIÓN DE PERITOS Y TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL
ESPAÑOL^(*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- PROTECCIÓN DEL TESTIGO Y DEL PERITO CON MEDIDAS SIN REPERCUSIÓN PROCESAL. 3.- PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS MEDIANTE MEDIDAS CON REPERCUSIÓN PROCESAL. A) Medidas previstas genéricamente en el artículo 2 de la Ley y su incidencia en los derechos fundamentales y garantías de la prueba. B) Determinación en concreto de las medidas de protección: competencia, presupuestos e incidencia de las medidas en la eficacia de la declaración del testigo y del perito.

^(*) Publicado en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, Vol. II, Diputació de Castelló, 1999, pp. 713-720.

Publicado también, con el título «Comentario y desarrollo de la Ley de Protección de testigos y peritos» en *La protección de testigos y peritos en causa criminales. I Jornadas Internacionales de Derecho Procesal*, Editorial Diputación Provincial de Málaga, 2001, pp. 163-178.

1.- INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales resuelve y establece pautas para que los jueces resuelvan un conflicto complejo en el que están implicados diversos derechos, deberes, intereses jurídicos y fines y poderes al servicio de estos últimos. Enunciándolos sin seguir ningún orden de prioridad serían los siguientes:

a) La potestad jurisdiccional, la potestad de juzgar con exclusiva sumisión al imperio de la ley (art. 117.1 y 3 CE), cuyo ejercicio debe ser promovido por el Ministerio Fiscal (124.1 CE), y que es exclusiva, entre otras funciones, para el castigo de los delitos (art. 25.1 CE). La posición constitucional del Derecho y de la Ley, que la potestad jurisdiccional realiza en los casos concretos, es básica (arts. 1.1, 9.1, 10.1 CE). El correcto ejercicio de esa potestad requiere una suficiente información de los hechos concretos a los que se aplica el Derecho.

b) El deber constitucional de colaboración con los jueces y tribunales durante el proceso (art. 118 CE), que puede concretarse en el desempeño de funciones testificales y periciales y que es instrumental para un correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional.

c) Los derechos fundamentales de contenido procesal (art. 24 CE): prohibición de indefensión, derecho a la defensa, a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

d) La posición de la persona en el ordenamiento constitucional según el título I de la CE, en especial sus derechos fundamentales a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y a la libertad y a la seguridad (art. 17 CE).

En atención a lo indicado en los tres primeros puntos la ley establece los deberes del testigo (comparecer y declarar con verdad sobre lo que le fuere preguntado -art. 410 LECRIM-) y del perito (aceptar el cargo -art. 462 LECRIM-, proceder bien y fielmente en las operaciones periciales y no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad -art. 474 LECRIM-), así como los actos de práctica de tales pruebas de modo que queden respetados los derechos fundamentales procesales.

La formulación de estos deberes conlleva el establecimiento de medidas coercitivas que se pueden adoptar en el proceso, e incluso está reforzada con la tipificación penal de su incumplimiento (arts. 458-460 CP).

Si un testigo o perito se niega a cumplir esos deberes aduciendo que, en caso de hacerlo, existe un riesgo concreto de violación de bienes jurídicos de los que es titular él o un tercero, y si a su actitud de negativa a cumplir esos deberes se le da un tratamiento penal, es posible que su acción acabe por ser considerada no punible por concurrir las eximentes de estado de necesidad (art. 20.5º C.P.) o de miedo insuperable (art. 20.6º C.P.).

La sola previsión de un tratamiento penal para la situación de un testigo que niega el cumplimiento de sus deberes por amenaza de un riesgo concreto de bienes

jurídicos, resulta ser el modo más inadecuado de resolver el conflicto que se plantea, pues el testigo habrá sufrido injustamente el proceso penal, pero nada se habrá ganado en orden al correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional en el proceso en el que el testigo debía declarar, al cumplimiento de su deber de colaboración y a la satisfacción del derecho a la prueba en ese proceso. Esta consideración sirve por si sola para justificar una ley para un tratamiento más específico de la protección de peritos y testigos amenazados.

2.- PROTECCIÓN DEL TESTIGO Y DEL PERITO CON MEDIDAS SIN REPERCUSIÓN PROCESAL

Un modo específico de tratar la situación consiste en contrarrestar la efectividad de las amenazas. Con esa finalidad pueden establecerse dos clases de medidas:

a) Reforzar la protección penal del testigo y del perito (art. 464 CP). La efectividad de estas medidas depende del efecto disuasorio de la pena.

b) Medidas preventivas de protección de carácter material, que imposibiliten la acción delictiva contra el testigo o le defiendan frente a ella.

Pertencen a la última clase alguna de las medidas previstas principalmente en el art. 3 de la LO 19/1994, en concreto las siguientes:

a) Conducción al lugar en que debe realizarse el acto procesal en vehículos adecuados y custodiados (art. 3.2).

b) Ocultación de la imagen en el momento del desplazamiento y acceso a tales lugares.

c) Espera del momento de la práctica del acto procesal en locales adecuados y custodiados (art. 3.2).

d) Prohibición e impedimento de captación de la imagen en las tres anteriores circunstancias (art. 3.1).

e) Protección policial durante todo el proceso y una vez terminado éste (art. 3.2).

f) Facilitación de documentos de una nueva identidad y de medios económicos para cambio de residencia y de trabajo (art. 3.2).

Sobre quién es competente para disponer estas medidas es necesario partir de algunas distinciones:

a) El establecimiento de efectos sin repercusión procesal pero comprendidos en el ámbito de la policía de estrados (posibles zonas grises en las medidas citadas en las

precedentes letras b, c, d y e) corresponde al órgano jurisdiccional competente para adoptar medidas de policía de estrados.

b) El establecimiento de efectos sin repercusión procesal, pero que por la naturaleza de las medidas están reservadas a los jueces (p.ej.: secuestro de captaciones de imágenes de testigo o perito protegido según art. 3.1, aunque esta medida presenta cierto *fumus* de censura previa cuya constitucionalidad habría que analizar al amparo del art. 20 CE) es dudoso a qué juez corresponde, pero podría defenderse que al que está conociendo en el momento de las actuaciones procesales penales.

c) El establecimiento de efectos sin repercusión procesal y no reservados por su naturaleza a los jueces corresponde a las autoridades administrativas de acuerdo con su competencia.

Este modo de tratamiento puede ser muy eficaz y permite la satisfacción simultánea de los diversos derechos, deberes y potestades implicados. Lo que ocurre es que si se aplica con el máximo rigor para producir la mayor eficacia puede requerir destinar importantes sumas de fondos públicos para financiar una suficiente protección.

Este aspecto de la Ley es seguramente el que necesitaba un desarrollo reglamentario (que la disposición adicional 2ª prometía para el plazo de un año desde la promulgación de la Ley), que no se ha producido, lo que es índice de una cierta desidia en la práctica suficiente y sistemática de esta modalidad de protección.

3.- PROTECCIÓN DE TESTIGOS Y PERITOS MEDIANTE MEDIDAS CON REPERCUSIÓN PROCESAL

La práctica de las pruebas testifical y pericial conlleva exponer al testigo y al perito a la publicidad general y al conocimiento de las partes, necesario para la contradicción.

Es razonable que se piense que un modo (*per se* o aplicado concurrentemente con el anterior) de proteger al testigo o perito amenazado consiste en sustraer, en grados de intensidad diversos, la identidad y la imagen del testigo y del perito a las situaciones antes indicadas.

Para ello es necesario incidir en el modo en el que el legislador ordinario ha entendido que debía regular la práctica de estas pruebas para que quedaran respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales. Es cierto que su libertad de configuración normativa le permite regular de diversos modos la práctica de estas pruebas, pero siempre está el límite del contenido esencial de esos derechos y garantías. Si la afectación reductiva acaba siendo tan intensa que se desconoce ese contenido esencial, la información suministrada no puede ser considerada como actividad probatoria, y, por tanto, no se puede utilizar para contrarrestar la presunción de inocencia.

Eso va a depender de las medidas que se adopten entre las autorizadas por la Ley 19/1994.

A) Medidas previstas genéricamente en el artículo 2 de la Ley y su incidencia en los derechos fundamentales y garantías de la prueba.

Partiendo de lo previsto por el artículo 2 de la Ley las medidas posibles serían las siguientes:

a) Ocultación de la imagen (art. 2, b: “Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal”) y de la identificación ordinaria (art. 2, a: “Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave”; el último inciso revela que en todo caso será necesario identificar formalmente al testigo para garantizar que es alguien determinado y siempre el mismo; esto debe hacerse bajo la fe pública judicial del secretario). Estas medidas se complementan con las del art. 2, c, que tiene un carácter meramente instrumental de las anteriores (“Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario”).

Las consecuencias de estas medidas son la exclusión total de la publicidad y de la contradicción en la práctica de estas pruebas: imposibilitan contrainterrogar, pero si esto fuera posible aun formalmente, sería substancialmente inútil porque el desconocimiento de datos imposibilitaría averiguar la razón de ciencia y criticar la credibilidad de la declaración atendido su contenido y las circunstancias concomitantes con el acto de prestarla. Si la ocultación lo fuera sólo frente a la defensa se quebrantaría el principio de igualdad.

Ejemplos de aplicación de estas medidas se encuentran en los casos contemplados por la STEDH 20 noviembre 1989, asunto Kostovski, STEDH 15 junio 1992, asunto Lüdi, STEDH 27 diciembre 1990, asunto Windisch.

Los hechos básicos del **asunto Kostovski** son estos: la policía recibe una denuncia anónima relativa a los autores del robo en un banco; posteriormente recibe declaración a un testigo, que pide se proteja su anonimato, que añade detalles e identifica fotografías; se realiza una entrada en domicilio y se encuentran indicios corroboradores; declara ante la policía nuevo testigo anónimo que da muchos detalles; el Juez de instrucción interroga al primer testigo, sin conocer su identidad, y sin la presencia del Ministerio Fiscal y de las partes, de esta declaración se entrego el acta a los imputados para que formularan preguntas por escrito posibilidad que aprovechó la defensa de Kostovski; otro Juez de instrucción interrogó al segundo testigo, en presencia de la policía y sin presencia de las partes, se rechazaron muchas preguntas de la defensa de Kostovski porque iban dirigidas a averiguar la identidad. En el juicio oral declararon los receptores de las declaraciones, que sostuvieron que los testigos les parecieron creíbles y realmente amenazados. Fueron rechazadas

todas las preguntas dirigidas a averiguar la identidad. Se dictó sentencia de condena. Ante un recurso fundado en violación del art. 6, apartados 1 y 3, d del CEDH, el Tribunal apunta de entrada que no serían infringidos si a pesar del modo de recibirse las declaraciones se hubieran respetado los derechos de defensa. Constata, luego, que no se tuvo oportunidad de interrogar a los testigos anónimos, sólo a uno de ellos se le pudieron formular preguntas escritas de las que se excluyeron todas las dirigidas a identificar al testigo, con lo que el interrogatorio chocó con obstáculos insuperables. Tampoco los jueces sentenciadores pudieron ver a los testigos durante el interrogatorio para adquirir elementos útiles para formar su convicción; los instructores los vieron, pero desconocían su identidad. El TEDH entiende que la lucha contra la criminalidad organizada no puede justificar una violación tan radical del derecho a un juicio justo; las declaraciones sometidas a las declaraciones del caso hubieran servido en la etapa instructoria, pero no para fundar la sentencia.

Los principales rasgos del caso en el **asunto Windisch** eran los siguientes: se produce un robo con fuerza en las cosas. Unas personas, observando algo sospechoso, toman nota de la matrícula de un vehículo y retienen los rasgos de una persona. Lo denuncian a la policía tras asegurarse de que se mantendría su anonimato. Identifican a la persona desde punto oculto. En el juicio oral declaran los policías. No se admite la declaración de los testigos. Se prueba además que los acusados habían buscado información sobre la situación financiera de la víctima y estaban próximos al lugar de los hechos poco antes. En síntesis el TEDH razonó lo siguiente para concluir que la condena de los acusados en estas condiciones suponía una infracción del Convenio: el art. 6.3 CEDH no requiere una aplicación textual, pero sí que el acusado pueda contrainterrogar en el momento de la declaración o después. El derecho a interrogar no se satisface con la posibilidad de preguntar a los policías, ni de dirigir preguntas por escrito a los testigos anónimos. Desconocer la identidad imposibilita buscar informaciones para controlar la credibilidad de los testigos y arrojar dudas sobre ella. No observar a las personas de los testigos durante la declaración impide al tribunal obtener datos para valorar su credibilidad. La protección frente a riesgos de represalias permite restricciones a la contradicción durante la instrucción pero no en el juicio. La declaración de los testigos anónimos fue la única prueba clave.

En el **asunto Lüdi** las principales características del caso eran: se había realizado el descubrimiento de dedicación al tráfico de drogas mediante la utilización combinada de intervenciones telefónicas judicialmente autorizadas y participación de un agente infiltrado, que estimuló la actividad delictiva. Se plantean varios temas de interés, pero el específico nuestro es que el agente infiltrado continuó durante el proceso con su nombre y su persona ocultos y no fue citado a declarar como testigo a pesar de la petición del acusado. Los tribunales suizos aducen que la condena se fundó válidamente en otras pruebas distintas a la declaración escrita del agente (grabación de conversaciones, confesión del acusado). El recurrente aduce que la falta de declaración del agente como testigo le impidió probar hasta que punto éste se excedió en sus

funciones de simplemente facilitar una investigación. El TEDH indica que las otras pruebas útiles se obtuvieron precisamente por la actuación del agente infiltrado (intervino en las conversaciones telefónicas; el acusado confesó precisamente al mostrarle los resultados de la investigación). El tribunal entiende que el art. 6.1 y 3, d CEDH imponen que un testigo pueda ser conainterrogado y su declaración criticada cuando se preste o después. Aquí no se trata de testigo anónimo, como en los casos Windisch y Kostovski, sino de un testigo identificado para el Tribunal y cuya figura, aunque no su verdadera identidad, era conocida por el acusado. Era pues posible llamarlo a declarar y muy útil su declaración, aunque la hubiera podido prestar de modo que no se difundiera su identidad y su figura, para que pudiera continuar prestando sus servicios especiales.

b) Ocultación de la imagen pero no de la identificación ordinaria. Parece poco efectiva como medida de protección, pues los datos de identificación ordinaria permitirán llegar a descubrir a la persona. Pero tal vez ocultando los datos de identificación ordinaria que más facilitan la localización (domicilio, lugar de trabajo; combinado con la medida sobre notificaciones del art. 2, c) se puede conseguir cierta efectividad de protección.

La afectación de derechos y garantías es de menor entidad. Se pierde la publicidad general. En la práctica contradictoria del medio de prueba se pierde la posibilidad de percibir los datos psicofísicos de interés para valorar la credibilidad en el propio momento de declarar. Pero la defensa puede identificar a la persona y criticar la razón de ciencia y la credibilidad de la declaración en atención a las circunstancias personales del declarante. Frente a la posible alegación de que, no pudiendo ver la imagen de la persona, no puede haber seguridad de que quien declara es el que está identificado, se podría oponer una identificación bajo fe pública judicial.

Próximos a estos casos, aunque no coincidentes con ellos porque la ocultación de la imagen no es total, son los que consideran la **STS 17 septiembre 1990, asunto María Purificación J.D.**, la **STC, Sala primera, 64/1994, de 28 de febrero, asunto Ramírez Molinero**, y la **STS 28 noviembre 1997**.

En el **asunto María Purificación J.D.** el Ministerio Fiscal solicitó que una testigo declárese en el juicio sin la presencia de la procesada, porque se temía que ésta coartase su espontaneidad. La defensa técnica estuvo presente en la declaración. Cuando acabó la declaración le fue leída a la acusada. El TS estima que el acto es nulo porque infringe el art. 24 CE, el 6.3 CEDH y los preceptos que establecen que las declaraciones se practicasen con publicidad y con contradicción, que sólo admiten las restricciones de 687 LECRIM, 232.2º y 229 LOPJ, que deben aplicarse con una cuidadosa fundamentación fáctica. La presencia del acusado durante el interrogatorio tiene por fin permitirle oír los cargos y poder preguntar, con lo que se generan situaciones incidentales que son muy útiles para la apreciación de la prueba testifical. No basta que el acusado conozca la declaración después y pueda manifestarse sobre ella, ni que pueda conainterrogar el abogado del acusado.

En el **asunto Ramírez Molinero** se enjuiciaba un robo con violencia y unas amenazas; en el acto del juicio oral el testigo pide declarar sin la presencia del acusado. Declara de modo que es visto y oído por todos, aunque no puede ser visto por el acusado. Puede ser oído y contrainterrogado por la defensa que conocía su identidad. No se trata de un testigo anónimo, como en los casos Kostovski, Windisch y Lüdi, en cuyo caso si se viola la contradicción en la práctica de la testifical. Se trata de un testigo oculto y aún esto muy matizadamente. Las partes y el tribunal conocían su identidad y pudieron verle (salvo el acusado) y oírle y formular contrainterrogatorio eficaz, por lo que no se viola el art. 6.3 CEDH y el art. 24.2 CE. El Tribunal Constitucional, ante un caso similar, reitera esta doctrina jurisprudencial en el **ATC 17 octubre 1994**.

En el caso de la **STS 28 noviembre 1997**: “la única medida que se adoptó es la recogida en el artículo 2, b) de dicha normativa: «Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal». En definitiva, que no fuera vista por los acusados, no sólo los ahora recurrentes, sino los otros tres condenados como autores materiales de la muerte de su esposo, y asimismo por el público, en el que estaban muchos parientes y amigos de éstos. Ahora bien, era vista perfectamente por los letrados de las defensas, que la interrogaron y conocieron, al igual que los acusados, su nombre, apellidos y demás circunstancias, entre ellas su vinculación con la víctima por ser su viuda. Con lo cual queda claro que tuvieron conocimiento de todos los datos del artículo 436 de la Ley Procesal Penal y conociendo su vinculación y relación con los hechos de la causa, pudieron elegir sus preguntas y dirigir su interrogatorio para desacreditar los hechos alegados en la acusación y desvirtuar así su testimonio. Pretender que se ha producido indefensión porque los acusados y el público no han podido verla, pero sí los abogados de las defensas, no puede sostenerse con seriedad, ni siquiera por mor de defensa. Incluso se intenta hipertrofiar el derecho con la precisión de que el Ministerio Fiscal indicarse las razones de que la testigo no fuera vista por el público y los acusados, con lamentable olvido que se trataba de la esposa de la víctima y presente en el atentado mortal de su cónyuge. (...) La proscripción de la indefensión que proclama el art. 24 de nuestro Texto Fundamental nada tiene que ver en puridad, ni con la declaración de la testigo fuera de estrados para que no fuese vista por el público y los acusados -pero no por las defensas- y conociendo éstas y los procesados todos los datos y circunstancias y la relación con el caso enjuiciado de la deponente. No tienen nada que ver con la indefensión, ni han impedido interrogarle debidamente y formularle las preguntas pertinentes. No existe indefensión, ni siquiera ha podido decir la impugnante en qué ha consistido ésta para ella. La publicidad del proceso es una realidad, no sólo en el sentido de audiencia -en su sentido etimológico de «audire», oír sino de visión, que no se ha coartado en modo alguno a las defensas de los acusados.”

En el mismo sentido se pronuncia la **STS 25 abril 1997**: “En el acto del juicio oral, a fin de que los testigos policías no pudieran ser reconocidos por el público asistente al acto, la Audiencia acordó colocar una mampara de papel

que impidiera que tales testigos pudieran ser vistos por dicho público, pero permitiendo que los vieran el Tribunal, el Ministerio Fiscal, los acusados y sus Letrados, y así se hizo, prestando sus declaraciones los dos policías referidos y otros más que asimismo acudieron a tal acto solemne. Entendemos que tal precaución, como mediada de protección a los testigos, es conforme con la Ley que regula esta materia, la LO 19/1994, concretamente con lo dispuesto en su artículo 4.1 que permite al órgano judicial competente mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como «la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso de que se trate». La cualidad de policías que desarrollaban sus actividades en el País Vasco y que, por tanto, vivían allí y podían ser identificados como vecinos de algunos de sus pueblos por alguien del público asistente, con el consiguiente perjuicio para el éxito de su propio trabajo y para su personal seguridad, junto con la gravedad de los delitos perseguidos, justifica la medida adoptada, máxime cuando, conforme al modo concreto en que se llevó a efecto la mencionada medida de precaución, quedaban a salvo los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad, que constituyen las garantías propias del juicio oral, pues sólo este último quedó afectado, aunque de forma que consideramos irrelevante, pues bien el público asistente al acto no pudo ver a los testigos, sí pudo escucharlos”.

c) Ocultación de la identificación ordinaria, pero no de la imagen (medida del apartado a del art. 1.2 LO 19/1994, con la medida instrumental del apartado c, que es útil para obstaculizar el conocimiento de uno de los datos de identificación ordinaria, el domicilio). La efectividad de protección radica en dificultar que se establezca una relación entre una persona y su entorno, de modo que sea difícil perseguir a esa persona, que para quien pudiera pretender dañarla sólo es una “imagen”, hasta su entorno.

La sustitución de los datos ordinarios de identificación por una clave numérica parece ser la técnica empleada en el caso considerado por la **STS 28 febrero 1998**: “De las actuaciones se desprende además que tanto la determinación inicial de los números clave asignados durante la instrucción, como la que posteriormente acordó la Sala sentenciadora fueron notificados oportunamente a la defensa y por tanto el letrado que representaba sus intereses tuvo conocimiento en todo momento de la identificación numérica y de los testigos a quienes correspondían.(...) Es evidente que si se da traslado de los nuevos números claves el día del comienzo del Juicio Oral no cabe el recurso de súplica, pero ello no ocasiona ninguna indefensión ya que la parte recurrente pudo interrogar a los testigos protegidos tanto en la fase de instrucción como en el momento del plenario con todas las garantías de inmediación y contradicción”.

Igualmente el caso al que se refiere la **STS 11 junio 1997**: “La Sala de instancia examina esta cuestión en el sexto de los fundamentos de derecho de la

sentencia recurrida, afirmando que los testigos ocultos que han depuesto en esta causa bajo los núms. 90.400 y 90.399 «han actuado en aplicación de las medidas de protección que se articulan en la LO 19/1994,..., bajo la cobertura de lo establecido en la Ley antes citada y con plena observancia de las garantías... Por lo que la certeza de su identidad y el conocimiento de la misma se hallaba sujeto a las prescripciones de la Ley antes citada y no cabe en ningún caso predicar la nulidad de dicha declaración». A tal fin, analiza la Sala de instancia las tres manifestaciones hechas en esta causa por los referidos testigos (en el «acta de comparecencia», «ante la autoridad judicial» y «en el acto del juicio oral»). (...) El examen de la causa permite constatar: a) que el Juez de Instrucción, por Auto de 27 marzo 1995 (f. 8), acordó dispensar la protección legalmente autorizada por la LO 19/1994 a los testigos a que se refieren los recurrentes, los cuales prestaron seguidamente declaración ante el instructor, sobre los hechos de autos, con la identificación autorizada por el mismo (folios 10 y 15); b) que la Sala de instancia, por su parte, acordó mantener las medidas adoptadas por el Instructor (Autos de 8 noviembre 1995 y de 18 abril 1996 - folios 113 y 444 del tomo I del Rollo de la Audiencia-); y c) que en el acto del juicio oral la Secretaria Judicial comprobó e hizo constar en el correspondiente acta la identidad de los referidos testigos (v. folios 318 vto. y 327 vto.); identidad conocida por las defensas de los recurrentes, como claramente se desprende del propio recurso. Con independencia de todo lo dicho, es preciso destacar: 1.º) que la nulidad de pleno derecho de los actos procesales, cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley, está directamente vinculada al hecho de que «efectivamente se haya producido indefensión» (art. 238.3.º LOPJ); 2.º) que la propia ley establece el denominado «principio de conservación del acto» al precisar que «la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquellos cuyo contenido hubiere permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad» (art. 242.1); 3.º) que los verdaderos medios de prueba de que ha de valerse el Tribunal para fundar su convicción a la hora de enjuiciar los hechos objeto de la causa penal de que conozca son -en principio los practicados en el juicio oral bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; y 4.º) que, en el presente caso, la identidad de los testigos ocultos -puesta en conocimiento de las defensas de los acusados-, como ya se ha dicho, fue fehacientemente constatada por la Secretaria Judicial en la vista del juicio oral. De todo lo expuesto, cabe concluir que en el presente caso las actuaciones judiciales, tanto las seguidas ante el Instructor como las practicadas ante el Tribunal de instancia, se han llevado a cabo con cumplimiento de las exigencias legales, sin que pueda advertirse ningún tipo de indefensión para las defensas de los hoy recurrentes. Consiguientemente, procede la desestimación de este motivo”.

Tiene como consecuencia hacia dentro del proceso una mínima limitación en las posibilidades de práctica de la prueba testifical: la presencia de la persona del testigo permite observar los rasgos psicofísicos relevantes para la valoración de la prueba y formularle las preguntas que avalen la razón de ciencia y las actitudes

subjetivas incidentes en su credibilidad, aunque esta última técnica puede ser más trabajosa al carecer de los datos que provendrían del conocimiento de la identificación ordinaria. En relación con lo último se suscitaría un problema adicional en la dirección del interrogatorio: dilucidar la pertinencia de preguntas dirigidas formalmente a averiguar la razón de ciencia o circunstancias subjetivas incidentes en la credibilidad, pero que pudieran utilizarse para descubrir datos de identificación ordinaria al objeto de preparar la realización del mal amenazado.

B) Determinación en concreto de las medidas de protección: competencia, presupuestos e incidencia de las medidas en la eficacia de la declaración del testigo y del perito.

a) Medidas de protección en la instrucción previa.

La competencia para disponer las medidas de protección con repercusión procesal corresponde al órgano jurisdiccional que dirige la etapa procesal en la que los efectos han de producirse, por tanto al juez de instrucción durante la instrucción previa (art. 2 y 4.1 LO 19/ 1994). Sus resoluciones sobre esta materia están sujetas al régimen general de medios de impugnación del procedimiento en el que se dicten, sin que haya norma especial al respecto en la LO 19/1994.

Los presupuestos para la adopción de las medidas se establecen en los arts. 1.2 y 2 del modo siguiente: apreciación racional de un peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo o perito, de su cónyuge o persona con quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos; el grado del riesgo o peligro es además lo que condiciona la determinación de las concretas medidas de protección.

Las medidas se pueden establecer de oficio o a instancia de parte y en todo caso mediante resolución motivada (auto).

En la instrucción previa se pueden establecer las medidas de protección más intensas.

Piénsese, en primer término, que la posibilidad de declarar secreta a la instrucción para las partes no oficiales (art. 302 LECRIM), ya permitía una importante exclusión de la contradicción de las partes que podía concretarse en diligencias determinadas (la STC 176/1988, 4 octubre, reconoció que el secreto podía durar más de un mes si se dotaba de una justificación objetiva y suficiente). La interpretación útil de la nueva ley obliga a entender que los efectos que autoriza pueden ir más allá que el secreto sumarial parcial.

El TEDH ha reconocido en las sentencias de los asuntos Kostovski y Windisch que el Convenio no excluye que en la instrucción previa se utilicen fuentes como los informantes anónimos o examinadas con restricción de la contradicción.

Podría plantearse la objeción de que el derecho de defensa también ha de reconocerse en la instrucción. Pero la realización del mismo es menos perfecta. Puede

entenderse respetado suficientemente con la posibilidad que, en todo caso, tendrá el imputado de conocer a posteriori el acta de la declaración e incluso de formular preguntas por escrito.

El “sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado” no puede entenderse en un sentido absoluto, porque haría inútil la mayor parte de la ley y porque conduciría al absurdo de limitar las medidas de protección más en la instrucción previa que en el juicio oral (en el que sólo es preceptivo revelar el nombre y apellidos de la persona protegida).

Las declaraciones prestadas por la persona protegida, aunque hubieran sido prestadas bajo las medidas de protección más intensas, tienen eficacia jurídica para permitir adquirir el conocimiento de otras fuentes de prueba y para fundar las resoluciones que se dictan en la instrucción previa.

b) Medidas de protección que limitan la contradicción en el examen del testigo o del perito en el juicio oral.

El órgano jurisdiccional competente para el juicio oral lo es para establecer las medidas de protección que deban repercutir en actos de esa etapa procesal (art. 4.1 LO 19/1994). Este órgano debe revisar de oficio los efectos establecidos por el juez de instrucción y pronunciarse *ex novo* sobre las medidas procedentes en la etapa de juicio oral. La resolución de este órgano que establece las medidas puede ser recurrida en reforma o en súplica según los casos (art. 4.2), sin perjuicio de hacer valer en apelación y en casación las causas de nulidad o anulabilidad correspondientes si los recursos no devolutivos no fueran estimados.

La resolución correspondiente ha de ser motivada, pero el Tribunal Supremo ha admitido que la motivación puede hacerse por remisión a la que establecía la resolución que acordó las medidas de protección en el procedimiento preliminar; así en la **STS 28 febrero 1998** se indica que “En relación con los defectos formales atribuidos a la resolución por la que se acuerda la protección de los testigos, tenemos que resaltar que el contenido del oficio a que se refiere el recurrente se recoge en el Auto de la Sala de 13 mayo de 1997 por el que se decide mantener las medidas de protección a los Ertzaintzas acordadas anteriormente durante la instrucción habiéndosele comunicado en forma a las partes. La resolución citada se limita a mantener la situación creada por un auto anterior del Juzgado de Instrucción por lo que se fundamenta por remisión a la resolución antecedente, haciendo innecesaria nuevas repeticiones”.

La falta de resolución motivada determina la nulidad de las actuaciones. Véase en ese sentido la **SAP Navarra 17 febrero 1998**: “La adopción de la medida de protección prevista en el art. 2, b) de la Ley Orgánica 19/1994, requiere la ponderación de todas las circunstancias que el art. 4.1 prevé y de la propia naturaleza del hecho enjuiciado, y exige por tanto una resolución a tal efecto, que en este juicio no consta que se adoptase y fuera comunicada con anterioridad al acto del juicio; por otra parte ante la protesta formulada en el

juicio verbal tampoco consta que se efectuara la citada ponderación para conocimiento de las partes, quienes no conocieron la motivación de la resolución, por lo que la solicitud de nulidad formulada por los recurrentes debe prosperar, sin que ello suponga un pronunciamiento sobre la corrección o no de la decisión adoptada implícitamente, ya que esta valoración, no puede realizarse al no constar ninguna referencia a los razonamientos que la fundamentan; así las cosas y atendiendo a lo dispuesto en el art. 240 LOPJ procede la nulidad solicitada, volviendo las actuaciones a la situación en que aquélla se produjo”.

El presupuesto del pronunciamiento sobre el mantenimiento de medidas adoptadas o la adopción de nuevas es la ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate (art. 4.1).

Sorprende un tanto que la ley describa de nuevo el presupuesto de las medidas de protección (y de modo algo diferente a como lo hizo en los arts. 1 y 2). No es sin embargo nada extraño que las medidas deban revisarse en este momento y que deban enjuiciarse nuevamente sus presupuestos, porque las consecuencias de mantener la protección o levantarla van a ser diferentes: principalmente en este momento se sabrá hasta que punto la declaración de la persona protegida es crucial para la condena o pueden ser utilizados otros medios de prueba, para, por ejemplo en función de la gravedad del delito perseguido, levantar la protección procesal, sustituirla por una sin repercusión procesal o prescindir de la declaración de la persona protegida.

Sobre la clase de medidas de protección que pueden mantenerse o adoptarse de nuevo en esta etapa parece que podría dar una orientación segura lo dispuesto en el art. 4.3, que establece la preceptividad de comunicación del nombre y apellidos de la persona protegida. Los requisitos para esta comunicación son los siguientes:

a) Que se solicite motivadamente, lo que, habida cuenta del contexto (si se solicita se deberá dar la información), significa que se solicite con exposición de motivos, aunque el órgano jurisdiccional no quede convencido de los mismos.

Parece aludir a un caso en el que la defensa no solicitó la revelación del nombre y apellidos la **STS 6 mayo 1997**: “En el primero de los motivos del presente recurso se censura la sentencia de instancia, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haberse vulnerado en ella por el Tribunal el juicio, según se afirma, el artículo 24.2 de la Constitución Española, que establece el derecho de toda persona a un proceso con todas las garantías, ya que, en opinión del encausado, el testigo de cargo, comprador de la heroína y cocaína a que el «*factum*» se refiere, apareció en el trámite de instrucción del proceso de modo súbito e inesperado, y luego en el acto solemne del plenario sin que se revelasen sus circunstancias personales, con lo que se ha quebrantado, dice, el principio de publicidad proclamado en el artículo 120 del Texto Constitucional aludido en relación con los preceptos de carácter procesal que le son concordantes, y, de paso, los principios de defensa y contradicción

con el indudable perjuicio de haber dejado al recurrente en la indefensión más absoluta, y esto sentado, es claro, a la vista de lo realmente ocurrido a lo largo de la sustanciación del procedimiento, que el motivo en examen tiene necesariamente que fracasar, puesto que, tal testigo, conforme aparece de las actuaciones practicadas, fue judicialmente exonerado de identificación, y sometido a la protección consiguiente de acuerdo con las prescripciones de la Ley 19/1994, de 23 diciembre, reguladora de dicha materia, habiendo sido propuesto para su comparecencia en el juicio oral a instancias del Ministerio Fiscal que le examinó e interrogó abundantemente en dicho acto lo mismo que hizo la defensa del encartado que ninguna reserva ni reparo opuso entonces a tal situación, con lo que ni se ha producido infracción de los principios rectores del enjuiciamiento criminal ni tampoco la indefensión que se predica, respecto de la que, además, ni siquiera se razona en el fundamento del motivo en qué ha consistido ésta ni por qué se entiende que se vulneraron aquéllos, por lo que, como se dijo, es de rigor rechazar esta causa de impugnación, que carece del todo de razón de ser.”

b) Que la declaración del testigo o del perito haya sido admitida como prueba pertinente, lo que presupone introducir una especialidad en el régimen de admisión, consistente en alegar la pertinencia de la declaración del concreto testigo y perito, no genéricamente de los medios de prueba correspondientes. La razón de ser de esta norma es evitar el descubrimiento del testigo o perito si no es necesario proponerlo como medio de prueba, por disponerse de otros.

c) La solicitud puede formularse preventivamente en los escritos de acusación y defensa y de proposición de prueba, antes de saber si la contraparte los propondrá y le serán admitidos (art. 4.3, I), o después de haberse admitido la declaración de la persona protegida (art. 4.4).

A la comunicación de la identidad se liga el expreso reconocimiento de la posibilidad de proponer pruebas accesorias relativas a la credibilidad del declarante (art. 4.3, II y III). Con ello se salva una de las limitaciones a la eficacia de la contradicción: ignorar quien declara, cómo sabe lo que dice saber o si ello le es dictado por un motivo distinto a su conocimiento de los hechos.

Así como es preceptivo comunicar el nombre y apellidos, parece según el art. 4.3 que no sería necesario levantar otras medidas de protección adoptadas: “respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley”. Básicamente: se podría mantener la ocultación de imagen y de los datos personales que permiten, si no la identificación, sí la localización de la persona protegida. La conclusión sería que una declaración prestada bajo esas medidas de protección debería ser eficaz como prueba, siempre que el declarante estuviera identificado.

Esta conclusión, sin embargo, podría ponerla en duda el primer inciso del art. 4.5: “Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de la sentencia, si son ratificados en el acto del juicio

oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien las prestó”. Si debe entenderse a la letra, no bastará para que se reconozca valor probatorio con que se haya comunicado el nombre y apellidos del declarante, sino que deberán levantarse todas las medidas de protección. Esto hay que excluirlo por interpretación sistemática con lo dicho antes.

c) Valor probatorio de las declaraciones prestadas en la instrucción previa por el testigo o perito protegido.

Se refiere a ello el segundo inciso del art. 4.5: “Si se consideran de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción de las partes”.

En relación con este precepto de redacción un tanto ambigua se suscitan tres problemas

Si la amenaza para el caso de que se declare o la negativa a declarar por ella puede constituir la imposibilidad que permite la sustitución de la declaración en el acto por la lectura. Admitirlo resolvería el problema del testigo no protegido durante el sumario pero amenazado durante el juicio y que se niega a declarar en éste. Por regla general la imposibilidad se ha entendido material o física, aunque también se ha aceptado el caso del testigo que rechaza su derecho a no declarar en la instrucción y quiere hacerlo valer en el juicio (es causa que impide practicar la testifical).

El valor probatorio de la lectura substitutiva parece darse por supuesto por aquel precepto, pero a mi juicio habría que excluirlo si la protección durante el sumario fue tan intensa como para excluir completamente la contradicción, porque incluso la aplicación ordinaria del art. 730 requiere que las diligencias se practicaran en condiciones tales que quede garantizado el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.

¿Que ocurre si el testigo comparece en el juicio oral sin protección y, por esa circunstancia, modifica su declaración prestada en la instrucción? Sólo con el art. 714, con la jurisprudencia dominante y salvo en el juicio por jurado para el que hay norma expresa, se hubiera podido defender la posibilidad de reconocerle valor a la declaración de la instrucción. Tratándose de un testigo protegido, el primer inciso del art. 4.5 dificulta la conclusión.

**CUATRO APROXIMACIONES AL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO
DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROCESO PENAL EN PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA^(*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

I. FUNCIONES DE LA INSTRUCCIÓN, PARTICIPACIÓN DEL IMPUTADO Y DE LOS ACUSADORES NO OFICIALES Y CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES SOBRE LA ACUSACIÓN

1.- Introducción

Es característico del proceso penal que, antes de la formalización de la acusación por un hecho y frente a una persona determinada, y del debate sobre la misma en el juicio oral, preceda una normalmente larga y compleja actividad de investigación sobre los hechos con apariencia delictiva.

En los diversos ordenamientos esta actividad de investigación está atribuida a diferentes órganos públicos. Es predominante en los ordenamientos europeos la atribución al Ministerio Público; sin embargo, en Derecho español -aunque hay manifestaciones de aquella orientación predominante- subsiste la figura del juez de instrucción, pero según un modelo en el que el juez que ha dirigido la instrucción no puede conocer del juicio oral.

El tema de la dirección de la instrucción tiene una particular conexión con el asunto sobre el que quiero reflexionar en esta primera intervención, pero éste es más amplio.

Sintéticamente planteado el asunto sería el siguiente: la vista de las funciones de la instrucción, se trata de examinar cómo debe ser ordenada la participación en la misma del imputado y de los particulares interesados en la acusación para que esas funciones se cumplan de un modo efectivo y cuál es la regulación de esta materia en algunos ordenamientos de referencia.

^(*) Publicado en *El nuevo proceso penal chileno*, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Procesal, Chile, 2000, pp. 307-344.

2.- Las funciones de la instrucción

Además de la función preparatoria del juicio oral -función que sólo cumple la instrucción en la medida en que, en concreto, vaya seguida de juicio- la instrucción tiene las siguientes funciones:

1) Función de tomar en consideración y, en su caso, comprobar cualquier hecho que revista caracteres de delito, para garantizar la satisfacción del interés público en la persecución de los delitos.

Salvo en los delitos perseguibles a instancia de parte, existe un interés público en que el proceso penal se realice siempre que hayan tenido lugar hechos que den fundamento para esa realización. En defecto de este interés público bastaría -como en el proceso civil- con dejar a los particulares que resolvieran con su actividad privada los problemas de preparación del proceso, con posibilidad de pedir, cuando fuera necesario, la intervención de un órgano jurisdiccional. Por el contrario, la vigencia del principio de legalidad y la excepcional vigencia del llamado principio de oportunidad (que requiere valorar en concreto el interés público en la persecución) impone regular una etapa de instrucción, para examinar si los hechos ocurridos imponen la persecución.

2) Función de resolver sobre la admisibilidad del juicio oral por cierto hecho y frente a cierta persona. La instrucción condiciona la apertura del juicio oral por una determinada acusación.

Con esta función se resuelve un primer problema que es originado por la propia estructura del proceso: no es admisible un proceso penal frente a persona incierta. Por esta razón, una determinación mínimamente justificada de la persona del acusado es siempre presupuesto del juicio oral y ha de realizarse en el procedimiento preliminar (llámese instrucción, investigación previa o de cualquier otro modo). Un primer aspecto de esta función es descubrir a alguien a quien poder acusar.

Podría encomendarse al acusador hacer esa determinación, pero la ley no considera eso suficiente. Más allá de lo que viene impuesto por la propia estructura del proceso -que la acusación se dirija frente a alguien-, se requiere, para que pueda abrirse juicio por un hecho y frente a una persona determinada, que un órgano jurisdiccional considere como probable el hecho del que se acusa y la responsabilidad del acusado por ese hecho.

En el procedimiento preliminar se recogen los elementos necesarios para fundar ese juicio de probabilidad.

Esta función se justifica en atención a un interés de los posibles acusados: no verse sometidos, sin fundamento suficiente, a un juicio oral que, aunque no termine con una sentencia de condena, es por sí mismo causa de desprestigio social y de daños morales y psicofísicos para el acusado.

Ahora bien, sin desconocer el peso de esta justificación, no parece que pueda ser única, porque, si lo fuera, no se comprendería por qué el imputado no puede -o, al menos, no puede por regla general- renunciar al procedimiento preliminar, para ser sometido inmediatamente a juicio.

Atendido esto parece que otra razón, además de la dicha, justifica esta función de la instrucción: evitar la presentación de acusaciones insuficientemente fundadas,

que se exponen a ser rechazadas con efectos de cosa juzgada, con la posible consecuencia de situaciones de impunidad total o parcial.

Dos últimas observaciones acerca de esta función del procedimiento preliminar.

Primera: el procedimiento preliminar tiene éxito, en cuanto a función de investigación de los hechos y del responsable, sólo con que permita formar un juicio de probabilidad.

Segunda: Si se atiende a las razones que justifican esta función, el criterio de la actividad de investigación en el procedimiento preliminar debe ser buscar no sólo los datos de inculpación, sino también los que exculpen al imputado.

3.- El estatuto del órgano público director de la instrucción como garantía del cumplimiento de las funciones de la misma

El conjunto de situaciones jurídicas que conforman el estatuto del Ministerio Público (régimen de nombramiento, deberes, responsabilidades de sus componentes) y que persiguen que su actuación sea objetiva e imparcial en el ejercicio de las potestades que la ley le atribuye para preparar el ejercicio de la acción penal y para ejercitarla, podría ser considerado como una suficiente garantía para el debido cumplimiento de las funciones de la instrucción.

En mayor medida estaría justificada esa apreciación si la dirección de la instrucción correspondiera a un órgano jurisdiccional. En efecto, en cualquier ordenamiento, es el estatuto de los órganos jurisdiccionales el que está rodeado de las máximas garantías para asegurar una actuación sometida únicamente a la ley.

Sin embargo, ninguno de los ordenamientos europeos avala la idea de que el estatuto orgánico del director de la instrucción es garantía suficiente para el cumplimiento de las funciones de la misma.

En un régimen de dirección judicial de la instrucción -como el que todavía está vigente en España- se hallan desde tiempo establecidas diversas posibilidades de participación en aquélla de los acusadores distintos al Ministerio Público y del imputado.

La amplia introducción de estas posibilidades es debida a la reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que, especialmente, aproximó al imputado -que era la parte antes sometida a las mayores restricciones de participación- a la posición de las demás partes.

En efecto, por un lado, las partes acusadoras ponen en juego en el procedimiento preliminar el derecho a la tutela judicial efectiva, que se satisface con la resolución judicial sobre prosecución del proceso. Han de poder participar para influir en esa resolución, y así el Tribunal Constitucional ha afirmado que también asisten a los acusadores en esta fase los derechos del art. 24.2 -STC 1/1985, de 9 de enero-.

Respecto al imputado, el reconocimiento del derecho de defensa se hace en el art. 24 de la Constitución sin limitarlo a fases determinadas del proceso. Resultaba necesaria en la Ley de Enjuiciamiento Criminal una norma como la del art. 118, que reconoce el derecho de defensa desde el momento de la imputación. Por otra parte, ese derecho es más intensamente protegido cuando el imputado está privado de libertad (art. 17.3 Constitución Española; art. 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En un régimen de dirección de la instrucción por el Ministerio Público la garantía del efectivo cumplimiento de las funciones de la instrucción requiere:

1) que los acusadores no oficiales y el imputado no sólo puedan participar en la investigación, al menos a partir de una cierta etapa de la misma, sino también que esa posibilidad sea judicialmente protegida frente a las negativas del Ministerio Público.

2) que se sometan al juicio de un órgano jurisdiccional las decisiones de no ejercicio y de ejercicio de la acción penal adoptadas por el Ministerio Público.

En efecto, en cualquier ordenamiento, un pronunciamiento judicial acerca de si una determinada actuación (en este caso del Ministerio Público) es ajustada a Derecho representa la máxima garantía de la corrección de la misma. No vale decir que si el Ministerio Público ejercita la acusación, su actuación en el ejercicio de la acción penal ya queda sometida a la decisión de los tribunales. Por un lado, nada queda dicho con esto sobre el control jurisdiccional de las decisiones de no ejercicio de la acción. Por otro, lo que está en juego no es el pronunciamiento de fondo sobre la acusación, sino, de acuerdo con una de las funciones de la instrucción, la verificación del suficiente fundamento de la acusación para que pueda dar lugar a juicio.

4.- La participación de los acusadores no oficiales y del imputado en la actividad de investigación de la instrucción

A) La justificación de las posibilidades de participación

a) Respecto de los acusadores no oficiales

Aunque en un ordenamiento no se introdujeran especiales limitaciones a las acusaciones no oficiales, si las funciones de investigación se atribuyeran exclusivamente al Ministerio Público, quedaría mermada la efectividad de aquellas acusaciones.

Los acusadores, para conseguir el fin perseguido de la apertura del juicio oral frente a una persona determinada -que es un efecto que no sólo depende de presupuestos procesales, sino también de un juicio de probabilidad sobre el fundamento de la acusación- quedarían completamente a expensas de la investigación que hubiera desarrollado el Ministerio Público. Esto es insatisfactorio porque, objetivamente, el Ministerio Público 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 investigación.

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 Ministerio Público, 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.

b) Respecto del imputado

Por otra parte, 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 excluir las acusaciones infundadas.

EL imputado tiene interés en que consten resultados de investigación que sirvan para que no se adopten medidas frente a él , para que se alcen las adoptadas, y para revelar el carácter no fundado de la acusación.

Es cierto que se afirma que el Ministerio Público debe proceder en la investigación con arreglo al principio de imparcialidad y, en ese sentido, orientar la investigación también hacia la búsqueda de elementos exonerantes para el imputado. Ahora bien, el Ministerio Público 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.

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 cautelar o sobre la apertura del juicio oral-admisión de la acusación, el resultado de investigaciones de efecto exonerante que haya podido practicar privadamente. Se trata de que, además de eso, el imputado pueda servirse de los medios potentes que el aparato estatal (la policía, el Ministerio Público. o el Juez de Instrucción) tiene a su disposición para realizar la investigación en el proceso penal y que no son asequibles a un particular.

B) Las posibilidades de participación en diversos ordenamientos

a) En el proceso penal alemán

Aunque, en principio, el *Ermittlungsverfahren* dirigido por el Ministerio Público es secreto, la *Straprozessordnung* reconoce -y la primera ley de reforma del Derecho procesal penal de 9 diciembre 1974 amplía- unos derechos de participación del imputado y de su abogado. Con ello se atiende a que el ejercicio de acusación ya es un considerable perjuicio social, que ha de poder evitar la persona que es imputada sin razón (Roxin, *Strafverfaherensrecht*, 1991, pág. 254).

No se permite al imputado estar presente en las investigaciones del Ministerio Público, pero sí en los actos que, durante la etapa de investigación, investigaciones, se pide al juez que practique. A través de su abogado tiene derecho a la consulta de la documentación de la investigación del Ministerio Público (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 254-255).

La doctrina no considera satisfactoria la regulación. Estima necesarias reformas que posibiliten que el imputado haga valer su posición: el imputado debería ser informado lo más pronto posible de los motivos de sospecha existentes frente a él; imputado y defensor deberían tener derecho a la presencia en actos de investigación; se debería hacer más riguroso el derecho al examen de la documentación de las investigaciones del Ministerio Público; las peticiones de actos de investigación sólo deberían ser rechazables por motivos determinados establecidos por la ley (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 255).

Por otra parte, no hay referencia a la participación del ofendido. Sólo en el *Klageerzwingunsverfahren* el ofendido puede formular una petición al tribunal, indicando los motivos y los medios de prueba que justifican suficientemente la imputación del hecho (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 264-265).

b) En el proceso penal portugués

El argüido (art. 61 *Código do processo penal* de 1987) y los ofendidos por el delito y otras personas que se constituyan como *asistentes* (art. 69 *Código do processo penal* de 1987) pueden intervenir en el inquerito. Inquerito es la investigación dirigida por el Ministerio Público para fundar su decisión sobre la acusación (art. 262 *Código do processo penal* de 1987). Puede terminar con una resolución de archivo o de acusación.

No obstante, la técnica específica del Código portugués de 1987 para salvaguardar el interés en las investigaciones previas que tienen el imputado y los acusadores privados es la llamada *instrução*.

La *instrução* tiene por fin la comprobación judicial de la decisión de acusar y de la decisión de archivar la investigación. Es facultativa (art. 286 *Código do processo penal* de 1987)

Puede instarla el imputado en cuanto a los hechos por los que el Ministerio Público ha resuelto acusar. El asistente en cuanto a los hechos por los que ha decidido el archivo (art. 287 *Código do processo penal* de 1987).

La *instrução* la dirige el juez de instrucción. Consta de diligencias de comprobación y de un debate instructorio, todo ello con objeto de comprobar si hay indicios de hecho o elementos de derecho suficientes para justificar que el imputado sea sometido a juicio. En caso afirmativo se dicta *auto de pronuncia*, en caso negativo de *nao pronuncia*.

c) En el proceso penal italiano

Las *indagini preliminari* son dirigidas por el Ministerio Público (art. 326 *Codice di procedura penale* de 1988). Son secretas hasta que el imputado pueda tener conocimiento, lo cual debe ocurrir, como mínimo, en el momento de su finalización (art. 329 *Codice di procedura penale* de 1988). El defensor de la persona afectada por ciertos actos de investigación de la policía judicial, tiene facultad de asistir a los mismos, aunque no se establece que deba ser avisada previamente (art. 356). Los defensores tienen derecho de asistencia a algunas investigaciones del Ministerio Público (art. 364, 365 *Codice di procedura penale* de 1988).

Los defensores pueden presentar al Ministerio Público memorias y solicitudes escritas (art. 367 *Codice di procedura penale* de 1988), pero nada dice el Código sobre si la denegación de las solicitudes permite el inmediato recurso al juez para que ordene su práctica. Más bien parece que esa posibilidad de complementación se tiene en los momentos procesales que comento a continuación.

Si el Ministerio Público presenta al juez una petición de archivo por falta de fundamento de la noticia de delito (a la que acompañará la documentación de sus investigaciones), la persona ofendida por el delito puede oponerse, pero debe indicar el objeto de la investigación suplementaria y los elementos de prueba correspondientes. Si el juez no estima aceptable la solicitud de archivo, convoca una audiencia para debatirlo y puede ordenar más investigaciones al Ministerio Público (arts. 408, 409 y 410 *Codice di procedura penale* de 1988).

La *richiesta di rinvio a giudizio* -que es la alternativa del Ministerio Público a la decisión de archivo- indica el imputado, enuncia los hechos y las circunstancias

agravantes y las fuentes de prueba adquiridas (art. 417 *Codice di procedura penale* de 1988). Es debatida en una audiencia en la cual están presentes el Ministerio Público y todos los intervinientes; en la misma puede recibirse declaración al imputado y pueden practicarse determinados medios de prueba (art. 421, 422 *Codice di procedura penale* de 1988). Nada se dice acerca de que puedan ser ordenadas por el juez investigaciones complementarias al Ministerio Público.

d) En el futuro proceso penal chileno

Es destacable lo siguiente:

1º) Entre los derechos del imputado están el de solicitar de los fiscales diligencias para desvirtuar las imputaciones que se le formulen y conocer el contenido de la investigación (art. 107 Código de procedimiento penal, proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, en adelante PCPP).

2º) El tribunal podrá ordenar a los fiscales la práctica de alguna diligencia propuesta por el imputado en su interrogatorio judicial, cuando lo estime necesario al derecho de defensa y para el respeto al principio de objetividad (art. 118 PCPP).

3º) Durante la instrucción el imputado puede declarar cuantas veces quiera y el juez deberá recibirle declaración si guarda relación con la causa (art. 124 PCPP).

4º) La víctima puede pedir del juez, mediante querrela, que ordene al fiscal reabrir el procedimiento y realizar actos de investigación o que inicie una investigación que denegó ante una denuncia (art. 243 PCPP).

5º) Si se decreta la exclusión del conocimiento del imputado e intervinientes de determinados actos de la investigación, existe la posibilidad de pedirle al juez de control el levantamiento de la exclusión (art. 262 PCPP).

6º) Posibilidad de proposición de diligencias a los fiscales durante la investigación, sobre la que resuelve el fiscal, frente a lo que se puede reclamar a sus superiores (art. 263 PCPP).

7º) Posibilidad del imputado y de los intervinientes de asistir a la práctica de las diligencias del Ministerio Público, si éste lo estima útil para las diligencias; el Ministerio Público establece el alcance de la participación (art. 264 PCPP).

Por otra parte, en los cinco días siguientes al cierre de la investigación el imputado y el querellante pueden pedir al juez las precisas diligencias de investigación que hubieran solicitado al Ministerio Público durante la investigación y que no se hubieran practicado. Si el juez las admite, ordenará su práctica a la policía (art. 327 PCPP). La oportunidad de esta solicitud de complemento de la investigación parece clara: se trata de que sus eventuales resultados puedan influir en las resoluciones de sobreseimiento o de apertura de juicio oral.

5.- Control jurisdiccional de las decisiones sobre el ejercicio de la acción penal

Este es el segundo aspecto apuntado inicialmente. Las decisiones del Ministerio Público sobre el ejercicio de la acusación, tanto en el sentido de ejercerla como en el de no hacerlo, no son inmediatamente y plenamente eficaces por sí solas, sino que están sometidas a control jurisdiccional.

A) Control de las decisiones de no ejercicio

La valoración del régimen de control establecido requiere distinguir en función de la causa de la decisión.

a) La decisión de no ejercicio de la acusación puede fundarse en razones jurídicas.

Si se atiende a su configuración jurídica, la potestad de acusar del Ministerio Público puede ser una potestad reglada o una potestad discrecional.

Si es de la primera clase, el Ministerio Público tiene el deber jurídico de acusar ante la mera constatación de que el caso es encuadrable en el supuesto de hecho de la norma penal y debe acusar en la medida que resulte de la aplicación de la norma al caso. La formulación de los tipos penales con la consecuencia de la pena no es sólo una garantía de que las persona sólo serán penadas en esos supuestos, sino también una amenaza de que en esos supuestos serán penadas.

La potestad es discrecional si la norma confiere un poder de apreciar en el caso concreto si existe o no interés público en perseguir el delito o si ese interés puede ser satisfecho de modo distinto a la imposición de una pena. En este supuesto existen también elementos reglados: los delitos en los que puede ejercerse esa potestad (por ejemplo delitos determinados de escasa gravedad o de gravedad intermedia), eventuales requisitos adicionales que han de concurrir (por ejemplo imposición de determinadas condiciones cuyo cumplimiento por el imputado excluye la persecución), y en todo caso la norma establece, o está implícito en la misma, que esa potestad debe ejercerse en consideración de los fines públicos tutelados por el ordenamiento penal.

Cualquiera sea el régimen de la potestad de acusar es posible que las decisiones sobre su ejercicio no sean ajustadas a Derecho. Para garantizar esa conformidad es necesario que se prevea una posibilidad de examen jurisdiccional de tales decisiones, lo cual, por otra parte, es coherente con el control judicial general y pleno de los actos del Poder Ejecutivo y asimilados en un Estado de Derecho.

Ese control puede instrumentarse permitiendo que el órgano jurisdiccional que reciba los actos del Ministerio Público relativos a la acción penal, no sólo pueda desestimarlos si no concurren los presupuestos legales para el ejercicio de la acusación, sino también si no concurren los presupuestos para la falta de ejercicio, imponiendo en este último caso el deber concreto de ejercitarla.

b) La decisión de no acusar puede también estar fundada en razones de hecho

Los hechos investigados y su atribución subjetiva tienen alguna acreditación y son jurídicamente constitutivos de delito, pero las fuentes de prueba que se ha logrado recoger no son previsiblemente suficientes para fundar una sentencia de condena.

A mi juicio el problema básico del control jurisdiccional de esta decisión de no acusación es que si se impone el ejercicio de la acusación, sea de oficio por el juez, sea a instancia de un acusador no oficial, el titular o uno de los titulares de la acción penal se ve obligado a “consumirla”, es decir a someter la acusación a una actuación procesal de la que saldrá resuelta -eventualmente con sentencia absolutoria- con eficacia de cosa juzgada.

c) Configuración del control de las resoluciones de no ejercicio de la acusación en diversos ordenamientos

Veamos como configuran los ordenamientos considerados el control de las resoluciones de no ejercicio de la acusación

a') Proceso penal español

En Derecho español, además del Ministerio Público está legitimado para acusar cualquier ciudadano, y especialmente, el ofendido por el delito. Sus peticiones en orden a provocar la apertura del juicio oral tienen la misma eficacia que las que formula el Ministerio Público. Esto permite un adecuado control de las decisiones de no acusación del Ministerio Público. No obstante, si la decisión de no acusar se funda en razones de hecho (insuficiencia de prueba para el juicio oral), la posibilidad de apertura del juicio a petición sólo del acusador no oficial supone atribuirle a éste un dominio excesivo sobre la acusación.

b') Proceso penal alemán

El *Klagerzwingungsverfahren* tiene la finalidad de que el ofendido por el delito pueda hacer examinar por un tribunal si el Ministerio Público, cuando ha decidido archivar, ha actuado de acuerdo con el principio de legalidad de la acción penal.

Sólo es admisible si se procede por delitos perseguibles según el principio de legalidad, pero la doctrina (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 261) postula que se extienda también a los perseguibles según principio de oportunidad, para que puedan ser controlados los abusos de la discrecionalidad en los que incurra el Ministerio Público.

Para el *Klagerzwingungsverfahren* el ofendido ha de formular una petición previa por vía jerárquica a los superiores del Ministerio Público. Contra la decisión negativa, el ofendido puede formular la petición al tribunal, indicando los motivos y los medios de prueba que justifican suficientemente la imputación del hecho. El tribunal puede examinar la documentación de la investigación del Ministerio Público y ordenar él mismo investigaciones. El imputado tiene derecho a ser oído antes de la resolución. El tribunal resolverá rechazar la petición si no hay suficiente sospecha del delito; en otro caso la estimará e impondrá al Ministerio Público el ejercicio de la acusación (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 264-265).

c') Proceso penal portugués

Frente a las decisiones de no acusación del Ministerio Público, la persona constituida como asistente puede solicitar la incoación de la *instrução*, para, después de las investigaciones complementarias de esta etapa, instar que se dicte *auto de pronuncia* respecto de los hechos y los imputados inicialmente no acusados por el Ministerio Público.

d') Proceso penal italiano

El Ministerio Público, si estima que no debe acusar, ha de presentar al juez petición de archivo por falta de fundamento de la noticia de delito y acompañar la documentación de sus investigaciones. La persona ofendida por el delito puede oponerse, pero debe indicar el objeto de la investigación suplementaria y los elementos de prueba correspondientes. También el juez, de oficio, puede no estimar aceptable la solicitud de archivo. En un caso y en otro, el juez convoca una audiencia para debatir la petición de archivo y puede ordenar investigaciones complementarias al Ministerio Público (arts. 408, 409 y 410 Codice di procedura penale de 1988). Si el juez rechaza, en definitiva, la solicitud de archivo impone al Ministerio Público la formalización de acusación y señala la audiencia preliminar.

c') Futuro proceso penal chileno

La solicitud de sobreseimiento del Ministerio Público permite al juez resolver la modalidad de sobreseimiento solicitada, una modalidad de sobreseimiento distinta o el sobreseimiento por una causal diferente. Si estima procedente la apertura del juicio, lo pondrá en conocimiento de los superiores del fiscal, para que ordenen acusar o ratifiquen la petición de sobreseimiento. Si ocurre lo último, la resolución de apertura solo procederá si la pide el querellante y “los antecedentes acumulados en la instrucción constituyen suficiente fundamento para el enjuiciamiento del imputado” (art. 326, 328 PCPP).

B) Control de las decisiones de ejercicio

En el régimen de esta materia está en juego la función de la instrucción de no permitir la apertura de juicio si la acusación no tiene suficiente fundamento.

El control judicial de la decisión de acusación puede tener diferente amplitud:

1) puede ser un simple control jurídico, en el sentido de que, presuponiendo ciertos los hechos afirmados en la acusación, el juez sólo la rechazará si entiende que de los hechos no deriva responsabilidad penal para el acusado.

2) Puede ser un control del fundamento fáctico, en el sentido de que se examina si el material recogido en la instrucción fundamenta, como mínimo, un juicio de probabilidad sobre los hechos afirmados en la acusación.

¿Cómo se articula este control en los ordenamientos que estamos analizando?

a) Proceso penal español

En Derecho español el control tiene la máxima amplitud: es control jurídico, pero también fáctico. En el juicio ordinario por delitos se realiza mediante el auto de procesamiento, que se funda en la existencia de indicios racionales de criminalidad, y que condiciona la apertura del juicio oral por cierto hecho y frente a determinada persona. En el juicio abreviado el control opera mediante la ampliación de las causales

del sobreseimiento que el juez puede acordar de oficio, que comprenden la falta de indicios racionales de criminalidad contra el acusado.

b) Proceso penal alemán

Si el *Ermittlungsverfahren* ha conducido al Ministerio Público a la decisión de ejercicio de la acción, un tribunal ha de decidir en el *Zwischensverfahren* si debe ser abierto el juicio oral (por los hechos y frente a la persona establecidos en el *Anklageschrift*).

El principal significado del *Zwischensverfahren* es su función de control negativo: la admisión y necesidad de que continúe la persecución es examinada por un tribunal independiente e imparcial, para evitar al imputado un juicio oral injustificado.

El imputado tiene oportunidad de formular defensas y peticiones de prueba para influir negativamente en la apertura del juicio (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 266). El imputado puede proponer prueba sobre cuya admisión el tribunal decide discrecionalmente y el tribunal puede acordar prueba de oficio (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 267).

El tribunal acordará la apertura del juicio si de los resultados del Vorverfahren deriva una conducta punible suficientemente acreditada; es decir, si puede ser esperada con preponderante probabilidad una condena. No basta con que se constate un interés público en que haya juicio oral. La sospecha suficiente se refiere a la cuestión de hecho; en cambio, sobre la valoración jurídica del carácter delictivo de la conducta, presupuesta la certeza de los hechos, se requiere una convicción absoluta para decretar la apertura del juicio (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 267-268). El tribunal rechazará la apertura del juicio si por motivos de hecho o de derecho es predecible una absolución (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 269).

c) Proceso penal portugués

Se establecen dos clases de controles.

El más amplio tiene lugar si el imputado pide que se realice la *instrução*. En ese caso se realizan investigaciones complementarias y un debate, al término del cual puede ser dictada resolución de *pronuncia* o de *nao pronuncia*, según se entienda que han sido o no recogidos indicios suficientes de haberse verificado los presupuestos de los que depende la aplicación de una pena o de una medida de seguridad al imputado.

Un control menos amplio tiene lugar si no ha habido instrucción. En tal caso el presidente del tribunal puede rechazar la acusación por manifiestamente infundada (art. 311 *Código do processo penal* de 1987).

d) Proceso penal italiano

La petición de *rinvio a giudizio* del Ministerio Público indica el imputado, enuncia los hechos y las circunstancias agravantes y las fuentes de prueba adquiridas (art. 417 *Codice di procedura penale* de 1988). Debe ser debatida en una audiencia en que están presentes el Ministerio Público y todos los intervinientes, y en la que puede recibirse declaración al imputado y practicarse determinados medios de prueba (art. 421, 422 *Codice di procedura penale* de 1988).

Lo importante es, sin embargo, que la resolución sólo puede ser negativa bien por causas de Derecho conducentes a la absolución, bien por causas de hecho también conducentes a la absolución -concretamente, la evidencia de que el hecho no existe o de que el imputado no lo ha cometido- (art. 425 *Codice di procedura penale* de 1988:

sentenza di non luogo a procedere). No basta pues la falta de fundamento fáctico suficiente.

e) Futuro proceso penal chileno

Hay que distinguir según de quien proceda la acusación.

Si procede del Ministerio Público no hay otro control judicial de la admisión de la acusación que el que puede derivar de los artículos de previo pronunciamiento (art. 334 PCPP). Es decir, el Ministerio Público no pide apertura de juicio oral para acusar, con la posibilidad de que aquella apertura le sea denegada por falta de suficiente fundamento, sino que acusa -y, por tanto, no pide el sobreseimiento, con las posibilidades de resolución que en ese caso tiene el juez- “cuando estimare que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se hubiera formalizado la instrucción” (art. 318 PCPP). Esa apreciación suya no es revisada por ningún órgano jurisdiccional. Se aproxima al régimen del proceso italiano, pero ni siquiera llega a establecer un control por las causas de falta de fundamento jurídico y de fundamento fáctico, que el ordenamiento italiano mantiene.

Por el contrario, si la acusación procede del querellante, que se ha opuesto a la petición de sobreseimiento del Ministerio Público, el juez, para abrir el juicio, ha de apreciar que los antecedentes de la instrucción constituyen suficiente fundamento para el enjuiciamiento (art. 328 PCPP).

La diferencia de trato de las acusaciones resulta justificada, pero ello no es obstáculo para apuntar que, comparado con los ordenamientos de referencia, en Derecho chileno se está optando por configurar un Ministerio Público muy poderoso.

II. PRUEBA: LIBRE VALORACIÓN, MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN Y CONTROL IMPUGNATIVO

1.- La generalizada vigencia del principio de libre valoración

La valoración de la prueba -es decir: la determinación de la eficacia de sus resultados en orden a establecer los hechos en la sentencia- se somete inequívocamente en el proceso penal al principio de libre valoración.

En Derecho español, el fundamento normativo se halla en el art. 741, párrafo primero, Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando dispone que el tribunal “apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, ... dictará sentencia...”. Específicamente respecto a la prueba testifical dispone el art. 717 Ley de Enjuiciamiento Criminal que será apreciable “según las reglas del criterio racional”. No subsiste, en realidad, ninguna manifestación del sistema de la prueba legal.

En Derecho alemán, la disposición del párrafo 261 StPO establece que sobre el resultado de la prueba decide el tribunal según su libre convicción formada sobre el conjunto del juicio.

En Derecho portugués, salvo disposición legal en contrario la prueba es apreciada según las reglas de la experiencia y la libre convicción (art. 127 *Código do processo penal* de 1987).

Libre valoración de la prueba significa que la determinación de la eficacia de la prueba para fijar los hechos no está sometida a normas jurídicas, sino que ha de

realizarse con sujeción a los criterios que ordinariamente rigen la formación del razonamiento humano.

2.- Desviaciones de la comprensión del principio de libre valoración de la prueba

Pero el sistema de libre apreciación de la prueba ha sufrido con frecuencia desviaciones de su correcta comprensión.

Una primera desviación es la que confunde ese sistema con una inexistente autorización al juzgador para que valore cualquier medio de información sobre los hechos, prescindiendo de los requisitos jurídicos sobre el modo de su obtención.

En el contexto del Derecho español, se llegó a decir en este sentido que, como el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alude 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” (Quintano Ripollés).

Esta concepción confunde la libertad de vínculos jurídicos en la valoración de la prueba, con una inexistente libertad de vínculos de esa misma naturaleza a la hora de determinar qué constituye prueba.

Qué tiene naturaleza de prueba está determinado por las normas. Además con un doble alcance: primero, la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales no produce efectos, no es prueba; segundo, sólo pueden ser valoradas las pruebas practicadas en el juicio oral y las que no hallándose en ese caso, excepcionalmente, la ley permita.

Cómo ha de valorarse o apreciarse esa prueba es una actividad judicial que se realiza después, y sólo sobre lo que tenga naturaleza de prueba. Esta es la actividad no sometida a normas jurídicas.

Precisamente una correcta libre valoración precisa partir de la forma legal generalmente establecida para la práctica de la prueba; hay una relación entre oralidad y libre valoración. Es oportuno recordar unas palabras de un texto español de trabajos prelegislativos del siglo XIX: “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”.

Otra interpretación incorrecta -aunque al menos ya no confunde la libertad de valoración con la libertad sobre lo que puede ser valorado- es la que entiende la libertad de valoración como no sujeción a criterio alguno, no sólo a criterios establecidos legalmente, sino ni siquiera a los de un raciocinio correcto, lo cual tendría, como ineludibles consecuencias, la ausencia de toda explicación de la valoración realizada y también de un posterior control de la misma.

Una formulación extrema de esa concepción la encontramos en una sentencia del Tribunal Supremo español (10 de febrero de 1978), en la que llega a decirse: “el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencia de

valoración tasada o predeterminada por la Ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder al análisis y a la consecutiva ponderación, con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial”.

Este modo de entender la libre valoración, de entrada, está en desacuerdo con las bases culturales de la misma. La valoración legal elevaba ciertos criterios abstractos a la calidad de normas jurídicas sobre determinación de la verdad (número de testigos que declararan en determinado sentido; condición personal de los testigos). El sistema de libre valoración supuso, frente a esto, precisamente una reacción de racionalidad, ligada al auge de las ciencias experimentales. Para el conocimiento de hechos concretos dejó de considerarse adecuado un razonamiento dogmático-deductivo, estimándose más idóneo un método empírico-inductivo, basado en la observación de la realidad y que procede formulando y comprobando hipótesis hasta llegar a conclusiones razonablemente seguras.

La concepción expuesta más arriba no sería compaginable con el significado genérico de la potestad de juzgar, que el art. 117.3 Constitución Española atribuye a los órganos jurisdiccionales, consistente en una operación racional que no sólo tiene por objeto las normas jurídicas, sino también los hechos a los que se aplican. Sería también contraria a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 10.3 Constitución Española), en cuanto podría legitimar una irracional elección del caso concreto al que debe aplicarse la norma penal.

Esta desviación ha sido en parte favorecida por la expresión usada en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de que las pruebas se apreciarán en conciencia, como una especie de operación intelectual racionalmente inaprehensible. Pero también puede entenderse que apreciar en conciencia significa hacerlo “escrupulosamente, ponderadamente, con la debida atención y juiciosamente, ya que sólo así se puede ser un juez de conciencia” (Vázquez Sotelo). Por otro lado, el art. 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al referirse al valor de ciertas declaraciones testimoniales dispone que serán apreciables, como todas esas declaraciones, “según las reglas del criterio racional”.

De esas reglas del criterio racional (máximas de la experiencia, en otra denominación), que pueden ser genéricas, y hallarse al alcance de una persona del nivel cultural del juez, o especializadas, aportándose entonces a través de los peritos, ha de hacer uso el juzgador en dos momentos de la formación del juicio sobre la cuestión del hecho:

1º) Al valorar cada medio de prueba singularmente considerado, para determinar la credibilidad que pueda atribuirse a los resultados que ha arrojado su práctica.

2º) En la construcción de las presunciones judiciales, puesto que entre los hechos-indicio, que han debido quedar probados, y los hechos inmediatamente relevantes para la aplicación de las normas penales, ha de mediar una relación precisa concebida según las reglas del criterio racional.

Tampoco es afortunado el modo de expresar el régimen de la valoración de la prueba por el parágrafo 261 StPO -el tribunal decide según su libre convicción formada sobre el conjunto del juicio-. Ante el mismo la doctrina realiza la inmediata matización de que la simple certeza subjetiva del juez no es suficiente, en los casos en que el resultado objetivo de la prueba no conduce como racional conclusión a la responsabilidad del acusado. El acusado ha de ser protegido frente a los errores de la formación de la convicción. Por ello es exigible que: el proceso de formación (interna) de la sentencia pueda ser reproducido por otros jueces y que no derive de simples sospechas (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 79-81).

Otras formulaciones legales del principio de valoración libre de la prueba aciertan a eludir esos inconvenientes de expresión.

Así en Derecho italiano: el juez valora la prueba dando cuenta en la motivación de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados (art. 192.1 *Codice di procedura penale* de 1988). La existencia de un hecho no puede deducirse de indicios salvo si son graves, precisos y concordantes (art. 192.2 *Codice di procedura penale* de 1988).

Y el artículo 201 del que será futuro Código chileno que, tras establecer que “los tribunales apreciarán la prueba con entera libertad”, puntualiza lo necesario para evitar los abusos de la libre apreciación.

3.- Técnicas para corregir los abusos de la libre valoración

Tanto las matizaciones que han debido realizarse a las formulaciones normativas primeramente citadas del principio de libre valoración, como el modo en que éste se expresa en textos más recientes -como el Código italiano, el portugués, y el futuro Código chileno- revelan que, si bien no se concibe ninguna posibilidad de retroceso a sistemas de valoración legal de la prueba, se concede gran importancia a contrarrestar los abusos de la libre valoración.

¿Cuáles son las técnicas disponibles para ese objetivo? ¿De qué modo se utilizan en los distintos ordenamientos?

Técnicas para corregir la comprensión y la aplicación indebidas de la libre apreciación de la prueba son, primero, un régimen adecuado de la motivación del pronunciamiento sobre las cuestiones de hecho, segundo, la posibilidad de un control mediante recurso de la apreciación probatoria expresada en la motivación, que como mínimo permita corregir la arbitrariedad en la valoración probatoria legalmente no vinculada.

A) La cuestión en Derecho español

En el momento de establecerse, en España, el deber de motivar las sentencias penales, el problema principal era la motivación jurídica de las mismas.

La motivación, o exposición de las razones que justifican los pronunciamientos contenidos en el fallo, se impuso, para las sentencias penales, en la regla 1.^a de las que aprobó la Ley provisional de 19 de marzo de 1848, prescribiendo reglas para la aplicación del Código Penal (promulgado el mismo día): “Los Tribunales y Jueces fundarán las sentencias definitivas, expresando clara y concisamente el hecho y citando el artículo o artículos del Código Penal de que se haga aplicación”.

Esta norma coronó, en el campo del proceso penal, una tendencia al restablecimiento del deber de motivar las sentencias, que empezó a manifestarse en las Cortes de Cádiz (proyecto de José de Cea). En favor de ese restablecimiento se adujeron diversas razones, algunas de las cuales -más allá de toda retórica- condicionaron efectivamente la introducción de este requisito. La motivación permite constatar que las sentencias se dicten con sujeción al Derecho vigente, excluyendo la arbitrariedad. Eso explica, por lo demás, que su restablecimiento en el siglo XIX español fuera concomitante con la creación de un derecho nuevo (así ocurrió, como se ha dicho, en materia penal).

Desde tiempo, sin embargo, ha dejado de ser problema la motivación en sí y ha pasado a ser objeto de atención el modo y la extensión que debe tener la misma. Y dentro de esto, la motivación del juicio sobre los hechos está centrando esa atención, porque la regulación legal es considerada como insuficiente.

La motivación del juicio sobre los hechos está contemplada en una disposición (art. 142, regla 2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que expresamente sólo dispone que “Se consignarán... los hechos que estuvieran enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados”.

1.º) En ella se determina uno de los contenidos legalmente claros de la motivación fáctica: la enunciación de los hechos (jurídicamente relevantes) concretos que el órgano jurisdiccional considera ciertos.

La “declaración de hechos probados” en la sentencia penal tiene, en Derecho español, una muy precisa explicación histórica: para evitar la desnaturalización de la casación de fondo -y con ello la excesiva proliferación de recursos- se delimitó en el propio documento de la sentencia aquella parte de la misma no susceptible de ser revisada (los “hechos probados”) en una casación concebida estrictamente (centrada, pues, en los vicios *in iudicando in jure*).

El establecimiento de este modo de motivar el juicio sobre la cuestión de hecho, nada tuvo que ver con la idea de que una apreciación “en conciencia” de la prueba no permitiera otra motivación del juicio de hecho que la de declarar su resultado. Precisamente la Ley de 18 de junio de 1870, que introdujo este requisito de forma en la motivación de la sentencia, se disponía que la prueba debía apreciarse según las reglas del criterio racional (art. 12), e, incluso, se ocupaba de los requisitos para la construcción de presunciones.

Para servir adecuadamente al fin para el que se estableció, la declaración de hechos probados ha de presentar las siguientes características:

1.^a) Ser clara y no contradictoria (art. 851.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) en el sentido, respectivamente, de que la formulación de cada elemento fáctico y del conjunto permita una comprensión precisa y de que se eviten proposiciones que recíprocamente se excluyan.

2.^a) Ser terminante (arts. 142.2.^a y 851.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), es decir, expresar la segura convicción del órgano jurisdiccional respecto a ciertos hechos y no un estado de duda sobre ellos.

En defecto de estas dos primeras características, la declaración de hechos probados aparece como incompleta para sustentar el juicio de derecho que la sentencia quiere apoyar sobre ella.

3.^a) Tener riqueza descriptiva al exponer la situación de hecho (estado de hechos, desarrollo de los hechos) y evitar la utilización de expresiones que, en vez de describir aquella situación, supongan una valoración de la misma o de alguno de sus componentes y que forme parte de la norma que después deba aplicarse. Si se incurre en defecto en cuanto a esto no sólo deja incompletos los “hechos probados”, sino que obstaculiza una función propia de la casación, cual es la de revisar si ciertas valoraciones son adecuadas a los hechos realmente acaecidos. Para combatir ese defecto sirve el motivo de casación de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo (art. 850.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Ahora bien, ese contenido de la motivación fáctica resulta insuficiente. No permite que las partes, otro órgano jurisdiccional y el público, conozcan las razones en virtud de las cuales el juzgador ha alcanzado la convicción sobre “esos” hechos probados.

La doctrina intenta justificar la superación de esta insuficiencia.

Se argumenta que si bien el art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dispone, de manera expresa, que se motive la valoración de la prueba, en modo alguno puede entenderse que la prohíba. Siempre que se respete la declaración separada de hechos probados, explicar las razones que condujeron a la misma no es disfuncional respecto a un recurso como la casación e incluso resulta adecuado para impugnaciones como la apelación, que permite un pleno control del juicio de hecho.

Por otra parte, el art. 120.3 Constitución Española ha constitucionalizado el deber de motivación de las sentencias. Además, el Tribunal Constitucional ha vinculado el derecho a la tutela judicial (art. 24.1 Constitución Española) con el deber de motivación, al entender que objeto de aquel derecho es una resolución, favorable o adversa, pero fundada en Derecho. De ese modo, la motivación pasa a formar parte del contenido esencial del derecho fundamental.

La razón de ser de la motivación ha sido explicada por el Tribunal Constitucional con argumentos casi coincidentes con los que históricamente se manejaron para introducirla. Para la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1987, 13 mayo: “Los fundamentos de la sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras personas del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad. Por otra parte, la motivación de la sentencia es una exigencia sin la cual se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico”.

Podría, pues, argumentarse que el deber constitucional de motivación y la razón de ser del mismo imponen que la misma tenga el alcance de exponer las razones por las que el juzgador ha alcanzado la convicción sobre los hechos que declara probados.

En la práctica no se ha llegado tan lejos. Pero, de una manera matizada y por vías diferentes, exponer las razones de la convicción se ha establecido como preceptivo en una serie de supuestos:

1º) Cuando la conclusión probatoria sea contradictoria con el resultado de pruebas documentales, porque un motivo de casación (art. 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) obliga indirectamente a explicar por qué se han considerado más fiables “otros elementos probatorios” a los que se deducen de documentos obrantes en autos.

2º) Cuando la declaración de hechos probados no se funde en pruebas directas, sino en una presunción judicial. El Tribunal Constitucional -en la jurisprudencia sobre tutela del derecho a la presunción de inocencia- ha entendido que la mínima actividad probatoria en este caso, dado que no puede consistir en la práctica material de un medio de prueba, se manifiesta en la necesidad de que el juzgador exprese el razonamiento en virtud del cual ha pasado de los hechos-indicio (probados) a los hechos presuntos, porque es éste el único modo de comprobar si hay una verdadera prueba por presunciones o, por el contrario, simples conjeturas o sospechas.

3º) En el caso de hechos probados como consecuencia de pruebas directas, la motivación exigiría que se enunciara en la sentencia cuáles han sido esas pruebas y cuál su resultado (qué ha declarado el testigo, qué ha informado el perito, etc.) y que se expusiera por qué se ha dado o no crédito al mismo. A esto, sin embargo, no suele llegarse. No obstante, en los casos de pruebas directas contradictorias o de rechazo del resultado de una prueba directa, la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) parece requerir un razonamiento justificativo de la opción que realiza el juzgador.

4ª) En fin, la motivación del juicio sobre los hechos en algunas clases de sentencias es lógicamente imposible que consista (o que consista sólo) en una declaración de hechos probados.

Me refiero a las sentencias absolutorias en caso de falta de prueba y por el derecho a la presunción de inocencia.

En el caso de que la duda afecte a todos los hechos constitutivos, motivar el juicio de hecho declarando probados hechos irrelevantes (en absoluto o según el planteamiento del caso -por ejemplo, es irrelevante el supuesto de hecho de una eximente, si empieza por no existir el hecho típico-) resulta absurdo.

Si han sido probados los hechos constitutivos, pero debe absolverse por existir duda sobre los impeditivos y extintivos, declarar probados los constitutivos para, a continuación, absolver, dejaría la sentencia evidentemente sin motivar.

En estos casos motivar fácticamente la sentencia sólo puede consistir en explicar por qué la prueba no ha llevado a la convicción. La alternativa es la simple declaración de que los hechos no se han probado, tan insatisfactoria, por cierto, como la declaración contraria.

B) La cuestión en Derecho alemán

También en este ordenamiento, los motivos de la sentencia sólo han de reseñar los hechos probados, pero no los medios de prueba, ni los motivos relevantes que han

conducido a la convicción judicial. Sólo en el caso de prueba de indicios la motivación ha de incluir los hechos probados en que se basan (art. 267 *Strafprozessordnung*).

La doctrina estima que esta regulación es equivocada. En la práctica toda sentencia contiene una valoración de la prueba. De no ser así el tribunal de casación debería revocar toda sentencia que fuera impugnada por defecto de claridad o por defectuosa valoración de la prueba, porque aquel tribunal no tendría seguridad ninguna acerca de si la apreciación de la prueba está o no libre de defectos jurídicos. Motivar la valoración de la prueba ejerce una presión sobre los tribunales inferiores para que realicen en sus sentencias una precisa valoración de la misma (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 330; Peters, *Strafprozess*, 1985, pág. 476-477).

Por otra parte, en casación se ha realizado habitualmente la revisión de la valoración probatoria del juez de los hechos si en esa valoración se han desatendido las reglas de la experiencia común, los conocimientos científicos o los hechos notorios. Además en casación se controla la plenitud de la valoración de la prueba de los hechos, en el sentido de examinar si en la sentencia se analizan o no hipótesis justificadas de valoración fáctica y jurídica, y de si se deduce de los indicios que constan en la sentencia que en la misma no se han expuesto sin lagunas los hechos relevantes para la infracción de Derecho material denunciada en el recurso (Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1991, pág. 369; Peters, *Strafprozess*, 1985, pág. 644-646).

Es decir: el juicio sobre los hechos puede ser controlado en casación con un doble alcance: de fondo -si los hechos han sido establecidos contra ciertas reglas- o de forma -si en la motivación no aparecen constataciones de hechos relevantes-. De este modo se limita la arbitrariedad en la valoración de la prueba, arbitrariedad que estaría presente si, en vez de una conclusión razonable acerca de los hechos concretos que han de servir de soporte a la aplicación de la norma, la sentencia sentara como base una afirmación voluntarista sobre tales hechos.

C) Tratamiento de la materia en Derecho portugués

En Derecho portugués no queda, a mi juicio, suficientemente claro el alcance de la motivación del juicio sobre los hechos.

La disposición básica establece que la sentencia ha de contener una fundamentación que consta de la declaración de los hechos probados y de los no probados y una exposición lo mas completa posible, pero concisa, de los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la decisión, con indicación de las pruebas que han servido para formar la convicción del tribunal (art. 374 *Código do processo penal* de 1987). En principio la indicación de los motivos de hecho, como algo distinto a la expresión de los hechos probados, induce a pensar que han de exponerse las razones de la valoración; pero la inmediata referencia al deber de indicar las pruebas que han servido para formar la convicción puede ser entendida en el sentido de que, con ello, se satisface la exigencia de exponer razones.

Por otra parte, el *Código do processo penal* de 1987 contiene diferentes preceptos correctores de la arbitrariedad en la valoración:

1º) Los juicios técnicos, científicos o artísticos se presumen sustraídos a la libre apreciación judicial. Si el juez diverge del parecer de los peritos habrá de fundamentar la divergencia (art. 163).

2º) Los hechos materiales resultantes de un documento auténtico o autenticado se consideran probados si no se impugna su autenticidad (art. 169).

3º) Aunque la ley restrinja la cognición del tribunal de un recurso a la materia de Derecho, el recurso puede tener como fundamento la contradicción insuperable de la fundamentación y el error notorio en la apreciación de la prueba, si estos defectos resultan del texto de la resolución recurrida, sea en sí mismo, sea en atención a las reglas de la experiencia común (art. 411. 2).

D) La cuestión en Derecho italiano

En la sentencia ha de constar la concisa exposición de los motivos de hecho y de derecho en los que se funda la decisión, con indicación de las pruebas puestas como base de la misma y con enunciación de las razones por las que el juez no considera atendibles las pruebas contrarias (art. 546.1, e *Codice di procedura penale* de 1988).

Por otra parte, en casación hay un motivo específico para contrarrestar la arbitrariedad de la valoración: falta de motivación o manifiesta carencia de lógica de la misma, si ésta resulta del texto de la sentencia impugnada (art. 606.1, e *Codice di procedura penale* de 1988).

E) El tratamiento de la cuestión en el futuro Código chileno

A mi juicio tiene gran perfección técnica y permitirá evitar las desviaciones de la libre valoración de la prueba, contra las cuales en otros ordenamientos aún no se reacciona con suficiente efectividad.

Como avance al principio, el modo de establecer el principio de libre valoración descarta, ya de entrada, equívocos sobre su significado. La prueba es apreciada con entera libertad (art. 201 PCPP), pero:

1º) es necesario fundamentar los hechos y circunstancias que se den por probados, consistiendo la fundamentación en lo necesario para que pueda ser reproducido el razonamiento que ha permitido llegar a las conclusiones.

2º) Es necesario expresar las razones por las que algunos medios de prueba no han producido convicción.

3º) El establecimiento de un hecho a partir de indicios requiere que estos sean reales -que hayan sido probados-, múltiples, graves, precisos y concordantes.

4º) La valoración de las pruebas singulares y la construcción de razonamientos presuncionales, no podrá contradecir las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados ni las máximas de la experiencia.

Estas exigencias, que se proyectan en primer lugar sobre la propia tarea intelectual de valoración, se trasladan luego a los requisitos de los actos procesales en los que la convicción se expresa: así la sentencia ha de contener la exposición clara y completa de los hechos probados y la valoración de los medios de prueba en que se fundamenten dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el art. 201 (art. 382 PCPP); por otra parte, el art. 42 PCPP, aplicable en general a las resoluciones y también a las sentencias, remacha que la fundamentación no puede ser sustituida por la simple mención de los documentos de las actuaciones o de los medios de prueba.

En cuanto a las posibilidades de impugnación específicamente adecuadas para contrarrestar la arbitrariedad en la valoración percibo claramente dos de ellas, en cambio una tercera me parece problemática.

1ª) Con el recurso de casación se puede corregir el defecto formal de que la sentencia no contenga declaración de hechos probados o valoración de los medios de prueba que funde tal declaración (motivo absoluto de casación, art. 421, e PCPP).

2ª) El recurso extraordinario contra la sentencia permite anular la sentencia si se aparta manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida en la audiencia (art. 409 PCPP). Esto no supone revisar la valoración que el tribunal de instancia haya hecho de la prueba, sino sólo apreciar -para anular la sentencia- los defectos de interpretación de los resultados que arroja la práctica de cada medio de prueba (defectuosa comprensión -y reproducción- del significado de lo declarado por el acusado, por el testigo, por el perito, del texto de un documento o del contenido informativo de otros soportes) antes incluso de expresar convicción sobre ello. Con este recurso se consigue controlar la interpretación de las pruebas directas (todas, excluidas la de indicios).

3ª) Mi duda se refiere a si la infracción de las reglas no jurídicas de valoración que se establecen en el art. 201 PCPP (indicios probados, múltiples, graves, precisos y concordantes; reglas de la lógica, conocimientos científicamente afianzados, máximas de la experiencia) podrá fundar un recurso de casación por infracción de una disposición legal. Legal es, sin duda, la disposición que fija tales criterios de fondo para la valoración, pero los criterios en sí no son jurídicos, salvo tal vez los que rigen la construcción de presunciones.

III.- LA PRUEBA DEL ANTIGUO AL NUEVO SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL: BREVE COMPARACIÓN DE DOS EXPERIENCIAS HISTÓRICAS

1.- Introducción: la prueba en el antiguo sistema de enjuiciamiento penal de España y en el actualmente vigente en Chile

La sentencia ha de fundarse en la prueba.

Ahora bien ¿Qué constituye prueba en un proceso como el penal, en el que, previamente a la actividad que estrictamente conocemos como prueba, tiene lugar una actividad de averiguación y comprobación de hechos, realizada en gran medida por órganos jurisdiccionales y, en lo demás, por otros órganos de poderes públicos, cuya documentación podría servir materialmente para formar la convicción?

La respuesta a esta cuestión en el sentido de que prueba es la que se practica en el acto del juicio oral, es uno de los elementos esenciales del sistema de enjuiciamiento penal que establecerá el nuevo Código y, a la vez, representa uno de los cambios más importantes respecto del proceso penal hasta ahora vigente en Chile.

La efectividad de los cambios legislativos, incluso cuando no son de detalle, sino, como suele decirse, estructurales, se enfrenta con frecuencia a la resistencia de los profesionales del Derecho que han de llevarlos a la práctica. No a su resistencia frontal, pero sí a otra más peligrosa y efectiva, como es la de ajustar el modo de cumplimiento de la innovación legal a los criterios (y rutinas) formados en decenios, en ocasiones siglos, de vigencia de otra ordenación. De esta manera la innovación legislativa acaba por ser desnaturalizada en su vigencia real.

En otras intervenciones mías en este curso, he optado por comparar la ordenación establecida por diversos Derechos nacionales sobre materias básicas del

proceso penal, y por considerar, también en esa comparación, la futura ordenación del proceso penal chileno.

En esta intervención he elegido comparar no ordenamientos sin más, sino dos momentos históricos de llamativa similitud: aquél en el que pronto se hallará el Derecho chileno, cuando se promulgue el nuevo Código, y la coyuntura histórica en la que se encontraba el Derecho español cuando entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

De esta comparación se extrae una importante lección sobre los errores que deben ser evitados para que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal no acabe, en la práctica, por parecerse demasiado al antiguo. Debo anticiparles, no obstante, que el futuro Código chileno tiene una calidad técnica que impedirá desviaciones, con más eficacia que lo hizo la Ley española de 1882.

En primer término, quisiera someter a su consideración dos series de disposiciones que revelan la proximidad, en materia de actos con valor probatorio, del régimen del proceso penal vigente en Chile en este momento y en España antes de la promulgación de la Ley de 1882:

1) En primer lugar, datos relevantes del vigente Código de Procedimiento Penal chileno: el recibimiento de la causa a prueba no es imprescindible -art. 451-, lo que demuestra que actividad probatoria ya preexiste en el sumario; no es necesario ratificar en el juicio plenario a los testigos del sumario para la validez de sus declaraciones -art. 469-; el informe pericial del sumario es válido, aunque ampliable y rectificable en el plenario -art. 471-; la confesión del reo tiene el mismo valor prestada en el sumario o en el plenario -argumentando arts. 481.1ª y 483-.

2) Los datos significativos para el Derecho español están en la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, formada en cumplimiento de autorización de Ley 30 diciembre 1878: la causa sólo se recibe a prueba si alguna de las partes lo solicita (art. 835); si se renuncia a la prueba el juez da traslado de los autos a las partes para las conclusiones anteriores a la sentencia (art. 846); en la calificación de la causa por los acusadores estos han de manifestar si “renuncian la prueba y la ratificación de los testigos del sumario, o por el contrario conviene a su derecho el recibimiento a prueba y la ratificación de todos o algunos testigos” (art. 801.5º); similarmente los procesados han de manifestar “si se conforman con las declaraciones de los testigos del sumario, a efecto de omitir su ratificación, y renuncian a la prueba; o si, por el contrario, piden la ratificación de todos o algunos testigos y el recibimiento de la causa a prueba” (art. 834.2º).

2.- La experiencia española al cambiar el sistema de enjuiciamiento penal: interpretaciones del nuevo sistema y predominio de una interpretación falseadora

La LECRIM de 1882 introdujo en España un nuevo proceso penal, superador del proceso inquisitivo, en el que se distinguían dos etapas, sumario y juicio oral. La competencia para conocer de cada una de ellas se atribuía a órganos jurisdiccionales diferentes (Juzgado de Instrucción y Audiencia Provincial). En un precepto clave de la Ley (el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) se disponía que el tribunal debía formar su convicción apreciando las pruebas practicadas en el juicio. La clara

regla general que este precepto establecía, venía luego a ser reforzada por la excepción fijada por el art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permitía la lectura de la documentación sumarial de actos de prueba, si fuera imposible practicarlos en el acto del juicio.

¿Cómo entendieron el cambio introducido por la nueva Ley los profesionales del Derecho, formados en el antiguo sistema de sumario y plenario ante el mismo juez?

Dejemos la palabra a algunos textos significativos de ese momento histórico.

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 2º de la Base 25ª establecía: “El juicio será oral y público”. 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 citada: “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 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*” (la cursiva es mía).

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.

Pocos meses antes de la publicación de la Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872, Cirilo Alvarez, a la sazón 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”.

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 un autor de la época, 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 este 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-.

Similar disposición contenía el artículo 78, párrafo segundo de la Ley del Jurado de 1888. Sus comentaristas sólo vieron en el artículo el peligro de que pudieran ser valorados por el jurado actos de investigación del sumario que no hubieran tenido en él juicio oral un correlativo acto de prueba, de ahí que propugnaran interpretarlo 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).

En la Exposición de Motivos de la Lecrim de 1882 se expresa con claridad una concepción distinta de las relaciones entre el material del sumario y la prueba del juicio: “... la nueva Ley... proscribire 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 consiste 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 se integra, excepcionalmente, 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.

Pero incluso 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 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 -que presidía en ese momento el 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 sumario.

De modo muy diferente 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”. 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”; indicaba también que “...es indeclinable la obligación de los contendientes de ofrecer y practicar todas las pruebas que sean pertinentes en el juicio ...”. En esta misma dirección, Romero Girón, Ministro de Gracia y Justicia, criticaba tanto 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”, como la inclinación a considerar la prueba del juicio “viciosa y hasta dañina ante la diafanidad del sumario”.

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:

1) 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.

2) 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 deriva que esta última es, por principio, apreciable junto a la prueba del juicio para dictar la sentencia.

Para quienes habían comprendido del segundo modo el cambio en el sistema de enjuiciamiento, toda la reforma que supuso la introducción del juicio oral, quedaba reducida a que la confirmación, corrección o ampliación de la investigación sumarial, se debía realizar ahora en un acto oral y concentrado.

Pues bien, precisamente este modo de entender el cambio producido dominó, en buena medida, la práctica judicial española hasta que, en la década de los ochenta, el Tribunal Constitucional -con la jurisprudencia sobre el derecho a la presunción de inocencia- restableció una correcta interpretación del sistema de la Ley de Enjuiciamiento.

3.- La correcta comprensión del nuevo sistema de enjuiciamiento y los vicios derivados de la interpretación incorrecta

¿En qué consiste ésa correcta comprensión?

Los elementos para fundar la sentencia han de ser presentados 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 inmediación entre el juzgador y el medio de prueba para una correcta libre valoración.

De lo dicho deriva también cuál debe ser 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 inmediación, 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 las disposiciones que expresamente permiten la lectura de la documentación de actos de investigación del sumario dejan de ser preceptos ociosos e innecesarios, como llegaron a ser expresa o tácitamente considerados por la doctrina y jurisprudencia que mantiene una errónea concepción sobre el valor de los actos de investigación sumarial. Esos preceptos adquieren plenitud de sentido como regulación de la excepción al anterior principio. La excepción se funda, básicamente, 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 ese medio, en perjuicio de la finalidad procesal de descubrimiento de la verdad y del interés de las partes en que puedan apreciarse los datos que favorezcan sus posiciones respectivas. La ley, a pesar de reconocer el menor valor de la documentación del acto de investigación respecto a la práctica en inmediación 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 hecho.

De ello se deduce, en primer lugar y con plena evidencia, el abierto contraste con el nuevo sistema de enjuiciamiento que establecía la LECRIM de 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 concurren las causas de excepción.

También se deduce, en segundo lugar, la incorrección 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 indicada. Además esta tesis resulta muy peligrosa en cuanto puede conducir a una aplicación práctica de la ley contraria a sus preceptos y a su sistema. Con base en 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 hecho, Y esto, tanto de una manera directa, como, sobre todo, de la manera indirecta de considerar innecesaria la suspensión del juicio oral si ha dejado de comparecer un testigo que ya había declarado en la instrucción.

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 juicio. 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 investigación. Desde el momento en que la ley establece los supuestos específicos en que se puede utilizar la documentación de la investigación sumarial (artículos 730, 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) 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 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal?. 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 complementación de la investigación instructoria y que, como esa tesis, 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 sumarial.

4.- Causas que posibilitaron el predominio de la incorrecta comprensión del sistema en el ordenamiento español

¿Cuáles fueron los defectos de la ordenación de LECRIM que posibilitaron el falseamiento que dominó por tanto tiempo?

Principalmente la falta de previsión de normas que sancionarán con la ineficacia la sentencia fundada en elementos de convicción no obtenidos de acuerdo con el régimen jurídico que la Ley sí que había establecido con bastante perfección para su época.

No se previó 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 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y al control de toda infracción procesal producida en la aplicación del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como excepción a aquel principio.

En concreto:

1) Solicitada por alguna de las partes y admitida por el Tribunal una lectura de documentación de actos de investigación, no cabía recurso de casación (por la parte contraria), concurrieran o no en el caso concreto los presupuestos de la lectura del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque, según el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra la parte del auto admitiendo las pruebas no procederá recurso alguno. La misma situación se producía cuando la introducción de esa documentación hubiera sido propuesta y admitida como prueba documental, corruptela frecuentísima.

2) La causal de casación que tutela el derecho de las partes a la admisión y práctica de los medios de prueba pertinentes permitía corregir algunas desviaciones. Si

las resoluciones del tribunal de instancia desestimatorias de las peticiones de las partes relativas a la proposición y práctica de un medio de prueba, estaban condicionadas por la consideración de que ya existen los correspondientes elementos de convicción en la investigación sumarial, el citado motivo permitía, indirectamente, someter al examen de la casación la corrección de la utilización del sumario para fundar la sentencia. Se incluyen aquí tanto las resoluciones de inadmisión de pruebas, como las de denegación de suspensión del juicio que hubieran impedido la práctica de un medio de prueba.

3) Pero había infracciones de ese régimen procesal de imposible acceso a casación.

Según el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Tribunal debe expresar en la sentencia exclusivamente el resultado de la valoración de las pruebas: los hechos que estime probados. Consecuentemente, en la sentencia no debe expresarse el íter formativo de la convicción, en cuyo caso el tribunal debería 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 han 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 Ley de Enjuiciamiento Criminal lo permite.

Siempre que el Tribunal no incurriera en alguna de las infracciones indicadas en el anterior punto 2, 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, era posible en la práctica y la sentencia era inatacable en casación.

Lo único que garantizaba el recurso de casación, y ello aun con abundantes restricciones, era que las partes pudieran practicar pruebas en el juicio oral, pero no que esa prueba y sólo ella fuera valorada por el Tribunal para dictar la sentencia.

5.- La ordenación de la materia en el futuro proceso penal chileno

La ordenación prevista para el futuro proceso penal chileno sobre esta materia me parece de una gran perfección técnica, lo que permitirá contrarrestar eficazmente la tendencia a la pervivencia del antiguo modo de enjuiciamiento. No deben, sin embargo, dejar de advertirse los peligros que pueden derivar de algunas disposiciones. Veamos.

A) Normas adecuadas para contrarrestar los riesgos estudiados

Destaco primero los aspectos positivos, que son predominantes.

a) Una clara formulación de la regla general

El art. 200 PCPP determina que la prueba que hubiera de servir de base a la sentencia deberá producirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas por la ley.

El art. 380, párrafo segundo PCPP, reitera que el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral.

El art. 371 PCPP dispone que, salvo las excepciones legales, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba, ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o los fiscales del Ministerio Público.

Específicamente, el art. 364, párrafo primero PCPP, puntualiza que la declaración personal de peritos y testigos en la audiencia no podrá ser sustituida por la lectura de registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren.

b) El modo de establecimiento de las excepciones es riguroso y detallado.

En él ha de distinguirse:

1) El tratamiento de los medios de prueba que, previsiblemente, no pudieran ser practicados en el acto del juicio, respecto de los cuales se dispone la practica anticipada: declaración de testigos imposibilitados de comparecer (arts. 206, 259 PCPP), inspección personal (art. 236 PCPP), reconocimiento del imputado (arts. 268 y siguientes PCPP, especialmente el art. 272), en general respecto de los medios de prueba que, en la audiencia de preparación, se constatará que no podrán ser practicados en el juicio (art. 345 PCPP).

2) La regulación específica de las lecturas admisibles que se realiza por los artículos 367, 368 y 369 PCPP.

c) Garantías para la efectividad del cambio introducido

Pero, además, el texto del futuro Código establece un sistema efectivo de garantías de no consideración de los elementos de convicción no autorizados.

Las piezas de ese sistema son las siguientes:

1) Una garantía formal previa a la posibilidad de que los elementos de convicción diferentes a la prueba se introduzcan en el juicio.

El art. 343 PCPP establece que el tribunal conservará en su archivo los registros de la instrucción y “remitirá al tribunal del juicio oral sólo aquellas actuaciones que pudieran ser incorporadas al debate por medio de su lectura”. Esta disposición recuerda el régimen del art. 431 del *Codice di Procedura Penale*, que regula el llamado *fascicolo per il dibattimento*, en el que se incluyen las únicas actuaciones de las *indagini preliminari* que pueden hacerse llegar al tribunal del juicio.

Plantea alguna duda interpretativa: cuando la disposición dice tribunal ¿debe entenderse tribunal o juez de garantías?. Si ha de entenderse lo segundo ¿es razonable que la aquiescencia de ese juez -en vez de la del tribunal del juicio- condicione la admisión de la lectura de registros y dictámenes por acuerdo de todas las partes (art. 369, b PCPP)?.

2) Una garantía igualmente formal, pero posterior a la oportunidad en que los elementos de convicción han podido ser apreciados.

El deber de exponer en la sentencia la valoración de los medios de prueba en los que se funden las conclusiones de hechos probados, con indicación de cuales sean tales medios, incluidos aquellos cuya fuerza de convicción se rechaza (arts. 382, c, 201 PCPP), contrarresta la corruptela de ocultar los elementos -eventualmente no

autorizados- en los que se hubiera fundado la convicción, con la técnica de limitarse a exponer sólo los resultados.

3) En fin, los recursos tienen la amplitud suficiente para sancionar las desviaciones del sistema. Particularmente la casación, al no tener tasa de causales, permite suscitar toda infracción de las normas procesales que establecen el régimen del modo de adquirir los elementos de convicción.

B) Disposiciones cuya interpretación y aplicación requerirá una atención especial

Apunto, en fin, qué disposiciones pueden resultar peligrosas para el sistema de introducción de los elementos de convicción que quiere implantar el futuro Código.

El art. 367, b) PCPP, permite la lectura de declaraciones de los imputados y de los testigos “cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren incorporar, con aquiescencia del tribunal”. El riesgo radica en que aquellas facultades de las partes (¿de sus abogados?) y esa potestad del juez sean ejercidas por razones de comodidad, de modo que se dé lugar a juicios orales vacíos de contenido probatorio.

El art. 369 PCPP prevé la lectura “cuando fuera necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes”. El artículo no precisa qué declaración podrá ser considerada por el tribunal después de procederse a tal lectura, si la que se ha prestado en el acto del juicio y ha sido corroborada por el declarante incluso después de la lectura, o también, junto a la anterior, la declaración leída.

Una respuesta plenamente coherente con los principios sería la primera. Así trata el problema, por ejemplo, la Ley española del Jurado, cuyo artículo 46.5, después de referirse a las lecturas de documentos para aclarar contradicciones con las declaraciones prestadas, dispone que “las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados”. Sin embargo, no es esa la interpretación que se hace del artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que trata de estas lecturas para procesos que no se celebren ante jurado (el art. 714), sino que se entiende que la sentencia puede tomar en consideración las declaraciones leídas, siempre que cuando se recibieron se hubiera respetado el derecho de defensa.

IV.- SOBRE LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

1.- Introducción

Uno de los principios básicos del proceso penal es el de congruencia de la sentencia con la acusación. En Derecho español hablamos de correlación entre acusación y sentencia. La sentencia no puede exceder del contenido de la acusación, en consecuencia no podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella; así dispondrá el art. 381 del PCPP.

En torno a este principio están planteadas una serie de cuestiones que en los diversos ordenamientos -a pesar de una sustancial proximidad de los mismos- no reciben la misma respuesta.

El deber de congruencia ¿lo es sólo respecto de la acusación o también respecto de la defensa?

La referencia para apreciar la congruencia de una sentencia ¿está sólo constituida por actos de las partes o puede estarlo también por actos del tribunal? ¿Qué actos del tribunal y por qué?

La congruencia como límite a la potestad de sentenciar del tribunal penal ¿Tiene un único fundamento -el principio acusatorio- o tiene más de uno -por ejemplo: el principio de contradicción-?

Y relacionadas con las anteriores cuestiones, éstas otras ¿a qué alcanza el deber de congruencia? ¿A los hechos afirmados por las partes, a las calificaciones jurídicas que las mismas les han asignado, a la pena solicitada por las partes acusadoras?

En Derecho español reina actualmente, en esta fundamental materia, un desconcierto notable. La comparación con otros ordenamientos europeos y con la regulación que se anuncia en el PCPP chileno puede resultar clarificadora.

2.- Los fundamentos de la congruencia como límite a la potestad de resolver del tribunal penal: conveniencia de desarticular el fundamento complejo en el principio acusatorio, en el derecho a ser informado de la acusación y en la prohibición de indefensión

Es muy frecuente la referencia en conjunto a ese triple fundamento para justificar el deber de congruencia como límite a la potestad de resolver. Sin negar que existe una relación estrecha entre esos tres elementos, 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 responda 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. Eso 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 ventajas de descomponer los argumentos que suelen aducirse 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 habrían de respetar ese principio los poderes de oficio del tribunal que indudablemente no contradicen el 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 exigencia del principio de contradicción.

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 de oficio de dirección material del proceso penal. También -como está ocurriendo en algunos ordenamientos como el español- si debe y cómo debe afectar ese principio a la potestad judicial de subsunción, a la potestad de determinar las consecuencias legales previstas para los 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 se introduzca, de oficio, por el tribunal.

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 las manifestaciones subsiguientes 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 de oficio que el Derecho le confiere.

4.º En fin, y de modo subsiguiente a los anteriores derechos, el derecho a reaccionar, en respuesta a esas informaciones, con medios procesales adecuados (alegaciones, medios de prueba).

3.- La insuficiencia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para proteger la exigencia esencial del principio acusatorio. La correcta formulación de la exigencia esencial del principio acusatorio en el PCPP

La disposición expresa y directa que la Ley de Enjuiciamiento Criminal destina a regular la correlación hace necesario comparar las calificaciones jurídicas sostenidas por las partes en las conclusiones definitivas -presentadas después de la práctica de la prueba en el juicio oral- y las acogidas por el tribunal 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*.

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 tribunal, 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.

En tercer lugar, objeto del proceso no puede serlo estrictamente una calificación jurídica -la cual, a causa de su esencial abstracción, no puede satisfacer las necesidades de identificación a las que sirve la noción de objeto procesal-, sino que ha de consistir en un concreto acaecer histórico. Esto lo impone tanto la funcionalidad, hacia dentro del 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.

Esta laguna legal ha tenido que ser integrada por la jurisprudencia, que requiere, para la congruencia, el mantenimiento de la identidad del hecho justiciable desde la acusación a la sentencia.

En este primer aspecto el PCPP formula una regulación técnicamente más perfecta al proclamar, en su art. 381 que “la sentencia condenatoria no podrá exceder de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella”.

4.- La limitada protección dispensada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal al derecho de las partes a contradecir sobre todos los elementos relevantes para el pronunciamiento de la sentencia

A) Sobre los elementos relevantes apreciados de oficio

Presupuesto que la vigencia del principio acusatorio no excluye, de modo absoluto, el reconocimiento al tribunal de poderes de oficio, 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 dispositivo, 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 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.

Por el contrario, si el tribunal tiene atribuidos poderes de oficio, su ejercicio puede sorprender a las partes, porque al hacerse patente por primera vez en la propia

sentencia, 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, la técnica consiste 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.

En este aspecto la regulación originaria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal era deficiente. Y esa deficiencia sólo parcialmente ha tenido corrección.

1) El art. 733 Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo impone que el tribunal informe a las partes de que estima que el hecho justiciable ha de ser calificado como un tipo de delito más grave. No de que estima más ajustado otro tipo de delito -aunque no sea más grave-, tampoco de que entiende que la prueba ha revelado elementos de agravación sin cambio de tipo penal (grado de ejecución, forma de participación, circunstancias agravantes), y, menos aún, de que considera concurrentes elementos de exención o de atenuación de la pena que la defensa no había expresado.

Sobre todo esto el tribunal puede resolver sin que su sentencia pueda ser impugnada con éxito por incongruente.

Sólo una corriente jurisprudencial relativamente reciente ha rectificado el limitado número de cuestiones apreciadas de oficio, que han de ser sometidas a debate de las partes como condición de validez del pronunciamiento sobre ellas. Ahora se exige el requisito para todo cambio de tipificación, aunque no sea agravatorio, y para apreciar cualquier elemento agravatorio aunque no implique cambio de tipificación. Sigue sin ser considerado el interés de la acusación en no ser sorprendida por una sentencia en la que el tribunal estime causas de exención y de atenuación de pena que formalmente nunca fueron objeto de debate.

2) Pero el art. 733 Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene una insuficiencia adicional muy distinta a las tratadas hasta ahora. Aunque se amplíen -como ha hecho la jurisprudencia- los supuestos en los que el órgano jurisdiccional debe someter una calificación jurídica a discusión, subsiste 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...»), 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 ofrecida en las calificaciones (provisionales y definitivas) de las partes.

Sin embargo, la ley no 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 y que se acomodarán a ella los informes finales.

B) Sobre los elementos relevantes puestos de manifiesto en las calificaciones definitivas de las partes

En realidad, esos mismos inconvenientes subsisten cuando no es el tribunal, sino las partes acusadoras las que modifican sus planteamientos en calificaciones definitivas.

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 Ley de Enjuiciamiento Criminal)- 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 podrían 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. 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 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 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.

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 Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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 oral

De entrada, la ley parece inclinarse por soluciones próximas a los principios de eventualidad y de preclusión, que, en realidad, resuelven la cuestión apuntada con la sencilla técnica de impedir que se plantee. La proximidad al principio de eventualidad se demuestra en el art. 653 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevé el planteamiento de conclusiones alternativas 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».

Ocurre luego, sin embargo, que la ley no es consecuente con esos principios. 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, autoriza ampliamente el ajuste de las calificaciones definitivas al resultado de las pruebas practicadas.

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.

5.- Oralidad, elasticidad en la formulación de alegaciones y protección de la contradicción

Tanto si las partes modifican sus escritos iniciales de acusación y de defensa, como si el tribunal hace notar a las partes la concurrencia de elementos relevantes para el pronunciamiento que no fueron tenidos en cuenta por aquéllas, la protección efectiva del principio de contradicción requiere, en definitiva, una innovación en la estructura del juicio oral para que las partes tengan una posibilidad de defensa completa. Así está previsto en varios ordenamientos europeos, y también en Derecho español, aunque limitadamente al proceso abreviado.

A) Derecho alemán

El parágrafo 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 (GOLLWITZER, M., en LOWE-ROSENBERG *Die Strafprozessordnung und die Gerichtsverfassungsgesetz*, III, Berlín-New York, 1987, marginal 102 del comentario del art. 244).

B) Derecho portugués

El *Código do processo 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 este 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).

C) Derecho italiano

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).

D) Derecho español

El art. 793.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 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. 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 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal-, es, en ese momento, del todo secundario.

Esa matización es relevante como indicativa de la postura tomada por el autor de esta reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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.

E) El tratamiento de la cuestión en el futuro proceso penal chileno

La posibilidad de que surjan los problemas tratados se limita a los temas que el tribunal puede plantear de oficio. Salvo error mío, el PCPP no autoriza a las partes a modificar según el resultado de la prueba, y aunque sea con limitaciones, las tesis de los escritos iniciales de acusación y de defensa.

Sin embargo el tribunal sí que puede “dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia” (art. 381, párrafo segundo PCPP).

La determinación de las cuestiones de cuya apreciación el tribunal ha de advertir a las partes me parece correcta, porque atiende tanto al interés de la defensa, como al de la acusación (cambio de calificación, no sólo calificación más grave; causales modificativas de la responsabilidad, no sólo las agravantes).

No obstante, la ordenación prevista presenta similares defectos a los que apunté antes respecto del juicio ordinario por delitos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Las partes sólo pueden reaccionar con argumentos frente a la tesis planteada por el tribunal. No pueden contrarrestar con pruebas el riesgo de que el tribunal lleve a la sentencia la advertencia que ha avanzado.

No sólo falta expresa previsión de esto, sino que la admisión de pruebas adicionales a las admitidas en el auto de apertura está ligada por el art. 373 PCPP a un

supuesto -desconocimiento de las mismas hasta el momento- que no siempre concurrirá en los casos que consideramos.

6.- El principio acusatorio y la amplitud de los poderes de oficio del juzgador

Sostiene últimamente la jurisprudencia española y se ha establecido legalmente para el proceso abreviado por delitos, que, si el juzgador entiende que algunos puntos de las calificaciones han de ser rectificadas en función del resultado de la prueba (otro tipo de delito eventualmente más grave, elementos conducentes a una pena de mayor gravedad), es necesario que algún acusador asuma la propuesta del tribunal, para que éste pueda válidamente sentenciar también a tenor de esa rectificación.

Mi pregunta es la siguiente: ¿es esto -como suele decirse- un imperativo del principio acusatorio y de su fundamento?

El fundamento del principio acusatorio es garantizar la imparcialidad del juez (requisito de rango constitucional), 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

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 la 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.

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 los poderes de oficio relativos a la calificación jurídica y los relativos a la introducción en el juicio de hechos relevantes para el sentido de la sentencia.

A) Poderes de oficio 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 cuáles 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.

La realización jurisdiccional del Derecho penal nunca se ha entendido de ese modo, ni en Derecho español, ni en otros ordenamientos europeos.

Para lo que ocurre en Derecho alemán basta remitirse a los parágrafos 264 StPO (objeto de la sentencia es el hecho designado en la acusación, tal como aparezca del resultado del juicio; el tribunal no está vinculado a la valoración del hecho en la que se haya basado el auto de apertura del juicio) y 265 StPO (el acusado no puede ser condenado a tenor de un precepto penal diferente a los indicados en la admisión judicial de la acusación, salvo advertencia previa del cambio de punto de vista jurídico y posibilidad de defenderse al respecto; de igual modo debe procederse si aparecen en el juicio circunstancias previstas por la ley que determinen un aumento de la penalidad o la imposición de una medida de seguridad).

Para el Derecho italiano, el art. 521.1 *Codice di Procedura Penale* 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*, Padova,

1990, pág. 362-372; AMODIO, E., DOMINIONI, O., *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, pág. XL-XLIII).

El *Código do 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).

La previsión para el futuro proceso penal chileno es igualmente ajustada a la comprensión a mi juicio correcta del modo de realizarse el Derecho penal. La disposición relevante es el art. 381 PCPP: la sentencia no puede exceder del contenido de la acusación; lo que significa que no podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. No obstante, el tribunal podrá apreciar una calificación jurídica distinta y circunstancias modificativas de la responsabilidad siempre que lo hubiera advertido en la vista.

Si, por el contrario, se entiende que el tribunal ha de estar vinculado a las calificaciones jurídicas y a las peticiones de los acusadores, debe dejarse claro 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.

B) Poderes de oficio para introducir hechos en el juicio

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. Ahora bien ese reconocimiento no ha conducido a excluir de un modo absoluto estos poderes del Juez en los procesos civil, laboral y administrativo, 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.

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

reciente configuración decididamente orientada hacia el principio acusatorio, el art. 340.1 del *Código do processo penal* 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 *Codice di Procedura Penale* italiano, sin excluirlos, ha optado por un sistema de poderes del tribunal complementarios de la normal iniciativa probatoria de las partes (arts. 506, 507).

En el futuro proceso penal chileno, el tribunal podrá formular preguntas a acusados, testigos y peritos “para aclarar sus dichos” (arts. 361, 364 PCPP). Podrá acordar declaraciones complementarias de peritos, testigos y careos entre testigos y acusados (art. 365 PCPP). Incluso podrá acordar de oficio la práctica de medios de prueba antes desconocidos, si los considera “indispensables para el esclarecimiento de los hechos” (art. 373 PCPP).

Incluso en Derecho español, tanto para el proceso ordinario por delitos graves como para el proceso abreviado, rige el principio de investigación oficial en cuanto a la prueba de los hechos en el juicio oral. 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 lleva la vinculación del juez al punto que ahora estoy criticando.

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.

Pues bien. He aquí el despropósito: si se impide al tribunal resolver sobre la diferente tipificación delictiva o sobre los elementos de agravación que ha puesto de manifiesto a las partes, salvo que algún acusador asuma la tesis del tribunal, queda eliminada consecuencia práctica del principio de investigación oficial, pero se deja subsistente un sistema en el que el juzgador (pretendidamente) habría 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.

MINISTERIO FISCAL Y POLICÍA JUDICIAL EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO (*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO: 1. LA POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO Y EL ARTÍCULO 781 LECRIM.- 2. ASPECTOS ORGANIZATIVOS DEL MINISTERIO FISCAL RELACIONADOS CON SU ACTIVIDAD EN EL PROCESO ABREVIADO.- 3. PROCESO ABREVIADO Y (FUNCIONES DE LA) POLICÍA JUDICIAL.- 4. SOBRE EL RÉGIMEN DE LA IMPARTICIÓN DE ÓRDENES E INSTRUCCIONES POR EL MINISTERIO FISCAL Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES A LOS MIEMBROS DE UNIDADES ORGÁNICAS DE POLICÍA JUDICIAL.- 5. ACERCA DEL "CARÁCTER DE COMISIONADOS".- 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

(*) Publicado en *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, Tomo II, Fundación Valenciana de estudios avanzados, 2000, pp. 861-888. Publicado también en la obra *El proceso penal abreviado: (nueve estudios)*, Granada, Comares, 1997.

1. LA POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO PENAL ABREVIADO Y EL ARTÍCULO 781 LECRIM

El artículo 781 aparenta sintetizar una peculiar posición del Ministerio Fiscal en el proceso abreviado. Pero, en realidad, es un precepto vacío de contenido normativo innovador (CFGE 1/1989, p. 13, lo reconoce, aunque luego incurre en contradicciones parciales; PORTERO, *Comentarios*, pp. 28-31, sostiene opinión contraria).

Su primer párrafo no añade nada a lo que ya resulta de los artículos 2, 105 y 108 LECRIM y del art. 3.3 EOMF (sobre esto, con matices GIMENO, *El nuevo proceso*, pp. 87, 89).

"Impulsar y simplificar su tramitación" (deber cuya novedad y pretendida eficacia destacan CFGE 1/1989, pp. 13-14 y GIMENO, *El nuevo proceso*, p. 90) lo puede hacer el Ministerio Fiscal propiamente sólo en el procedimiento preliminar que él dirige. Cuando el procedimiento lo dirija un órgano jurisdiccional, aquel deber habrá que entenderlo en el sentido de que el Ministerio Fiscal realizará los actos que le son propios teniendo en cuenta el criterio de instar una tramitación ágil y simplificada, pero todo esto, obviamente, dentro de los límites del régimen legal de la tramitación. En definitiva, nada nuevo sobre lo que dispone el art. 3.1 EOMF.

Dar instrucciones a la policía judicial ya estaba previsto en el art. 283. Por otra parte el alcance efectivo de esa potestad pasa por la interpretación de los arts. 30, 31 y 35 LOFCS.

Intervenir en las actuaciones es, precisamente y aunque expresado con cierta impropiedad, lo que al Ministerio Fiscal le corresponde hacer en cuanto parte en el proceso penal. Si se refiere al ejercicio efectivo de las posibilidades procesales que, como parte, le corresponden, lo importante no es una norma jurídica que lo recuerde, sino unos recursos humanos, materiales y organizativos que faciliten aquel ejercicio efectivo.

"Aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando al Juez de Instrucción la práctica de los mismos" es una expresión imprecisa y confusa (GIMENO, *El nuevo proceso*, p. 80). Entendida correctamente como facultad de proposición de medios de investigación y de prueba, con aportación, en su caso, de las fuentes correspondientes, es, junto con la formulación de peticiones relativas a las medidas cautelares, uno de los contenidos de la actividad propia de una parte procesal.

Instar la conclusión de la investigación cuando estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver el ejercicio de la acción penal, recuerda lo que ya dispone el art. 622, I y II.

En definitiva, este artículo consiste en una difusa arenga a la diligencia del Ministerio Fiscal (CFGE 1/1989, p. 13: "Valor de excitación especial del celo del Ministerio Fiscal que ese recordatorio reiterativo de sus obligaciones representa"), impropia de una norma jurídica. Y, además, muy probablemente inefectiva, porque los medios personales, materiales y de organización, distan de ser los óptimos, ni siquiera los adecuados, para posibilitar que esa diligencia sea real (ESCUSOL, *El proceso penal*, pp. 104-105, 106-107). Se comprende el voluntarismo que rebosa, en este punto la CFGE 1/1989, p. 14.

No merece especial comentario el estrambótico párrafo III añadido por la Ley 10/1992, de 30 de abril. Era absolutamente innecesario a la vista del art. 25, I EOMF.

Sin embargo, se echa en falta en el artículo una referencia a la más peculiar posición del Ministerio Fiscal dentro del ámbito de aplicación de las normas del abreviado: su condición de director de un procedimiento preliminar, que se deduce de la interpretación sistemática de diversos artículos de este título de la LECRIM.

2. ASPECTOS ORGANIZATIVOS DEL MINISTERIO FISCAL RELACIONADOS CON SU ACTIVIDAD EN EL PROCESO ABREVIADO

La consideración de los aspectos orgánicos del Ministerio Fiscal que guardan relación con su actividad respecto a los delitos a cuyo enjuiciamiento es aplicable el título III de la LECRIM, puede hacerse desde dos puntos de vista: en primer lugar, según criterios estrictamente jurídicos, para exponer la ordenación normativa de esos aspectos organizativos; en segundo lugar, según criterios sociológicos, con vistas a examinar si la organización es adecuada para el cumplimiento efectivo de las funciones que tiene encomendadas.

Desde el *primer punto de vista*, los aspectos más destacados son los siguientes:

a) Las Fiscalías del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, tienen su sede en Madrid y extienden sus funciones a todo el territorio del Estado. Las demás Fiscalías la tienen en la sede de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y extienden sus funciones al ámbito territorial de los mismos (art. 19 EOMF). Los Fiscales tienen deber de residencia en las poblaciones de su destino oficial -que, por regla general, son las sedes que hemos citado- y deber de asistir, durante el tiempo necesario, a los tribunales en que deban actuar (art. 49 EOMF).

b) Se deduce de lo anterior que, por regla general y salvo las excepciones que inmediatamente veremos, no habrá fiscales permanentemente destinados en las sedes de los Juzgados de Instrucción distintas a las capitales de provincia.

c) Como excepción a lo acabado de decir -y dejando aparte el régimen de destacamentos del art. 20, II EOMF, que responde a otras necesidades prácticas (ALAMILLO, *El Ministerio Fiscal*, pp. 131-133)- la existencia de fiscales permanentes en sedes de Juzgados de Instrucción distintas a capital de provincia puede darse en dos supuestos: si se han creado plazas de Fiscales en los Juzgados de acuerdo con el RD 671/1989, de 9 de junio (ALAMILLO, *El Ministerio Fiscal*, pp. 130-131) y si se ha acordado una adscripción permanente a determinados Juzgados, en los términos del art. 21 EOMF (ALAMILLO, *El Ministerio Fiscal*, pp. 133-134).

d) La competencia para dirigir el procedimiento preliminar que las normas del proceso abreviado encomiendan al Ministerio Fiscal, corresponde, en principio, a la Fiscalía del órgano jurisdiccional que, según los criterios objetivo y territorial, sería competente para conocer del asunto (CFGE 1/1989, pp. 31-32). En los supuestos más frecuentes -que serán los de competencia de Juzgados de Instrucción- la competencia corresponderá, según los casos, a las Fiscalías de la Audiencia Provincial, del Tribunal Superior de Justicia y -si se diera el supuesto excepcional- a los Fiscales destinados o adscritos al Juzgado de Instrucción.

La misma solución se aplica para atribuir a concretas unidades organizativas del Ministerio Fiscal, la realización de los actos procesales propios de ese órgano en el proceso abreviado.

e) No obstante todo lo dicho, hay que tener en cuenta que las técnicas que el EOMF pone al servicio del principio de unidad del Ministerio Fiscal, permiten que el representante concreto de este órgano que deba dirigir un determinado procedimiento preliminar (o actuar en un proceso), pueda ser, en definitiva, específicamente designado y sustituido por el Fiscal Jefe de la Fiscalía correspondiente y por el Fiscal General del Estado (arts. 23, 26, 27.2 EOMF). No existe, en este aspecto, ninguna garantía similar a la del juez predeterminado.

La CFGE 1/1989, pp. 31-32, avanza posibilidades de aplicación de esas técnicas en casos de delitos que, por si solos o con otros conexos, se extiendan más allá del territorio de una fiscalía, exceda del territorio nacional o presenten cualquier otra especial complejidad de investigación.

Otro modo de considerar los aspectos orgánicos persigue aclarar la incidencia en la efectividad real de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en el proceso abreviado de los condicionantes organizativos de esta institución (dimensiones de las plantillas de Fiscales y personal auxiliar, sedes de las distintas unidades organizativas, locales y otra clase de medios materiales disponibles).

Sin profundizar en esta consideración, que no es propiamente jurídica, pero permite aquilatar la realidad de las previsiones normativas, cabe decir que es muy probable que la insuficiente plantilla del Ministerio Fiscal, la escasez de personal auxiliar y de medios materiales a su servicio, unidas a la dificultad propia de asumir una función muy distinta a las hasta ahora propias de la institución, obstaculizarán que ésta se haga cargo de un número significativo de procedimientos preliminares.

Las mismas razones, unidas a la inadecuada distribución de las sedes de las Fiscalías -particularmente por la falta de Fiscalías estables ante gran parte de los Juzgados de Instrucción- dificultarán la constitución en el procedimiento y la participación efectiva del Ministerio Fiscal, que postulan el art. 781 y otros preceptos más específicos (sobre esto, con reconocimiento de las limitaciones reales, CFGE 1/1989, pp. 1370-1371). Especialmente harán imposible, en todos los casos en que no participe efectivamente un miembro del Ministerio Fiscal, la aplicación de las normas orientadas a la celebración inmediata del juicio oral (arts. 789.5.5ª y 790.1, II y III).

3. PROCESO ABREVIADO Y (FUNCIONES DE LA) POLICÍA JUDICIAL.

Es sabido que no existe una organización de policía judicial distinta y separada de las varias organizaciones de fuerzas y cuerpos de seguridad públicos. A partir de esta constatación, el tratamiento de los aspectos organizativos de la policía judicial ha de centrarse en el estudio del régimen de la atribución a las fuerzas y cuerpos de seguridad públicos de aquellas funciones que están específicamente relacionadas con un proceso penal.

Respecto a lo que se acaba de decir, no existe en el ámbito del procedimiento abreviado especialidad alguna. Vale también para el mismo el doble régimen de, por una parte, la atribución *in genere* a las fuerzas y cuerpos de seguridad públicos de funciones de policía judicial (art. 443 LOPJ; arts. 282-298 LECRIM; art. 11. 1, g LOFCS; arts. 1 al

5 RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial), y, por otra parte, la atribución específica de dichas funciones a las Unidades Orgánicas de Policía Judicial (arts. 444-446 LOPJ; arts. 29 a 36 LOFCS; arts. 6 y siguientes RD 769/1987).

Es conveniente recalcar lo acabado de decir, porque las disposiciones del procedimiento abreviado podrían generar alguna confusión al respecto. En esas disposiciones se observa una matizada utilización de los términos "policía judicial", en unos casos con mayúscula (así arts. 781, II, 785 bis, 789.1, 789.3), y, en otros, con minúscula (p. ej.: arts. 786, 788), que podría inducir a pensar que ciertas funciones de policía judicial relacionadas con un procedimiento abreviado, solamente pueden ser ejercitadas por los componentes de Unidades Orgánicas de Policía Judicial. Esta conclusión no sería correcta por sustentarse en un elemento de interpretación gramatical muy débil (el uso de las mayúsculas o las minúsculas) y que, además, no queda confirmado por los resultados de la interpretación sistemática. En efecto, ninguna norma rectora de la policía judicial diversifica el régimen de atribución de funciones de policía judicial en atención a la clase de procedimiento penal respecto a la que se ejercitan tales funciones. Es más, en un importante supuesto específico, aquella interpretación literal entraría en contradicción con la interpretación sistemática: el art. 789.1, al referirse a la entrega de los atestados, menciona Policía Judicial con mayúsculas, lo que podría entenderse sólo alusivo a las Unidades Orgánicas, siendo así que la función de instruir las diligencias de prevención, que son las que documenta el atestado, es de las genéricamente encomendadas a las fuerzas y cuerpos de seguridad (art. 284 LECRIM; art. 4 RD 764/1987).

Concluyo, pues, que incluso cuando las disposiciones del procedimiento abreviado se refieren a la Policía Judicial con mayúsculas, no pueden entenderse sólo comprendidas las Unidades Orgánicas de Policía Judicial.

Cuestión distinta es que 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: 1ª) Respecto a las Unidades Orgánicas de Policía Judicial se establece una relación de dependencia funcional con el Ministerio Fiscal y las autoridades judiciales (arts. 441.1 y 446 LOPJ; arts. 30,31, 34 y 35 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). 2ª) 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 la materia.

Lo anterior refleja la valoración normativa del tema tratado. Una valoración igualmente importante, aunque de distinta naturaleza, es la que podría hacerse sobre si las dotaciones de las Unidades de Policía Judicial son suficientes para hacer efectiva la regla general de que sean los componentes de éstas quienes asuman las funciones de policía judicial. En la medida en que esa suficiencia no se dé, la situación real se alejará de la previsión normativa. Además, la peculiar relación entre Ministerio Fiscal, Juez de Instrucción y policía, prevista en el procedimiento abreviado, será, de hecho, difícilmente practicable.

4. SOBRE EL RÉGIMEN DE LA IMPARTICIÓN DE ÓRDENES E INSTRUCCIONES POR EL MINISTERIO FISCAL Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES A LOS MIEMBROS DE UNIDADES ORGÁNICAS DE POLICÍA JUDICIAL.

El régimen de impartición por el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales de órdenes e instrucciones sobre el ejercicio en concreto de funciones de policía judicial a los miembros de las Unidades Orgánicas, es objeto, en el RD 769/1987, de una configuración más simplificada y ágil que la prevista en la LOFCS (ZUBIRI, *La policía*, pp. 76-77).

El art. 31. 2 LOFCS establece que la intervención de las Unidades Orgánicas debe solicitarse por conducto de los presidentes del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Fiscalía General del Estado. Transmitida por estos la solicitud al Jefe de la correspondiente Unidad, éste determina los funcionarios a los que se encomienda la actuación, concretándose, de ese modo, la dependencia funcional de los mismos respecto al Fiscal o al órgano jurisdiccional que dirige el procedimiento preliminar o el proceso penal -en la fase en que se halle- (arts. 34, 35 LOFCS; arts. 10-17 RD 769/1987).

Sin embargo, el art. 21 RD 769/1987 autoriza, para los efectos acabados de decir, la comunicación directa del Juez o Tribunal competentes y del Fiscal encargado del caso con el Jefe de la Unidad Orgánica. Sólo en supuestos excepcionales el art. 22 dispone que el encargo de intervención se curse por conducto de diversas autoridades judiciales y fiscales. Por otra parte, si la Fiscalía o el órgano jurisdiccional disponen de Unidades de Policía Judicial adscritas, la comunicación también es directa con el Jefe de la Unidad (arts. 23-30 RD 769/1987).

En el régimen de expedición de órdenes e instrucciones se suscitan dos cuestiones especialmente discutibles y discutidas: primera, si están autorizadas las instrucciones generales -no ceñidas a la investigación de un hecho determinado- y quién tiene competencia para dictarlas; segunda, la delimitación de la dependencia funcional según esté o no pendiente proceso sobre el hecho presuntamente delictivo investigado.

a) En cuanto a la primera cuestión, es necesario distinguir entre el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales.

El art. 781, III 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*, 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:

1ª) 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).

2ª) Las instrucciones obligarán a los miembros de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial del ámbito territorial al que se extienda 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 obligarán, 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).

3ª) 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 dejarán 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 más o menos compleja, dado que la asignación a determinados funcionarios de aquéllas 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.

Si bien son ciertas las dificultades para admitir, con amplitud, instrucciones generales sobre investigación emanadas de órganos jurisdiccionales, también éste es el momento para llamar la atención sobre el correcto modo de resolver un problema próximo al de esas instrucciones generales. Me refiero a la competencia para unificación de criterios de actuación de las Unidades de Policía Judicial, que los arts. 36, c y 37, a y d RD 769/1987 atribuyen a la Comisión Nacional y a las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial. El ejercicio de esa competencia conducirá a que se

dicten por esos órganos instrucciones generales. Pero debe quedar, en todo caso, claro que tales instrucciones dejarán completamente a salvo la subordinación a las instrucciones singulares sobre la investigación de un caso concreto dictadas por el órgano jurisdiccional que dirige el proceso correspondiente (ZUBIRI, *La policía*, pp. 78-79).

b) El segundo aspecto problemático se refiere a la delimitación de la dependencia funcional en atención a que esté o no pendiente proceso sobre el hecho investigado.

El art. 20 RD 769/1987 sienta muy claramente la regla de que en las diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un caso presuntamente delictivo, pero previas a la apertura de las actuaciones judiciales, los funcionarios de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. Y el artículo sigue disponiendo: "A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas...".

La legalidad de la primera parte de la disposición no parece dudosa. Si aún no está incoado proceso, el órgano jurisdiccional no ha asumido concretamente su competencia, y, en consecuencia, no estaría justificado que dirigiera órdenes de investigación a las Unidades de Policía Judicial (arts. 31.1, 34.2 LOFCS). Téngase en cuenta, en cuanto a esto, que las denominadas diligencias indeterminadas son ilegales (DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E., *El régimen jurídico ordinario de las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, en Poder Judicial, núm. 3, pp. 19-20). En cambio, el Ministerio Fiscal puede estar actuando legítimamente al amparo de las competencias que le atribuyen los arts. 5 EOMF, 269 y 785 bis LECRIM.

Ahora bien, la consecuencia que, de la primera parte del art. 20, se extrae en la segunda parte de la disposición ("darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente..."), entra, de algún modo, en colisión con lo dispuesto en el art. 789.1, que impone a la policía el deber de entregar los atestados al Juez competente.

Un modo de salvar la contradicción puede ser el siguiente: sin perjuicio del cumplimiento del deber legal que le impone el art. 789.1, la policía judicial seguirá actuando bajo la dirección del Ministerio Fiscal, mientras, a pesar de la presentación del atestado, no conste que el proceso penal ha sido incoado.

Una vez incoado proceso penal, la dependencia funcional de los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial no queda exclusivamente reservada al órgano jurisdiccional que conoce del proceso. La restricción que parece introducirse en ese sentido al principio del art. 21 RD 769/1987 ("El Juez o Tribunal competente, una vez iniciado al procedimiento penal, y el Fiscal encargado de las actuaciones, *en los casos a que se refiere el artículo anterior*") no corresponde a la función de investigación que la ley reconoce al Ministerio Fiscal, aunque ya esté incoado proceso.

En mi opinión, las funciones de investigación del Ministerio Fiscal no se extinguen cuando se incoa proceso penal, lo que ocurre -o puede ocurrir, si el proceso que se incoa es el abreviado- es que la investigación que el Ministerio Fiscal desarrolla experimenta una modificación de su eficacia jurídica. A grandes rasgos, el cambio es el siguiente: iniciadas las diligencias previas (judiciales), la investigación del Ministerio Fiscal deja de ser parte integrante del procedimiento preliminar, pero continua siendo un instrumento del que el Ministerio Fiscal se sirve para proponer al Juez diligencias de investigación y para proponer concretos medios de prueba. Para realizar una investigación con estos efectos, el Ministerio Fiscal ha de continuar disponiendo de la

colaboración de las Unidades de Policía Judicial, aunque, como es lógico, los funcionarios que se adscriban a la investigación dirigida por el Fiscal habrán de ser distintos a los que tienen encomendada la investigación que dirige el Juez.

5. ACERCA DEL «CARÁCTER DE COMISIONADOS».

Los miembros de las Unidades de Policía Judicial funcionalmente dependientes de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Fiscal y que realizan diligencias y actuaciones encargadas por estos, tienen, según el art. 34.2 LOFCS, el carácter de comisionados de los mismos.

Ese carácter de comisionados no tiene, de entrada, unos contornos jurídicos bien definidos. Sin perjuicio de profundizar en aspectos específicos, es útil hacer un planteamiento general para la aclaración de figura.

El carácter de comisionado depende de un doble requisito: ser funcionario perteneciente a una Unidad de Policía Judicial; realizar actuaciones y diligencias por encargo y bajo la supervisión de un órgano jurisdiccional o del Ministerio Fiscal (art. 34.2 LOFCS; arts. 11 y 13 RD 769/1987). De esto resulta que no tienen el carácter de comisionados los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad públicos, no integrados en Unidades de Policía Judicial, aunque estén desempeñando funciones de policía judicial a requerimiento de órganos jurisdiccionales o del Ministerio Fiscal. Tampoco basta, para tener ese carácter, con pertenecer a una Unidad de Policía Judicial, sino que se requiere estar realizando actuaciones y diligencias por encargo de un órgano jurisdiccional o del Ministerio Fiscal. A mi modo de ver, la razón de ser de estos dos requisitos radica en que, sólo si ambos se cumplen, quedan establecidas la aptitud técnica y la dependencia funcional, que rodean de garantías suficientes la función que va a ejercer el comisionado.

Segunda cuestión: ¿En qué consiste el carácter de comisionado? ¿De qué potestades está investido?.

Un primer criterio de delimitación es el de que debe tratarse de potestades relacionadas con funciones propias de policía judicial: averiguación de hechos delictivos y de sus responsables, detención de estos y aseguramiento de fuentes de prueba (art. 126 CE; art. 282 LECRIM; arts. 443, 445.1.a y e LOPJ; art. 29.1 LOFCS). No pueden atribuirse al comisionado potestades no relacionadas con aquellas funciones (art. 445. 2 LOPJ), aunque guarden relación con otras actividades propias de un proceso penal.

Un segundo criterio de delimitación es éste: el comitente no puede trasladar al comisionado potestades que él no tiene. En este punto hay que llamar la atención acerca de que los comisionados pueden serlo del Ministerio Fiscal y de órganos jurisdiccionales, lo que introduce una importante distinción entre aquellos, en atención a las potestades que la Constitución y las leyes atribuyen en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, pero no al Ministerio Fiscal. Aunque aparentemente invierte la regla que hemos enunciado al principio, es razonable sostener que, aunque la ley no atribuya expresamente ciertas potestades al Ministerio Fiscal, pero si a la policía -generalmente en situaciones excepcionales y de urgencia-, desde el momento en que miembros de las Unidades de Policía Judicial dependen funcionalmente del Ministerio Fiscal y se sometan a su dirección, cabe concluir que aquellas potestades, en los mismos supuestos habilitantes

que a la policía, corresponden también al Ministerio Fiscal (en el mismo sentido, CFGE 1/1989, pp. 28-29).

Vayamos a un tercer criterio de delimitación de las potestades del comisionado. El comitente no puede delegar en el comisionado, ni transferirle de cualquier modo, todas sus potestades cuya función tenga que ver con actividades propias de policía judicial. Dejando a un lado otras consideraciones, la configuración legal de la figura del comisionado lleva ínsito que éste realiza actuaciones y diligencias por encargo y bajo la supervisión del comitente (art. 34.2 LOFCS). En consecuencia, la potestad de decidir que unas actuaciones o diligencias sean practicadas, reside siempre en el comitente, que también debe determinar el contenido y circunstancias de aquéllas y controlar su ejecución (art. 35, b y c LOFCS).

¿Significa lo acabado de decir que las potestades del comisionado son de estricta ejecución, que las órdenes del órgano jurisdiccional o del Ministerio Fiscal se limitan a actualizar las potestades de ejecución que la ley atribuye a las Unidades de Policía Judicial (art. 445. 1, c y d LOPJ)?.

Si por ejecución se entiende la estricta realización material de una orden definida con total precisión, la respuesta debe ser negativa. Los requisitos del carácter de comisionado serían excesivos para dar lugar a tan magro resultado. La especialización y la específica dependencia funcional de los miembros de las Unidades de Policía Judicial persigue, a mi juicio, rodear de garantías suficientes un sector de la actividad de la Policía Judicial que no se limita a una ejecución cuasimecánica de órdenes, sino que requiere conocer y aplicar la técnica de la investigación criminal, precisamente para hacer más efectivo el cumplimiento de la orden recibida.

Una mayor precisión en cuanto al alcance que pueden tener las potestades de los miembros de las Unidades de Policía Judicial, en su carácter de comisionados, no puede hacerse en general, sino al tratar de las diferentes diligencias y actuaciones.

Lo mismo puede decirse en cuanto a la eficacia jurídica de los actos realizados por miembros de Unidades de Policía Judicial como comisionados. Pero sobre esto, es conveniente denunciar ya el *novum*, que, sin base legal ninguna, intenta introducir el art. 14 RD 769/1987: "tendrán el valor reconocido en las Leyes y gozarán de la especial consideración derivada de la adscripción y del carácter de comisionados...." La segunda regla que enuncia el artículo no es válida, si no puede entenderse comprendida en la remisión indeterminada que formula la primera regla. Y esto último, ciertamente, no ocurre: no hay precepto de rango legal que confiera un especial valor probatorio a la documentación, formada por los comisionados, de sus actuaciones, ni siquiera un tratamiento especial en cuanto a la admisibilidad de introducir esa documentación, en supuestos excepcionales, en el material de convicción.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALAMILLO CANILLAS, Fernando, *El Ministerio Fiscal español (su organización y funcionamiento)*. Madrid, 1990.
- DE LLERA SUAREZ-BÁRCENA, E., *El régimen jurídico ordinario de las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Poder Judicial, núm. 3.
- ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento abreviado*. Madrid, 1990.
- GIMENO SENDRA, V., ALMAGRO, J., MORENO CATENA, V., CORTES, V., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*. Valencia, 1989.
- MORENO CATENA, V., *Dependencia orgánica y funcional de la policía judicial*. Poder Judicial, núm. especial VIII.
- PORTERO L., REIG, J.V., MARCHENA, M., *Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*.
- ZUBIRI DE SALINAS, F., *La policía judicial*. Poder Judicial, 1990-2.

**LA PRUEBA EN EL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO
LEY, PRÁCTICA JUDICIAL Y CONSIDERACIONES *LEGE FERENDA*⁰**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO CONCRETO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ANTE JURADO
- III. ¿QUÉ CONSTITUYE PRUEBA EN EL PROCESO ANTE EL JURADO? EL RÉGIMEN DE LA EFICACIA PROBATORIA DE OTROS MEDIOS DE CONVICCIÓN
 - 1. “Mínima actividad probatoria” o qué constituye prueba en un proceso penal
 - A) La prueba practicada en el juicio oral
 - B) La prueba anticipada
 - C) Los actos de investigación de la instrucción previa judicial
 - a) *Lectura al amparo del art. 730*
 - b) *Lectura al amparo del art. 714*
 - D) Los actos de investigación de la policía judicial, del Ministerio fiscal y otros documentos asimilados
 - a) *Actos de investigación realizados por la policía judicial*
 - b) *Actos de investigación del Ministerio fiscal*
 - 2. Jurado y sistema de oralidad: ¿una implicación “natural”? Necesidad de normas que garanticen la producción de la prueba en el acto del juicio y tratamiento normativo de esta materia en la LOTJ de 1995
 - A) Remisión de un testimonio de la documentación de las diligencias irreproducibles, en vez sumario integro
 - B) Prohibición del valor probatorio de las diligencias de la instrucción consistentes en declaraciones, salvo prueba anticipada
 - 3. El valor probatorio de las diligencias de la instrucción en la aplicación judicial de la LOTJ de 1995
 - A) Examen singular de algunas resoluciones significativas
 - B) Conclusiones y consideraciones *lege ferenda*
 - a) *Conclusiones*
 - b) *Definición de los criterios de política legislativa en esta materia*
 - c) *Consideraciones de técnica legislativa*
- IV. PODERES DE OFICIO DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA
 - 1. Formulación de preguntas complementarias de oficio
 - 2. Resolución de oficio de práctica de medios de prueba
- V. UNA DUDA SOBRE EL CONTROL DE LA EXISTENCIA DE “MÍNIMA ACTIVIDAD PROBATORIA” POR EL MAGISTRADO PRESIDENTE

I. Introducción

El legislador de 1995 estableció unas directrices muy definidas para el régimen de la prueba en el proceso ante el tribunal del jurado. La exposición de motivos de la LOTJ fija, en primer término, una exigencia de “minuciosa precisión del *thema probandi*”, que se instrumenta mediante la configuración del “objeto del proceso y con ello los hechos objetivos (sic) de prueba (apartado IV, 1 y 3 de la Exposición de Motivos).

En segundo lugar, apuesta por una rigurosa clarificación de qué constituye prueba procesal, excluyendo, incluso con la formalidad de que no se halle disponible en el acto del juicio oral, el acceso a un arsenal tradicional de información -aunque su eficacia jurídica siempre ha sido discutible y discutida- como es el sumario o la instrucción previa cualquiera sea su denominación (apartado IV, 3 de la Exposición de Motivos).

En tercer término, mantiene la vigencia del principio de investigación oficial en el acto del juicio y respecto de la prueba que ha de practicarse en el mismo, atribuyendo algunos poderes sobre la misma a quien, en este proceso, tiene la potestad de valorar la prueba, es decir, al Jurado (apartado IV, 3 de la Exposición de Motivos).

Por fin, para preservar el contenido esencial del derecho fundamental a la presunción de inocencia en un proceso en que el sector del órgano juzgador integrado por legos en Derecho sólo tiene, en cuanto a la elaboración del juicio de hecho, atribuida la potestad de valorar la prueba, impone el establecimiento de técnicas idóneas para que el control de la existencia de mínima actividad probatoria de cargo sea ejercido por el juez técnico (apartados IV, 5 y VI de la Exposición de Motivos).

Pero cuando el legislador realmente se expresa como tal es en el momento de establecer el contenido de las disposiciones. Y en este aspecto se ha apuntado que el legislador del Jurado no siempre ha acompasado las disposiciones de la ley a sus intenciones declaradas. O, al menos, no lo ha hecho con el rigor necesario para que los objetivos establecidos pudieran salir triunfantes de la prueba de resistencia que constituye, para un texto legal, entrar en vigor en el contexto del ordenamiento.

En efecto, la vigencia de las nuevas disposiciones en el conjunto del ordenamiento implica que las mismas son sometidas a tensiones derivadas de la coexistencia con regulaciones de materias casi iguales o en todo caso afines. A veces esas regulaciones son diferentes, bien sea por ser producto de diversos momentos históricos o de una labor legislativa desorientada. Otras veces esas regulaciones son simplemente imprecisas e insuficientemente definidas, por consistir en una formulación de principios o haber sido concretadas jurisprudencialmente. La solución de estas tensiones se produce, precisamente, mediante la labor jurisprudencial.

En esta ponencia analizaremos, principalmente, una muestra significativa de jurisprudencia sobre temas de prueba en el proceso por Jurado, para comprobar hasta qué punto las previsiones de la ley se ven reflejadas en la práctica judicial, o, por el contrario, ésta es divergente de aquellas, en qué medida y por qué razones.

Concluiremos el examen de cada conjunto de cuestiones con unas consideraciones

lege ferenda, atentas a los derechos fundamentales implicados, a los principios del proceso penal y a algunas orientaciones de Derecho comparado.

II. La determinación del objeto concreto de la prueba en el proceso ante jurado

Con el primero de los objetivos que propone para esta materia la Exposición de Motivos de la LOTJ (“minuciosa precisión del *thema probandi*”) guarda relación el régimen de la determinación del objeto de la prueba en concreto. Esa determinación es compleja, se realiza progresivamente y no siempre es coordinada adecuadamente con las posibilidades de proposición de medios de prueba.

1º) Una primera determinación del objeto concreto de la prueba se realiza en los escritos de calificación provisional (art. 29.1 y 2 LOTJ), cuyo contenido, según el art. 650.1ª, 3ª y 4ª LECRIM, consiste en la afirmación de hechos que serán objeto de la prueba, con la posibilidad prevista en el art. 653 LECRIM y reiterada en el art. 29.3 LOTJ -porque es particularmente idónea para una clara fijación de los hechos objeto de la prueba, que interesa especialmente en este proceso- de formular proposiciones alternativas o planteamientos eventuales acerca de los hechos.

En principio, en este acto han de proponerse los medios de prueba. Realmente el art. 29 LOTJ no se remite al art. 656 LECRIM, pero hay que concluir que ésta es la primera oportunidad de proposición, porque no hay otra que pueda preceder a la prevista en el art. 36.1, e) LOTJ .

2º) No obstante, la que se acaba de mencionar no es una determinación ni siquiera inicial del objeto concreto de la prueba. No porque esa determinación no dependa, en buena medida, de las partes -en especial del acusador, en virtud de las exigencias derivadas del principio acusatorio-, sino porque ha de ser sometida al control de admisibilidad que realiza la decisión acerca del sobreseimiento o apertura del juicio.

Para que sea tenida en cuenta en esa decisión, las acusaciones aún pueden modificar lo que la ley llama “los términos de su petición de apertura del juicio” (art. 31.3 LOTJ), aunque esa posibilidad tiene limitaciones, que van dirigidas a preservar el derecho de defensa en la instrucción. Entre las modificaciones ha de caber la introducción de nuevos hechos jurídicamente relevantes, pero que no alteren el objeto del proceso, por suponer un delito adicional o un delito esencialmente distinto al que fue objeto de la instrucción.

Por eso, hasta que no se dicte el auto de apertura del juicio oral no puede considerarse inicialmente determinado el objeto de la prueba y, consiguientemente, no hay término de referencia para apreciar la concurrencia o no de algunos requisitos de admisión (pertinencia, utilidad de los medios de prueba propuestos).

La primera determinación del objeto de la prueba en concreto se realiza, pues, en el auto de apertura (art. 33, a LOTJ), pero en ese auto no hay rastro de resolución sobre la admisión de los medios de prueba propuestos. Obsérvese que en las cuestiones previas (art. 36.1, e LOTJ) sigue hablándose de impugnar los medios de prueba propuestos y no la admisión de los mismos.

Es curioso, sin embargo, que sí que haya resolución sobre los sucedáneos de la prueba (art. 34.1, b LOTJ), cuya admisión está condicionada, además de por los requisitos especiales que autorizan la sustitución del medio de prueba por la documentación de

las diligencias no reproducibles, por los mismos requisitos de admisión de la prueba (pertinencia y utilidad). Y lo mismo ocurre con los medios que, según el art. 726 LECRIM se han de incorporar de oficio (art. 34.2 LOTJ), modo de incorporación al material de convicción que no excluye que deba apreciarse la pertinencia y utilidad (el art. 726 LECRIM requiere “que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad”).

No obstante, los pronunciamientos a los que se refieren los apartados 1, b) y 2 del art. 34 LOTJ no deben causar extrañeza. Se comprenden mejor si no se les considera decisiones sobre admisión de medios de prueba o sucedáneos de los mismos, sino decisiones sobre la formación del conjunto documental que puede ser remitido al órgano de enjuiciamiento. Será el Magistrado Presidente quien, en los momentos legalmente debidos, resolverá sobre la admisión de los medios de prueba y, en su caso, sobre la sustitución de los mismos.

La crítica que, en todo caso, habría de formularse a las disposiciones mencionadas hasta ahora es la puede dirigirse contra la ambigüedad de mantener la proposición ordinaria de medios de prueba en los escritos de calificación. Por un lado, esta norma no tiene justificación en este caso, porque, de momento, no hay elementos para enjuiciar los requisitos de admisión. Por otro lado, esa misma norma, combinada con la mención del art. 36.1, e) LOTJ, de “proponer nuevos medios de prueba”, ha originado dudas relevantes en la práctica sobre si esta segunda oportunidad de proposición lo es en calidad de excepción a la preclusión, de modo que la admisión dependiera, como mínimo, de que se tratara de medios de prueba antes desconocidos por la parte.

3º) Tampoco el auto de apertura contiene la determinación inicial definitiva del objeto de la prueba, porque en esa determinación puede influir el planteamiento y resolución de las cuestiones previas. En un doble sentido. En el de ampliación de los hechos objeto del juicio (art. 36.1, c LOTJ) y en el de reducción de los mismos (art. 36.1, d LOTJ).

Por eso ha de considerarse adecuado que, en esta misma oportunidad, se posibilite de nuevo la proposición de prueba (art. 36.1, e LOTJ).

Se refuerza el control de admisión de los medios de prueba mediante una contradicción previa acerca de la concurrencia de los requisitos de admisión (art. 36.1, e LOTJ), aunque probablemente esto no era necesario respecto de todos los requisitos de admisión, sino sólo respecto de los que tienen que ver con la legalidad de lo que se propone como medio de prueba.

No obstante, la relación entre el art. 36 y el art. 37 LOTJ presenta, a mi juicio, una importante anomalía, como es la previsión de dos resoluciones para las mismas cuestiones:

a) El auto que resuelve las cuestiones previas de ampliación o reducción de los hechos objeto del proceso (arts. 36.1, c y d, 36.2 LOTJ, art. 674, párrafo primero LECRIM) y el auto de hechos justiciables, en el que se fijan los hechos que van a ser objeto de enjuiciamiento (art. 37, a y b LOTJ). En todo caso deberá entenderse que el segundo auto debe ajustarse perfectamente al auto de apertura y, en su caso, a las cuestiones previas resueltas. Entiendo que, particularmente en el caso de haberse propuesto

cuestiones previas de la clase apuntada, el auto de hechos justiciables debería ser una alternativa de pronunciamiento sobre tales cuestiones y no una resolución diferenciada.

b) El auto que resuelve sobre cuestiones previas referidas a la admisión o inadmisión de medios de prueba (arts. 36.1, e, 36.2 LOTJ, art. 674, párrafo primero LECRIM) y la resolución sobre la procedencia de los medios de prueba, que ha de contener el auto de hechos justiciables (art. 37, d LOTJ), que tampoco puede ser innovadora del auto que ha resuelto las correspondientes cuestiones previas, aunque sí que puede ser la primera resolución sobre medios de prueba propuestos en los escritos de calificación .

Es, pues, el auto de hechos justiciables el que, ciertamente condicionado por las alegaciones de las partes y por los controles de la apertura del juicio respecto de su objeto, el que determina inicialmente los hechos que constituyen objeto concreto de la prueba y en el que, consiguientemente, puede resolverse, por primera vez, sobre la admisión de los medios propuestos.

4º) La posibilidad de nueva proposición de medios de prueba al amparo del art. 45 LOTJ no merece ningún comentario especial desde el punto de vista de la determinación del objeto de la prueba en concreto. Aunque no está de sobra una advertencia: esta oportunidad puede servir para ampliar la proposición de medios de prueba si el auto de hechos justiciables diverge, contra lo que debe ser, de los autos de apertura y del de resolución sobre cuestiones previas de modificación de hechos.

5º) Ya dentro del desarrollo del juicio oral y en el final del mismo aparecen actuaciones que afectan, aunque sea de modo limitado, a la precisa determinación del objeto de la prueba en concreto.

Se trata de actividades al amparo de dos normas:

a) Por la remisión del art. 48.2 LOTJ al art. 788.3 y 4 LECRIM es posible que, por planteamiento del Magistrado Presidente o por decisión de las partes acusadoras -que modifiquen sus calificaciones provisionales en el sentido de cambiar la tipificación penal del hecho, de apreciar un mayor grado de participación o de ejecución o una circunstancia agravante-, resulte admisible que la defensa proponga nuevos medios de prueba. A mi juicio, si la ley concede una nueva posibilidad de proposición de prueba se debe a que la modificación, aunque al final incida en los elementos jurídicos del objeto del proceso, no está limitada a los mismos. Si estuviera limitada a ellos, admitir nueva prueba sería una reacción desproporcionada, porque bastaría para una defensa efectiva que la defensa pudiera preparar y presentar una específica argumentación fáctica y jurídica. Si se admite nueva prueba se debe a que unos hechos que no fueron suficientemente explicitados en la determinación inicial del objeto concreto de la prueba, han aparecido en el curso de la práctica de la misma o han visto, en esa oportunidad, definidos sus contornos. Esa definición complementaria del objeto concreto de la prueba hace pertinentes y útiles nuevos medios para la misma.

No es necesario insistir ahora en que tales hechos no pueden dar lugar a un objeto de proceso diferente al establecido, con los debidos antecedentes, en el auto de hechos justiciables.

b) Parece que, sin señalarlos previamente como objeto de la prueba, el Magistrado Presidente puede incluir, en el escrito que determina el objeto del veredicto, “hechos

favorables o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable, ni ocasionen indefensión” (art. 52.1, g LOTJ).

Considerado el tema desde la perspectiva de este precepto, no puede entenderse que el mismo considere también -como los supuestos que hemos examinado en el anterior apartado a)- una parcial y limitada redefinición del objeto concreto de la prueba. En efecto, en este caso ya no hay posibilidad de una nueva proposición de prueba. El Magistrado Presidente deja el hecho nuevo, el hecho respecto del cual ha aflorado una información en el curso de la práctica de la prueba, expuesto al enjuiciamiento por el Jurado sin posibilidad de prueba adversa.

Pero lo curioso es que esta potestad del Magistrado Presidente tiene unos límites que, si no se posibilita un complemento de contradicción -esta vez para las partes acusadoras- podrían dar al traste incluso con la finalidad de favorecer al acusado.

En efecto, como los únicos hechos a los que se refiere el art. 52.1, g LOTJ son hechos favorables al acusado, la indefensión que el precepto establece como limitación no puede ser otra que la que puede producirse a los acusadores. En tal caso, una de dos: o cuando pueda producirse indefensión, ha de excluirse incondicionalmente la posibilidad de hacer constar en la determinación del veredicto esos hechos favorables al acusado, o, para evitar la indefensión, el Magistrado Presidente ha de plantear previamente esos hechos a las partes, al amparo del art. 48.2 LOTJ en relación con el art. 788.3 LECRIM. Me inclino por la segunda posibilidad, aunque hay que advertir que, para el sostenimiento de las tesis acusatorias, la ley no autoriza una proposición complementaria de prueba -sólo prevista en los casos del art. 788.4 LECRIM-, de modo que los acusadores habrán de limitarse a alegaciones de naturaleza argumentativa.

III. ¿qué constituye prueba en el proceso ante el jurado? El régimen de la eficacia probatoria de otros medios de convicción

Dentro del curso sobre la Ley del Jurado, el tema de la prueba aparece significativamente subtulado con referencia al valor probatorio de las diligencias sumariales. No es, ciertamente, la única cuestión problemática en el régimen de la prueba en este proceso penal especial, pero sin duda es la más destacada.

Comparte importancia con la misma cuestión en el régimen procesal general -que, en tiempos no muy lejanos, adolecía de un notable distanciamiento entre norma y práctica-. Pero añade otra circunstancia: la LOTJ de 1995, que pretende definir algunas respuestas normativas de un modo más preciso que el régimen general, ha acabado por ser interpretada de un modo homogeneizador con ese régimen.

Este fenómeno no puede extrañar en un sistema procesal penal como el que padecemos, en el que son frecuentes las ordenaciones diferenciadas de materias que, razonablemente, habrían de ser objeto del mismo tratamiento normativo. La tendencia a establecer tratamientos uniformes y coherentes hace que la jurisprudencia acabe por “arbitrar” entre las soluciones divergentes, generalizando una de ellas.

1. “Mínima actividad probatoria” o qué constituye prueba en un proceso penal

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 qué 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 dicho presupuesto en caso de recurso (*scilicet*) de amparo)” (STC 113/1980, de 31 de agosto).

Pero esta proposición abría otro interrogante: ¿Qué constituye prueba en un proceso como el penal, en el que, previamente a la actividad que estrictamente conocemos como prueba, tiene lugar una actividad de averiguación y comprobación de hechos, realizada en gran medida por órganos jurisdiccionales y, en lo demás, por otros órganos de poderes públicos, cuya documentación podría servir materialmente para formar la convicción?

Queda así nuevamente planteado el viejo problema de la eficacia probatoria de la investigación sumarial y de otras investigaciones desarrolladas en procedimientos preliminares.

Ese problema estaba -y sigue estando- resuelto en la LECRIM de un modo esencialmente correcto: no se reconoce eficacia probatoria a la documentación de esas investigaciones como regla general, aunque sí como excepción en casos determinados. La rutina histórica y algunos defectos de la LECRIM (forma de la motivación de la sentencia e insuficiencia de los motivos de casación para preservar este aspecto tan básico del sistema) permitió, sin embargo, una práctica forense totalmente divergente de la ordenación legal. La utilización del sumario e, incluso, de las investigaciones policiales se producía “en la práctica por la fuerza de la propia lógica, que es más potente que todos los formalismos” (Quintano Ripollés).

La jurisprudencia constitucional sobre el principio de presunción de inocencia ha impulsado nuevamente una correcta interpretación del sistema de la LECRIM en este punto y, en los extremos que veremos, ha introducido alguna novedad en él, con fundamento en una interpretación conforme a la Constitución.

Una síntesis de esa jurisprudencia del TC, le ofrece su S. 217/1989, de 21 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico segundo puede leerse: "Es doctrina consolidada de este Tribunal que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECRIM), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido

al juzgador.

Ahora bien, lo dicho no comporta en modo alguno que, en orden a la formación de la convicción a la que se orienta la actividad probatoria, haya de negarse toda eficacia a las diligencias policiales y sumariales, practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos. Al respecto la doctrina constitucional se asienta sobre las siguientes notas esenciales: a) cuando dichas diligencias sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, pueden constituir la base probatoria sobre la que los tribunales formen su convicción y, en definitiva, pueden constituir medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia (entre otras, SsTC 80/1986, de 17 de junio; 82/1988, de 28 de abril, y 137/1988, de 7 de julio); b) cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como prueba anticipada o preconstituida (Ss TC 80/1986 y 37/1988), aunque no alcanzan a cualquier acto de investigación sumarial, sino tan sólo a aquellos con respecto a los cuales se prevé su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral, siempre y cuando se garantice el ejercicio del principio de contradicción y se solicite su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (Por todas, S TC, 62/1985, de 10 de mayo), puesto que, estando sujeto también el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material, es preciso asegurar que no se pierdan datos o elementos de convicción, utilizando en estos casos la documentación oportuna del acto de investigación llevado a cabo, en todo caso, con observancia de las garantías necesarias para la defensa, y c) no constituyen medios de prueba en si mismo los atestados de la policía judicial que procesalmente gozan del valor de denuncias (art. 297 LECRIM), por lo que no constituyen un medio sino, en su caso, un «objeto de prueba» (Ss TC 31/1981 y 9/1984). Por la misma razón, tampoco son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los arts. 297.2º y 727 LECRIM, que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales".

Una actualización en cuanto a la exposición general de esta doctrina puede encontrarse en la STC (Sala 1ª) 40/1997, de 27 de febrero y en la STC (Sala 2ª) 94/2002, de 22 de abril.

A) La prueba practicada en el juicio oral

El art. 741 sienta, sin duda, la afirmación más indiscutible acerca de lo que constituye prueba en un proceso penal, al decir: “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio... dictará sentencia...”. La expresión “pruebas practicadas en el juicio” comprende:

1º) Las practicadas en el local en que se desarrolla la vista y durante las sesiones de ésta.

2º) Las practicadas fuera del acto de la vista en los casos en que legalmente está autorizado: arts. 718 y 719, para la declaración de testigos imposibilitados de comparecer; art. 727, para la prueba de reconocimiento judicial.

Que prueba sea, primera y principalmente, la practicada en el juicio oral, no es sólo el resultado de una fácil interpretación literal del art. 741, sino que está avalado por el conjunto de principios y normas que inspiran y rigen la actividad probatoria en un proceso penal y viene impuesto por preceptos constitucionales.

En cuanto a lo primero: el sistema de oralidad requiere que así se entienda, pues en otro caso fallaría, especialmente, el principio de inmediación, que es importante para una adecuada libre valoración de las pruebas. Sólo de este modo la producción de la prueba se somete a la plena vigencia del principio de contradicción y se pueden obtener de los medios de la misma todos los datos que las partes y el juzgador estimen convenientes en vista del objeto de la prueba, que tiene que estar determinado en el momento del juicio.

Para la segunda justificación aludida, el TC ha hecho notar el valor que al sistema de oralidad ha venido a otorgarle el reconocimiento constitucional del art. 120.1 y 2 CE (STC 137/1988, de 7 de julio), y la importancia de la práctica de la prueba testifical en el juicio oral, a la vista de los arts. 6.3, CEDH y 14.3 e, PIDCP -art. 10.2 CE- (STC 101/1985, de 4 de octubre). También queda involucrado en este asunto el derecho a un proceso público con todas las garantías (artículo 24.2 CE).

B) La prueba anticipada

Esta es una primera excepción al principio general acabado de sentar, y razonablemente justificada, como inmediatamente veremos.

Consiste en la práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde según el orden del procedimiento (y que es un cierto momento en la vista del juicio oral), que se acuerda porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral para proceder a la misma. Las finalidades de esta institución en el proceso penal son dos: preservar el fin de plena investigación de los hechos (“verdad material”) y también el principio de concentración de la vista.

La primera finalidad era la única a la que se podía atender en los supuestos de práctica anticipada de prueba que puede acordar el juez de instrucción (reconocimiento judicial, arts. 333, 336; testifical, artículos 448 y 449; y pericial, arts. 467, párrafo

segundo, 471, 476; y también, para pericias especiales, 350 y 356). La nueva redacción de los arts. 777.2 y 797.2, posibilita que el juez de instrucción acuerde la práctica anticipada de la prueba para atender a las dos finalidades de la misma.

La prueba anticipada que puede acordarse por el órgano jurisdiccional sentenciador atiende a las dos finalidades (arts. 657, párrafo tercero, y 777.2 y 797.2 LECRIM).

Pueden provocar la suspensión de la vista: la práctica de la prueba de reconocimiento judicial (art. 727 en relación con 746, 2º), de la prueba testifical en los casos de los arts. 718 y 720 (art. 746, 2º), de la pericial en cuanto al reconocimiento previo al informe de los peritos (art. 725). En general cualquier prueba que deba practicarse mediante auxilio judicial, en cuanto éste ha de cumplimentarse con la antelación necesaria para que la documentación sea devuelta antes de que se declare concluida la vista (STS 12 de junio de 1970).

La prueba anticipada se realiza siempre ante un órgano jurisdiccional: según los casos, el juez de instrucción, el órgano sentenciador, un magistrado de éste o el órgano a quien corresponda prestar el auxilio judicial.

La intervención de las partes es sustancialmente la misma que les corresponde en la práctica del medio de prueba dentro del juicio oral (véanse los artículos antes citados).

La reforma de LECRIM realizada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, regula la forma mediante la cual la prueba anticipada ha de introducirse en el juicio oral: reproducción de la grabación o lectura literal de la diligencia en el acto del juicio oral. Se respetan así los principios de contradicción -porque se garantiza que las partes toman conocimiento del resultado de la práctica en el acto del juicio- y los de oralidad y publicidad.

Es discutible que la prueba anticipada pierda su eficacia si en el momento del juicio oral no concurre de hecho la causa por cuya previsión se acordó aquélla. Sin duda es admisible, en tal caso, una complementación de la misma.

C) Los actos de investigación de la instrucción previa judicial

Los arts. 730 y 714 autorizan la lectura de la documentación de diligencias sumariales y reconocen a la misma, con el alcance excepcional y condicionado que se verá, la calidad de prueba.

a) Lectura al amparo del art. 730

Según el artículo 730 "podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquélla, no puedan ser reproducidas en el juicio oral".

Este precepto responde a una situación distinta a la del anterior apartado B). La imposibilidad de practicar un medio de prueba se constata cuando ya se está celebrando el juicio oral, de modo que es tarde para atajarla con la prueba anticipada. Sin embargo, la documentación del acto de investigación correspondiente al medio de prueba de imposible producción, permite aun evitar que ciertos elementos de convicción se pierdan absolutamente, con detrimento del fin de plena investigación de los hechos y de los intereses de las partes. Esto es lo que justifica la excepción del art. 730 a la regla de separación entre actos de investigación y de prueba. Veamos ahora el

alcance preciso de esta importante disposición.

1º) Documentos a los que afecta: Son los que recogen actos de investigación de una instrucción previa judicial. Se refiere expresamente a las diligencias sumariales, pero no hay obstáculo en extenderlo a los actos de las diligencias previas del proceso abreviado y a las diligencias urgentes del procedimiento de enjuiciamiento rápido. Los actos de investigación de procedimientos no judiciales no están contemplados en el artículo y merecen, como inmediatamente veremos, un tratamiento aparte.

Además es necesario que en la realización del acto de investigación que se quiera utilizar se hayan observado las garantías necesarias para la defensa (SSTC 80/1986, de 17 de junio; 182/1989, de 3 de noviembre; 217/1989, de 21 de diciembre). En este aspecto el TC ha innovado el régimen del art. 730 con una interpretación conforme a la CE. Se requiere, pues, que, como mínimo, se haya dado la posibilidad de intervención que establece la LECRIM para los actos del procedimiento preliminar (art. 302 y la intervención del abogado del imputado). La doctrina del TC expuesta al principio del párrafo tiene continuidad en las SSTC 40/1997 (Sala 1ª), de 27 de febrero, 12/2002 (Sala 1ª), de 28 de enero, 94/2002 (Sala 2ª), de 22 de abril.

2º) Presupuestos de la introducción de estos documentos son la instancia de las partes y que la prueba (correspondiente al acto de investigación) no pueda practicarse por causas independientes de la voluntad de aquéllas.

En cuanto al primer presupuesto hay que advertir que no queda excluido que se acuerde de oficio, habida cuenta que de ese mismo modo puede acordarse la práctica de las propias pruebas (art. 729. 2º).

Igualmente el presupuesto de que la imposibilidad no sea imputable a la parte experimenta la influencia de la potestad de acordar pruebas de oficio. Si es imputable a la parte, ésta perderá el derecho a que se practique esa prueba y la lectura sustitutiva, pero el juzgador podrá acordar de oficio la lectura, si concurre objetivamente el presupuesto de la imposibilidad.

La imposibilidad de práctica de la prueba puede ser absoluta o relativa.

La primera permite, sin otra gestión, que se autorice la lectura. Concorre, para la prueba testifical, en caso de muerte o incapacidad del testigo. Para la pericial, hay que distinguir la imposibilidad de practicar las operaciones periciales -que es absoluta si ha desaparecido o se ha alterado esencialmente el objeto de la pericia- y la de declarar el perito en la vista -que se daría en los mismos casos que el testigo, salvo la posibilidad de reproducción del examen pericial-. La práctica de la prueba de reconocimiento judicial es absolutamente imposible si ya ha desaparecido todo vestigio del delito o ha sufrido alteración esencial el objeto o lugar que deba ser reconocido.

La imposibilidad relativa lo es en determinadas circunstancias de tiempo y lugar. Esta clase de imposibilidad no justifica sin más la lectura, sino otras actuaciones previstas para superar esa relativa imposibilidad. Las imposibilidades previstas antes de la iniciación de la vista pueden superarse haciendo el señalamiento (art. 659, párrafo quinto) para cuando cese la imposibilidad, acordando un aplazamiento (art. 745) o la práctica como prueba anticipada. Iniciada la vista, la simple incomparecencia del testigo o perito no constituye el presupuesto de imposibilidad; ésta sólo se da si legalmente no puede acordarse la suspensión de la vista. Sólo tras el agotamiento de

esas actuaciones procede la lectura.

3º) La forma requerida para que la documentación pase a formar parte de la prueba del juicio oral es la lectura. No es ningún formalismo, puesto que cumple la función de identificar claramente lo que sustituye a un concreto medio de prueba y también la de facilitar la publicidad general.

b) Lectura al amparo del art. 714

El artículo 714 autoriza una lectura de documentación de actos de investigación por causas muy distintas a las del art. 730. En el supuesto del art. 714 la lectura se autoriza en el momento de recibirse la prueba testifical (y, probablemente, también de declaración del acusado y pericial) y persigue poner en evidencia y aclarar una divergencia sustancial entre declaraciones prestadas en la instrucción previa y en el juicio oral.

El principal problema que plantea este precepto es el valor probatorio de la documentación leída, si el declarante insiste en su declaración divergente. A mi juicio no servirá sólo para apreciar la credibilidad de la declaración prestada durante la vista, sino que podrá también valorarse como prueba la declaración leída, si fue recibida respetando las garantías de la defensa.

Y ello por estas razones: la mera autorización de una prueba accesoria (destinada a apreciar la fiabilidad de otra prueba) no necesita del art. 714, porque cuenta con el art. 729. 3º. Tampoco es necesario el art. 714 para que las partes puedan practicar una técnica de interrogatorio consistente en “oponer” anteriores declaraciones de contenido divergente con la que se presta en el momento del juicio oral.

La motivación de la STC 137/1988, de 7 de julio, corrobora la opinión que he expresado. Y también las STS 730/1993 (Sala 2ª), de 2 de abril, 270/1997 (Sala 2ª), de 6 de marzo, 1332/1998 (Sala 2ª), de 4 de noviembre y 1626/2000 (Sala 2ª), de 25 de octubre.

D) Los actos de investigación de la policía judicial, del Ministerio fiscal y otros documentos asimilados

La expresión literal del art. 730 no comprende los actos de investigación no judiciales, ni hay otro precepto que expresamente resuelva respecto a ellos el problema que afronta aquel artículo. Sin embargo, la justificación del art. 730 y un elemental juicio valorativo sobre las mayores garantías de una investigación judicial, demuestran, con evidencia, que esa falta de norma expresa no puede significar que la documentación de actos de investigación no judiciales sea tratada como prueba documental -admisibile si, simplemente, es pertinente- al amparo del art. 726. Como mínimo habrá de someterse a los mismos presupuestos de admisión que fija el art. 730, y, tal vez, ni siquiera con ello tales documentos puedan constituir prueba.

Hay que distinguir dos supuestos.

a) Actos de investigación realizados por la policía judicial

La jurisprudencia del TC ha negado sistemáticamente la consideración de prueba a la simple aportación de la documentación de los mismos, en casos similares a los del art. 730, por dos argumentos fundamentales: a) los atestados no son en sí medio de prueba, pues su valor es el de denuncia (art. 297), de modo que, más que medio, deben ser “objeto de prueba”, y b) tampoco lo son las declaraciones de la policía vertidas en el atestado, sino que es necesario, con arreglo a los arts. 297, párrafo segundo y 717 que, por ser declaraciones testificales, las presten en el juicio oral (S TC 182/1989, de 3 de noviembre, 217/1989, de 21 de diciembre). Se hubiera podido añadir que no asiste a la policía judicial la facultad de declarar por escrito sobre hechos conocidos en ejercicio de sus funciones, lo que refuerza la clara interpretación del art. 717 (ordinaria declaración testifical para introducir ese conocimiento en la prueba).

Por consiguiente, para que constituyan prueba los elementos de convicción resultantes de actos de investigación policiales, siempre que no sea posible practicarlos en el juicio como medios de prueba, no basta con atender a su documentación. Tampoco es suficiente una formal ratificación de la misma ante un órgano jurisdiccional (STC 150/1987, de 10 de octubre, 182/1989, de 3 de noviembre). Es necesario que el funcionario que hubiera practicado el acto declare en el juicio, de manera que se respeten los principios de inmediación y contradicción propios de esta fase procesal (SSTC 101/1985, de 4 de octubre, 173/1985, de 16 de diciembre, 188/2002 (Sala 2ª), de 14 de octubre; STS 1788/2001 (Sala 2ª), de 3 de octubre); y, además, que al realizar aquel acto se hayan observado las necesarias garantías (SSTC 100/1985, de 3 de octubre, 145/1985, de 28 de octubre; SSTS (Sala 2ª), 1079/2000, de 19 de julio, 349/2002, de 22 de febrero: estas dos sentencias mencionan precisamente la asistencia del abogado del imputado).

No es inadmisibles, si se atiende al art. 710, que el funcionario policial declare en calidad de testigo de referencia (es decir, no sobre su directa percepción de hechos relevantes en el proceso, sino sobre manifestaciones oídas a otras personas), pero la admisión deberá subordinarse al presupuesto de la imposibilidad de practicar la prueba con la fuente más inmediata (STC 217/1989, de 21 de diciembre, ATC 205/2001 (Sala 1ª, sección 1ª), de 11 de julio; STS 395/2001 (Sala 2ª), de 14 de marzo, STS 1627/2002 (Sala 2ª), de 8 de octubre).

b) Actos de investigación del Ministerio fiscal

Sin prescindir en ningún caso del presupuesto de admisión de la imposibilidad de practicar el medio de prueba, el problema consiste en si bastará la lectura de la documentación o será necesaria la declaración del Fiscal que presencié y dirigió el acto.

Aunque *lege ferenda* pueda defenderse otra tesis, los datos del derecho positivo apoyan la primera solución: el art. 5, párrafo tercero EOMF reconoce a esa documentación presunción de autenticidad, es decir, que hace fe por sí misma de la realización del acto y de que su resultado es el que consta documentado. Obviamente no de que sea cierto el contenido de lo declarado.

Evidentemente tampoco se puede prescindir del requisito de que en el acto practicado por el Ministerio fiscal se hubieran respetado las garantías de la defensa.

2. Jurado y sistema de oralidad: ¿una implicación “natural”? Necesidad de normas que garanticen la producción de la prueba en el acto del juicio y tratamiento normativo de esta materia en la LOTJ de 1995

Reiteradamente se ha puesto de manifiesto la relación existente entre la institución del Jurado y el procedimiento oral.

Basta, por exigencia de brevedad, recordar que CAPPELLETTI apunta que los principios de oralidad, inmediación 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 estos, 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 permitió, en el momento de la reinstauración del jurado en nuestro ordenamiento por imperativo constitucional, presentar como efecto positivo de esta reinstauración la mayor efectividad de la oralidad procedimental, corrigiéndose las corruptelas de las que adolecía en la práctica de los tribunales, fundamentalmente por el valor que -ilegalmente- se reconocía a las diligencias sumariales para fundar la sentencia.

Comparto en gran parte esta opinión, pero pienso también que para que realmente se produzca este efecto no hay que fiar los medios a aquella afinidad histórica entre jurado y oralidad, sino que es necesario un tratamiento legislativo conscientemente puesto al servicio del objetivo perseguido.

El legislador de 1995 era consciente de esa necesidad. Declaró en la Exposición de Motivos que iba a satisfacerla y, en el texto articulado, introdujo dos piezas normativas que consideraba decisivas para conseguir ese resultado.

A) Remisión de un testimonio de la documentación de las diligencias irreproducibles, en vez del sumario integro

La técnica del art. 34 LOTJ, al excluir la remisión del sumario integro, y limitarla, en la parte que ahora interesa, a un testimonio de la documentación de las

diligencias no reproducibles, intenta, de un modo formalmente muy drástico, acotar los materiales que, de modo excepcional, el Jurado puede tomar en consideración para formar su convicción.

No obstante, el art. 34, en sí mismo y en relación con el art. 46.4 LOTJ, dejan muchas cuestiones abiertas. Eso es ciertamente frecuente en una disposición normativa, pero también es debido, en tal caso, que las normas sean integradas acudiendo a otras normas más generales.

Entre las inseguridades más importantes que aquellas disposiciones dejan planteadas, reseño las siguientes:

1º) No se determina si por diligencias hay que entender sólo las sumariales o también las del atestado policial y las instruidas por el Ministerio Fiscal, pero la expresión no excluye las dos últimas, que pueden entenderse comprendidas .

2º) Por varias razones hay fundamento para dudar si entre las diligencias irreproducibles pueden llegar a considerarse incluidas las consistentes en recepción de declaraciones. En primer lugar, da pie para la duda que el art. 34.1, b) añada el requisito de la ratificación, que no tiene sentido para diligencias consistentes en declaraciones. En segundo término, porque la ley sólo toma en cuenta la calidad de irreproducible de una diligencia en el momento de la formación del testimonio, y no contempla la posibilidad de que el carácter de irreproducible se origine en un momento posterior, posibilidad precisamente frecuente si de declaraciones de testigos se trata (muerte, incapacidad, imposibilidad de localización para citación). En tercer lugar, porque el art. 46.5, párrafo segundo LOTJ, parece exigir un requisito formal diferente a la simple calidad de irreproducible, cual es que la diligencia consistente en declaración se haya practicado como prueba anticipada.

3º) La referencia a la ratificación en el juicio oral es sorprendente, precisamente por la infravaloración que supone de aquello que aun puede aprovecharse, en cuanto a contradicción, oralidad e inmediación, al examinar en el juicio oral al autor o responsable de la práctica de la diligencia irreproducible .

4ª) Omite expresar con precisión la norma sobre el valor probatorio de la documentación de las diligencias irreproducibles. La conclusión de que tienen ese valor se puede deducir de la relación entre los arts. 34.1, b y 46.4 LOTJ, pero este último precepto expresamente no atribuye ese valor probatorio, e incluso oscurece la conclusión al omitir la regla de unión al acta, que, por el contrario, sí que establece en el supuesto de valor probatorio particularmente dudoso del art. 46.5, párrafo primero, *in fine*.

5º) Establece la ambigua norma del art. 34.3, que -si bien hay criterios interpretativos fundados que permiten distinguir la finalidad y eficacia de estos testimonios frente a los de “las diligencias remitidas por el Juzgado de Instrucción”- ha posibilitado una interpretación que generaliza la aportación de diligencias sumariales con posibilidad de apreciación de su valor probatorio .

B) Prohibición del valor probatorio de las diligencias de la instrucción consistentes en declaraciones, salvo prueba anticipada

La norma especial más contundente sobre el valor probatorio de las declaraciones en la etapa de instrucción es la del art. 46.5, párrafo segundo LOTJ, que excluye ese valor, salvo que se hubieran recibido en calidad de prueba anticipada.

También las inseguridades en la interpretación de este artículo son importantes.

1º) De nuevo aquí la expresión “fase de instrucción” permite dudar si sólo están comprendidas las prestadas en las diligencias judiciales o también en el atestado policial o en las diligencias del Ministerio Fiscal.

2º) La prohibición puede ser entendida sólo en el contexto del apartado 5 del artículo -referido a los supuestos de divergencia de contenido entre declaraciones prestadas en la instrucción y en el juicio-, o con alcance general, es decir, respecto de toda diligencia de instrucción consistente en declaraciones.

3º) A favor de la primera opción opera el contexto sistemático de la disposición. Pero, en cierto modo en contra de ese entendimiento juega la salvedad de la prueba anticipada. Ésta, al menos en su sentido técnico estricto, es practicada para evitar la futura imposibilidad de práctica de un medio de prueba (arts. 657, párrafo tercero y 777.2 LECRIM), pero no para disponer de un referente de confrontación de la declaración que podrá ser prestada en el acto del juicio oral.

4º) La prohibición, junto con la expresa salvedad a la misma, podría tener sentido en los dos supuestos que se acaban de mencionar: tanto si las declaraciones son divergentes, como si no han podido ser prestadas en el acto del juicio, sólo tendrán valor probatorio si se prestaron, en su momento, con los requisitos de la prueba anticipada.

5º) Pero se suscita, entonces, una nueva duda sobre si la disposición utiliza la expresión “prueba anticipada” en un sentido técnico estricto o asignándole un significado más amplio.

Estrictamente hay prueba anticipada si en etapas anteriores al juicio oral ha podido preverse la imposibilidad futura de recibir una declaración en el acto del juicio, de modo que, en atención a esto, se acuerda recibir la declaración en un momento procesal anterior, con las garantías propias de un medio de prueba (arts. 657, párrafo tercero, 777.2 LECRIM). La prueba anticipada hace posible evitar la pérdida de una prueba mediante una actuación preventiva, lo que requiere que el riesgo de la pérdida sea previsible y se hubiera previsto. en caso de imposibilidad sobrevenida de práctica, la prueba anticipada no puede resolver el problema.

Ahora bien, la LECRIM dispone de un precepto que permite tratar *a posteriori* los supuestos de imposibilidad de recibir una declaración en el acto del juicio: el art. 730. Por otra parte, la extensión del derecho de defensa técnica a la instrucción (arts. 118, 302, 520 y, con gran amplitud, la nueva redacción del art. 767 LECRIM) conduce a que, frecuentemente y sin necesidad de previsión de imposibilidades futuras, las declaraciones sean prestadas con intervención de la defensa técnica del imputado. En tal caso, habida cuenta de las garantías que han sido respetadas ¿Sería injustificado tratar estos supuestos como análogos a los de prueba anticipada? .

5ª) En fin, presupuesta la prohibición de valor probatorio, con la salvedad de lo que deba entenderse como prueba anticipada, también hace dudar sobre la efectividad de esta prohibición que el legislador permita la unión del testimonio al acta (de la que

disponen los jurados: art. 53.3 LOTJ) en caso de declaraciones contradictorias. El legislador, que intenta aplicar ciertas técnicas formales para preservar la correcta formación de la convicción de los jurados (art. 34, art. 46.5 -prohibición de lectura de las declaraciones previas-), establece así un precepto completamente disfuncional con la prohibición del segundo párrafo del art. 46.5 LOTJ.

3. El valor probatorio de las diligencias de la instrucción en la aplicación judicial de la LOTJ de 1995

Tiene interés revisar con cuidado cómo han acabado siendo aplicadas en la práctica de los tribunales las disposiciones de la LOTJ de 1995 sobre el valor probatorio de las diligencias de la instrucción. Analizaremos las sentencias y autos más significativos, antes de establecer unas conclusiones y unas consideraciones *lege ferenda*.

A) Examen singular de algunas resoluciones significativas

1ª STS 48/1998 (Sala de lo Penal), de 26 de enero (RJ 1998\665)

El aspecto del caso relevante para el tema es la falta de unión al acta de la declaración de un testigo contradictoria con la que prestó en el juicio. La defensa recurre con base en que esa falta le provoca indefensión.

La motivación de la desestimación es ésta:

“como las declaraciones que habría de contener sólo podrían ser las efectuadas en fase instructoria y su contenido carece de valor probatorio de los hechos, y además se había hecho objeto de debate en la vista las contradicciones de la testigo, es claro que haber prescindido de unir el testimonio es inoperante para la prueba a que se pudiera dirigir y, por lo tanto, su carencia no pudo determinar indefensión alguna al recurrente”

La interpretación se ajusta a la letra del art. 46.5, párrafo segundo, pero no a la del párrafo primero de ese mismo artículo y apartado. Además, obsérvese que perjudica a la defensa.

2ª STS 709/1999 (Sala de lo Penal), de 7 de junio (RJ 1999\5549)

En el aspecto del caso que interesa hay atisbos de que la defensa intentaba evitar que el Jurado dispusiera de los testimonios de declaraciones sumariales en caso de contradicciones, pero el recurso no se fundó en que se hubiera atendido indebidamente a la declaración sumarial, sino en que el testimonio fue unido al acta.

Obviamente el TS responde que:

“Se podrá discrepar de éste u otros artículos de la Ley del Tribunal del Jurado, lo que no se puede invocar, a efectos de este recurso de casación, es que el Magistrado Presidente ha cumplido lo que la Ley ordena, como así ha sucedido, cuestión distinta hubiera sido y estaría justificada la denuncia si no se hubiese hecho lo que la Ley establece y ello hubiera determinado indefensión. En los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida se rechazan, con acierto, estas invocaciones, recordándose que, además de cumplirse la ley, todas las partes pidieron la unión de tales testimonios para su inclusión en el acta del juicio, sin que hubiera habido protesta formal sobre tales aportaciones”.

3ª) SAP Cantabria 1/1999 (Sección 3ª), de 28 de diciembre (ARP 1999\4107)

De interés en el caso tratado por esta sentencia de instancia es la utilización de las contradicciones entre declaraciones prestadas en diferentes etapas procesales como criterio de no credibilidad de la atribución de los hechos a los acusados.

La sentencia indica:

“Todas estas contradicciones en un testigo referencial no han podido dejar de ser valoradas por el Jurado.

Los miembros del Jurado también han tenido en consideración el resto de las declaraciones de los testigos propuestos por las partes, en especial los jóvenes amigos de David, cuya inicial versión fue posteriormente por ellos contradicha, al igual que las de los acusados. El Jurado estima que tales testimonios ni han tenido importancia suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ni han observado firmeza o contundencia en los mismos. Las contradicciones entre lo declarado en el juicio y lo manifestado a lo largo de la instrucción -contradicciones puestas de manifiesto en el plenario por la aportación documental de los testimonios de las declaraciones emitidas en la fase previa instructora- han pesado en el ánimo del Jurado para llegar al convencimiento de que no se ha probado la participación de los acusados en la muerte violenta de Félix S. V.”.

4ª) STS 649/2000 (Sala de lo Penal), de 19 abril (RJ 2000\3715)

El motivo de casación era la infracción del art. 46.5, párrafo segundo, porque, existiendo contradicción entre declaraciones del acusado en la instrucción (autoinculpatorias) y las que prestó en el juicio, el Jurado había fundado su convicción en las primeras.

Para la desestimación del recurso el TS argumenta resaltando la letra de preceptos de la LOTJ que contrasta con lo que expresa la Exposición de Motivos:

Indica, en primer lugar que “la propia ley quiebra esta línea argumental en la medida que en el artículo 34.3º se permite a las partes que puedan pedir en cualquier momento los testimonios que interesen para su posterior utilización en el juicio oral. Evidentemente entre tales testimonios pueden encontrarse las declaraciones inculpativas del imputado efectuadas en fase sumarial y que el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular podrán pedir y así ocurrió en el presente caso”.

Apunta, después, que “ciertamente no va a producirse a la lectura de dichas declaraciones, por prohibirlo el art. 46.5º; pero por prescripción legal está prevista la incorporación al acta del Plenario del testimonio referente a la declaración en fase sumarial que de acuerdo con el art. 34.3º haya pedido la parte interesada, y así se prevé expresamente en el propio art. 46.5º «... aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto ...», por lo que dicho testimonio va a formar parte del acta del Plenario”.

La Sala enfatiza que “no debe superar la contradicción apreciable entre las previsiones legales contenidas en el art. 46.5º, apartado primero en relación con el art. 53.3º y el art. 46.5º, apartado segundo mediante la inaplicación de toda la regulación legal correspondiente a la incorporación al acta de los testimonios”.

No obstante, sí que acaba superando esa contradicción en el sentido de corregir la interpretación literal del art. 46.5, párrafo segundo, porque de ese modo:

“no se produce «sic et simpliciter» la quiebra del principio de que «nada llega juzgado al Plenario» y por otro lado, el conocimiento de la diversidad de declaraciones ofrecidas en el sumario puede ser conocida por el Colegio de Jurados a través del interrogatorio contradictorio”.

Concluye que:

“la legalidad de tal prueba que no puede cuestionarse en relación al juicio por Jurados salvo que se acepte el riesgo de romper la unidad del sistema de justicia penal de suerte que las normas de admisión de las pruebas sean diferentes, según se esté ante un Tribunal de Jueces o un Colegio de Jurados”.

5ª) STS 716/2000 (Sala de lo Penal), de 19 abril (RJ 2000\3044)

El aspecto relevante del caso es que dos testigos no pudieron ser citados por desconocerse su paradero, por lo que su declaración en el juicio fue sustituida por la lectura de su declaración sumarial.

La Sala desestimó el motivo correspondiente del recurso de la defensa porque:

“El Tribunal de instancia recibe la diligencia de exhorto cumplimentada y conoce la imposibilidad de citación de los dos testigos, es puesta de manifiesto a las partes y éstas postulan la renuncia a su testimonio y solicitan la lectura de sus declaraciones. Así consta en el acta del juicio oral en la que se expresó la imposibilidad de la citación, la renuncia y la lectura en la prueba documental de las declaraciones sumariales”.

Obsérvese que nadie se hace cuestión de si las declaraciones prestadas en la instrucción tenían el carácter de diligencias irreproducibles o de prueba anticipada.

6ª) STS 1443/2000 (Sala de lo Penal), de 20 septiembre (RJ 2000\8007)

En el caso de esta sentencia la acusación particular recurre la negativa a tomar en consideración las declaraciones prestadas por el acusado en el sumario, porque al negarse a declarar en el acto del juicio dejó sin base fáctica las agravantes de alevosía y ensañamiento.

La Sala estima el motivo por entender que la declaración prestada en el sumario tuvo el carácter de prueba anticipada.

“La consideración de prueba anticipada presenta una doble inteligencia. De una parte, la contenida en el art. 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como supuesto excepcional de práctica de la prueba con anterioridad a la fecha señalada en el juicio oral. De otra, los supuestos de prueba del sumario, que participa de una naturaleza preconstituida y a la que nos hemos referido esta Sala en nuestra Jurisprudencia y también recogida en la del Tribunal Constitucional abarcando los supuestos de prueba preconstituida, prueba del sumario o las excepciones del art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en puridad no son una prueba anticipada pero han sido introducidas en su comprensión por la Jurisprudencia y así consideradas por los operadores jurídicos”.

Concretamente en el caso: “Las acusaciones, sin protesta alguna de la defensa, presentaron y se acordó la unión de las declaraciones del acusado en el sumario, las cuales fueron realizadas con observancia de todos los requisitos que permiten su consideración de actividad probatoria, la presencia del Juez, del imputado, su defensa, el Ministerio Fiscal y la acusación particular”.

7ª) STSJ Baleares 1/2001 (Sala de lo Civil y Penal), de 23 enero (ARP 2001\139)

La defensa recurrió por infracción del art. 46.5, párrafo segundo, a causa de que el Jurado atendió para formar su convicción a declaraciones prestadas por el acusado ante la policía y el Juzgado y no a las que prestó en el acto del juicio, en las que rectificaba las primeras.

La Sala resalta, de entrada, que “la radical exclusión de las mismas como material apto para servir de prueba ha recibido fuertes críticas de la doctrina científica, que advierte

de las graves consecuencias a que podría conducir una aplicación rigurosa del artículo 46.5 LOTJ”. Alude a jurisprudencia del TS sobre las condiciones para la valoración de declaraciones de la instrucción contradictorias con las del juicio, principalmente a la STS 649/2000 (Sala de lo Penal), de 19 abril (RJ 2000\3715) -antes examinada como 4ª-, con base en la cual, además, el Magistrado Presidente dio instrucciones expresas al Jurado en el sentido de que podía tomar en consideración para formar su convicción las declaraciones que constaban en los testimonios.

Aplica al caso las directrices jurisprudenciales apuntadas y sostiene que:

“no puede olvidarse que el procesado, ante la Guardia Civil, ante el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Palma y ante el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Palma, asistido en las tres ocasiones de Letrado, realizó una relación pormenorizada de los hechos inculpándose de los mismos. Más de un año después de su última declaración, el 27 de octubre de 1999, en declaración prestada ante el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Palma, el procesado rectifica sus declaraciones anteriores -al igual que hizo ulteriormente en el juicio oral-, aduciendo como motivo de su anterior autoinculpación el hecho de que su novia estaba embarazada y pensar que, de no autoinculparse, podría perjudicarla, como manifestó asimismo en el juicio oral. Es obvio que todo este material probatorio al que nos venimos refiriendo pudo y debió ser tenido en cuenta por los Jurados que, presumiblemente, ante la falta de rigor y seriedad de los motivos determinantes de la modificación de las declaraciones autoinculpatorias, consideraron que éstas debían prevalecer sobre las realizadas más de un año después, y, ulteriormente, en el ámbito del juicio oral”.

8ª) STS 316/2001 (Sala de lo Penal), de 5 marzo (RJ 2001\484)

El motivo del recurso planteaba la violación del derecho a la presunción de inocencia, por haberse prestado alguna atención a la documentación de los actos de investigación del sumario.

En la sentencia no queda claro si la Sala sostiene que puede fundarse la convicción en esos actos del sumario o si sólo pueden tomarse en consideración para apreciar la credibilidad de la declaración prestada en el juicio.

“Es evidente -se dice en esta sentencia- que el principal efecto probatorio, se deriva con más fuerza de las pruebas realizadas con la debida contradicción en la fase de plenario, pero no por ello se debe descartar radicalmente el material probatorio acopiado a lo largo de la fase de instrucción, siempre que su contenido sea objeto de debate en el seno de sesiones del plenario. Incluso en el procedimiento de jurados, en el que es exigible con más rigor la oralidad y publicidad de las pruebas, se pueden utilizar, como base del interrogatorio, todos los datos que se han obtenido en la fase de investigación judicial. Así se ha mantenido por jurisprudencia de esta Sala dictada con ocasión de procedimientos de esta naturaleza. La sentencia de 19 de abril de 2000, establece que la acusación podrá interrogar al imputado, utilizando las anteriores declaraciones vertidas en la fase de investigación tanto en su vertiente inculpatoria como exculpatoria. Es muy revelador y sugerente, a los efectos de su valoración posterior, que los miembros del jurado comprueben y conozcan que existen discordancias entre las manifestaciones iniciales y las que ahora se vierten en el momento del juicio oral”.

9ª) AAP Sevilla (Sección 1ª) de 26 septiembre 2001 (JUR 2001\317895)

Esta resolución se ocupa de impugnaciones en el tratamiento de cuestiones previas, referidas tanto a la remisión de testimonios de determinadas diligencias policiales y judiciales, como a la admisión de una testifical por declaración de dos testigos de

referencia.

Concretamente,

“Al amparo del art. 36.1.b) de la LOTJ se alega vulneración del derecho fundamental de defensa impugnando el valor probatorio de la declaración y actas de reconocimientos fotográficos efectuados por Rosario L. D., y de los testimonios de referencia de los funcionarios de policía con carnés profesional números 60.258, 47.841 y 80.994”.

A la primera cuestión responde la Magistrada Presidente que:

“El art. 34.1 b) de la LOTJ establece que el Juez acordará la deducción de testimonio de la documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral. Parece razonable entender por diligencia irreproducible las diligencias irrepetibles por naturaleza y originariamente, sean éstas practicadas por la policía en fase de atestado o, posteriormente, por orden judicial o del Ministerio Fiscal, incluidos los informes técnico-policiales, o lo sean por el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal en el ámbito de sus competencias, así como la prueba anticipada. Cuestión distinta es la relativa a la ratificación, ya que existen diligencias irreproducibles no necesarias de ratificación, cual puede ser el acta de levantamiento de cadáver, y otras que sí lo necesitan, cual puede ser el informe de autopsia. Sentado lo anterior, es evidente que el testimonio y reconocimiento por parte de la víctima realizados ante la policía no tienen el carácter de irrepetibles por su propia naturaleza y originariamente”.

La segunda cuestión -validez de la testifical de referencia de los policías que intervinieron en la declaración y reconocimientos fotográficos efectuados por Rosario L. D- es desestimada,

“no sólo porque la posibilidad del testimonio de referencia viene establecida en el art. 710 de la LECr., sino porque se dan los requisitos exigidos para la validez de dicha prueba por la doctrina jurisprudencial, ya que en el presente caso no existe testigo directo de los hechos por haber fallecido”.

Una tercera cuestión -dirigida a conseguir que no se remitiera el testimonio del acta de una inspección ocular practicada sin citación de las defensas de los acusados ya personados- es estimada,

“ya que de conformidad con lo establecido en el art. 333 de la LECrim, el procesado o el que se hallare privado de libertad tiene derecho a presenciar asistido de su defensor la práctica de tal diligencia, estableciendo dicho artículo que, a tal efecto, se pondrá en conocimiento del mismo el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia con la anticipación que permita su índole. (...) Por ello, y como establece reiterada jurisprudencia del TS, no puede atribuirse carácter de acto de prueba a la diligencia de inspección ocular en la que falte toda posibilidad de contradicción”.

10ª) SAP Córdoba 5/2001 (Sección 2ª), de 2 octubre (ARP 2001\718)

El aspecto relevante del caso consiste en que una testigo protegida resultó ilocalizable, a pesar de todas las gestiones policiales, de modo que no pudo declarar en el juicio. El Ministerio Fiscal pidió la lectura de su declaración sumarial. La acusación particular y la defensa pidieron la suspensión del juicio, que fue denegada por improcedente, al no poder ser localizada la testigo.

El Magistrado Presidente razona en la sentencia por qué estimó procedente la lectura:

“Es cierto que la disposición contenida en el inciso 2º del párrafo 5º del art. 46 Ley del Jurado, cobra toda su dimensión en los supuestos en que los testigos dejan de comparecer, salvo los casos de prueba anticipada, al juicio oral, cualquiera que sea la causa de dicha actitud, habiendo declarado con anterioridad en la fase de instrucción. La Ley del Jurado es, en principio, rotunda al prohibir el conferimiento de valor probatorio respecto de los hechos afirmados en aquellas declaraciones. Ahora bien, el art. 730 LECrim, no ha sido derogado por la Ley del Jurado por lo que la doctrina más autorizada entiende correcta la opción de dar lectura a la declaración anterior de un testigo, en los casos de imposibilidad del declarante para testificar en juicio, no entendiéndose vulnerado el art. 46.5 de la LOTJ, siempre y cuando la declaración se haya tomado con contradicción e intervención del letrado del acusado. La solución pasa por dar un sentido amplio al término legal de «prueba anticipada», de forma que englobe otros supuestos de pruebas irrepetibles. De esta forma, prueba anticipada no será sólo la que las partes puedan solicitar que se practique en sus escritos de conclusiones ante el temor de que no se puede practicar en el juicio oral o que pudiere motivar su suspensión [arts. 657 LECrim y 37 d) Ley del Jurado], sino que también podía entenderse que el término anticipada engloba la estrictamente personal, producida en la instrucción, y en la que no es posible traer a disposición las personas al día del juicio por haber concurrido circunstancias ajenas al acto que la hacen devenir irreproducible, por lo que, de este modo, deben ser llevadas a la vista mediante su lectura. Sólo de esta forma se armonizaría la literalidad del párrafo 5 del art. 46 LOTJ con el conocimiento práctico de la realidad judicial diaria así como con la doctrina constitucional sobre la materia”.

11ª STS 1970/2001 (Sala de lo Penal), de 30 octubre (RJ 2001\9507)

Es la sentencia del recurso de casación contra la STSJ Baleares 1/2001 (Sala de lo Civil y Penal), de 23 enero (ARP 2001\139) -considerada más arriba como resolución 7ª-.

El recurso se fundó en la infracción del art. 46.5, párrafo segundo y del derecho a la presunción de inocencia, por haberse permitido que el Jurado valorara las declaraciones del procesado en la instrucción -autoinculpatorias-, que fueron contradichas por él en el acto del juicio oral.

La Sala, para fundar la desestimación, omite argumentar sobre la disposición mencionada de la LOTJ, y se apoya en otras disposiciones de esa misma Ley que permiten que el Jurado adquiera conocimiento del sumario:

“La interpretación del art. 46.5 LOTJ está respaldada por el propio texto de la ley y por ello no puede ser «contra legem». En efecto, como ya lo han puesto de manifiesto varios precedentes, esta Sala ha entendido que la ley del jurado no excluye el procedimiento de confrontación que prevé el art. 714 LECrim, sino que lo autoriza expresamente en el art. 46 LOTJ. Por lo tanto, si las partes pueden señalar a los testigos, peritos y acusados sus contradicciones y éstas pueden ser objeto del debate, es evidente que el jurado tomará conocimiento de las contradicciones, aunque las actas del sumario no se puedan leer durante el juicio. Carecería de sentido procesal que, informado de la existencia de las contradicciones entre las declaraciones previas y la que el declarante presta en presencia de los jurados, se le impidiera al jurado verificar por sí dichas contradicciones. Precisamente esa es la razón por la cual el art. 53.3 LOTJ dispone que el acta del juicio, a la que se deben agregar los testimonios de las declaraciones rectificadas, según lo dispuesto en el propio art. 46.5 LOTJ, sea entregada al jurado antes de que éste pronuncie el veredicto. Por lo tanto, no cabe hablar de valoración de pruebas que está permitido valorar ni de la consecuente vulneración del derecho a la presunción de inocencia”.

12ª STSJ Comunidad Valenciana 24/2001 (Sala de lo Civil y Penal), de 17 diciembre (ARP 2002\120)

La sentencia considera una impugnación fundada en que se permitió la lectura en el juicio de una declaración prestada por un testigo residente en el extranjero y que no compareció a declarar en el juicio.

La desestima con el argumento de que:

“Las singulares circunstancias concurrentes en el caso que se examina hacen que la declaración en el juicio de Jaroslaw K., en calidad de testigo, fuera manifiestamente imposible, ya que se trata de una persona que había sido imputada en la propia causa por su intervención en los hechos y de la que se había negado su extradición por el país del que es nacional, para ser juzgado por ellos en España (véanse, al Tomo I, los folios 352 y 353). Ante semejante coyuntura, el único modo de traer al plenario las manifestaciones de dicho sujeto sobre los hechos objeto del juicio, era el que se utilizó a instancia del Ministerio Fiscal con toda corrección procesal, esto es: proceder a la lectura, conforme a lo autorizado por el citado artículo 730 de la LECrim, del contenido de la declaración que el mismo prestó durante la fase sumarial, en virtud de la comisión rogatoria que al efecto se libró por el Juzgado de Instrucción número Dos de Villarreal al país de su residencia. Siendo de advertir, además, tal como puso de relieve la dirección letrada del apelado Roczen Z., que antes de ser remitida esa solicitud de cooperación judicial internacional, el Juzgado ofreció a todas las partes personadas la posibilidad de que formularan las preguntas que tuvieran por conveniente, garantizando de este modo la posibilidad de que existiera efectiva contradicción en la práctica de la diligencia interesada, como así hicieron quienes tuvieron interés en interrogar al citado sujeto, como es de ver a los folios 487 a 497 (Tomo II) y 776 a 780 (Tomo III) de la causa”.

13ª STS 791/2002 (Sala de lo Penal), de 8 mayo (RJ 2002\7343)

En el recurso se impugnaba que se hubiera admitido la declaración como testigo de referencia del policía que escuchó la declaración policial y judicial de un coimputado fallecido, por entender que admitir esa declaración infringía el art. 46.5, párrafo segundo LOTJ en relación con los arts. 24.1 y 2 CE y 6.3 CEDH.

Para desestimar el motivo la Sala recuerda, en primer término, que:

“A pesar de los términos literales, se ha abierto paso una tendencia jurisprudencial de esta Sala, que interpreta el mentado precepto en el sentido de no entender existentes dos sistemas procesales de enjuiciar. Pruebas anticipadas, serían todas aquellas que partiendo de una regular génesis en la fase de investigación no pueden reproducirse en el plenario a través de sus autores (prueba anticipada y preconstituida), lo que posibilitaría la introducción en el mismo, para someterlas a contradicción, por la vía del art. 730 LECrim siempre que concurren los condicionamientos impuestos por nuestro Tribunal Constitucional”.

Advierte, a continuación, que:

“Todavía antes de resolver sobre la validez, procedencia y efectos de una prueba reproducida en el plenario, en hipótesis de fallecimiento del declarante, debemos plantearnos las dos posibilidades que se propugnaron en la presente causa: la lectura de la declaración sumarial, rechazada por el Magistrado Presidente del Jurado, y su atracción al plenario por la vía de prueba testifical de referencia que fue la definitivamente aceptada y practicada”.

Sin embargo,

“Por faltar el requisito objetivo (posibilidad de contradicción en el sumario) el Presidente del Jurado acordó su rechazo, como tenemos dicho, compensado por la admisión de la prueba testifical de referencia de los policías que presenciaron y oyeron todas las

declaraciones (las realizadas ante la fuerza policial y ante la autoridad judicial instructora) del coimputado fallecido. Su validez queda fuera de toda duda, remitiéndonos a las justificaciones plasmadas en la sentencia dictada por el Tribunal Superior, al resolver la cuestión. El art. 710 de la LECrim es claro y contundente al respecto, y su sentido se reafirma si lo relacionamos con el art. 813 del mismo cuerpo legal: «no se admitirán testigos de referencia en las causas por injurias o calumnias vertidas de palabra», lo que nos indica que constituye prueba admisible en causas que tengan por objeto un delito diferente. Entre los requisitos legales de la prueba testifical de referencia ya no se incluye la efectiva contradicción de la declaración del testimonio original, que por definición ya no se cuenta con él, sino la precisión del origen de la noticia, identificando en lo necesario, a la persona que se la hubiere comunicado”.

Obsérvese que, cuando se llega a admitir el testigo de referencia, se prescinde de que en la declaración que éste escuchó se hubiera respetado la garantía de la defensa.

14ª STS (Sala de lo Penal) 4 diciembre 2002 (La Ley, número 5721, 18 febrero 2003)

La sentencia examina un motivo de recurso fundado en haberse considerado declaraciones sumariales contradictorias con las prestadas en el juicio oral.

Lo desestima, pero con una motivación que, como mínimo, hay que considerar ambigua.

Por un lado, apunta que:

“a) El riesgo de que se sobredimensione por el Jurado el valor probatorio de las declaraciones sumariales puede minimizarse mediante unas claras y precisas instrucciones del Magistrado Presidente, ilustrando a los Jurados sobre la finalidad de las declaraciones testimoniadas, que no es otro que servir para la medición del grado de verosimilitud de las versiones ofrecidas por los deponentes en el juicio oral.

b) Si a pesar de tales instrucciones el Jurado funda su decisión incriminatoria sobre la base de las primeras declaraciones, sin más, atribuyéndoles gratuitamente mayor valor que el que admite la doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia, siempre podría revisarse tal decisión por el órgano jurisdiccional superior”.

Pero, por otra parte, recuerda que:

“Esta Sala, en los últimos tiempos, está siguiendo unos criterios hermenéuticos que abonan a la necesidad de contrastar los testimonios sumariales verificados ante la judicial presencia con las declaraciones de la fase plenaria o juicio oral, en caso de discrepancias.

Nos estamos refiriendo a la idea rectora que estima no justificados -salvo que lo impongan exigencias de la distinta regulación procedimental del juicio ordinario y el de Jurado- la implantación de dos sistemas distintos de enjuiciar, provocando una especie de «esquizofrenia procesal».

Resultaría absurdo y contrario a los objetivos de la realización de la justicia material (art. 1 CE), que los criterios a la hora de valorar las pruebas fueran distintos, según se juzgue una tentativa de asesinato o un asesinato consumado, por poner un ejemplo”.

Entiendo que puede concluirse que la Sala no excluye que la convicción pueda fundarse en las declaraciones del sumario, aunque, en todo caso, razonando la mayor credibilidad que se asigna a éstas en comparación con las del juicio.

15ª STS 24/2003 (Sala de lo Penal), de 17 enero (RJ 2003\1980)

Esta sentencia considera válidas para contrarrestar la presunción de inocencia las declaraciones de varios testigos de referencia.

“En el caso -dice la sentencia-, concurre, como decimos, el requisito de la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial, admitido por el recurrente, y el contenido de sus manifestaciones fueron introducidas en el juicio oral a través de las declaraciones de los policías ante los que declaró, pero sustancialmente a través de dos testimonios, conocidos de Charles E. y de Osipo G., concretamente Félix y Celia, a los que Levis contó lo sucedido, y no solamente lo que declaró ante el policía nacional ..., prueba que el Jurado valoró como verosímil y le otorgó credibilidad ante la imposibilidad de contar con la declaración directa del testigo presencial. A tal efecto, en el acta del juicio oral consta la declaración de Félix O. (folio 237) en donde se lee: «Elvis le dijo [al testigo] que Charlie había apuñalado a G. en el corazón», y Celia C. R. (folio 241) que Elvis le comentó que estaban discutiendo dos personas (en el parque del Retiro) y que G. caía al suelo, saliendo corriendo Charlie al ver que se acercaba la gente. Las declaraciones testificales de los policías que tomaron declaración a Elvis fueron también concluyentes. Osipo G., aunque falleció el 13 de noviembre de 1998, dos meses después de los hechos, no pudo en ningún momento prestar declaración al encontrarse en coma”.

B) Conclusiones y consideraciones *lege ferenda*

Las conclusiones sobre la aplicación judicial de la LOTJ en el aspecto del régimen de la prueba que ahora examinamos, no merecen una valoración favorable, porque revelan que existe una importante divergencia entre las previsiones normativas y aquella aplicación.

Las consideraciones *lege ferenda* que cierran esta parte de la ponencia persiguen que pueda rectificarse esa divergencia.

a) Conclusiones

Una primera conclusión que se extrae del estudio de las resoluciones reseñadas es que la directriz anunciada en la Exposición de Motivos (veto al valor probatorio de las diligencias sumariales) y la disposición que la plasma normativamente con más contundencia (art. 46.5, párrafo segundo LOTJ), son consideradas, en la motivación de algunas resoluciones, con indiferencia (véase la resolución 2ª que, consciente del problema de fondo, hace predominar -como, por otra parte, no podía ser menos- la norma formal de unión al acta) o con ambigüedad (así las resoluciones 8ª y 14ª, esta segunda muy próxima a sostener que la convicción del Jurado puede formarse válidamente sobre la documentación de declaraciones prestadas en el sumario).

Una segunda conclusión da un paso más en la tendencia que se acaba de apuntar. Varias resoluciones (la 4ª, 6ª, 7ª y 11ª) razonan abiertamente en contra de la interpretación literal del art. 46.5, párrafo segundo LOTJ, y rectifican esa interpretación con base, de una parte, en disposiciones de la LOTJ que resultan en cierto modo contradictorias con la interpretación apuntada (arts. 34.3 y 46.5, párrafo primero LOTJ), y, de otra parte, en las normas generales sobre lo que tiene valor de prueba en un proceso penal.

Sólo una resolución (la 1ª) resalta con nitidez la interpretación literal de la norma sobre exclusión de valor probatorio de documentación de declaraciones sumariales, aunque, simultáneamente, desconoce la norma clara sobre unión al acta de los testimonios en caso de contradicción entre declaraciones (art. 46.5, párrafo primero LOTJ).

También puede concluirse que la salvedad referida a la prueba anticipada, que se formula en el art. 46.5, párrafo segundo, no es aplicada en ninguna de las resoluciones consideradas según la acepción estricta de aquella técnica de aseguramiento de la prueba. En unas resoluciones (la 5ª) simplemente se constata la imposibilidad de que declare en el juicio un testigo que declaró en el sumario. En otras (la 6ª y la 10ª) se argumenta expresamente que son análogos a la prueba anticipada otros modos de recepción de declaraciones en el sumario, por lo que se les puede reconocer validez como medio de prueba.

Generalmente esa analogía se funda en que, al recibirse la declaración en el sumario, se respetó la garantía de la contradicción, con intervención en el acto del abogado del imputado (resoluciones 6ª y 10ª), o con participación de las partes en la preparación del interrogatorio que se cursó mediante comisión rogatoria (resolución 12ª). En este mismo sentido, la falta de intervención de la defensa técnica del procesado sirve de fundamento para denegar la expedición de testimonio de una inspección ocular practicada en el sumario (resoluciones 9ª y 13ª).

b) Definición de los criterios de política legislativa en esta materia

La notable divergencia entre las previsiones de la LOTJ y su aplicación práctica obliga a unas reflexiones *lege ferenda* que han de centrarse, en primer lugar, en una adecuada definición de los criterios de política legislativa en esta materia.

Esta definición y las medidas de técnica legislativa que han de utilizarse para que aquélla se plasme, con precisión, en las normas, han de ser uniformes para el proceso penal, y no diversificadas -al menos en lo sustancial- para el proceso ante Jurado. Comparto un argumento en este sentido reiteradamente expresado en las resoluciones reseñadas.

En efecto, lo que está en juego en esta materia no es un problema de valoración de la prueba, que pudiera presentar peculiaridades por la calidad de legos en Derecho de quienes tienen encomendada la valoración en el proceso ante Jurado. Es, diferentemente, un problema jurídico-procesal de validez de la prueba, de qué constituye prueba en un proceso penal y, por ello, sirve para contrarrestar la presunción de inocencia.

Las potestades de dirección procesal respecto de esta materia están atribuidas a los jueces técnicos, también en los procesos por Jurado (arts. 49, 54.3, 70.2 LOTJ; art. 846 bis c, párrafo primero, letras c y e LECRIM), de modo que la aptitud técnica de los mismos asegura la misma correcta aplicación del régimen jurídico correspondiente en todas las clases de procesos penales.

Vuelvo al tema de la definición de los criterios de política jurídica en la materia.

1º) Se plantea, en primer término, una opción sobre asignar o no validez jurídica de prueba a medios de convicción que no han sido introducidos en el juicio oral según las reglas del medio de prueba que corresponda a la naturaleza de la fuente de prueba que es utilizada para originar convicción.

Esta opción envuelve, en definitiva, otra sobre si se quiere o no prescindir de datos de hecho relevantes para que el juicio de hecho de la sentencia penal sea más acertado y más completo.

En efecto, optar por la respuesta negativa comporta que, en caso de imposibilidad de practicar un medio de prueba en el juicio, los resultados de ese medio se pierden para la formación de la convicción. Y lo mismo ocurre si la práctica del medio de prueba en el juicio ofreciera un resultado divergente e incluso contradictorio respecto del que se obtuvo en un examen anterior de la misma fuente de prueba.

2º) La elección entre los dos términos de esa primera opción está sujeta a dos condicionamientos esenciales.

De una parte, ha de negarse, en todo caso, valor jurídico de prueba a los medios de convicción obtenidos violentando los derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ).

De otra parte, la opción por una respuesta afirmativa ha de someterse a unas condiciones específicas que garanticen la efectiva prevalencia de la regla general en la materia: es decir, que la convicción ha de fundarse en los medios de prueba practicados en el acto del juicio, y sólo en casos de imposibilidad de lo anterior pueden ser admitidos medios de convicción sucedáneos.

Fue en este aspecto en el que se produjeron las deficiencias más graves en la interpretación del sistema de LECRIM anterior al “golpe de timón” de la jurisprudencia del TC sobre la mínima actividad probatoria. En concreto: la asimilación de ciertas documentaciones a la prueba documental y la correspondiente sujeción al régimen de admisión del art. 726 LECRIM ; la inadmisión de medios de prueba con el fundamento de que ya constaban practicados como diligencias de investigación ; la insuficiente preparación de la práctica de los medios de prueba admitidos, que acababa por imposibilitar la práctica en el acto del juicio ; la introducción de los medios de convicción sucedáneos sin previo examen de la procedencia de la suspensión de la vista para intentar nuevamente la práctica del medio de prueba .

3º) Presupuesto el respeto a esos dos condicionamientos esenciales, el siguiente paso consiste en determinar qué requisitos específicos han de cumplir los medios de convicción originariamente carentes de valor de prueba, para que se les atribuya ese valor, cuando sea necesario para evitar la pérdida de datos de hecho relevantes para la sentencia.

4ª) Una primera condición a considerar es la de si los actos de comprobación, constatación, de obtención de información, en los que consiste el medio de convicción que, en principio, no constituye medio de prueba, han de realizarse a presencia judicial o pueden también ser admitidos los practicados con intervención de otros responsables de la persecución penal, como el Ministerio Fiscal o la policía.

En este momento de la reflexión no está en juego el requisito de la inmediación -y sus efectos beneficiosos para una bien fundada valoración libre de los medios de prueba consistentes en declaraciones personales-, porque, cualquiera que sea la opción que se elija, no habrá inmediación. No la habrá, porque la inmediación se entiende respecto del órgano jurisdiccional que ha de apreciar la prueba y dictar sentencia.

Una prueba anticipada ante el Juez de Instrucción o un acto de investigación dirigido por el mismo, que después puedan ser valorados como prueba por el tribunal sentenciador, no cumplen el requisito de la inmediación, como tampoco lo cumplen los actos de práctica mediante auxilio judicial de indiscutidos medios de prueba.

Es otro el valor que está en juego y respecto del que ha de tomarse una decisión. Probablemente se trata de las garantías de independencia e imparcialidad que ofrece el estatuto del juez, y no, en cambio, los de los otros representantes del poder público que actúan en el proceso penal.

Ahora bien, llegados a este punto ha de reflexionarse, para llegar a conclusiones coherentes, sobre el tratamiento que el ordenamiento establece para el testigo que, de manera ocasional -es decir, al margen del desarrollo de una actividad oficial de investigación- ha adquirido conocimiento de datos relevantes para un proceso penal. Pues bien, sólo en el supuesto del testigo de referencia puede estar condicionada la validez jurídica como medio de prueba, aunque la regulación del Derecho español sea deficiente sobre esa cuestión. El testigo que declara sobre datos relevantes para la decisión sobre el objeto del proceso penal, datos que ha percibido de modo directo, es, obviamente, el sujeto de una prueba testifical jurídicamente válida.

Precisamente en virtud del factor, antes apuntado, de las garantías que puede ofrecer el estatuto de la persona (juez, representante del Ministerio Fiscal, funcionario policial) que ha practicado los actos de constatación, de comprobación o de obtención de información, no parece coherente negar que esos actos puedan adquirir validez jurídica como medio de prueba en supuestos de imposibilidad de práctica de estos últimos. En efecto, la responsabilidad que contrae, por ejemplo, un funcionario policial que no realiza una declaración testifical completa y veraz es más grave que la de un testigo que no tenga aquella condición. No es razonable impedir, o someter a requisitos más rigurosos, ni su testimonio directo sobre datos obtenidos en la investigación oficial que no puedan ser presentados ante el tribunal de una manera que éste pueda percibirlos por sí, ni tampoco su testimonio indirecto.

Cosa distinta es que, para que adquieran validez jurídica de medios de prueba los actos de constatación y de obtención de información practicados por la policía, no se autorice la introducción en el proceso de forma documental, sino que se requiera la declaración testifical.

5º) Una segunda condición a considerar es la de si los actos que constituyen medios de convicción carentes, en principio, de validez jurídica de medios de prueba, deberán haber sido realizados con las posibilidades de contradicción que se prescriben para la práctica de los medios de prueba en el acto del juicio.

La respuesta ha de ser afirmativa, sin perjuicio de matices a la estricta identidad en cuanto a la forma de desarrollarse la contradicción. La prohibición de indefensión y los derechos a la defensa y a la asistencia de letrado, sobre la base del previo derecho a ser informado de la acusación (art. 24 CE), no sólo se tienen en la etapa de juicio oral, sino también en la de instrucción previa (STC 1/1985, de 9 de enero, 186/1990, de 15 de noviembre).

En virtud de lo dispuesto por los arts. 6.3, letra d CEDH y 14.3, letra e PIDCP (art. 10.2 CE) si el medio de convicción es un testigo y su declaración, el alcance del derecho de defensa comprende interrogarle o hacerle interrogar. El TEDH ha entendido que este derecho debe ser respetado, como regla general, en la etapa del juicio, pero también puede ser satisfecho en una etapa previa, en la que los testigos declararon, porque lo importante es que la defensa haya podido examinarlos (STEDH

6 diciembre 1988 [caso Barberá, Messegué y Jabardo], 20 noviembre 1989 [caso Kostovski], 24 noviembre 1986 [caso Unterpertiger], 19 febrero 1991 [caso Isgró], 7 agosto 1996 [caso Ferrantelli y Santangelo] y 20 septiembre 1996 [caso Saidi]).

Un último aspecto de esta misma cuestión es si, por determinadas circunstancias en las que ha de desarrollarse el acto de obtención de información -por ejemplo, la urgencia, la fugacidad de la oportunidad de realizarlo con resultado-, puede ser dispensada la condición de haberse practicado con contradicción que incluya la intervención de los abogados de las partes. En caso afirmativo, se plantea el tema de las condiciones subsidiarias para que el acto pueda alcanzar validez jurídica de prueba: si se trata de una declaración del imputado, la previa información de sus derechos y plena garantía de libertad en la declaración; información de derechos específicos en caso, por ejemplo, de una comprobación de alcoholemia; en todo caso, garantías de que quienes han practicado el acto no han manipulado la fuente de prueba.

6º) Sobre la relevancia del requisito de la inmediación a los efectos de atribuir valor probatorio, en determinadas condiciones, a medios de convicción inicialmente carentes del mismo, ha de adoptarse una decisión sobre una situación en cierto modo paradójica.

De una parte, en los casos de prueba anticipada en sentido estricto y, tal vez, en los de actos de investigación de la instrucción que, sin constituir formalmente aquella prueba, se han realizado respetando el derecho de contradicción de las partes personadas y, específicamente, de la defensa (art. 302, párrafo primero LECRIM), no suele haber óbice a reconocer valor probatorio (así el propio art. 46.5, párrafo segundo LOTJ), a pesar de que la inmediación faltará absolutamente. El órgano competente para la valoración de la prueba, en ninguna medida -salvo por aproximación si se efectuó grabación audiovisual de la declaración (art. 777.2 LECRIM)- podrá percibir la actitud y el comportamiento del que presta la declaración, que son los elementos que proporcionan la inmediación para facilitar la tarea de valoración.

Por otra parte, en caso de contradicción o divergencia entre la declaración prestada en el juicio y una declaración prestada con anterioridad, suele haber reticencias o una abierta negativa a reconocer valor probatorio también a la declaración mencionada en segundo lugar.

Vaya por delante que la posibilidad de reconocer ese valor probatorio debería subordinarse, en todo caso, a que las declaraciones anteriores al juicio se hubieran recibido con respeto de la contradicción y, específicamente, con intervención de la defensa.

Pero, eso presupuesto, resulta sorprendente que se le niegue a esa declaración la posibilidad de ser tomada como base de formación de la convicción, siendo así que la presencia del declarante ante el órgano que ha de realizar la valoración permite que éste aprecie los elementos relevantes para realizar una valoración crítica. Incluso esa apreciación o percepción resultan potenciadas mediante las técnicas de interrogatorio que han de aplicarse si existe contradicción o divergencia, que buscan, precisamente, determinar de cuál de las dos versiones está más seguro el declarante y, consiguientemente, cuál de ellas merece más credibilidad.

En Derecho alemán es valorable como prueba la declaración no prestada en el acto del

juicio y leída en el mismo.

También en Derecho italiano, expresamente por la redacción que le dio una reforma de 1992 al art. 500 CPP, cuyo apartado 4 ahora dispone: “Quando a seguito della contestazione, sussiste difformità rispetto al contenuto della deposizione, le dichiarazioni utilizzate per la contestazione sono acquisite nel fascicolo per il dibattimento e sono valutate come prova dei fatti in esse affermati se sussistono altri mezzi di prova che ne confermano l’attendibilità”. Esa redacción rectifica la del anterior apartado 3 del mismo artículo, que disponía: “La dichiarazione utilizzata per la contestazione, anche se letta dalla parte, non può costituire prova dei fatti in essa affermati. Può essere valutata dal giudice per stabilire la credibilità della persona esaminata”. Este apartado fue declarado inconstitucional por la Sentencia de la *Corte Costituzionale* 18/5-3/6/1992, número 255.

Esa sentencia, en la eficaz síntesis de RIVELLO, “subrayaba que la oralidad, aunque esta asumida como principio inspirador del actual sistema procesal, “no representa, en la disciplina del Código, el vehículo exclusivo para la formación de la prueba”; y eso porque “el fin primordial e ineludible del proceso penal no puede continuar siendo más que el de busca de la verdad”. Se añadía después que el principio de oralidad ha de ser compaginado con la exigencia de evitar la pérdida, a los efectos de la decisión, de elementos adquiridos antes del juicio y no repetibles en el mismo”.

c) Consideraciones de técnica legislativa

Tomadas las decisiones de política legislativa importa, a continuación, elaborar las disposiciones con una técnica adecuada para evitar que la abundancia y el carácter básico de las inevitables dudas interpretativas permita desnaturalizar la finalidad perseguida por las normas establecidas.

En este sentido sería necesaria una regulación más detallada y precisa, que dejara claros los aspectos que indico a continuación.

1º) La distinción entre actos de constatación o, genéricamente, de obtención de información que, por su propia naturaleza, no pueden ser reproducidos en el acto del juicio, la práctica anticipada de medios de prueba y la situación de los actos de constatación o de obtención de información que, por causas sobrevenidas e imprevisibles, no pueden ser practicados como medio de prueba en el juicio.

Esta distinción debería realizarse para, a continuación, disponer que, cumpliéndose los requisitos propios de cada clase de actos, la documentación de todos ellos puede servir de válido fundamento para la formación de la convicción del tribunal.

En este aspecto puede ser útil tener en cuenta la regulación del CPP italiano.

Distingue, de una parte, la documentación de actos no repetibles “por naturaleza”, realizados por la policía judicial o por el Ministerio Público y el defensor (art. 431.1, b y c CPP), y la documentación de los actos realizados en el incidente probatorio (arts. 392 y siguientes CPP), que constituye una anticipación de actos de prueba para evitar su pérdida, dificultades graves para su práctica en el acto del juicio o influencias ilegítimas sobre la fuente de prueba. Ambas documentaciones se incluyen en el “fascicolo per il dibattimento”, cuya formación es anterior al acto del juicio.

Pero, por otra parte, el art. 512 CPP (principalmente, aunque también hay normas especiales sobre la misma materia en los arts. 511 bis, 512 bis y 513 CPP) autoriza la lectura de la documentación de actos que, de modo sobrevenido e imprevisible, han devenido no repetibles en el acto del juicio, y que, en su momento, hubieran sido practicados por el juez, por el Ministerio Público e, incluso -con arreglo a una reforma de 1992 - por la policía judicial.

2º) Importa también dejar claro si la documentación de actos que pueden ser utilizados para sustituir, en los supuestos legales, la práctica de medios de prueba en el acto del juicio, es sólo la de los actos judiciales o también la de actos del Ministerio Fiscal y de la policía, o si pueden utilizarse ambas clases de actos, aunque sobre la base de presupuestos diferentes.

En el CPP italiano los actos son enumerados separadamente según la autoridad que ha dirigido su práctica (arts. 431.1, b, c, d, e y f, 500, 512 CPP), lo que excluye las dudas sobre la aptitud de todas esas clases de actos para sustituir, en los supuestos legales, la práctica de medios de prueba. Incluso, a raíz de la sentencia de la *Corte Costituzionale* de 3 de junio de 1992, número 255, y de la reforma del CPP a la que la misma dio lugar, mediante el Decreto-Ley de 8 de junio de 1992 (convalidado por Ley de 7 de agosto de 1992) se estableció nítidamente la aptitud de la documentación de los actos de la policía judicial para cumplir ese fin, tanto en caso de contradicción de declaraciones (art. 500 CPP), como en el de imposibilidad sobrevenida e imprevisible de repetición del acto (art. 512 CPP).

En la StPO también se consideran separadamente las dos clases de actos. La primera parte del párrafo 251 se refiere a la “*Verlesug der Niederschriften über seine frühere richterliche Vernehmung*”, y la segunda parte del mismo párrafo, con un régimen algo diferente, a la “*Verlesung einer Niederchrift über eine andere Vernehmung*”. La autoridad que hubiera dirigido la declaración anterior al juicio oral es, en cambio, determinante del valor probatorio que cabe asignar a la documentación de las declaraciones previas, en caso de contradicción o divergencia con las prestadas en el juicio. Si se trata de testigos y peritos puede tener valor probatorio la declaración formalmente documentada como protocolo, aunque no la hubiera recibido un juez (§ 253 StPO), mientras que, en caso de declaraciones de los imputados, sólo cabe fundar la convicción en la declaración anterior al juicio si está contenida en un “*richterliche Protokoll*” (§ 254 StPO).

3º) También importa clarificar hasta qué punto la aptitud para sustituir un medio de prueba está condicionada porque haya sido respetada la contradicción entre las partes en la práctica del acto, específicamente la intervención de la defensa técnica del imputado. Tratándose de prueba anticipada este requisito es indiscutible (arts. 448, 467, 471, 777.2, 797.2 LECRIM). Pero la norma de defensa técnica preceptiva desde la imputación (art. 767 LECRIM), unida a lo dispuesto por el art. 302, párrafo primero LECRIM (“Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”), generaliza el requisito a todos los actos de investigación, salvo declaración de secreto (art. 302, párrafo segundo LECRIM), aunque tal vez con un régimen no tan formalizado, como en el caso de la prueba anticipada (citación formal, interrogatorio cruzado).

En todo caso deberían especificarse legalmente los actos que pudieran tener validez probatoria (en su caso, a través de declaración testifical de los funcionarios policiales que actuaron), sin necesidad de contradicción y de intervención de la defensa técnica del imputado, con fundamento en que estos requisitos son de cumplimiento imposible por la propia naturaleza del acto. Sería el caso de las constataciones sobre el estado de cosas en caso de flagrancia o cuasi flagrancia, de hallazgo de objetos en circunstancias determinadas relevantes para deducciones probatorias, declaraciones prestadas por personas en trance de muerte o de incapacidad grave, etc.

4º) Establecidos claramente los requisitos de los documentos que pueden sustituir la práctica de medios de prueba y los supuestos en los que puede procederse a la sustitución, ha de establecerse un procedimiento formalizado para el acceso de esa documentación al material de convicción del juicio oral, para que el Jurado perciba que puede valorarlo. Este aspecto de la regulación es el que merecería un mayor rigor en el régimen del proceso ante el Jurado, para evitar que los miembros de éste hayan de considerar, en alguna medida, las cuestiones de técnica jurídica-procesal implicadas en esta materia. Los principios de contradicción y publicidad imponen la forma de lectura, y la fiel constancia del contenido de la documentación leída aconseja la incorporación al acta de esa documentación.

En todo caso, ha de evitarse la ambigüedad del art. 46.2 (que, tras prohibir la lectura, dispone la unión al acta) y la del art. 34.3 LOTJ, respecto del cual debería puntualizarse que esos testimonios sólo adquirirán valor probatorio si fueran admitidos a lectura por no ser reproducibles los actos correspondientes, a causa de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles con anterioridad.

IV. Poderes de oficio del tribunal respecto de la práctica de la prueba

Los poderes de oficio del tribunal de carácter activo (diferentes, por tanto, a los poderes de control de admisión) respecto de la práctica de la prueba tienen, principalmente (sin descuidar la potestad del Presidente de alterar el orden legal de práctica de los medios admitidos -art. 701, párrafo sexto LECRIM-) dos manifestaciones:

1ª) La potestad de acordar la práctica de medios de prueba no propuestos, sin alterar el objeto del proceso, que en la LECRIM regula el art. 729.

2ª) La potestad de formular preguntas adicionales a las realizadas por las partes en los medios de prueba consistentes en declaraciones, que se establece en el art. 708, párrafo segundo LECRIM.

Ambos aspectos son problemáticos en el proceso por Jurado, en parte porque el reconocimiento y alcance de los poderes de oficio del tribunal en la prueba del proceso penal atraviesa una situación crítica, en parte, porque, de nuevo, la Exposición de Motivos de la LOTJ no se acompasa plenamente con sus previsiones normativas explícitas.

La Exposición de Motivos invoca la transacción de la LECRIM “entre el principio de aportación de parte y el de investigación de oficio, autorizando al Tribunal a contribuir a la producción de medios de prueba en el juicio oral”, para advertir que la Ley

traslada esa posibilidad al Jurado en cuanto responsable de la valoración de la prueba. Pero la única disposición expresa que se encuentra en la LOTJ (art. 46.1) se refiere a la formulación de preguntas complementarias, que, ciertamente, de las dos manifestaciones de los poderes de oficio, no es significativa de la contribución a la producción de medios de prueba en el juicio.

A partir de ahí, es problemático lo regulado y lo no regulado, al menos dentro de la LOTJ. Me limitaré a unos apuntes que me parece que aportan algún argumento a una polémica a la que, precisamente, no le falta una buena cantidad de los mismos.

1. Formulación de preguntas complementarias de oficio

Respecto de la formulación de preguntas complementarias -el tema expresamente regulado- mis observaciones se refieren a dos aspectos.

El primero, si la atribución a los Jurados de la facultad de proponer al Magistrado Presidente las preguntas a formular, significa que éste ha perdido el poder de formular preguntas *sua sponte*.

Las opiniones están divididas entre los propios magistrados, y por algunos se defiende una tesis abiertamente negativa, con base, principalmente, en la posición de imparcialidad y neutralidad del juez, requerida por la Constitución.

No comparto la conclusión negativa y menos el argumento fundamental.

En cuanto a lo segundo -sin entrar, ahora, en la cuestión esencial de hasta qué punto una intervención de estas características en la prueba afecta a la imparcialidad del juzgador- resulta evidente que la imparcialidad a preservar no es sólo, ni principalmente -me atrevería a decir-, la del Magistrado Presidente, sino también la del Jurado, respecto de cuyos miembros la LOTJ no ha dudado en atribuirles la iniciativa de preguntar.

A mi juicio, la razón para una respuesta afirmativa a la potestad del Magistrado Presidente de formular preguntas complementarias hay que encontrarla en la funcionalidad de la misma respecto de otras potestades del Magistrado Presidente. Y, en este sentido, aunque quiera minimizarse la influencia en la determinación del objeto del veredicto (art. 52.1, g LOTJ) -porque, aunque sea a favor del acusado, se aproxima al debatido terreno de la pérdida de imparcialidad-, no se puede prescindir de las repercusiones que esas preguntas complementarias pueden tener en la potestad exclusiva del Magistrado Presidente de comprobar la existencia de “mínima actividad probatoria” (arts. 49, 70.2 LOTJ), comprobación en la que influye la interpretación de los resultados de los medios de prueba y la verificación de la racionalidad de los razonamientos presuncionales.

El segundo aspecto que quiero comentar es el del modo de configurar el poder de control del Magistrado Presidente sobre las iniciativas de preguntas complementarias de los miembros del Jurado.

El art. 46.1 LOTJ establece la previa declaración de pertinencia, lo que, a mi modo de ver, aproxima el tratamiento de las iniciativas de los jurados al de las intervenciones de las partes en la práctica de las pruebas consistentes en declaraciones.

Pero la posición de los jurados es claramente diferente y desconocerlo puede perjudicar la funcionalidad de esta actividad instrumental.

Los jurados son juzgadores que, con esta iniciativa, persiguen aclarar las cuestiones dudosas a las que deberán responder.

La función del Magistrado Presidente, al controlar estas iniciativas, ha de ser prudente para que la debida limitación a los hechos objeto del proceso, no cercene ni los juicios sobre la credibilidad de los declarantes -imprescindibles para la valoración de la prueba-, ni el conocimiento de datos relevantes para una correcta construcción de razonamientos presuncionales.

2. Resolución de oficio de práctica de medios de prueba

Esta segunda cuestión es más problemática que la anterior porque falta norma en la LOTJ y la base normativa habría que buscarla en la remisión a la LECRIM, concretamente al art. 729, y, adicionalmente, en una interpretación de este precepto que lo acomodara a la estructura orgánica del Tribunal de Jurado.

La aplicación del art. 729 al juicio oral ante Jurado ha sido defendida con base en la referencia del art. 42.1 LOTJ a que la celebración del juicio oral tendrá lugar siguiendo los artículos 680 y siguientes de la LECRIM, entre los que está comprendido el art. 729.

El primer problema, concluida la aplicabilidad del art. 729 LECRIM, es si la iniciativa para la práctica de medios de prueba complementarios corresponde al Magistrado Presidente o a los jurados, aunque previo control de admisión del Magistrado Presidente.

A mi juicio, la respuesta a esta cuestión debe ser coherente con la función de las pruebas previstas en el art. 729 LECRIM.

Pero esta función, al menos a partir de la letra del artículo, no es la misma en los tres supuestos previstos por el mismo.

El careo (art. 729.1º LECRIM) y las pruebas sobre circunstancias que puedan influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo (art. 729.3º LECRIM) son medios de prueba de carácter instrumental para apoyar la valoración de otros medios de prueba consistentes en declaraciones. Como la valoración de la prueba compete al Jurado (art. 61.1, d LOTJ), al mismo debería entenderse atribuida la iniciativa de instar la práctica de medios de prueba instrumentales para el juicio de valoración.

El supuesto del art. 729.2º LECRIM (pruebas necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos objeto de los escritos de calificación) tiene más difícil solución, en buena medida por la inseguridad en la interpretación de su alcance, incluso en procesos penales ante jueces técnicos.

Si se entiende que autoriza una prueba sobre la prueba, para corroborar o descartar resultados de pruebas ya practicadas, habría que concluir que la iniciativa debe corresponder a los miembros del Jurado, que aprovecharán estas pruebas complementarias para elaborar el juicio de valoración de otras pruebas.

Si se considera que apodera para una prueba de hechos de cargo y de descargo que,

por no poder en ningún caso alterar el objeto del proceso, deja a salvo las exigencias del principio acusatorio y la imparcialidad del Tribunal, habría que defender que la iniciativa corresponde al Magistrado Presidente. En efecto, es a éste a quien compete, eventualmente, plantear “un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos” (art. 788.3 LECRIM, art. 48.2 LOTJ), e incluir, en la determinación del objeto del veredicto, “hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado” con algunas limitaciones (art. 52.1, g LOTJ).

En cualquier caso, es evidente que ésta es una materia cuyo régimen está necesitado de clarificación, y no sólo en el proceso por Jurado.

V. Una duda sobre el control de la existencia de “mínima actividad probatoria” por el magistrado presidente

Mis consideraciones sobre la última cuestión problemática (control por el Magistrado Presidente de la existencia de mínima actividad probatoria de cargo) serán casi nulas, porque está prevista una ponencia específica sobre el tema.

Pero no puedo dejar de apuntar una cuestión particularmente dudosa dentro de esta materia, cuya importancia resalta por la frecuencia con la que, en el proceso penal, se utiliza la (en este proceso preferida denominación de) prueba indiciaria, en definitiva, prueba por presunciones.

Me refiero a la cuestión de si el Magistrado Presidente, para ejercitar la potestad del art. 49 LOTJ, ha de examinar sólo la validez y la licitud de los medios de prueba practicados, constatar que la práctica de los mismos ha arrojado unos resultados que pueden ser interpretados o entendidos como de cargo, o si, en el caso de que concluya que no hay ninguna prueba directa de cargo, debe también examinar si, por los hechos-base que han quedado probados en el proceso, podrán ser contruidos razonamientos presuncionales que respeten las exigencias de racionalidad necesarias para que esta prueba tenga verdadera naturaleza de tal y sirva, válidamente, para contrarrestar la presunción de inocencia.

Las dudas derivan de tres consideraciones:

1ª) La llamada prueba de indicios (prueba por presunciones) no puede acogerse a la descripción de prueba válida y lícitamente introducida en el juicio oral, en el sentido de ser su práctica observada y percibida por los miembros del Jurado (STS 791/2002 [Sala de lo Penal], de 8 de mayo, RJ 2002\7343). No hay ni una proposición y, menos, una práctica de la prueba de indicios.

2ª) La prueba de indicios se realiza (¿se “practica”?) mediante su construcción intelectual por los juzgadores, aunque, eso sí, con fundamento en unos hechos-base que habrán de haber sido considerados probados. Y esa construcción intelectual, en el proceso por Jurado, compete al Jurado. En este sentido, para que haya prueba de indicios en el proceso por Jurado, es imprescindible que éste haya tenido la oportunidad de elaborar su juicio sobre los hechos.

3ª) Para que la prueba de indicios pueda considerarse prueba procesal válida, apta para contrarrestar la presunción de inocencia, ha de cumplir unos requisitos objetivos, entre los que se encuentra que: “El proceso deductivo ha de ser acertado, lógico, racional y

adecuado, nunca arbitrario, absurdo, irracional o ilógico, de forma tal que se excluyan las meras sospechas o conjeturas”.

La concurrencia de los requisitos de la prueba de indicios, particularmente del que se acaba de citar, relativo a la racionalidad del enlace, es examinable en los recursos contra la sentencia del Tribunal del Jurado por violación del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, dado que los requisitos para que exista prueba de indicios afectan a la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, no hay razón para que no pueda ser ejercitada, respecto de la misma, la potestad preventiva del art. 49 LOTJ.

En cuanto al caso en que debería ser ejercitada, estimo que se requerirá, de una parte, ausencia de prueba de cargo directa, y, de otra -ya específicamente respecto de la prueba de indicios-, falta de prueba de hechos-base y que el Magistrado Presidente, consideradas todas las posibles inferencias que pudieran ser elaboradas, concluya que todas ellas son irracionales. Si no puede alcanzar esta seguridad negativa, lo debido es dejar que el Jurado ejerza sus competencias de valoración de la prueba, que incluyen la construcción de pruebas indiciarias, que serán sometidas *a posteriori* a los controles impugnativos.

LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE ENJUICIAMIENTO RÁPIDO^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Valencia (Estudi General)

I.- INTRODUCCIÓN

La comprensible actitud de un abogado ante una reforma de la LECRIM que anuncia modificaciones en un procedimiento ya existente (en este caso, el abreviado) y la creación de un procedimiento nuevo (en este caso, para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos) es la de tener una información previa sobre qué permanece y qué cambia en las normas rectoras del proceso penal a las que los tribunales, el Ministerio Fiscal y los abogados estaban ajustando su actividad hasta el momento.

Es oportuno que una edición de la LECRIM, enriquecida con concordancias y con un útil índice analítico, que ha sido preparada con motivo de la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y por la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, sea precedida por una exposición que intente satisfacer, con claridad y orden, aquella exigencia de información. Ésta es la primera y principal finalidad de estas páginas.

Obviamente, sin embargo, no puede estar ausente un planteamiento de reflexión sobre esta nueva ordenación del proceso. No obstante, la orientación no debe ser la de consideraciones de *lege ferenda*. No porque piense que éstas no interesan a los abogados, sino porque entiendo que sus urgencias son otras.

Se trata, en primer lugar, de apuntar soluciones a las dudas que plantea la nueva regulación y, también, de apuntar dudas, que es el primer paso para descubrir soluciones.

En segundo término, específicamente para el procedimiento de enjuiciamiento rápido, se impone una reflexión específica. El problema que su regulación quiere resolver es el de que el procedimiento tenga un desarrollo rápido, pero también efectivo, en el sentido de que se realicen del modo más completo posible los actos que deban ser realizados. Para conseguir este resultado el legislador se ha convencido de que no puede limitarse a reformar las normas procesales, sino que ha de implicarse en actuaciones técnicas no jurídicas, orientadas a aumentar y mejorar la coordinación de quienes deben ejercer sus funciones y prestar sus servicios en el desarrollo de un proceso penal.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que los problemas jurídicos que deberemos resolver siguen siendo los mismos: ¿Qué deberá ocurrir con la validez y eficacia de los actos procesales si todo lo que debe funcionar de modo más ágil y coordinado, acaba por no funcionar efectivamente así? La reforma puede fracasar, pero para que tenga éxito en sus objetivos de rapidez y aceleración en ningún caso debe sacrificarse una correcta interpretación de la ordenación del proceso penal como sistema de garantías.

^(*) Publicado en *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, 2003, pp. 13-38.

II.- La modificación del procedimiento abreviado

En general sobre los aspectos formales de técnica legislativa hay que advertir que la modificación del procedimiento abreviado ha sido instrumentada de modo un tanto peculiar.

En vez de modificar el contenido de las anteriores disposiciones, con el alcance reformador que se estimara oportuno, el legislador ha optado por una técnica con estas características:

1º) La ordenación reformada ha sido dotada de una nueva numeración, aprovechando, en parte, los artículos vacíos de contenido desde el 757 al 778 LECRIM, antes reguladores del antejuicio contra jueces y magistrados.

2º) Buena parte del contenido de la anterior regulación, incluidas disposiciones cuyo contenido no ha sido reformado, ha sido recolocado con otra sistemática en los nuevos artículos. En principio esto no tiene otra consecuencia que esa diferente ubicación, pero no puede descartarse que, por el método sistemático de interpretación, esa reordenación acabe influyendo en el sentido que deba darse a las disposiciones.

Los efectos inmediatos que esa técnica legislativa tiene en la actividad de abogados y otros profesionales forenses son el de inducir a pensar que la reforma del procedimiento abreviado tiene un alcance mayor que el realmente operado, y, en todo caso, el de dificultar el conocimiento del alcance de la modificación. Una congruente advertencia útil es la de que no hay que fiarse de las primeras impresiones de que alguna regulación ha sido derogada o reformada. Hay que considerar el texto completo de la ley. Obviamente eso hay que hacerlo siempre, pero especialmente en este caso para evitar los espejismos que crea la técnica legislativa seguida.

Vamos a iniciar, ahora, un repaso sistemático de la nueva ordenación del procedimiento abreviado, para descubrir y analizar, en lo posible, las modificaciones.

1.- Adecuación del procedimiento

Con la lógica excepción de la incidencia que tiene el establecimiento del procedimiento de enjuiciamiento rápido, cuyo ámbito de aplicación, como se verá en su momento, reduce el ámbito correspondiente del procedimiento abreviado, en materia de adecuación del procedimiento abreviado no ha habido cambios (compárense los nuevos arts. 757, 758 y 760 con la antigua redacción de, respectivamente, los arts. 779 y 780 LECRIM).

2.- Régimen de las partes

El régimen jurídico de las partes procesales permanece inalterado en bastantes aspectos: el modo de ejercicio de la acción civil y de la penal por los particulares (actual art. 761 en comparación con el anterior art. 783 LECRIM), la posición de los aseguradores de seguros obligatorios (art. 764.3 nuevo en comparación con anterior art. 784.5ª, párrafos 2 y 3 LECRIM), habilitación del abogado para la representación procesal del imputado hasta la apertura del juicio (nuevo art. 768 en comparación con el anterior art. 788.3 LECRIM).

No obstante, también hay en este régimen modificaciones importantes:

1ª) La situación procesal a partir de la cual es preceptiva la defensa técnica se clarifica con el nuevo art. 767, que sustituye el equívoco primer inciso del antiguo art. 788.1 (“Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada”), por un contundente “desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada”.

Es, sin embargo, criticable que la sistemática legal siembre dudas sobre la amplitud de la intervención del abogado en las declaraciones del imputado ante el juez y ante la policía o el Ministerio Fiscal. Para la primera, el nuevo art. 775, párrafo segundo LECRIM establece expresamente el derecho del imputado a una entrevista previa con su abogado. En cambio, la expresa formulación de ese derecho se omite para las declaraciones ante la policía y ante el Ministerio Fiscal.

A mi juicio, la norma del art. 775, párrafo segundo LECRIM es aplicable por analogía a las declaraciones que acabo de mencionar.

Pueden ser útiles estas consideraciones:

a) Si la omisión obedece a que, en ningún caso, estas declaraciones pueden ser tomadas en consideración, nada habría que objetar.

b) Pero existe la posibilidad de que sean consideradas, en determinados casos, a través de la declaración personal del funcionario que recibió la declaración del imputado y siempre que, al recibir ésta, se hubieran respetado las garantías de la defensa.

c) En tal caso, o bien se entiende que, entre las garantías últimamente mencionadas se incluye la entrevista previa -cuya omisión excluiría la eficacia de la declaración- o hay que admitir la interpretación absurda de que el ordenamiento establece garantías diferentes -en este caso, menores para la declaración ante la policía o ante el Ministerio Fiscal- respecto de actos que, en función de diversas circunstancias, pueden llegar a tener una eficacia jurídica similar.

2º) El nuevo art. 771 impone a la policía un deber de información de los derechos procesales que corresponden tanto a los ofendidos y perjudicados, como a los imputados. La novedad en cuanto a los últimos consiste en que, anteriormente, el deber de información sólo se tenía en caso de detención del imputado.

No obstante, salvo en el caso del imputado, en el que la policía sí tiene la potestad de asignarle ese estatuto aunque sea con provisionalidad, respecto de los ofendidos y perjudicados, la información policial no condiciona que el juez deba tenerles como tales y deba admitir su personación en el proceso.

3º) En relación con el régimen de las partes, pero, principalmente, para clarificar diferencias con la posición de éstas, hay que mencionar algunas medidas de atención a las víctimas, que han de ser aplicadas aunque éstas no sean parte por no haberse personado en forma. Así, a la víctima hay que informarla del lugar, día y hora de celebración del juicio oral y, en su caso, de la vista de la apelación (nuevos arts. 785.3 y 791.2 LECRIM) y hay que notificarle las sentencias que recaigan (nuevos arts. 789.4 y 792.4 LECRIM).

Es conveniente aclarar que la omisión de estos actos no afecta a la validez y eficacia del juicio y de la vista o de la sentencia. Sencillamente porque si la víctima no se ha personado hasta el momento límite de admisión de la personación de acusadores no oficiales (art. 110, párrafo primero LECRIM; para su aplicación al procedimiento abreviado, véase mi *El proceso penal abreviado*, Granada, 1997, páginas 84-86), no es parte y no tiene unos derechos procesales cuyo desconocimiento pueda afectar a la validez de los actos del proceso.

Cuestión completamente diferente es la de omisión del debido ofrecimiento de acciones, o de la citación a juicio o a la vista de una parte personada o de la notificación de la sentencia a la misma.

3.- Primeras diligencias de la policía judicial

Una primera diferencia importante es la de que el especial régimen de funciones y poderes de la policía judicial, que antes se establecía para los supuestos en que era adecuado el procedimiento abreviado (anterior art. 786.1: “investigación de los hechos comprendidos en este título”), parece adquirir, ahora, un alcance general (nuevo art. 769: conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito). Puede ser útil tener en cuenta los “Criterios para la práctica de diligencias por la Policía Judicial en aplicación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre”, cuya publicación de ordena por Resolución de 3 de marzo de 2003, de la Secretaría de Estado de Seguridad.

La consecuencia es que lo que LECRIM técnicamente llama diligencias de prevención (art. 284 LECRIM) -actividades de investigación y de otra naturaleza, realizadas en función de un proceso penal, por la policía judicial (en sentido funcional) y de modo autónomo (sin necesidad de órdenes específicas del Ministerio Fiscal y del Juzgado), pasa a estar regulado, en general, por dos grupos de normas:

1º) Las antes generales de los arts. 282-298 LECRIM, con sus expresas e implícitas remisiones.

2º) Las antes especiales -para el procedimiento abreviado-, pero ahora generales de los arts. 770 al 772.

El régimen de contenido y forma de los actos de investigación y comprobación que puede practicar la policía no ha experimentado modificaciones de importancia. En todo caso, podría destacarse el art. 770.2ª (soportes magnéticos o de reproducción de la imagen en diligencias de constancia) y 5ª (números de teléfono móvil, fax y correo electrónico, entre los datos personales para facilitar rápida localización).

Sí que es destacable la consecuencia de la derogación del anterior art. 789.3. Decía este artículo: “Sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueran suficientes para formular acusación,..., el Juez ordenará...las diligencias esenciales...”. Su actual omisión influye en la eficacia jurídica del atestado. En estricta técnica jurídica ya no puede decirse que sirva -con el complemento (y rectificación) de las diligencias del Ministerio Fiscal y de las judiciales- de base para las diversas resoluciones que se dictan en las diligencias previas y en la etapa intermedia, sino que el material de acreditación que ha de servir de base para tales resoluciones habrá que “producirlo” en las diligencias previas (judiciales), incluso reiterando actos de investigación ya realizados por la policía.

Sobre este tema se volverá al tratar de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal.

4.- Las diligencias del Ministerio Fiscal

El nuevo art. 773 LECRIM coincide plenamente con los antiguos arts. 781 y 785 bis LECRIM, de modo que podría concluirse que no hay modificación en el régimen de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal.

Esta primera impresión no es del todo exacta.

Por un lado, sobre las funciones del Ministerio Fiscal, ahora reguladas en el art. 773 LECRIM, subsiste la ambigüedad acerca de si sólo se atribuyen para hechos delictivos comprendidos en el ámbito de adecuación del abreviado, o si tienen un ámbito de aplicación general.

El art. 769 LECRIM no menciona la actuación del Ministerio Fiscal, lo que es argumento a favor de que el ámbito en el que pueden ejercerse estas funciones está limitado al procedimiento abreviado. Sólo la inclusión sistemática de la disposición y algunas expresiones del art. 773 (las del apartado primero, párrafos primero y segundo) también inclinan a limitar su aplicación al ámbito del abreviado.

Otras expresiones del art. 773 LECRIM y, sobre todo, la previsión general del art. 5 EOMF conducen a entender, en cambio, que el Ministerio Fiscal tiene un ámbito general de competencia en la investigación penal y que su regulación está contenida, principalmente, en los dos artículos acabados de citar.

No obstante, en el nuevo régimen del procedimiento abreviado ha sido alterada la eficacia jurídica de los actos de investigación del Ministerio Fiscal, de un modo tal vez inconsciente.

En el proceso abreviado, la anterior redacción del art. 785 bis investía 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». Esta disposición no podía entenderse referida a una instrucción de primeras diligencias, porque ni el contenido de la investigación se limitaba a lo establecido en el art. 13 LECRIM, ni se fijaba una referencia temporal perentoria para remitirla al juzgado.

A esta disposición se añadía la anterior redacción del art. 789.3, al principio, cuyo significado era, sin duda, el siguiente: si la investigación practicada por el Ministerio Fiscal, sólo precisa ser complementada mediante una investigación judicial si materialmente es insuficiente para fundar acusación, es que, desde el punto de vista jurídico-formal, aquélla investigación forma parte del material en que pueden fundarse las resoluciones que han de dictarse en las diligencias previas y en la etapa intermedia, sin necesidad de repetición bajo la dirección de un Juez.

De las nuevas disposiciones del procedimiento abreviado, concretamente del conjunto de los actuales artículos 774-777, ha desaparecido la mención que hacía el antiguo artículo 789.3, párrafo primero, al caso en que las diligencias fueran insuficientes para formular acusación como justificativo de la procedencia de practicar diligencias judiciales adicionales. Ahora, unas diligencias judiciales suficientes serán siempre necesarias, cualquiera sea el contenido informativo del atestado policial y de las diligencias del Ministerio Fiscal. Como, por otra parte, también se deduce del actual art. 779 comparado con el anterior art. 789.5. El primero, a diferencia del segundo, ha eliminado -en el contexto de los materiales que hay que tener presentes para dictar el “auto de clasificación”- la referencia a “cuando (las diligencias) no sean necesarias”.

Me resulta difícil predecir qué trascendencia práctica va a tener este notable cambio normativo. ¿Se concluirá, coherentemente, que las investigaciones del Ministerio Fiscal han de ser judicialmente reiteradas para proporcionar base de apoyo a las resoluciones de las diligencias previas y de la etapa intermedia? ¿Se entenderá que la documentación de tales investigaciones ya es una base, una especie de acreditamiento documental, adornado, además, de la eficacia prevista en el art. 5, párrafo tercero EOMF -presunción de autenticidad-?

5.- Las diligencias previas

Del complejo contenido de las diligencias previas, me quisiera centrar en cuatro aspectos: la actividad de investigación -sin duda, el aspecto fundamental de esta etapa procesal-, el renacimiento de una imputación judicial formal -relacionada con un conocido episodio de discutida constitucionalidad de un precepto del procedimiento abreviado-, las modificaciones escasas del denominado “auto de clasificación”, y, en fin, el especial supuesto de transformación del procedimiento abreviado en procedimiento de enjuiciamiento rápido si se preanuncia la conformidad en las diligencias previas.

A) Actos de investigación: objeto, intervención de las partes y régimen jurídico

En primer término, debe recordarse lo ya apuntado en apartados anteriores sobre que la redacción de las disposiciones del procedimiento abreviado no ampara que los actos de investigación de la policía y del Ministerio Fiscal se consideren ya adquiridos en el proceso, a los efectos de apreciar si la investigación es suficiente. La práctica judicial de unos actos de investigación “suficientes” será siempre necesaria.

Qué actos de investigación son necesarios se establece mediante conceptos jurídicos indeterminados. En el nuevo régimen del procedimiento abreviado se ha eliminado una cierta ambigüedad y un sesgo favorable a la posición de los acusadores al establecer aquellos conceptos (diligencias suficientes para fundar la acusación, o para abrir el juicio oral). Los conceptos-referencia se expresan de un modo más neutral y equilibrado: “diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y las circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento” (actual art. 777.1 LECRIM). Para determinar en cualquier sentido: adverso, pero también favorable al imputado.

Ese es el objeto que deben tener los actos de investigación que pueden ser practicados en las diligencias previas. Son pertinentes y han de ser admitidos si tienen ese objeto.

Su práctica puede acordarse de oficio por el juez de instrucción. Sólo en este modo de introducción en el proceso piensa el art. 777.1 LECRIM.

Pero, de acuerdo con las normas generales (art. 302 LECRIM, cuya aplicación aquí es recordada por el art. 774 LECRIM; art. 311 LECRIM, aplicable al amparo de la remisión del art. 758 y del implícito reconocimiento de su aplicabilidad en el art. 776.3) el Ministerio Fiscal y las partes personadas tienen derecho a proponer diligencias. Este derecho es, para los acusadores, instrumental de su derecho a la tutela judicial efectiva (es medio para obtener la apertura de juicio oral). Para el imputado es instrumental de su derecho de defensa, porque le permite proporcionar material de convicción para evitar ser sometido a medidas cautelares y que se abra juicio oral

frente a él por determinado hecho punible.

Aparte del régimen general del derecho a proponer diligencias de investigación, la anterior regulación del procedimiento abreviado sólo mencionaba ese derecho respecto de los acusadores y en el trámite de proponer diligencias complementarias esenciales para poder formular escrito de acusación (art. 790.2 LECRIM antigua redacción). El mismo derecho no se reconocía al imputado. Esto dio lugar al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

La STC (Pleno) 186/1990, de 15 de noviembre, para no declarar la inconstitucionalidad del artículo mencionado -por contrario a la prohibición de indefensión, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa-, argumentó 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 la nueva regulación de las diligencias previas del procedimiento abreviado subsiste la limitada referencia a los acusadores, en cuanto al derecho a proponer diligencias de investigación complementarias, inmediatamente antes de la petición de apertura de juicio oral (art. 780 LECRIM). Pero, por otra parte, se ha transformado en norma positiva la garantía que diseñó la sentencia interpretativa antes comentada.

En efecto, dispone, ahora, el art. 779.1.4ª que “Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775”.

El imputado, conocedor de la imputación y de su alcance objetivo, habrá tenido oportunidad, en la comparecencia mencionada (art. 396 LECRIM), asistido por abogado, de proponer actos de investigación que puedan inclinar en su favor las resoluciones sobre medidas cautelares y acerca de la apertura del juicio.

En cuanto a otros aspectos del régimen jurídico de los actos de investigación no hay modificaciones respecto de la anterior regulación, a pesar de la nueva colocación sistemática del contenido de los antiguos preceptos. Los apartados del art. 778 actual coinciden literalmente con diversos apartados del anterior art. 785. También casi literal es la coincidencia del actual art. 762 con varios apartados y subapartados de los anteriores textos de los artículos 784 y 785.

Las novedades han venido, sin embargo, a través de una intervención asistemática en la LECRIM, llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, reformadora de varias leyes relacionadas con la sustracción de menores. A esta ley se le va la mano y, mediante su disposición adicional tercera, añade al art. 788.2 LECRIM un segundo párrafo -que nada tiene que ver con la sustracción de menores, aunque tiene apariencia de chiquillada- que declara prueba documental “los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas”. De este modo se elimina el carácter testifical-pericial de estos informes y se exime del deber de comparecer a explicarlos de los peritos oficiales. Como es sabido esto tenía ciertos precedentes en la doctrina jurisprudencial (por ejemplo: STS 29 abril 1994; 5 mayo 1995).

B) La imputación judicial formal en el auto de continuación del procedimiento abreviado

A las variadas posibilidades de imputación que existen en las diligencias previas se ha incorporado una imputación judicial formal necesaria en los términos del art. 779.1.4ª.

Esta imputación -consecuencia de la doctrina de la STC 186/1990- tiene un doble componente:

1º) Comunicación judicial de los hechos al imputado.

2º) Determinación de los hechos punibles y de la identificación del imputado en el auto de continuación del procedimiento abreviado.

Sobre esta imputación, su fundamento y eficacia, es necesario advertir que:

1º) Atendida su razón de ser (STC 186/1990: que el imputado tenga, antes de los actos para resolver acerca del sobreseimiento o apertura de juicio en los que no tiene intervención, posibilidad de proponer diligencias que inclinen por el sobreseimiento) es necesario que la imputación, tanto subjetiva, como objetiva, que se formula en el auto de continuación haya sido ya previamente anunciada en la comparecencia.

2º) Frente a las dudas que dejaba abiertas la STC 186/1990, el art. 779.1.4º LECRIM dispone que la imputación ha de ser formal, y con expresión positiva del sujeto de la misma y de su objeto. Por la propia lógica de la garantía, cualquier alteración posterior en sentido ampliatorio (más sujetos y más, u otros, hechos punibles) ha de considerarse infractora de la prohibición de indefensión y lesiva del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa.

3º) El fundamento o base de esta imputación no es que los hechos acreditados en las diligencias previas excluyen o no dan soporte a las causas de sobreseimiento. El enjuiciamiento de estas causas en la LECRIM reformada continúa haciéndose en un momento procesal posterior (arts. 782 y 783 LECRIM), como antes de la reforma. La imputación de ahora es simplemente la alternativa positiva frente a las opciones del art. 779.1.1ª y 2ª: el hecho es constitutivo de delito, no de falta, su perpetración aparece suficientemente justificada, hay autor conocido -al menos, mínimamente indicado- y no es menor de edad penal.

Todavía es posible -aunque tal vez en la práctica sea difícil- que se decida el sobreseimiento por cualquiera de sus causas legales. Por cierto que los hechos relevantes para sustentar la aplicación de las causas de sobreseimiento son el referente para apreciar la pertinencia de los actos de investigación que haya podido proponer el imputado.

Última cuestión: la recurribilidad de este auto.

Hay que distinguir las posiciones del imputado y de los acusadores. Ambos pueden haber sido gravados. El primero por ampliación objetiva de la imputación formal en comparación con la imputación previa. Los segundos, por la reducción subjetiva u objetiva de imputaciones previas.

No hay razón para que no sea aplicable el régimen del art. 766 actual LECRIM, y sean admisibles, por tanto, la apelación o la reforma con subsidiaria apelación. El problema es la falta de efecto suspensivo: el juicio oral puede haberse iniciado, incluso haber terminado, cuando el recurso de apelación se resuelva.

El imputado puede, además, plantear el exceso de imputación como vulneración de derecho fundamental, en el comienzo de la vista (art. 786.2).

C) *Modificaciones respecto del denominado “auto de clasificación”*

Aparte de lo mencionado en el anterior subapartado y de lo que comentaré en el siguiente, las modificaciones del actual art. 779 respecto del anterior art. 789.5 son las siguientes.

1º) Adecuación a la actual ordenación del proceso de menores (traslado al Ministerio Fiscal, en cuanto encargado de la instrucción del mismo).

2º) Una ampliación de las causas de archivo en esta etapa procesal. No sólo puede archivar si el hecho no es constitutivo de delito -lo que supone un juicio de carácter jurídico sobre unos hechos concretos cuya certeza no se valora de momento-, sino también si “no aparece suficientemente justificada su perpetración”. Esto anticipa a este momento procesal la apreciación de la causa primera de sobreseimiento provisional (art. 641.1º LECRIM).

D) *Transformación en procedimiento para enjuiciamiento rápido*

El art. 779.1.5ª posibilita que una determinada situación procesal producida en el desarrollo de las diligencias previas de lugar a un cambio de procedimiento a procedimiento de enjuiciamiento rápido, a pesar de no concurrir los supuestos ordinarios de adecuación de éste último.

El procedimiento de enjuiciamiento rápido es adecuado en los casos del art. 795.

No obstante, si, antes del “auto de clasificación” de las diligencias previas, el imputado, asistido por abogado, reconoce los hechos a presencia judicial y concurren los requisitos para dictar sentencia de conformidad, el procedimiento debe adecuarse a los trámites previstos en los artículos 800 y 801, propios del procedimiento de enjuiciamiento rápido. El recurso de apelación contra la sentencia de conformidad (art. 787.6 LECRIM) habrá de sujetarse, también, a las especialidades de la apelación en el procedimiento de enjuiciamiento rápido (art. 803 LECRIM).

Evidentemente esta regulación viene a sustituir a lo previsto en el art. 789.5.5ª LECRIM en su anterior redacción.

6.- Recursos contra las resoluciones distintas a la sentencia definitiva

Si se compara el actual art. 766 con el anterior art. 787 LECRIM las diferencias son importantes.

Vamos por orden.

1º) Se acaba con el abuso del recurso de queja como modalidad preponderante de recurso ordinario. La solución del anterior régimen del procedimiento abreviado había sido criticada por la dudosa justificación del informe del juez, el olvido del derecho de contradicción de los no recurrentes y por la indeterminación del plazo de interposición.

El recurso de apelación vuelve a ser el recurso ordinario predominante.

Por aplicación de las disposiciones comunes de LECRIM (art. 758 LECRIM) el recurso de queja será admisible para controlar la inadmisión de la apelación (art. 218, segundo inciso LECRIM), pero no como recurso sustitutivo de la apelación (art. 218, inciso primero), por lo que apunto a continuación.

2º) Sorprendentemente, para determinar la impugnabilidad objetiva en apelación se invierte la regla establecida en las normas comunes de LECRIM. Así como el art. 217 LECRIM la limita a los autos en los casos determinados por la ley, el art. 766.1 la extiende a los autos dictados por el Juzgado de Instrucción y por el Juzgado de lo Penal “que no estén exceptuados de recurso”.

3º) No ha variado la regla general sobre el efecto suspensivo: es necesaria norma expresa (arts. 217 y 766.1 LECRIM).

4º) Las relaciones entre reforma y apelación siguen la tendencia que había inaugurado la regulación del procedimiento abreviado (antiguo art. 787.3 LECRIM). El recurso de reforma es sólo facultativamente previo al de apelación. Éste puede interponerse eventualmente acumulado al de reforma, o separadamente.

5º) La tramitación de la apelación es, por regla general, escrita en su totalidad. En esto no hay novedad respecto de la anterior ordenación, aunque los actos del recurso tienen una regulación más detallada.

No obstante, ha de destacarse que:

a) El art. 766.4 LECRIM supone, para la apelación interpuesta en acumulación eventual con la reforma, una excepción a la preclusión, que ordinariamente está vinculada al acto de interposición de la apelación. En caso de desestimación de la reforma se concede un plazo para fundamentar la apelación.

b) La vista es preceptiva en apelación de autos de prisión y discrecional en la apelación de autos sobre otras medidas cautelares.

7. Medidas cautelares y preventiva

Respecto de las medidas cautelares personales y algunas medidas preventivas las modificaciones no son sustanciales (compárense el art. 763 nuevo con el anterior art. 785.8ª, a) LECRIM), o no ha habido modificaciones (compárense el art. 764.4 nuevo con el anterior art. 785.8ª, c) LECRIM).

Pero una de las modificaciones más problemáticas de la reforma es la relativa a las medidas cautelares patrimoniales, porque el art. 764.2 LECRIM remite al régimen del contenido, presupuestos y cauciones de la LEC.

Esta remisión constituye un auténtico terremoto respecto del que ha sido, hasta ahora, el régimen de estas medidas. Veamos:

1º) El contenido posible de las medidas se enriquece. Más allá de embargos, cauciones y secuestros, se abre el vasto campo de medidas que ahora autorizan los arts. 726 y 727 LEC.

2º) Pero los presupuestos se hacen más rigurosos (art. 728 LEC), sobre todo la necesidad de cierto acreditamiento del *periculum in mora*, que, hasta ahora, en el proceso penal, había habido cierta tendencia a presumir.

3º) La exigencia de la caución-presupuesto es regla general (art. 728.3 LEC), lo que constituye una novedad absoluta respecto del régimen de LECRIM.

4º) Obsérvese, en fin, que lo dicho no es sólo aplicable a las medidas cautelares por la responsabilidad civil, sino también a las instrumentales de responsabilidades pecuniarias o patrimoniales de otra naturaleza. Lo único que puede eximir de la caución si se trata de medidas para asegurar las penas pecuniarias y la pena de comiso es que su acreedor, el erario público, está exento de prestar caución (art. 12 Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas).

5º) Por lo demás, la especial medida cautelar de pensión provisional a las víctimas de determinados hechos no ha cambiado, salvo el expreso reconocimiento de que puede acordarla la Audiencia, además del Juzgado.

8.- Resolución sobre apertura de juicio oral o sobreseimiento

No se ha modificado sustancialmente el régimen de control de la apertura del juicio oral en atención a si la acusación tiene o no suficiente fundamento.

Se mantienen, incluso, las redacciones de los antiguos artículos de LECRIM, aunque cambiando su orden.

Puede ser útil compararlas:

Redacción actual

Redacción anterior

Art. 780.1

Art. 790.1, párrafo primero

Art. 780.2

Art. 790.2

Art. 781.1

Art. 790.5

Art. 782

Art. 790.3 y 4

Art. 783

Art. 790.6, párrafos primero, segundo, tercero y cuarto, 7, párrafo primero.

Consecuentemente, la explicación que yo daba de este régimen en *El proceso penal abreviado*, Granada, 1997, páginas 124-125, puede seguir manteniéndose.

En síntesis:

1º) La más importante novedad era (art. 790.6 antiguo) y sigue siendo (art. 783.1 actual) la ampliación, en comparación con el proceso penal ordinario, de los supuestos en que el Juzgado de Instrucción puede decretar el sobreseimiento sin necesidad de que se lo pida un acusador.

En el proceso ordinario sólo cabe si los hechos no son constitutivos de delito (art. 645 LECRIM); es decir, si, presupuesta su certeza, no son típicos.

En el procedimiento abreviado, antes y ahora, además de ese supuesto, el Juzgado puede negar el juicio oral por entender que “no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641”.

2º) De este modo se compensa, en el procedimiento abreviado, el insuficiente - en comparación con el juicio ordinario- control del fundamento de la acusación para abrir el juicio oral.

En efecto, en el juicio ordinario, además de la causa mencionada de sobreseimiento de oficio, la denegación del procesamiento cierra la posibilidad de juicio oral frente al inicialmente imputado. En el procedimiento abreviado no hay procesamiento, pero sí la posibilidad de negar la apertura de juicio no sólo si los hechos no son típicos, sino también si sobre tales hechos y su atribución subjetiva, la investigación no ha conducido a formar un juicio de probabilidad suficiente y si, por cualquier causa, la investigación demuestra con evidencia que no hay responsabilidad penal en el imputado.

3º) Habida cuenta de que se mantiene el alcance del control de la admisión de la acusación, resulta evidente que ni la doctrina de la STC 186/1990, ni su repercusión en el art. 779.1.4ª LECRIM privan de sentido y de utilidad al régimen de control brevemente descrito. Esa doctrina, y su repercusión normativa, responden más a la preocupación por posibilitar la defensa -clarificando la imputación-, que a la de establecer un control suficiente del fundamento de la acusación para que pueda abrir juicio.

En cuanto a esto último, el momento definitivo sigue siendo el de la decisión acerca del sobreseimiento o apertura de juicio oral, y la amplitud de las cuestiones a valorar la que permitía el anterior texto del art. 790.6 y posibilita, ahora, el art. 783.1 LECRIM.

No obstante, hay también algunas novedades cuyo efectivo alcance es difícil de apreciar, porque la ley no se ha atrevido a expresar, con claridad, las consecuencias que derivan del incumplimiento de algunas de sus previsiones.

Veamos:

1º) El Ministerio Fiscal y los demás acusadores personados pueden pedir justificadamente una prórroga del plazo para acusar, pedir sobreseimiento o proponer diligencias complementarias. Si el Ministerio Fiscal no presenta el acto en plazo, el juez puede requerir la presentación por el superior (art. 781.2 y 3 LECRIM).

Es decir, estamos ante disposiciones orientadas a agilizar la actividad de los acusadores, pero no es claro que la omisión de la actividad en el plazo legal o en su prórroga comporte preclusión de la posibilidad de acusar. La ley -que no desconoce esta técnica, porque hace aplicación de la misma en el art. 782.2, a) y en el art. 784.1, párrafo segundo- no establece, en este caso, la consecuencia de la preclusión. Es difícil

concluir que implícitamente la establezca, porque, en este momento, los acusadores tienen tres posibilidades de acción (art. 780.1 LECRIM): ¿cuál de ellas habría que entender precluida, habida cuenta del silencio de la ley?

2º) Si el Ministerio Fiscal pide el sobreseimiento, el juez puede ofrecer acciones a los perjudicados u ofendidos conocidos y no personados. Si estos omiten actuar el sobreseimiento ha de acordarse -aquí si que se establece expresa preclusión- salvo consulta al superior del Ministerio Fiscal.

En lo que acabo de decir hay una novedad -el restablecimiento de un limitado ofrecimiento de acciones- y nuevamente una duda: ¿Le precluye al Ministerio Fiscal (superior jerárquico) la posibilidad de acusar, después del transcurso inútil del plazo de diez días? La respuesta más segura es la negativa, porque el propio art. 782 actual LECRIM marca la diferencia, al establecer la consecuencia de la preclusión para un caso -la omisión de actividad de los posibles acusadores particulares-, y no para otro -omisión de actividad del Ministerio Fiscal-.

9.- Actos de acusación y de defensa. Proposición de prueba y preparación del juicio oral

No hay modificaciones en cuanto al acto de acusación y a las peticiones complementarias sobre proposición de prueba, preparación del juicio oral y medidas cautelares (art. 781.1 actual comparado con el anterior art. 790.5 LECRIM).

Sustancialmente tampoco las hay en cuanto al acto de defensa y peticiones complementarias al mismo (art. 784 actual en comparación con el art. 791.1, 2 y 3 antiguo LECRIM), salvo la omisión de la referencia al nombramiento, en este momento, de abogado de oficio. Esta omisión se debe, con gran probabilidad, a la idea de que ese nombramiento ya debe haberse producido mucho antes.

Aunque la conformidad ha variado su régimen jurídico de modo importante (art. 787 LECRIM: vinculación del tribunal a la conformidad prestada y garantías de la libre determinación y declaración de la voluntad por el acusado), no son esenciales los cambios operados respecto de la oportunidad de prestar la conformidad en el acto de defensa.

1º) Sigue sin estar claro si el límite de pena de seis años de prisión condicional -ahora, junto con otros requisitos- la vinculación del juez a la conformidad prestada o la admisibilidad de practicar las actuaciones de conformidad.

2º) Sigue siendo admisible que la conformidad se exprese en el propio escrito de acusación, pero ahora (art. 784.3 LECRIM) no exclusivamente en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal (art. 791.3 antiguo LECRIM), sino en un escrito conjunto de los acusadores.

3º) Es novedad, en cambio, que la conformidad pueda prestarse en cualquier momento anterior al comienzo de las sesiones del juicio, siempre que se articule con la presentación de un escrito conjunto de acusadores y acusado (art. 784.3, párrafo segundo nuevo LECRIM).

Las actuaciones para el control de la conformidad previstas en el art. 787 nuevo LECRIM no pueden, en la conformidad prestada en esta ocasión, realizarse en unidad de acto, por lo que deberán dar lugar a sucesivos actos de tribunal y partes.

10.- Juicio oral: celebración del mismo; en especial, la practica de la prueba y la modificación de la acusación

La preparación del juicio oral por parte del juzgado o tribunal -resolución sobre admisión de pruebas y preparación de las mismas, en su caso, señalamiento- no ha experimentado modificaciones de importancia. Sólo se omite la flagrancia entre los conceptos jurídicos indeterminados de referencia para fijar el señalamiento: art. 785.2 actual frente al art. 792.1 anterior.

Pero, inmediatamente, debe destacarse que se amplía de uno a dos años de pena privativa de libertad, el umbral máximo de pena que hace admisible la celebración del juicio en incomparecencia del acusado (art. 786.1, párrafo segundo actual LECRIM). Subsisten los restantes requisitos que, ya antes, condicionaban esta posibilidad (art. 786.1 actual en comparación con el art. 793.1 anterior), así como, sin ninguna modificación, el recurso de anulación contra sentencias dictadas en incomparecencia (art. 793 actual es idéntico al anterior art. 797 LECRIM).

Subsiste el debate sobre cuestiones previas, con el mismo contenido que en la anterior regulación del abreviado, pero se han añadido normas sobre recursos contra las resoluciones que cierran ese debate (art. 786.2 actual frente al anterior art. 793.2). Rápidamente diré que estas normas son completas si se refieren al caso de que las cuestiones previas hayan sido rechazadas. En caso contrario, para determinar las posibilidades de recurso contra la resolución habrá que distinguir según las cuestiones que hayan sido resueltas. Sólo a título de ejemplo: el auto de sobreseimiento libre por estimación de ciertos artículos de previo pronunciamiento, acordado por el Juzgado de lo Penal es recurrible en apelación (actual art. 766 LECRIM); lo mismo, acordado por la Audiencia Provincial permitiría, discutiblemente, el recurso de casación por infracción de ley (art. 848 en relación con los arts. 675 y 677, párrafo segundo LECRIM); una nulidad de actuaciones decretada por el Juzgado de lo Penal podría entenderse recurrible en apelación (actual art. 766 LECRIM) o irrecurrible, aunque con posibilidad de replantear el tema en el recurso contra la sentencia que después se dictara (art. 786.2, in fine, LECRIM, como regla especial); la estimación de una infracción de derecho fundamental -por ejemplo, por admisión de prueba obtenida con violación del mismo- habrá de ser recurrida con el recurso contra la sentencia.

Subsiste la conformidad prestada en la vista, antes de la práctica de la prueba (actual art. 787 LECRIM), pero el régimen de la conformidad en este momento presenta importantes novedades. Conviene advertir que los aspectos de la conformidad comunes a todas las oportunidades procesales en que puede ser prestada -diligencias previas (actual art.801 LECRIM), en el acto de defensa y antes de la vista (actual art. 784.3 LECRIM) y al principio de la vista (actual art. 787 LECRIM)- están precisamente regulados en el art. 787.

En materia de práctica de la prueba en las sesiones del juicio, la regulación es, en gran medida, idéntica. Compárense el actual art. 788.1, 2, 3 y 4 LECRIM con el texto del anterior art. 793.4, 5, 6 y 7, incluyendo, en ambos casos, las posibilidades probatorias vinculadas a los cambios admitidos en la acusación.

Pero sí que ha de apuntarse, en relación con lo que puede considerarse prueba y ser apreciado como tal en la sentencia, con lo que puede entenderse como integrante de la “mínima actividad probatoria” que sirve para contrarrestar la presunción de inocencia, el cambio introducido por el art. 777.2 sobre la práctica anticipada de la

prueba en la etapa de diligencias previas.

Hasta ahora la valoración como prueba de la documentación de los actos de investigación de la instrucción no practicables como medios de prueba, no dependía de que se hubieran practicado, en su momento, como prueba anticipada, sino que el art. 730 LECRIM la permitía, en todo caso con la interpretación correctiva del Tribunal Constitucional en el sentido de que, al practicarse el acto de investigación cuya documentación se ha de leer, se hubieran respetado las garantías necesarias para la defensa. El art. 730 LECRIM no regula el modo de introducción de la documentación de la prueba anticipada. Ésta hubiera podido entrar en la prueba del juicio sin ese artículo. Éste artículo daba más bien cobertura a la introducción de pruebas cuya práctica anticipada no pudo preverse en su momento o, simplemente, no se previó, porque sólo por circunstancias sobrevenidas ha resultado no poder ser practicada. El único cambio fue aquélla reinterpretación del Tribunal Constitucional, que ha añadido el requisito mencionado.

El actual art. 777.2 LECRIM parece, en cambio, exigir que, para que los actos de investigación de las diligencias previas sean utilizables como prueba, hayan sido practicados como prueba anticipada; es decir, judicialmente y con arreglo a las mismas normas de la practica ordinaria del medio de prueba.

La duda va a ser si esto supone sólo una positivación del requisito adicional introducido por la interpretación del Tribunal Constitucional, que antes mencionábamos, o si se requerirá una mayor formalidad para “introducir” la documentación en el material probatorio: resolución expresa de práctica anticipada y respeto a las reglas de práctica ordinaria, en vez de estimar suficiente una imprecisa posibilidad de defensa.

Lo que sí parece evidente es que las documentaciones de actuaciones de investigación no judiciales -policiales y del Ministerio Fiscal- no pueden entrar como tales documentaciones en el material de convicción. Para eso está la posibilidad ahora regulada por el art. 777.2 LECRIM. Otra cosa es la admisión de la declaración en el juicio de los funcionarios que practicaron el acto.

La modificación de la acusación al término del juicio oral no tiene, al menos en el actual art. 788.4 y 5 comparados con el anterior art. 793.4, 5, 6, 7 y 8 LECRIM, otra diferencia más que la de explicitar un límite a la potestad de sentenciar del Juzgado de lo Penal acorde con su competencia objetiva. Como en la anterior redacción del art. 793.8 LECRIM no basta con que alguno de los acusadores pida una pena que exceda de la competencia de aquél Juzgado, para que éste deba declinar la competencia en la Audiencia. Pero, si conserva la competencia -porque algún acusador pide pena que no excede de la competencia del Juzgado- ello no significa que pueda sentenciar imponiendo una pena que exceda de su competencia. Esto es lo que ahora dice el art. 788.5 expresamente y antes no decía el art. 793.8.

Para terminar el régimen de los actos de celebración del juicio oral, baste indicar que es idéntica la regulación de la documentación del acto (actual art. 788.6 en comparación con el anterior art. 793.9 LECRIM), sin que se haya aprovechado la oportunidad para potenciar la documentación con medios audiovisuales, como en el proceso civil, en el que esa forma de documentación se establece como regla general, con admisión sólo excepcional de la documentación escrita (arts. 146, 147 y 187 LEC).

11.- La sentencia: novedades sobre la correlación

El régimen de la sentencia (actual art. 789 en comparación con el anterior art. 794.1, 2 y 3 LECRIM), salvo una norma sobre notificación expresiva de la política de atención a la víctima, no tiene otra diferencia más que una norma sobre correlación con la acusación, cuya primera interpretación es inconstitucional y debe ser corregida.

El actual art. 789.3 se diferencia del anterior art. 794.3 LECRIM en que se le ha añadido un último inciso que le haría significar lo siguiente:

1º) Que la sentencia puede imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, si alguna de ésta ha asumido el planteamiento agravatorio sometido por el tribunal a discusión ejercitando la potestad que le confiere el art. 788.3 actual LECRIM. En definitiva, esto consolida jurídico-positivamente la doctrina jurisprudencial que no consideraba suficiente, para que la sentencia pudiera resolver válidamente sobre aspectos agravatorios, aunque no alteraran el hecho punible objeto del proceso, que sobre tales aspectos hubiera existido una contradicción suficiente (incluso con prueba), sino que requería que hubieran sido asumidos por algún acusador, porque, de no ser así, se consideraba infringido el principio acusatorio. Lo que ocurre es que, incluso para este primer significado, la norma está mal expresada porque, desde el momento en que un acusador asume el planteamiento agravatorio en su acto definitivo de acusación, debe solicitar una correspondiente pena más grave, y es esta solicitud la que debe tomarse como punto de referencia de la correlación.

2º) Significaría también, al menos según la letra, que el tribunal podría condenar por delito distinto, aunque ello conllevara diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado -es decir: aunque cambiaran los elementos de identificación del objeto del proceso-, si algún acusador asumiera los planteamientos en el sentido expuesto que hubieran sido sometidos a debate por el tribunal. Esta interpretación es inadmisibles. El legislador, obsesionado por el principio acusatorio y por la necesidad -que entiende rigurosamente derivada de él- de que todo planteamiento desfavorable al acusado -aún el más mínimo, cuya consideración de oficio en nada afectaría a los pilares del acusatorio- debe ser asumido por un acusador, sin que baste la oportunidad de una contradicción efectiva, llega a admitir, al menos según una interpretación literal, que si un acusador asume, en calificación definitiva, un planteamiento que suponga un cambio de objeto del proceso, no se infringe el deber de correlación. Ciertamente esta norma podría ser muy acorde con el principio acusatorio, pero supone un desconocimiento radical del principio de contradicción. El acusado se vería en la necesidad de enfrentarse, al final del juicio oral, con un nuevo objeto procesal, con las limitadas posibilidades defensivas del art. 788.4 LECRIM. Dejando aparte que se esfumarían las garantías ligadas al control del fundamento de la acusación de modo previo a la apertura de juicio.

A mi modo de ver, la prohibición de indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE) han de conducir a interpretar que la salvedad del último inciso del art. 789.3 LECRIM no es aplicable a los casos en que el cambio supusiera alterar el propio hecho punible objeto del proceso, sino sólo cuando se refiere a aspectos fácticos y jurídicos relevantes pero no identificadores del objeto procesal.

Por otra parte, esto se deduce también de la interpretación sistemática del art. 789.3 en relación con el 788.3, dado que, según el último precepto, el juez o tribunal sólo pueden formular “planteamientos” en relación con los “hechos” objeto del juicio oral.

12.- El recurso contra la sentencia definitiva del Juzgado de lo Penal

Como en la anterior regulación, el recurso es el de apelación y su régimen jurídico tiene escasas diferencias con el antes vigente para el procedimiento abreviado (compárense los actuales arts. 790 al 792 con los anteriores arts. 795 y 796 LECRIM).

No obstante, hay alguna diferencia importante. Concretamente:

1º) Se facilita la admisión de prueba en segunda instancia, porque no se requiere, además de la concurrencia de los presupuestos del art. 790.3 (prueba que no se pudo proponer, que se inadmitió indebidamente o que no se pudo practicar), que el recurrente justifique, aunque sólo sea argumentativamente, que la omisión de la prueba le produce indefensión. El actual art. 790.3 omite el último inciso del anterior art. 795.3 LECRIM.

2º) Se establece expresamente que el derecho a la prueba en segunda instancia, en los supuestos legales, corresponde tanto al apelante como al apelado. Antes tuvo que sentar esta regla la STC 15 de febrero de 1985. Ahora la formula expresamente el art. 790.5.

3º) Muy especialmente debe destacarse que ha sido suprimida la adhesión a la apelación. El actual art. 790.5 omite la mención de la misma que se contenía en el correspondiente anterior art. 795.4 LECRIM. El significado de la adhesión a la apelación en el proceso penal era y es, doctrinal y jurisprudencialmente, bastante confuso: no es seguro que consista en una apelación extemporánea del inicialmente sólo apelado, orientada a una reforma de la sentencia en lo que a él le hubiera causado gravamen -por tanto, una apelación en cierto modo opuesta a la inicialmente presentada-, o que consista en un apoyo -adhesión, en su sentido vulgar- a la apelación inicialmente interpuesta.

Con la supresión de la institución queda claro que si se quiere formular apelación no hay otra vía más que la de interponerla con arreglo al art. 790.1 y 2. Puede ser dudoso que esto sea también necesario si, simplemente, se quiere apoyar la posición de un apelante.

III.- LÍNEAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO DE ENJUICIAMIENTO RÁPIDO

La regulación del procedimiento de enjuiciamiento rápido se propone la realización rápida de un proceso penal por determinados hechos punibles que posibilitan el enjuiciamiento rápido. Para esa finalidad la regulación utiliza, principalmente, dos técnicas:

1º) Una, netamente jurídica, consistente en someter a una cierta ordenación procedimental -regulación más específica y detallada de qué actos han de ser practicados y en qué orden y plazos- la actividad previa a la doctrinalmente conocida como etapa intermedia del proceso penal.

El conjunto de actos que forman parte de esa actividad, su realización en el desarrollo de un proceso, estaba regulado, hasta el momento, con referencia a estándares o conceptos jurídicos indeterminados del estilo de “actos de investigación necesarios o suficientes”, o de que los actos han de realizarse con urgencia o con la mayor brevedad. Estos condicionamientos dejaban considerablemente libres a los órganos jurisdiccionales, Ministerio Fiscal y partes que habían de realizar los actos, en cuanto al ritmo a imprimir en la realización de los mismos. Y esto posibilitaba una duración excesiva de esta etapa del proceso penal. Mediante la relativa procedimentalización a la que ahora es sometida, se pretende conseguir agilizar su desarrollo.

Para las etapas del proceso penal que ya estaban “procedimentalizadas” (etapa intermedia, juicio oral, recursos), la reforma de LECRIM utiliza las habituales técnicas de acortamiento de plazos.

2º) La otra técnica empleada, sin prescindir de las medidas de orden jurídico de carácter instrumental, se dirige a influir sobre aspectos organizativos de los órganos jurisdiccionales, de otros órganos de los poderes públicos que actúan en el proceso penal, de las profesiones forenses que colaboran en el desarrollo de ese proceso y de otros medios personales y materiales que sirven al mismo, para coordinarlos de modo que el resultado sea la posibilidad real de un desarrollo más ágil del proceso penal, sin que dejen de cumplirse las funciones que el ordenamiento ha estimado adecuadas para un proceso penal con garantías.

En cuanto a las normas reguladoras del procedimiento de enjuiciamiento rápido, hay que advertir que:

1º) Las normas del procedimiento abreviado se aplican supletoriamente (art. 795.4 LECRIM).

2º) Para posibilitar la técnica específica de aceleración consistente en que el propio Juzgado de Instrucción pueda dictar sentencia de conformidad en algunos supuestos, ha sido necesario establecer normas con naturaleza de ley orgánica, reformadoras de la LOPJ y de LECRIM. Este es el objeto de la LO 8/2002, de 24 de octubre.

1.- Adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido

En cuanto a los casos en que el procedimiento de enjuiciamiento rápido es aplicable se debe distinguir el supuesto ordinario y un supuesto excepcional.

A) *Supuesto ordinario de adecuación*

La adecuación del procedimiento depende de una serie de requisitos establecidos en el art. 795.

Tres de esos requisitos han de darse de modo concurrente:

1º) La pena prevista por la ley para el tipo de delito que constituyan los hechos enjuiciados no ha de exceder de los límites previstos en el art. 795.1 LECRIM.

2º) El proceso ha de incoarse por atestado policial, con imputado, detenido o no (art. 795.1 LECRIM). Si no hubiera imputado habría que descubrirlo y, además, el proceso no podría desarrollarse sin él, porque se cuenta con su defensa desde el primer momento. Por otra parte, el propio atestado facilita la investigación de la instrucción previa.

3º) No ha de ser necesario declarar el secreto de las actuaciones (art. 795.3 LECRIM). Esa medida presupone una investigación más compleja. Además, imposibilita seguir el procedimiento previsto, dado que se cuenta con que las partes tengan conocimiento, en todo momento, de las actuaciones.

Además, junto a la concurrencia de los tres requisitos anteriores, el asunto ha de presentar alguna de las siguientes características:

a) Que los hechos constituyan algún tipo de delito de los establecidos en el art. 795.1.2ª LECRIM.

b) Flagrancia, en los términos del art. 795.1.1ª LECRIM. Esta situación facilita, obviamente, la investigación.

c) Que la instrucción sea previsiblemente sencilla.

Debo destacar, no obstante, que entre todos los requisitos, la tercera de las características alternativas últimamente citadas (art. 795.1.3ª LECRIM) acaba por dominar la adecuación del procedimiento, porque el Juzgado de Guardia puede, en diversas oportunidades del desarrollo de las diligencias judiciales, apreciar que la instrucción es compleja y excluir el procedimiento de enjuiciamiento rápido.

Mención aparte merece la norma que excluye la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido a delitos conexos con otro u otros para los que el procedimiento de enjuiciamiento rápido no sea adecuado (art. 795.2 LECRIM). Entendida la disposición a la letra significaría que si para el delito principal fuera adecuado el procedimiento de enjuiciamiento rápido, también lo sería para los conexos. Esta conclusión me parece discutible, porque la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido no sólo está en función de la gravedad del delito, de manera que estaría fundado atraer el enjuiciamiento de los conexos al procedimiento con el grado de garantía previsto para el delito más grave, sino que depende de que sea posible una instrucción sencilla. Salvo que, en virtud de las propias circunstancias materiales determinantes de la conexión, el delito conexo comparta con el delito principal la característica de la fácil investigación, no está justificado que el procedimiento de enjuiciamiento rápido sea adecuado para el enjuiciamiento del delito conexo. Y, en tal caso, o bien se desacumulan los procesos o bien la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido queda también excluida para el delito

principal.

B) *Supuesto excepcional de adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido*

Como ya se anticipó al examinar el procedimiento abreviado, este supuesto se produce por lo previsto en el art. 779.1.5ª LECRIM: se está tramitando un procedimiento abreviado y el imputado reconoce los hechos y se cumplen otros requisitos. Para dictar sentencia de conformidad, el artículo mencionado remite a la tramitación propia del procedimiento de enjuiciamiento rápido (arts. 800 y 801 LECRIM).

A diferencia del supuesto ordinario de adecuación, en este supuesto se prescinde de los requisitos del tipo de delito -no así del requisito de la limitación de pena- y del complejo requisito de la previsible sencilla instrucción. Esto último se debe, seguramente, a que el propio reconocimiento de los hechos por el imputado y el preanuncio de la conformidad simbolizan, por sí mismos, la sencillez de la instrucción.

El problema es si la remisión a los arts. 800 y 801 LECRIM debe entenderse literalmente o con los ajustes necesarios. En el primer caso, esta excepcional transformación de procedimiento abreviado en procedimiento de enjuiciamiento rápido sólo podría producirse mientras el Juzgado estuviera actuando en servicio de guardia. Eso reduce en gran medida el ámbito de aplicación del supuesto. Probablemente podría entenderse que, aunque la situación procesal necesaria se hubiera producido cuando ya el Juzgado de Instrucción hubiera finalizado sus funciones de guardia, igualmente deberían aplicarse, en lo sustancial, los arts. 800 y 801 LECRIM.

2.- Actuaciones policiales y diligencias urgentes judiciales

No voy a descender a aspectos muy específicos de los actos de investigación y de otra naturaleza que componen lo que podemos denominar la instrucción previa del procedimiento de enjuiciamiento rápido y que están regulados en los arts. 796 al 799 LECRIM. Puede ser útil tener en cuenta los “Criterios para la práctica de diligencias por la Policía Judicial en aplicación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre”, cuya publicación de ordena por Resolución de 3 de marzo de 2003, de la Secretaría de Estado de Seguridad.

Sólo quiero resaltar los rasgos generales de las técnicas de aceleración aplicadas, y, también, las limitaciones de las mismas, que se manifiestan, entre otras cosas, en las resoluciones previstas sobre la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido.

1º) La policía no sólo realiza las comprobaciones que han de constar en el atestado y cumple los deberes de información de derechos procesales al imputado (art. 796.1.2ª LECRIM) y ofendidos y perjudicados (art. 771.1ª LECRIM), sino que prepara la práctica de las diligencias judiciales en el sentido de que:

a) Remite al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia objetos e informes (sanitarios, de alcoholemia, sobre sustancias estupefacientes y de tasación de bienes) o, si no dispone de ellos al remitir el atestado, requiere a quienes deban emitirlos para que los remitan al Juzgado de Instrucción.

b) “Llena la agenda” del Juzgado de Instrucción en funciones de guardia de concretas citaciones, con día y hora, de imputado, ofendido, perjudicado y testigos

(art. 796.1.3ª y 4ª, 5ª LECRIM). Para la efectividad de esta técnica está prevista la regulación de lo necesario para que la policía tenga conocimiento de la disponibilidad de tiempo por el Juzgado de Instrucción (“Criterios para la práctica de diligencias por la Policía Judicial en aplicación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre”, cuya publicación ordena por Resolución de 3 de marzo de 2003, de la Secretaría de Estado de Seguridad; Acuerdo Reglamentario del Consejo General del Poder Judicial 272003, de 26 de febrero, BOE 10 de marzo de 2003), así como también se refuerza el deber de comparecencia que originan las citaciones policiales (arts. 797.1.3ª y 4ª y 420 LECRIM).

2º) Recibido el atestado policial, el Juzgado de Instrucción tiene la primera oportunidad de resolver sobre la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido. En efecto, a la vista del mismo, “incoará, *si procede* (la cursiva es mía), diligencias urgentes” (art. 797.1 LECRIM).

3ª) Si considera adecuado el procedimiento de enjuiciamiento rápido, el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia se limitará, durante el tiempo de la guardia, o durante su ampliación en los supuestos del art. 799.2 LECRIM:

a) A cumplir la “agenda” de citaciones preparada en el atestado (art. 797.1.3ª y 4ª LECRIM), que puede completar con otras actuaciones en que han de participar las personas citadas (art. 797.1.6ª y 7ª LECRIM) o con citaciones adicionales que puedan practicarse rápidamente (art. 797.1.8ª).

b) A examinar los objetos e informes acompañados al atestado o que hubieran sido remitidos directamente al juzgado por indicación de la policía, o, si fuera necesario, a requerir la presentación de los mismos (art. 797.1.1ª y 2ª LECRIM).

c) A practicar cualquier otra diligencia pertinente (art. 797.1.9ª LECRIM).

Debe destacarse el limitado tiempo disponible para estas actuaciones: el de duración de la guardia, en su caso con la especialidad de los casos en que no hay servicio de guardia permanente (arts. 799 y 797.1.9ª LECRIM).

Esta limitación temporal acaba teniendo una influencia decisiva. Si el juez considera insuficientes las diligencias practicadas durante el tiempo legalmente fijado, deberá transformar el procedimiento en procedimiento abreviado (art. 798.2.2º LECRIM). Ésta es la segunda oportunidad expresa de control judicial de la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido, y, si atiende a su contexto, es precisamente idónea para valorar la sencillez o no de la instrucción.

A mi juicio, sin embargo, las oportunidades de controlar el procedimiento adecuado no se limitan a las dos apuntadas en este apartado. Debe existir una posibilidad general en los términos del art. 760 LECRIM (supletoriamente aplicable, con los necesarios ajustes -art. 795.4 LECRIM-).

3. Especialidades respecto del “auto de clasificación”

Atendido el art. 798 LECRIM, las especialidades de esta resolución de ordenación y, en su caso, sus problemas, serían estos.

1º) Previamente a la emisión del auto son oídos el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas, en una comparecencia a la cual han sido citados, aun verbalmente, durante la guardia.

2º) En esa comparecencia se acumula el tratamiento de las cuestiones propias del “auto de clasificación” con el de las peticiones sobre medidas cautelares.

3º) Hay algunas especialidades respecto de las alternativas de decisión propias del “auto de clasificación”:

a) Como es obvio, aparece una nueva alternativa: la resolución de continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido. Obsérvese que, a diferencia del art. 779.1.4ª LECRIM, esta resolución no contiene fijación expresa de los elementos objetivos y subjetivos de la imputación. Puede pensarse que ello se debe a que no ha habido ningún cambio respecto de lo que, poco antes, en la misma guardia, el juez la deberá haber comunicado al imputado, al interrogarlo con arreglo al art. 775 LECRIM.

b) Es extraño que no se mencione la alternativa del art. 779.1.5ª LECRIM (reconocimiento de hechos y preanuncio de conformidad), aunque, realmente, si se hubiera producido la situación que da lugar a esa alternativa estaríamos ante un supuesto de resolución de continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido.

c) La resolución de transformación a procedimiento abreviado no es equivalente a la del art. 779.1.4ª. Significa que, dentro de las diligencias previas, hay que realizar otros actos de investigación necesarios, incluso a instancia del imputado, no la iniciación de la etapa intermedia, en la que sólo los acusadores podrían pedir diligencias complementarias (art. 780 LECRIM). Obsérvese que el art. 798.2.2ª LECRIM se refiere a una respuesta del juez a planteamientos de todas las partes, no sólo de las acusadoras, y, por tanto, las diligencias que se estiman necesarias pueden ser unas que interesen a la defensa.

4º) El auto de continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido es oral y se documenta en acta. Irrecorrible en cuanto resuelve la continuación (art. 798.2.1º LECRIM), pero de confusa recurribilidad en cuanto a los pronunciamientos sobre medidas cautelares, que también se contienen en el mismo (véase art. 798.3 LECRIM). Si lo que el art. 798.3 LECRIM quiere decir es que el auto de continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido no resuelve sobre medidas cautelares hasta que las partes reiteran sus peticiones al respecto cuando instan el sobreseimiento o la apertura del juicio oral, se puede estar de acuerdo. Pero, en todo caso, cuando se resuelva sobre las medidas cautelares son admisibles los recursos previstos en el art. 766 LECRIM, porque tal resolución no está exceptuada de recurso, aunque formalmente se halle contenida en el mismo auto que resuelve la continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido o la apertura del juicio (pronunciamientos que sí que son irrecorribles -arts. 798.2.1º y 800.1 LECRIM-).

4. Especialidades en las actuaciones acerca del sobreseimiento y la apertura del juicio

El régimen de fondo del sobreseimiento-apertura del juicio (presupuestos, poderes de oficio para sobreseer y vinculación a peticiones de parte) no experimenta cambios respecto al procedimiento abreviado.

Pero, si se atiende al art. 800.1 LECRIM, encontramos, en otros aspectos, las especialidades siguientes:

1º) No hay traslados y plazos para formular las correspondientes peticiones, sino que ésta han de realizarse inmediatamente después de dictarse auto de continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido. Incluso es innecesaria la citación a una comparecencia para formular estas peticiones, puesto que hay unidad de acto con las actuaciones referidas al “auto de clasificación”.

2º) También debe ser oído el imputado, y no sólo el Ministerio Fiscal y acusadores personados.

3º) El Ministerio Fiscal y los acusadores personados no pueden pedir diligencias complementarias, porque esa oportunidad la tuvieron antes de que se dictara el auto de continuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido.

4º) La petición de apertura del juicio se disocia, como en el procedimiento ordinario, de la formulación del acto de acusación, aunque la lógica impone que implícitamente éste fundamente aquella petición.

5.- Especialidades en los actos de acusación y defensa, en la proposición de prueba y preparación de juicio oral

Por afinidad de las cuestiones que plantean, conviene dividir esta materia en dos apartados.

A) Formulación de los actos de acusación y defensa

Las especialidades afectan a la forma, al tiempo y a las consecuencias de la falta de realización de estos actos. En todos estos aspectos se aplican diversas técnicas de aceleración (art. 800.2 al 6 LECRIM).

1º) Si sólo está personado el Ministerio Fiscal, puede formular la acusación oralmente, con documentación en acta, o por escrito presentado en el acto. A mi juicio, la primera forma requiere la presencia en el acto del imputado y de su abogado. Normalmente así será, porque la ley presupone la unidad de acto de las actuaciones sobre el “auto de clasificación”, el sobreseimiento-apertura y la presentación de acusación del Ministerio Fiscal. Pero si no hubiera tal presencia -dejando ahora aparte las causas y las responsabilidades- habrá que trasladar un acto escrito de acusación al acusado y su abogado.

2º) Si, con el Ministerio Fiscal, están personados acusadores no oficiales, el acto de acusación es preceptivamente escrito, en plazo de dos días. La resolución que conceda ese plazo será verbal y notificada de ese mismo modo, aprovechando la presencia en el acto del Ministerio Fiscal y los acusadores no oficiales. Pero el traslado al acusado y su abogado se ajustará a las reglas ordinarias.

3º) La falta de presentación de los actos de acusación tiene las mismas o similares consecuencias a las previstas para el procedimiento abreviado (emplazamiento de ofendidos y perjudicados y requerimiento al superior jerárquico del Ministerio Fiscal), pero aquí es indudable que, agotadas las actuaciones para que se produzca la presentación, la consecuencia es el sobreseimiento libre (art. 800.5 LECRIM).

4º) LECRIM (arts. 800.4 y 800.2, que, ahora, es útil leer en ese orden) pretende regular la presentación del acto de defensa del mismo modo, cualquiera haya sido la forma en que se haya presentado el acto de acusación (anteriores números 1º y 2º). A mi juicio, si el acto de acusación se ha formulado por escrito no tiene sentido citar a imputado y abogado para que puedan formular oralmente la defensa.

Habría, pues, que distinguir:

a) Formulada por el Ministerio Fiscal acusación oral o mediante escrito presentado en el acto con imputado y abogado presentes, estos pueden, en ese momento, conformarse, formular acto de defensa oralmente (con documentación en

acta) o con aportación inmediata de escrito, o pedir prórroga del plazo para presentar la defensa -en este caso, se les concederá plazo para presentarla ya ante el Juzgado de lo Penal-.

b) Formulada acusación por escrito que haya debido ser trasladado a acusado y su abogado -mejor, al procurador, porque, a la vista de 768, ya se ha abierto el juicio oral-, el acusado puede conformarse, presentar acto escrito de defensa o pedir prórroga para hacerlo. El plazo para que haga estas peticiones la ley olvida fijarlo y lo deberá establecer la resolución judicial que ordena el traslado.

La falta de presentación en plazo del acto de defensa tiene la consecuencia de la preclusión (art. 784.1, párrafo segundo y 800.6 LECRIM), aunque la ley entiende que hay oposición a las acusaciones y no excluye toda posibilidad posterior de proposición de prueba.

B) Preparación del juicio oral

La más destacable peculiaridad en esta materia es que el Juzgado de Instrucción ejerce unos poderes de dirección procesal que, ordinariamente, corresponderían al Juzgado de lo Penal. Pudiera decirse, vulgar y gráficamente, que, así como la policía le “llenaba la agenda” al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia, éste hace lo propio con el Juzgado de lo Penal. Para que esta técnica pueda ser efectiva se requieren medidas de coordinación (art. 800.3 LECRIM; Acuerdo Reglamentario del Consejo General del Poder Judicial 272003, de 26 de febrero, BOE 10 de marzo de 2003). En su aplicación pueden surgir problemas que brevemente comentaré.

1º) Al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia compete señalar la vista ante el Juzgado de lo Penal y citar a las partes para la misma (art. 800.3 LECRIM). No obstante, el Juzgado de lo Penal tiene potestad de aplazamiento por causa justificada (art. 802.2 LECRIM).

2º) Al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia le compete citar preventivamente para la vista ante el Juzgado de lo Penal a los testigos y peritos, pero esta potestad deja a salvo la de admisión de los medios de prueba, que corresponde al Juzgado de lo Penal (art. 800.3 y 7). Pero ¿quién indemnizará al testigo o perito que comparezca si, después, la prueba no es admitida? ¿Quién comunicará la revocación de la citación en caso de inadmisión de la prueba?

¿Procede el ejercicio de esta potestad si el acusado ha obtenido aplazamiento para el acto de defensa -y de proposición de su prueba- y ha sido emplazado para presentarlo ante el Juzgado de lo Penal? Estimo que la respuesta debe ser afirmativa, porque el art. 800.7 LECRIM se refiere a esta preparación preventiva de prueba como “que tengan intención de proponer”.

6.- Juicio oral, sentencia y recursos contra la misma

Respecto de la celebración del juicio oral y la sentencia las normas son las mismas que las del procedimiento abreviado, salvo que el plazo máximo de suspensión de las sesiones es de quince días y no de treinta (arts. 802, 788 LECRIM).

También tienen el mismo régimen que en el procedimiento abreviado los recursos (apelación y, en su caso, anulación) contra la sentencia, aunque con las reducciones de duración de los plazos previstas en el art. 803 LECRIM.

**TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN LA LECRIM
(UN COMENTARIO A LA LEY 27/2003, DE 31 DE JULIO, REGULADORA DE LA ODP DE
LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA) (*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ARTÍCULO 13 LECRIM: LA INUTILIDAD DE UNA DISPOSICIÓN GENÉRICA Y LA ESPECIFICACIÓN LEGAL DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

III. LA ORDEN DE PROTECCIÓN: PRESUPUESTOS Y CONTENIDO

1. EL ART. 544 TER.1 LECRIM Y LOS PRESUPUESTOS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

2. LOS CONTENIDOS DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

A) Medidas cautelares de carácter penal

a) Los presupuestos de la prisión provisional: incidencia de la reforma de 24 de octubre de 2003

b) La orden de alejamiento del art. 544 bis y los medios para su efectividad

B) Medidas cautelares de naturaleza civil

A) COORDINACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CIVILES EN EL SUPUESTO DEL ART. 544 TER.7 LECRIM

B) COORDINACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PENALES Y CIVILES FUERA DEL SUPUESTO DEL ART. 544 TER.7 LECRIM

C) Derechos de la víctima a prestaciones públicas de seguridad y asistenciales: función de la orden de protección respecto del reconocimiento de esos derechos

D) Deber de información a la víctima y responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia

IV. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. PARTES Y PROCEDIMIENTO

1. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

A) Jurisdicción o competencia genérica

B) ¿Competencia objetiva?

C) ¿Competencia territorial? Competencia funcional ordinaria y a prevención.

D) Competencia para la tramitación y resolución de la solicitud de orden de protección y competencia para la recepción de solicitudes

2. ADOPCIÓN DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN ¿DE OFICIO, A INSTANCIA DE PARTE, A INSTANCIA DE LA VÍCTIMA O DE OTRAS PERSONAS O ENTIDADES?

A) Las limitadas posibilidades de adopción de oficio de los diversos contenidos de la orden de protección

B) ¿A instancia de parte, a instancia de la víctima o a instancia de persona que guarde con ella determinada relación?

3. PROCEDIMIENTO Y RECURSOS

(*) Publicado en *Encuentros "Violencia doméstica"*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 397-447.

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de la violencia doméstica con vistas a su erradicación requiere el concurso de conocimientos y técnicas sociales muy diversas. Un profundo conocimiento sociológico y psicológico de sus causas y también de las que, hasta tiempos nada lejanos, conducían a una actitud social de ceguera voluntaria ante manifestaciones más que obvias de esta forma de violencia. La conformación de actitudes de respeto hacia los otros, mediante la actividad educativa en el ámbito familiar e institucional. Y no menos en la función educativa -no por poco formalizada, menos incisiva- que asumen los medios de comunicación en nuestra sociedad. La previsión, en fin -antes de entrar en las técnicas más próximas a mi competencia- de un adecuado sistema de prestaciones sociales o estrictamente públicas, que contrarresten las causas y, en todo caso, que palien los efectos de las conductas de violencia doméstica.

El tratamiento de estas conductas con técnicas propiamente jurídicas implica también, a su vez, a diversas ramas del Derecho. Desde el Derecho civil, particularmente en cuanto al régimen de las relaciones de estado civil y otras análogas, hasta el Derecho penal.

En todo caso, estos tratamientos jurídicos siempre necesitan del proceso y de la potestad del juez para ser aplicados en los casos concretos. Por las características de las conductas que son merecedoras de estos tratamientos no parece que, en general y en principio, deba postularse para las mismas la aplicación de modos no judiciales de solución de las situaciones litigiosas a las que dan lugar.

Por otra parte, conviene dejar apuntadas dos consideraciones sobre las peculiaridades del tratamiento jurídico-procesal de la violencia doméstica frente a los tratamientos jurídicos de otra naturaleza:

1ª) Valoraciones de severidad o de lenidad en la respuesta jurídica frente a las conductas que consideramos son apropiadas cuando se considera su tratamiento civil y penal, no tanto respecto de su tratamiento procesal. Los parámetros de valoración de éste son los de la independencia e imparcialidad del juez, las posibilidades de contradicción en condiciones de igualdad, el proceso con todas las garantías y, específicamente en el proceso penal, el derecho a la presunción de inocencia. En definitiva, las instituciones constitucionales y los derechos fundamentales que garantizan una actuación del Derecho acertada y justa. Lo que para el Derecho material es un supuesto al que se vinculan determinadas reacciones jurídicas, para el Derecho procesal es un caso concreto cuya realidad ha de ser comprobada y apreciada jurídicamente.

2ª) Lo anterior no significa que en la configuración del proceso no existan márgenes de adecuación a las necesidades de protección de quienes aparecen como víctimas de la violencia doméstica, y, por lo tanto, posibilidades de perfeccionamiento del instrumento procesal, sin que sufran sus principios y fines esenciales.

Particularmente este perfeccionamiento se observa, aunque inacabado, en la evolución reciente de nuestro proceso penal.

El punto de partida era la atribución a la víctima-como ofendido por el delito-de legitimación para ser parte acusadora, así como -en su condición de perjudicada-del derecho a acumular al proceso penal pretensiones civiles de reparación y restitución. Pero las pretensiones acumulables tenían un objeto limitado, de modo que no toda consecuencia de Derecho privado derivada de la conducta probablemente constitutiva de delito podía ser declarada por los tribunales del orden jurisdiccional penal, para conceder la tutela necesaria. La protección a la víctima frente a la eventual reiteración delictiva sólo contaba con la genérica cobertura del art. 13 LECRIM, y encontraba la dificultad de un sistema de medidas cautelares demasiado rígido -con dos únicas alternativas: prisión o libertad provisional-, en ocasiones excesivo en cuanto a la afectación de los derechos fundamentales del imputado y, si se quería eludir la anterior consecuencia, inefectivo en cuanto al fin de protección de la víctima.

La situación actual se caracteriza, en cambio, por:

1º) Una regulación de la protección de testigos -la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de peritos y testigos en causas criminales-, que, ciertamente, no tiene su aplicación limitada a los procesos penal sobre hechos constitutivos de violencia doméstica, pero que autoriza medidas, como las de su art. 2, apartados b -impedir identificación visual en los actos procesales- y c -secreto del domicilio-, que pueden ser útilmente aplicados para la protección de la víctima en estos casos¹.

2º) La mejora del sistema de medidas cautelares personales mediante el nuevo artículo 544 bis LECRIM -introducido por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio-, regulador de restricciones en las libertades de residencia y de circulación orientadas a la protección de la víctima.

3º) Disposiciones sobre consecuencias jurídico-privadas en las relaciones familiares de las conductas de violencia doméstica, así como sobre el acceso de las víctimas a determinadas prestaciones asistenciales públicas, disposiciones destinadas a que el Juez de Instrucción pueda establecer una protección de la víctima en todos los ámbitos en los que esa protección es necesaria. Al mismo tiempo, se introducen regulaciones destinadas a facilitar la solicitud de medidas cautelares personales (anterior número 2º) y de las medidas que acabo de mencionar, así como a agilizar el procedimiento en el que el Juez ha de resolver sobre las mismas.

Lo que acabo de mencionar sintéticamente en el número 3º es el contenido de la última intervención legislativa en materia procesal respecto de conductas de violencia doméstica: la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

La importancia de esta Ley, su novedad y el interés general en que sea efectiva para los fines que se propone -lo que hace conveniente reflexionar sobre su interpretación- justifican que esta ponencia se destine estrictamente a su comentario.

¹ Sobre las medidas que autoriza esta ley puede verse, ORTELLS RAMOS, M., “Comentario y desarrollo de la Ley de protección de peritos y testigos”, en *La protección de testigos y peritos en causas criminales*, ed. ROBLES GARZÓN, Málaga, 2001, págs. 163-178.

II. ARTÍCULO 13 LECRIM: LA INUTILIDAD DE UNA DISPOSICIÓN GENÉRICA Y LA ESPECIFICACIÓN LEGAL DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La Ley 27/2003 no ha podido eludir la necesidad de reformar el art. 13 LECRIM para complementar la remisión -que introdujo en esta disposición la reforma de LECRIM operada por la Ley Orgánica 14/1999- al nuevo art. 544 bis LECRIM, con otra remisión a la llamada orden de protección, regulada por el novísimo artículo 544 ter.

La razón por la que el art. 13 LECRIM ha tenido un papel en esta materia es meramente circunstancial.

Era el único precepto que apoderaba en términos genéricos para proteger a los ofendidos y perjudicados por el delito. A falta de una más específica cobertura legal, algunos jueces y, de modo muy definido, la Fiscalía General del Estado, en su Circular número 1/1998, de 24 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, estimaron que podía amparar la adopción judicial de restricciones a la libertad de circulación o de residencia del imputado, sin llegar a la privación de su libertad.

No obstante, esta tesis sólo podía aceptarse con la provisionalidad que, expresamente, se reclamó al formularla². Para la regulación, además restrictiva, de unos derechos fundamentales, como los derechos a la libertad de residencia y de circulación por el territorio nacional (art. 19 CE)³, se requería ley orgánica (art. 81.1 CE) que estableciera los presupuestos y el alcance de las limitaciones a aquellos derechos, como, en definitiva, vino a hacer la Ley Orgánica 14/1999, con la introducción del nuevo art. 544 bis LECRIM.

El art. 13 LECRIM hubiera podido quedar intacto en la reforma de 1999. La real y verdadera innovación normativa era la del art. 544 bis, que apoderaba al juez, con plena validez constitucional, para adoptar medidas restrictivas de los derechos fundamentales del art. 19 CE.

El legislador optó por incorporar al art. 13 una remisión “didáctica” al art. 544 bis -lo que, por cierto, no excluye la aplicación de este último fuera de las “primeras diligencias”-. Era ineludible ampliar la remisión una vez que el legislador ha ampliado, con la Ley 27/2003, la regulación específica de la protección de las víctimas de ciertas clases de delitos.

² En efecto, en la Circular número 1/1998, de 24 de octubre, se decía que “hasta que el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de septiembre de 1998, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, se plasme en derecho positivo, cabe señalar que la vigente regulación en la LECRIM de las medidas cautelares, que toma como eje central de las mismas la alternativa libertad-prisión, no debe, sin embargo, impedir la actual consideración de otras posibles medidas que pueden revestir una enorme significación en este tipo de causas”.

³ BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, págs. 52-56.

La principal observación de interés práctico que suscita la interpretación del art. 13 LECRIM tal como ha quedado redactado -es decir, con sus remisiones a los arts. 544 bis y 544 ter- es la incidencia de su literalidad en la competencia para realizar las llamadas “primeras diligencias” o “diligencias de prevención”.

Es sabido que esa competencia no sólo corresponde a los órganos jurisdiccionales -que, por cierto, la tienen aunque carezcan de competencia ordinaria para conocer del asunto (arts. 307, 308 y 309 LECRIM)-, sino también a la policía judicial (art. 284 LECRIM)⁴.

Ahora bien, las medidas previstas por el art. 544 bis sólo pueden ser acordadas por un juez o tribunal y la orden de protección sólo puede ser dictada por el Juez de Instrucción o por el tribunal que conozca de la causa (art. 544 ter). Consiguientemente, para estos actos específicos de protección a la víctima la competencia para las primeras diligencias queda limitada a los órganos jurisdiccionales mencionados.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la policía judicial carezca de toda competencia en la materia. Por un lado, sigue teniendo las competencias que están cubiertas por la genérica expresión “proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo (el delito), a sus familiares o a otras personas”. Por otro lado, tiene específicamente las competencias de información a la víctima acerca de la solicitud de la orden de protección (art. 544 ter.3, párrafo segundo) y de recepción y transmisión urgente de la misma al Juzgado de Instrucción (art. 544 ter.3, párrafo primero).

En fin, la policía judicial sigue investida de la potestad de detener (art. 492 LECRIM). Lo que ocurre es que los presupuestos de la detención no están configurados, al menos en la letra del art. 492 LECRIM, de modo que esa medida pueda ser utilizada para proteger a la víctima frente a una eventual repetición de las conductas presuntamente delictivas.

Los presupuestos del art. 490.1^{o5} y 2^{o6} -que atribuyen potestad de detener a la policía por la remisión del art. 492.1^o LECRIM- son adecuados para que la medida cumpla una función de protección, porque su finalidad preferente parece ser la de evitar que se consuma la conducta aparentemente delictiva o que continúe su realización⁷. No obstante, las posibilidades prácticas de ejercitar la potestad de detener con base en estos presupuestos son escasas, porque para ello es necesario que los funcionarios policiales actúen ante la flagrancia del delito o, al menos, de actos preparatorios ya punibles⁸.

⁴ ORTELLS RAMOS, M., *El proceso penal abreviado*, Granada, 1997, pág. 104.

⁵ “1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo”.

⁶ “2.º Al delincuente in fraganti”.

⁷ ORTELLS RAMOS, M., “Detención, retención y *habeas corpus*”, en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Santiago de Compostela, 1995, pág. 84.

⁸ BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, págs. 295-297; DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1997, págs. 78-98.

Los presupuestos de la detención previstos en el art. 492.3º y 4º -en particular, la relevancia, para acordar la detención de que “los antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando sea llamado por la autoridad judicial”- revelan que la única función que la ley considera expresamente es la de garantizar que el detenido será puesto a disposición del juez para que éste pueda decidir, con efectividad, sobre la situación personal del imputado⁹.

No obstante -aunque sin base precisa en el art. 492¹⁰- se ha sostenido en nuestra doctrina que -obviamente con el concurso del presupuesto de la probable responsabilidad penal del imputado- evitar la reiteración concretamente probable de la conducta delictiva constituye presupuesto de la detención policial¹¹, tanto de su inicial adopción, como de su mantenimiento durante el plazo máximo legal hasta la puesta a disposición judicial.

Los problemas derivados de la configuración legal de los presupuestos de la detención y la falta de potestades de la policía judicial para adoptar medidas idóneas de protección personal de la víctima, alternativas a la privación de libertad -en el caso de la policía, la detención por sus causas legales-, aconsejan que los atestados sean remitidos al Juzgado con especial celeridad, para que éste pueda adoptar las medidas de protección más apropiadas.

III. LA ORDEN DE PROTECCIÓN: PRESUPUESTOS Y CONTENIDO

El objetivo principal de la reforma de julio de 2003 es, como dice su Exposición de Motivos, “una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de orden civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a u situación de especial vulnerabilidad”.

Ese objetivo pretende alcanzarse con un instrumento que la ley ha denominado “orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”. Ésta se adopta mediante una resolución judicial con un contenido determinado (principalmente art. 544 ter.5, con remisiones), con unos presupuestos específicos (el apartado 1 del art. 544 ter induce a error, porque, contra cierta apariencia, no es el único precepto que los formula) y -ésta es una característica casi tan esencial como la propia orden- que puede ser dictada en un procedimiento con especiales características de simplicidad y de

⁹ BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, págs. 292-293, 314; DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1997, págs. 166-172.

¹⁰ El art. 509.1 LECRIM -redacción de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, prevé, sin embargo que "El Juez de Instrucción o Tribunal podrá acordar la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o *que se cometan nuevos hechos delictivos*" (la cursiva es mía). Téngase en cuenta, no obstante, que el presupuesto se establece para decidir sobre la incomunicación, no para acordar la detención.

¹¹ DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, 1997, págs. 173-174.

agilidad, para hacer posible una rápida respuesta frente a las conductas que dan motivo para pedir esta resolución.

En el apartado IV consideraremos los temas de competencia y procedimiento, nunca secundarios, y menos en esta materia, como se acaba de apuntar.

En este apartado analizaremos en qué medida y en qué sentido el régimen de la orden de protección -de sus presupuestos y de su contenido o efectos jurídicos- constituye ese instrumento unitario y completo de protección de las víctimas de violencia doméstica.

1. El art. 544 ter.1 LECRIM y los presupuestos de la orden de protección

El art. 544 ter.1 parece establecer la completa regulación de los presupuestos de fondo de la orden de protección.

El Juez deberá dictarla si:

1º) Existen indicios fundados de la comisión de un delito o falta de características determinadas y contra las personas mencionadas en el art. 153 CP. Después de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la referencia hay que entenderla hecha al art. 173.2 CP.

2º) Resulta una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección.

No obstante, esta primera impresión queda inmediatamente desmentida, en sentidos muy diferentes, cuando se consideran -aunque sea superficialmente- los diversos contenidos de la orden de protección.

Ésta -dice el art. 544 ter.5- “confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, para la concesión de la protección en todos esos ámbitos esta disposición, por una parte, no hace tabla rasa de los presupuestos de fondo propios de cada clase de medidas que integran el complejo contenido de la orden, y, por otra parte, tampoco añade presupuestos de fondo que antes no existieran.

En este sentido -sin perjuicio de mayor ampliación al examinar los diversos contenidos de la orden de protección- puede decirse con seguridad que:

1º) La adopción, dentro de la orden de protección, de medidas cautelares de orden penal dependerá de que se cumplan los requisitos de las mismas, que son “los establecidos con carácter general en esta Ley” (art. 544 ter.6). Pasan, pues, a constituir presupuestos de fondo de la orden de protección, en cuanto a este contenido, los presupuestos de las medidas cautelares previstas por la LECRIM.

Hay, no obstante, en este punto dos reales o aparentes novedades.

La primera, la expresa previsión de que tales medidas se adoptarán “atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de las víctimas”. Para estimar que esto es normativamente innovador, habría que sostener que los arts. 503 y 504 LECRIM -en su redacción del momento en que entró en vigor la Ley 27/2003- no

autorizaban a tener en cuenta el criterio mencionado para acordar la prisión provisional, y que tampoco el art. 544 bis lo presuponía para la emisión y concreto contenido de la orden de alejamiento. Estimo que no es así, pero volveremos después sobre la cuestión.

La segunda -real o aparente- innovación normativa deriva de que el art. 544 ter.1 no sólo establece como presupuesto de la orden de protección los indicios fundados de comisión de delito, sino también los de falta. Relacionado esto con la adopción de medidas cautelares personales penales, tal vez pudiera pensarse que, siempre que concurren los demás presupuestos necesarios, la reforma ha venido a autorizar la prisión provisional aunque los hechos sean constitutivos de falta.

Esta hipotética conclusión es errónea por dos razones. Primera, porque -como he apuntado antes- no hay cambio en los presupuestos de las medidas cautelares penales, que siguen siendo “los establecidos con carácter general en esta ley” (art. 544 ter.5). Segunda, porque una modificación que amplíe los presupuestos que autorizan la prisión provisional necesita de ley orgánica para su aprobación¹².

No obstante, la cuestión ha devenido irrelevante por circunstancias sobrevenidas, porque la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha suprimido la falta tipificada por el art. 617.2, párrafo segundo CP, para tipificar las acciones correspondientes como delito en la nueva redacción del art. 153 CP.

2º) En cuanto a las medidas de naturaleza civil (art. 544 ter.7), si se entendiera que los establecidos en el apartado 1 del art. 544 ter son nuevos presupuestos de fondo, la consecuencia sería dificultar la adopción de medidas provisionales previas o de medidas de protección de hijos no emancipados (art. 158 CC). Después volveré sobre esto, pero puedo avanzar que el significado del apartado 1 del art. 544 ter es solamente el de atribuir jurisdicción (competencia genérica) a prevención a un órgano del orden jurisdiccional penal, sobre materia que, ordinariamente, está atribuida a los tribunales del orden jurisdiccional civil.

3º) Para conocer la relevancia de los presupuestos del art. 544 ter respecto de las “medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico” hay que conocer el régimen al que sujetan tales medidas las normas que las establecen. Después realizaremos una aproximación a la materia. Puede avanzarse que si la medida está subordinada, por ejemplo, al presupuesto de una determinada capacidad económica de la víctima, el art. 544 ter.1 no autoriza a prescindir de ese presupuesto. Otra es la cuestión -que después trataremos- de la eficacia jurídica de la orden de protección respecto de esta clase de medidas.

A mi juicio, la heterogeneidad de los contenidos de la orden de protección, de los efectos jurídicos que la misma está dirigida a producir, aconseja tratar de los presupuestos de fondo de cada clase de medidas en relación con cada una de las mismas.

¹² BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, págs. 209-213.

2. Los contenidos de la orden de protección

El art. 544 ter transmite la impresión de que, también desde el punto de vista de su contenido, de los efectos jurídicos que producirá, la orden de protección es un acto del juez de carácter unitario, aunque de contenido plural. Eso se deduce de la propia expresión, en singular, de orden de protección, la cual es solicitada (art. 544 ter.3), y, en su caso, acordada mediante una resolución en forma de auto (art. 544 ter.4, párrafo cuarto). También apoya la idea mencionada que esa orden, acordada mediante un auto, es la que “confiere el estatuto integral de protección” compuesto por medidas de diversas clases.

Igualmente aquí la técnica legislativa empleada en la Ley 27/2003 induce a confusión, al menos en una primera aproximación al texto legal.

Lo que realmente ocurre, o puede ocurrir, con el aparente carácter unitario de la orden de protección es lo siguiente:

1º) Que, en el auto que la dicte, no haya pronunciamiento sobre medidas cautelares personales penales, porque el juez ya las hubiera adoptado en otro momento de la causa y no estime procedente modificarlas. Lo dice expresamente el art. 544 ter.4, párrafo cuarto, respecto de las medidas del art. 544 bis. Pero ocurre exactamente lo mismo con la prisión provisional y con la libertad provisional (art. 539 LECRIM).

2º) Que tampoco haya pronunciamiento sobre medidas de naturaleza civil instrumentales de un proceso matrimonial, porque ya hubieran sido acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil (art. 544 ter.7, párrafo primero).

3º) A pesar de lo anterior puede tener sentido el contenido de la orden de protección relativo a las medidas de asistencia y protección social. No obstante, respecto de esta clase de medidas, la eficacia jurídica de la orden de protección requiere importantes precisiones, que conducirán a rectificar la apariencia de que la orden de protección significa la imposición a las Administraciones públicas competentes del deber concreto de realizar determinadas prestaciones a favor de la víctima de violencia doméstica. Con lo cual las “medidas de asistencia y protección social” son real y efectivamente acordadas -y no sólo llevadas a la práctica- por una Administración pública.

4º) Y también puede tener sentido *per se*, con independencia de que no se adopten medidas de otro orden, el deber de información a la víctima implícito en la orden de protección -el art. 544 ter.9 dice, en efecto, que “La orden de protección implicará el deber de informar...”-.

La Ley 27/2003 tiene como objetivo perfeccionar la protección de las víctimas de violencia doméstica. Uno de los medios imprescindibles para alcanzar el objetivo era coordinar las actuaciones destinadas a la protección en el momento crítico en que, si falta coordinación, es objetivamente previsible la continuación o el agravamiento de los daños causados por la acción probablemente constitutiva de delito.

Pero el objetivo esencial sigue siendo el de la protección. De modo que si, fuera del procedimiento de la orden de protección, ya se hubiera resuelto sobre algunas medidas que, con arreglo al criterio de coordinación, habrían de integrarse en la orden,

ello no puede ser obstáculo para que la orden de protección pueda ser solicitada y eventualmente dictada para la producción de otros efectos que le son propios.

Vamos a analizar, a continuación, los diferentes contenidos posibles de la orden de protección, lo que, como ya advertimos, requerirá considerar los específicos presupuestos de cada uno. También es adecuado tratar ahora, en cuanto sea necesario, de los medios para la “ejecución” o cumplimiento forzoso de los contenidos de la orden de protección, porque tanto o más que lo que el juez puede acordar, importa la efectividad de lo que ha decidido frente a las conductas elusivas del sujeto pasivo.

A) Medidas cautelares de carácter penal

La regulación de la orden de protección no ha comportado el establecimiento de nuevas medidas cautelares en el proceso penal, ni ha alterado sus presupuestos y efectos.

El auto que resuelve sobre la procedencia de la orden de protección solicitada, resolverá también “sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore” (art. 544 ter.4, párrafo cuarto), de manera que, si estima la solicitud, la orden conferirá “un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden (civil y) penal contempladas en este artículo” (art. 544 ter.5, párrafo primero).

Pero la verdadera clave de las medidas cautelares penales que pueden ser acordadas con la orden de protección está en el apartado 6 del art. 544 ter.

De la última disposición mencionada se deduce que el juez podrá adoptar, de acuerdo con sus respectivos presupuestos y con arreglo al régimen jurídico ya establecido por la LECRIM, la prisión provisional, o la libertad provisional, y, de modo alternativo con la primera, pero concurrente con la segunda, la orden de alejamiento con las diversas configuraciones que autoriza el art. 544 bis LECRIM.

Ahora bien, aunque las medidas cautelares penales que pueden adoptarse sean las que han quedado mencionadas, si la materia se considera no desde la perspectiva de las funciones cautelares que han de cumplirse en el proceso penal, sino desde el punto de vista de la protección de la víctima, las únicas medidas que tienen interés son la prisión provisional y la orden de alejamiento. La libertad provisional no tiene por finalidad evitar la reiteración delictiva, ni está configurada para alcanzar ese objetivo, sino sólo para garantizar que el imputado se mantendrá a disposición del tribunal para la realización del proceso y para la eventual ejecución (arts. 530, 531, 532, 535 y 537 LECRIM).

a) Los presupuestos de la prisión provisional: incidencia de la reforma de 24 de octubre de 2003

La adopción de la medida cautelar de prisión provisional dependerá, de acuerdo con lo dicho antes, de que concurren en el caso concreto los presupuestos establecidos en los arts. 502 y 503 LECRIM -en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional-.

Esta reforma ha resuelto problemas que afectaban a la antigua regulación de la prisión provisional.

En primer término, intenta dar respuesta a la deficiente regulación general de los presupuestos de la prisión provisional, que indujo a la STC (Pleno) núm. 47/2000, de 17 de febrero, a plantear cuestión de inconstitucionalidad de los arts. 503 y 504 LECRIM.¹³

En segundo lugar, el fin constitucionalmente legítimo de la prisión provisional que tiene relevancia en la materia que nos ocupa es el de evitar la reiteración delictiva y, con ello, que la víctima quede expuesta a ulteriores agresiones. Pues bien, este fin no se hallaba expresamente reconocido en la antigua redacción de los arts. 503 y 504 LECRIM, cuyas referencias a la frecuencia de comisión de hechos análogos parecen más relacionadas con (ilegítimos) fines de prevención general, que con la protección a las víctimas.

No obstante, este segundo problema no constituía obstáculo para que la prisión provisional fuera acordada con fundamento en el riesgo de reiteración delictiva.

La doctrina suele rechazar esta finalidad de la prisión provisional, porque nada tiene que ver con las funciones cautelares de esa institución y la convierten, sustancialmente, en una medida de seguridad. Además predelictual, porque aún no se ha dictado sentencia de condena por los hechos objeto del proceso en el que se ha decretado la prisión provisional¹⁴.

¹³ Las razones las revela principalmente el fundamento jurídico 5º de la sentencia: “La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto «prima facie», que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999, de 5 de abril, F. 4 y 5. Pero, a esa insuficiencia se añaden, en el presente caso, otras posibles tachas de inconstitucionalidad. En efecto, según una interpretación usual del párrafo segundo del art. 504 que, dado que ni siquiera han respondido a las razones constitucionales aducidas por el recurrente, parece ser la aceptada en este caso por los órganos judiciales, el mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar, pese a que de sus circunstancias personales se deduzca que no hay riesgo de fuga y que no concurre ninguno de los demás fines legítimos, que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad, ésta ha de acordarse necesariamente en algunos casos. De entre ellos, merece una especial consideración la alarma social producida por el delito, a la que se hace referencia en las resoluciones impugnadas. Porque, como dijimos en la STC 66/1997 (de 7 de abril, F. 6), y reiteramos en la STC 98/1997 (de 20 de mayo, F. 9), « con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos -la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo- y otros orígenes -la fuga del imputado o su libertad provisional-, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena -la prevención general- y ("so pena" de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa».

¹⁴ ORTELLS RAMOS, M., “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, en *RGLJ*, núm. 5, mayo-1978, pág. 455; del mismo autor, con otros autores, *Derecho Jurisdiccional*, III, Barcelona, 1993, págs. 549-550; BANACLOCHE PALAO, J. *La libertad personal*

Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH sí que considera la evitación del riesgo de comisión de nuevas infracciones como fin legítimo de la prisión provisional, entre otras razones, porque lo establece expresamente el art. 6.1, c CEDH. La consideración de este riesgo aparece en las sentencias del TEDH de 12 de diciembre de 1991 (caso Toth), 12 de diciembre de 1991 (caso Clooth), 17 de marzo de 1997 (caso Muller), 26 de enero de 1993 (caso W. contra Suiza).

También el Tribunal Constitucional acepta esta finalidad de la prisión provisional. Establece, en primer lugar, que “la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos” (STC, Sala segunda, núm. 128/1995, fundamento jurídico 3). A continuación, indica que, en cuanto a los fines, la prisión provisional “responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva (STC 40/1987)”. Esta doctrina se reitera en la STC 47/2000 antes citada.

Esta interpretación del Tribunal Constitucional, integradora de los arts. 503 y 504 LECRIM -antigua redacción- y que ha evitado su inconstitucionalidad hasta cierto momento, es la que permitía sostener que la prisión provisional podía ser acordada en caso de riesgo concreto de reiteración delictiva. En defecto de esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, habría que rechazar que el apartado 6 *in fine* pudiera justificar la adopción de la prisión provisional, porque le falta la calidad de ley orgánica, que sería necesaria para innovar los presupuestos de una medida cautelar privativa de libertad.

Esta situación normativa -insegura en una materia de tanta gravedad- ha cambiado con la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECRIM en materia de prisión provisional.

La principal innovación, con relevancia para los casos de violencia doméstica, es el expreso establecimiento, como uno de los fines que la prisión provisional puede legítimamente perseguir, del fin de “Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado” (art. 503.1.3º, c LECRIM, en su nueva redacción).

y sus limitaciones. *Detenciones y retenciones en el Derecho español*, Madrid, 1996, pág. 379; ASENSIO MELLADO, J.M., “Los presupuestos de la prisión provisional” en *Seminario sobre detención y prisión provisional*, Santiago de Compostela, 1995, págs. 111-114.

Esta configuración de uno de los requisitos de la prisión provisional potencia en gran medida el fin de protección a la víctima por varias razones:

1ª) Se prevé específicamente ese fin, destacándolo dentro del más genérico de evitar la reiteración delictiva.

2ª) Se facilita la adopción de la prisión provisional con este fin, porque se excluye la aplicación de los límites mínimos de duración de la pena que se imponen cuando los fines perseguidos por la prisión provisional son otros previstos por la ley.

3ª) La duración de la prisión provisional acordada para la protección de la víctima no está sujeta a límites tan precisos como cuando los fines son otros¹⁵, por lo que deberá entenderse que, como establece el nuevo art. 504.1 LECRIM, durará “en cuanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”.

Tanto en la situación normativa anterior a la Ley Orgánica 13/2003, como tras la entrada en vigor de ésta, la adopción de la prisión provisional con la específica finalidad de evitar nuevas agresiones a la víctima, requiere que la resolución judicial no se base en meras hipótesis o conjeturas, sino que exprese una motivación concreta de por qué la medida es procedente para alcanzar ese fin constitucionalmente legítimo.

Ya la STC 128/1995 advirtió que

“más allá de las menciones del apartado segundo del artículo 17 a la autoridad judicial y más allá de la regulación que de los aspectos formales de la prisión

¹⁵ En efecto, el art. 504 del proyecto tiene la siguiente redacción: “1. La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.

2. Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en el párrafo a) del ordinal 3.º del apartado 1 o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el Juez o Tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses, si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años.

Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

3. Cuando la prisión provisional se hubiere acordado en virtud de lo previsto en el apartado 1.3.º b) del artículo anterior, su duración no podrá exceder de seis meses.

No obstante, cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o el secreto del sumario, si antes del plazo establecido en el párrafo anterior se levantara la incomunicación o el secreto, el Juez o Tribunal habrá de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional.

4. La concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que esta se acuerde en el caso de que el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del Juez o Tribunal.

5. Para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el imputado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa.

Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia.”

provisional hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial -entendida en el doble sentido de explicitación del fundamento de Derecho en el que se basa la decisión y, sobre todo, del razonamiento seguido por el órgano judicial para llegar a esa conclusión- y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas. De este modo, amén de al genérico derecho a la obtención de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (SSTC 66/1989, fundamento jurídico 5.º; 9/1994, fundamento jurídico 6.º; 13/1994, fundamento jurídico 6.º), en este supuesto de afección judicial al objeto del derecho, la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma”.

Y el art. 506.1 LECRIM -en su nueva redacción- dispone que “El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción”.

b) La orden de alejamiento del art. 544 bis y los medios para su efectividad

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la prisión provisional también ha sentado que esta medida ha de ser de aplicación excepcional y subsidiaria (STC 128/1995, FJ 3º; STC 47/2000, FJ 7ª). El nuevo art. 502.2 LECRIM deja clara esta característica: “La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional”.

La libertad provisional, tal como es configurada por la LECRIM, no puede ser esa medida menos incisiva sobre el derecho de libertad del imputado, que debería adoptarse -por aquella regla de supletoriedad- de modo preferente a la prisión provisional. No puede serlo, porque de todos los fines que -en verdad de un modo drástico- persigue la prisión provisional, la libertad provisional sólo está en condiciones de satisfacer el fin de que el imputado se mantenga a disposición del tribunal.

Para que no queden inermes derechos e intereses dignos de protección y, simultáneamente, la prisión provisional pueda tener el carácter subsidiario que le corresponde por la afectación que implica al derecho fundamental de libertad, es necesario que el ordenamiento prevea otras medidas cautelares que no afecten a ese derecho fundamental o no lo hagan tan intensamente, y que, además, sean efectivas para alcanzar los fines perseguidos.

En este aspecto supuso un importante progreso en el sistema de medidas cautelares penales la orden judicial de prohibición de residencia o de circulación por determinados lugares o de aproximación a determinadas personas, regulada en el art.

544 bis LECRIM¹⁶, y aplicable en los procesos penales por hechos constitutivos de violencia doméstica, por el encuadramiento del tipo del art. 153 CP en el título que comprende los delitos de lesiones¹⁷.

La Ley 27/2003 no ha modificado el régimen jurídico de la orden de alejamiento, salvo en lo que se refiere a los aspectos procedimentales, como veremos después.

No considero que sea un cambio que el art. 544 ter.6 establezca, en general respecto de las medidas cautelares penales, que se adoptarán “atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima”, mientras que el art. 544 bis hace depender el acuerdo de la orden de alejamiento de que “resulte estrictamente necesario para el fin de protección de la víctima”. A pesar de los adverbios de modo, el canon sigue siendo el de la necesidad de protección de la víctima, con los márgenes de error razonables inherentes a toda previsión de conductas futuras.

Los cambios se han producido, no obstante, indirectamente por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Específicamente se han producido en los sentidos y con los alcances siguientes:

1º) Se amplían los supuestos en que puede acordarse la orden de alejamiento al tipificar como delito -en la nueva redacción del art. 153 CP- conductas constitutivas de falta, tipificadas en el art. 617, párrafo segundo CP -que se deroga- y en el art. 620, párrafo primero, nº 1º CP -la acción típica queda incluida en el art. 153 CP, cuando el sujeto pasivo es una de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP-.

Queda eliminada¹⁸ así la duda que planteaba que el art. 544 bis, párrafo primero, sólo previera la orden de alejamiento para delitos, a pesar de que el último párrafo del art. 57 CP estableciera limitadamente una pena accesoria de prohibición de acercamiento para determinadas faltas.

2º) Se amplían en sentido material las situaciones de hecho en las que puede acordarse la orden de alejamiento, porque se tipifican como delito no sólo acciones caracterizadas por la habitualidad -que ahora se tipifican en el apartado 2 del art. 173 CP-, sino también algunas en las que la acción ilícita es singular y aislada -nueva redacción del art. 153 CP-.

3º) Tanto el art. 153, párrafo segundo, como el art. 173.2, párrafo segundo, establecen tipos agravados de los delitos correspondientes, constituyendo el criterio de agravación que las acciones se realicen con infracción de una medida cautelar.

¹⁶ Sobre la misma puede verse, DE LAMO RUBIO, J., “Violencia doméstica. Aspectos jurídicos”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, I, Madrid, 2000, págs. 293-355; DE URBANO CASTRILLO, E., “EL alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar”, *La Ley*, 2001, núm. 5248, págs. 1-6; MAGRO SERVET, V., “Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica”, *La Ley*, 2002, núm. 5562, págs. 1-9.

¹⁷ Sobre ciertos problemas de ese encuadramiento, MAGRO SERVET, V., “Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica”, *La Ley*, 2002, núm. 5562, pág. 3.

¹⁸ Subsiste, no obstante, el problema respecto de la falta del número 2º del art. 620 CP.

Los problemas de la orden de alejamiento no radican tanto en el régimen de sus presupuestos y del variado contenido del que el juez puede dotarla en atención a las necesidades de protección, cuanto en la efectividad de la medida, por la facilidad de su incumplimiento y por la falta de respuestas adecuadas frente a esa situación.

De dos modos se ha intentado resolver este problema de efectividad:

1º) Reforzando con unos tipos penales agravados la responsabilidad penal por los delitos de los arts. 153 y 173.2 CP, cuando la comisión de los mismos comporte, además, el quebrantamiento de los deberes impuestos por la orden de alejamiento. Así lo ha hecho la reforma del CP a la que me acabo de referir.

2º) Agravando la respuesta cautelar penal en caso de incumplimiento de la orden de alejamiento, con la adopción de medidas que impliquen una mayor limitación de la libertad personal del imputado.

Esta previsión ya la contenía el art. 544 bis, párrafo cuarto LECRIM. En cierto modo pretende reforzarla la nueva redacción que ha dado a ese párrafo la Ley Orgánica 13/2003 antes citada, que, junto a la genérica posibilidad de adoptar medidas cautelares más limitativas de la libertad del imputado, autoriza específicamente “la prisión provisional en los términos del artículo 503”, cuyo apartado 1, 3º, c, autoriza la prisión para evitar que el imputado actúe contra bienes jurídicos de la víctima. La aprobación de esta reforma no cambiará sustancialmente la situación anterior. También antes podía ser acordada la prisión provisional, aunque, obviamente, sólo en el caso de concurrir sus presupuestos¹⁹. El incumplimiento de los deberes impuestos por la orden de alejamiento significa, en todo caso, un dato adicional que apoya la previsión de reiteración delictiva y, en esa medida, contribuye a considerar concurrente este presupuesto de la prisión provisional.

Estas dos técnicas para incrementar la efectividad de la orden de alejamiento tienen un inconveniente notable respecto de la finalidad de protección de la víctima. Reaccionan frente al incumplimiento de la orden, pero no estimulan o motivan a su cumplimiento, salvo por la posibilidad de que se descubra el quebrantamiento y se desencadenen las reacciones normativas apuntadas.

Por otra parte, se plantea el problema de la prueba o acreditamiento del incumplimiento que, salvo en la peor hipótesis de que comporte la comisión de un nuevo delito contra la víctima, presenta importantes dificultades, porque se produce, normalmente, sin otra posibilidad de comprobación que no sea el testimonio de la propia víctima²⁰.

Para superar estos inconvenientes cabe apuntar unas posibilidades *lege ferenda*, y otras que, aunque no requieren reforma legal, pueden tener costes económicos significativos.

Entre las posibilidades *lege ferenda* menciono estas dos:

¹⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., “Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, Madrid, 2000, págs. 35-36.

²⁰ FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., “Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, Madrid, 2000, págs. 35-36.

1ª) El cumplimiento de los deberes impuestos por la orden de alejamiento podría ser garantizado con caución, que se perdería en caso de incumplimiento. O bien podrían imponerse multas coercitivas en caso de incumplimiento. Probablemente no se han establecido estas técnicas porque, habida cuenta de la situación económica del grupo familiar en el que se producen los hechos, no es posible compaginar la utilidad de las mismas con el deber de prestación de alimentos que incumbe, frecuentemente, a la misma persona que es sujeto pasivo de la orden de alejamiento. Con la formulación adecuada que evite la consecuencia indeseable (véase, por ejemplo, el art. 620, párrafo tercero CP) habría que considerar la introducción de estas técnicas que no restringen derechos fundamentales.

2ª) La imposición al sujeto pasivo del deber de soportar determinados instrumentos técnicos que permiten la constatación permanente de su localización y dejan constancia de los eventuales incumplimientos de la orden de alejamiento²¹.

Sin necesidad de reformas legales, sólo con los necesarios incrementos de las dotaciones policiales, con una adecuada organización de sus servicios y con la asignación a las víctimas de medios técnicos que posibiliten instar inmediatamente la protección y que la misma sea prestada con similar inmediatez²², puede perfeccionarse el grado de cumplimiento del fin de protección a la víctima.

B) Medidas cautelares de naturaleza civil

La atribución a un órgano del orden jurisdiccional penal de jurisdicción (competencia genérica) para adoptar algunas medidas cautelares de naturaleza civil previas a un proceso matrimonial o relacionadas con hijos menores, es una de las principales innovaciones normativas producidas por la Ley 27/2003.

No obstante, en esta materia habría que distinguir:

1º) Respecto de las medidas de imprecisa naturaleza²³ previstas en relación con los menores por el art. 158 CC, el nuevo art. 544 ter LECRIM no supone ninguna innovación, porque el art. 158 CC ya establecía que tales medidas podían ser adoptadas dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

2º) La novedad, en cambio, es clara y trascendente por lo que se refiere a la adopción de determinadas medidas provisionales previas a la demanda de proceso matrimonial.

²¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., “Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, Madrid, 2000, págs. 38-39.

²² FERNÁNDEZ GARCÍA, E.M., “Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, Madrid, 2000, págs. 37, 38. Sobre la utilización por la víctima de una pulsera de seguimiento y protección, que no requiere autorización judicial, véase el AAP La Rioja (Sección única) 21 febrero 2001, ARP 2001\190.

²³ HERRERO PEREZAGUA, J. F., *Tutela cautelar del menor en el proceso civil*, CEDECS, Barcelona, 1997, indica, en pág. 31, que su naturaleza no es cautelar, sino genéricamente preventiva de cualesquiera daños, con independencia de la existencia de un proceso.

En esta materia se había detectado un importante problema de coordinación, principalmente entre la orden de alejamiento que ha podido ser dictada y las medidas provisionales de asignación del uso de la vivienda familiar, de atribución de la guarda de los hijos y del régimen de visitas con los mismos. La asignación del uso de la vivienda al cónyuge respecto del que se hubiera dictado la orden de alejamiento²⁴ y el establecimiento a favor de éste de un régimen de visitas cuyo cumplimiento hiciera necesario el acercamiento al cónyuge con el que los hijos conviven²⁵, resultaban contradictorios con las prohibiciones contenidas en la orden de alejamiento.

a) Coordinación de las medidas cautelares civiles en el supuesto del art. 544 ter.7 LECRIM

Lo dispuesto por el art. 544 ter.7 LECRIM tiene la finalidad de posibilitar la coordinación de las medidas cautelares penales y civiles en la situación más grave. La situación en la que la crisis matrimonial se desencadena, entre otras causas, por hechos (probablemente) constitutivos de violencia doméstica, de modo que la víctima acude al orden jurisdiccional penal, por la mayor entidad de los bienes lesionados o puestos en peligro.

La articulación técnica de la solución establecida por el art. 544 ter.5 y 7 LECRIM es la siguiente:

1º) Modifica la jurisdicción o competencia genérica de los tribunales del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional penal (art. 9 LOPJ y leyes que especifican esa competencia), concretamente ampliando la jurisdicción-competencia genérica de estos últimos para conocer de una parte de las medidas provisionales previas a la demanda de un proceso matrimonial. En efecto, los órganos del orden penal no tenían jurisdicción en esa materia, porque la que les corresponde para conocer de la llamada acción civil derivada de delito no comprende las decisiones sobre las medidas apuntadas²⁶.

2º) La jurisdicción o competencia genérica que se atribuye al orden jurisdiccional penal se atribuye a prevención y por razón de conexión con el objeto propio del proceso penal.

No tiene jurisdicción o competencia genérica si no se ha incoado proceso penal y tampoco si ya ha sido ejercitada por los tribunales del orden jurisdiccional civil resolviendo sobre medidas previas (art. 771 LEC), coetáneas a la demanda (art. 773 LEC) o sobre medidas definitivas (art. 774 LEC). En el segundo supuesto el orden

²⁴ MAGRO SERVET, V., “Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica”, *La Ley*, número 5562, págs. 7-8.

²⁵ SERRANO ESPINOSA, G.M., “Ejecución de resoluciones judiciales en materia de Derecho de Familia. Proyección necesaria para la prevención de la violencia de género”, *La Ley*, número 5726, apartado II.

²⁶ Sobre la amplitud de los objetos procesales civiles acumulables al proceso penal, véase, JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal*, capítulo IV, pendiente de publicación; FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid, 1991, págs. 9-23; NADAL GÓMEZ, I., *El ejercicio de las acciones civiles en el proceso penal*, Valencia, 2002, págs. 105-109.

jurisdiccional penal tampoco tiene esta excepcional jurisdicción-competencia genérica en el caso de que se pretendiera instar una modificación de medidas, al amparo del art. 743 LEC, por cambio sobrevenido de las circunstancias, consistiendo ese cambio en haberse producido hechos con relevancia penal por violencia doméstica. La exclusión de la jurisdicción-competencia genérica a prevención deriva de que no está justificada como tal, dado que el titular ordinario de la jurisdicción ya ha actuado o puede hacerlo inmediatamente en un proceso que sigue pendiente ante él.

3º) La jurisdicción-competencia genérica a prevención está limitada a algunas de las medidas provisionales que el art. 104 CC y el art. 771 LEC autorizan que se adopten como medidas previas entre las previstas por los arts. 102 y 103 CC, sin que se extienda a todas ellas. Puede resolverse sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos y el de prestación de alimentos (art. 544 ter.7, párrafo primero LECRIM), pero no sobre los denominados efectos por el art. 102 CC, ni sobre otras medidas distintas a las apuntadas y que pueden ser adoptadas al amparo del art. 103.3ª, 4ª y 5ª CC. La no inclusión del efecto del art. 102.1º CC no es importante si se atiende al art. 105 CC. Las demás omisiones tal vez se explican por la escasa frecuencia con la que la adopción de tales medidas es necesaria dada la situación patrimonial de los matrimonios afectados.

La jurisdicción-competencia genérica a prevención comprende tanto el establecimiento de las medidas, como su ejecución con arreglo a lo previsto por el art. 776 LEC.

4º) La eficacia temporal de las medidas presenta en el párrafo segundo del art. 544 ter.7 LECRIM una divergencia con el régimen de los arts. 771.5 y 772. 2 LEC. De acuerdo con la primera disposición la eficacia es de treinta días, dentro de los cuales habrá de presentarse la demanda. Si se hace así su eficacia perdura treinta días más, dentro de los cuales el Juez de Primera Instancia deberá ratificarlas, modificarlas o dejarlas sin efecto. Por el contrario el régimen de la LEC no establece el segundo plazo de treinta días, sino que, una vez presentada la demanda, la eficacia de las medidas permanece, salvo resolución judicial al admitirla o petición de medidas adicionales por las partes. La letra de la LECRIM tiene el riesgo de ser interpretada en el sentido de que si el Juez de Primera Instancia incumple el plazo impropio de treinta días, las medidas acordadas por el Juez de Instrucción caducarán²⁷. Rechazo esta interpretación porque el art. 544 ter.7, párrafo segundo LECRIM también requiere resolución expresa del Juez de Primera Instancia para la extinción de las medidas, de modo que en cualquier caso se excluye la extinción *ipso iure*.

b) Coordinación de medidas cautelares penales y civiles fuera del supuesto del art. 544 ter.7 LECRIM

Con ser el supuesto previsto por el art. 544 ter.7 LECRIM el que prevé una coordinación óptima de las medidas cautelares penales y civiles, no es el único en el

²⁷ Así parece entenderlo el *Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, elaborado por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, apartado 3.3.

que la coordinación es necesaria. Incluso el propio artículo prevé que las medidas de naturaleza civil ya hubieran sido adoptadas.

Los criterios generales de coordinación deben ser, a mi juicio, los siguientes:

1º) Acordada una orden de alejamiento sus efectos se imponen frente a cualquier contenido de una medida provisional de proceso matrimonial que autorice una conducta contraria a aquella orden. No cabe decir que la orden de alejamiento resulta limitada por el contenido de esa medida, salvo que sea modificado por el juez que la dictó. De ser así también habría que entender necesaria una prohibición expresa de que el sujeto pasivo de la orden de alejamiento visitara, por ejemplo, cualquier inmueble de su propiedad situado en el círculo en que le está prohibido residir o por el que no debe transitar. Como ocurre con otras medidas cautelares o coercitivas adoptadas para los fines del proceso penal (véase art. 620 LECRIM) la finalidad jurídico-pública de protección a la víctima prepondera sobre los derechos e intereses en la relación jurídico-privada entre los cónyuges, sobre los que deciden las medidas provisionales del proceso matrimonial.

2º) Como máximo hay que entender que la adopción de una orden de alejamiento constituye una circunstancia sobrevenida relevante para que el Juez de Primera Instancia modifique alguna de las medidas provisionales que adoptó, al efecto de hacer posible la satisfacción de los fines de ambas clases de medidas cautelares -por ejemplo, ordenando las visitas a los hijos de modo que no pueda producirse acercamiento a la víctima-.

C) Derechos de la víctima a prestaciones públicas de seguridad y asistenciales: función de la orden de protección respecto del reconocimiento de esos derechos

El tratamiento de la violencia doméstica no sólo puede realizarse con medidas que priven de la libertad al presunto agresor –o se la restrinjan-, sino que también requiere medidas a favor de la víctima, actuaciones positivas dirigidas a la misma, destinadas a proporcionarle seguridad y asistencia para el normal desarrollo de su vida personal y social.

Estos deberes de prestación son de la competencia de las Administraciones públicas, tanto de la Administración General del Estado, como de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones locales. La relativa novedad de la atención social a esta situación conduce a que, en el momento presente, nos encontremos con un cuadro de prestaciones complejo y asistemático.

A título meramente ilustrativo, podemos mencionar, en la esfera competencial de la Administración General del Estado, las ayudas -incluidas las provisionales, durante la tramitación del proceso penal- que pueden obtenerse al amparo de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Más específicamente, la renta activa de inserción laboral a la que, dentro de la acción protectora por desempleo, tienen derecho los desempleados que cumplan determinados requisitos, entre los que se halla -alternativa o conjuntamente con otros- tener acreditada la condición de víctima de violencia doméstica (Real Decreto 945/2003, de 18 de julio: su art. 2 regula los requisitos para

ser beneficiarios de la renta; el art. 6 la ayuda específica por cambio de residencia para estas víctimas).

Y, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, la Ley 16/2003, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Canarias, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género, regula en sus arts. 24 al 40 diversos servicios y ayudas y, de manera directa o habilitando para ello disposiciones reglamentarias, las condiciones de acceso a los mismos. Un contenido similar encontramos en los arts. 12 al 14 y 17 de la Ley sobre esta materia de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, de 17 de mayo de 2001.

La finalidad de coordinación de las medidas de protección principalmente perseguida por la Ley 27/2003 ha conducido a vincular también a la orden de protección unos efectos respecto del reconocimiento a favor de la víctima de las variadas prestaciones apuntadas.

Pero la entidad de esos efectos requiere una explicación para eliminar confusiones que fácilmente podrían producirse.

Las normas relevantes son:

1º) El apartado 5 del art. 544 ter, según el cual la orden de protección comprenderá tanto “las medidas de orden civil y penal”, sobre las que, en efecto, sí que decide la resolución judicial, como “aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico”-y parece que sobre éstas la orden resuelve del mismo modo que sobre las medidas penales y civiles-.

2º) El apartado 8 establece que la orden de protección será comunicada a las Administraciones públicas competentes “para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole”.

A mi juicio, los apartados 5 y 8 del art. 544 ter no pueden tener el sentido de que el auto que acuerda la orden de protección impone a todas o a algunas de las Administraciones públicas competentes el deber de conceder concretas prestaciones a la víctima. De otro modo: respecto de este contenido de la orden de protección, la resolución judicial no tiene la misma eficacia jurídica que le es propia cuando decide sobre medidas cautelares penales y medidas provisionales previas a procesos matrimoniales.

Para que pudiera llegarse a la anterior conclusión sería necesario que el Juez de Instrucción recibiera una petición de condena al cumplimiento de concretas prestaciones, formulada frente a una, igualmente concreta, Administración pública. Todo ello a los efectos de su enjuiciamiento y emisión de una resolución que impusiera a la Administración su cumplimiento. En ese contexto, y obviamente de modo contradictorio con la Administración “demandada”, el Juez podría conocer el conjunto de presupuestos de los que depende el reconocimiento de la prestación de acuerdo con la norma de creación de la misma, presupuestos que no suelen limitarse a la condición de víctima de violencia doméstica del solicitante.

En esencia: en vez de un procedimiento administrativo, conducente a un acto administrativo definitivo, ulteriormente sometido al control jurisdiccional de los tribunales del orden contencioso-administrativo, podría solicitarse inmediata tutela jurisdiccional del derecho a estas prestaciones públicas, además ante los Juzgados de Instrucción, que nuevamente verían extendida su jurisdicción-competencia genérica a prevención.

Lo anterior no es, ciertamente, un imposible jurídico. En una materia distinta y distante respecto de la que nos ocupa -pero en cuya regulación también se perseguía un objetivo de máxima eficacia- como es la de suspensión de contratos de trabajo y despidos colectivos en caso de concurso del empresario (art. 64 Ley Concursal, en relación con los arts. 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores), la ley ha prescindido de la previa decisión de la Administración laboral, atribuyéndole directamente al Juez (de lo Mercantil, en este caso) la resolución sobre los correspondientes efectos jurídicos. No obstante, esto no es lo que ha hecho la Ley 27/2003, porque para ello le faltan piezas absolutamente imprescindibles (formulación de pretensiones concretas, frente a una Administración concreta que debería ser admitida a contradicción).

¿Cuál es, entonces, el verdadero cambio normativo operado por las dos disposiciones mencionadas?

A mi juicio, además de la mejora de los procedimientos de comunicación entre órganos jurisdiccionales y Administraciones públicas, para facilitar el recíproco conocimiento de las medidas adoptadas en los respectivos ámbitos de competencia -lo que, bien mirado, no requería leyes, sino reglas de actuación adecuadas y medios-, estas disposiciones implican:

1º) Que la orden de protección vincula a las Administraciones Públicas en el reconocimiento de las prestaciones, al menos por lo que se refiere a la constatación y apreciación de que el solicitante es víctima de hechos constitutivos de violencia doméstica, sin perjuicio de que esas Administraciones ejercerán libremente su competencia para constatar y apreciar los demás presupuestos condicionantes del otorgamiento de la prestación.

2º) Lo anterior no excluye que las Administraciones competentes, de acuerdo con la regulación del procedimiento para reconocer la prestación, admitan otros medios de acreditamiento de la condición de víctima de violencia doméstica²⁸.

D) Deber de información a la víctima y responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia

Es también contenido de la orden de protección “el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas” (art. 544 ter.9 LECRIM). Este precepto no hace más que especificar un deber ya establecido por el art. 109, párrafo cuarto LECRIM, según el cual el Juez asegurará a las víctimas de los delitos

²⁸ Por ejemplo, ese otro modo de acreditamiento es necesario en la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias, porque sus artículos 23, 27 y 28 reconocen prestaciones por simple riesgo -no actualizado- de violencia doméstica.

comprendidos en el art. 57 CP la comunicación de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

De la expresión “la orden de protección implicará” se deduce que no es necesario que el auto que dicte la orden de protección resuelva expresamente establecer ese deber de información. Basta que la orden de protección haya sido dictada para que el deber de información exista, porque concurre el presupuesto establecido por la ley.

La ley no precisa quién debe dar la información y de qué forma debe hacerlo. A mi juicio, suministrar la información es función de la oficina judicial, aunque alguna duda plantea que, para extender la información a la situación penitenciaria, la orden de protección deba ser comunicada a la Administración penitenciaria, lo que permite entender que en algunos supuestos debe ser ésta la que cumpla el correspondiente deber. En cuanto a la forma, basta cualquiera que sea efectiva y que deje constancia de la realización del acto, porque al no tratarse de un acto de comunicación a una parte procesal a los efectos de su actuación en el proceso, no hay razón para requerir la aplicación del régimen de los actos de comunicación procesales.

¿De qué debe informarse? El apartado antes reproducido del art. 544 ter dice que de la situación procesal del imputado y del alcance y vigencia de las medidas cautelares frente al mismo. A mi juicio, la función del deber de información se relaciona específicamente con la segunda cuestión, más que con la primera. Con este deber se trata de prevenir a la víctima para que adopte medidas de autoprotección o solicite medidas de protección.

Otra cuestión es la del destinatario de la información. Lo es la víctima, esté o no personada en el proceso penal. La información se produce a efectos distintos de la actividad procesal, y de forma y con consecuencias diferentes. En caso de personación, las resoluciones y otros actos procesales se notificarán al abogado o al procurador, en la forma establecida por la ley procesal, para el ejercicio de las posibilidades procesales propias de la parte y con incidencia -en caso de incumplimiento de requisitos legales- sobre la validez de los actos procesales. La información a la víctima es personal, sin específicas formalidades y sin repercusiones sobre la validez de actos procesales.

Última cuestión a examinar en esta materia es la de las consecuencias de la omisión del deber de información. A mi juicio, lo único que daría entidad jurídica a este deber de información sería considerar que su incumplimiento, en caso de que la víctima sufra nuevas agresiones a manos del mismo autor, es un elemento para apreciar la responsabilidad de la Administración. Establecido el deber respecto de los órganos jurisdiccionales podría nacer responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 292 y siguientes LOPJ).

IV. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. PARTES Y PROCEDIMIENTO

Consideramos en este apartado la pieza que podríamos llamar más “procedimental” del régimen jurídico de la orden de protección.

En la regulación de la jurisdicción, competencia y procedimiento para solicitar y resolver sobre la orden de protección la Ley 27/2003 ha tenido presentes criterios de flexibilidad, reducción de formalidades y celeridad de tramitación, para que la resolución sea efectiva en cuanto a los fines preventivos que ha de cumplir.

El resultado ha sido una regulación caótica y difícilmente comprensible -al menos, de entrada- desde un punto de vista técnico-jurídico. Y pido que esto no sea entendido como una observación formalista, porque, sin duda, es esa técnica -con su inherente sentido práctico- la que se espera que utilicen los aplicadores de esta ley.

En lo que sigue plantearé e intentaré resolver las principales dificultades de interpretación de la Ley 27/2003 en esta materia.

1. Jurisdicción y competencia

A) Jurisdicción o competencia genérica

La resolución sobre la orden de protección corresponde a la jurisdicción o competencia genérica de los órganos del orden jurisdiccional penal. No lo dispone expresamente la ley, pero se deduce de los apartados 1 y 11 del art. 544 ter, que sólo prevé la competencia (objetiva) del Juzgado de Instrucción y del Juzgado o Tribunal que conozca de la causa (penal).

Habida cuenta del variado contenido de la orden de protección, lo anterior puede suponer que esos órganos, en cuanto a las medidas provisionales previas a la demanda matrimonial, experimenten una ampliación de su jurisdicción o competencia genérica. La ampliación se produce a prevención, por la urgencia del caso -que se revela en las situaciones del apartado 1- y porque no ha resuelto el orden jurisdiccional que, ordinariamente, tiene atribuida jurisdicción o competencia genérica en la materia.

En defecto de los supuestos que atribuyen esta jurisdicción o competencia genérica a prevención a los órganos del orden jurisdiccional penal, las actuaciones de los mismos sobre medidas provisionales previas a proceso matrimonial deben considerarse nulas de pleno derecho (arts. 9.6 y 238.1º LOPJ).

Una similar ampliación de la jurisdicción de los tribunales del orden penal, ahora frente a las potestades de las Administraciones públicas o frente a la jurisdicción o competencia genérica de los tribunales del orden contencioso-administrativo, no se produce, en cambio, en cuanto a la adopción de medidas de asistencia y protección social. Ya vimos en el apartado III, 2, C de la ponencia cuál era la eficacia de la orden de protección respecto de estas medidas.

B) ¿Competencia objetiva?

Dentro del orden jurisdiccional penal la competencia objetiva corresponde al Juzgado o Tribunal que esté conociendo de la causa.

El apartado 1 del art. 544 ter -que sólo se refiere al Juzgado de Instrucción- crea la duda acerca de si las demás clases de Juzgados y Tribunales que son competentes para las diferentes etapas del proceso penal, según el procedimiento adecuado para su tramitación, tienen competencia para acordar la orden de protección.

Esa duda la resuelve en sentido afirmativo el apartado 11 del art. 544 ter, según el cual, cuando la situación que hace necesaria la orden de protección se ha producido “durante la tramitación de un proceso penal en curso”, la podrá acordar “el Juez o Tribunal que conozca de la causa”.

No obstante, habría que puntualizar, en general, que éste no es un tema de competencia objetiva. La petición de una orden de protección no constituye un objeto procesal autónomo, para cuya resolución haya de atribuirse competencia (entonces sí objetiva) a una determinada clase de órganos de un cierto orden jurisdiccional.

Más correctamente, la petición, debate y resolución de una orden de protección son actividades instrumentales de un proceso penal. Y la atribución de competencia para conocer de las mismas se realiza en atención al órgano jurisdiccional que está ejerciendo su competencia según la etapa del proceso penal que se está sustanciando. Se trata, pues, de una competencia funcional.

Así lo demuestra el apartado 11 del art. 544 ter -que atribuye la competencia al Juez o Tribunal que conozca de la causa- y el apartado 4 del mismo artículo -que posibilita la acumulación del tratamiento de la orden de protección y el de otras actividades del proceso en curso-.

C) ¿Competencia territorial? Competencia funcional ordinaria y a prevención.

Por lo que acabo de decir, tampoco tiene sentido plantear el tema de la competencia territorial para resolver sobre la orden de protección.

En el proceso penal la competencia territorial se atribuye, en atención a determinadas circunstancias (arts. 15 y 18 LECRIM), para conocer de la instrucción previa de un proceso penal o del juicio oral -si la competencia para conocer de éste no queda determinada, sin más, en dependencia del órgano concreto que conoció de la instrucción-. El Juzgado o Tribunal que esté ejerciendo la competencia -y también el que, por estar relacionado con aquél en la organización judicial, tiene competencia para los recursos devolutivos- están investidos, cada uno de ellos en la etapa procesal de la que conocen, de la competencia funcional para tramitar y resolver la orden de protección que, entonces, se solicite.

No obstante, el art. 544 ter.3, párrafo primero *in fine* dispone que “En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquél que resulte competente”.

A mi juicio, de esta disposición pueden hacerse estas dos interpretaciones:

1ª) La duda sobre la competencia territorial se refiere -correctamente- a si ésta corresponde al Juzgado para conocer de la instrucción previa por los hechos con base en los cuales se solicita la orden de protección. Si el único dato para la atribución de la competencia es el de haber tenido noticia del delito (art. 15, párrafo primero, 4º LECRIM), el Juzgado asumirá la competencia, incoará la instrucción previa según el procedimiento que corresponda y, dentro del mismo, proveerá sobre la solicitud de orden de protección. Estas actuaciones quedarán expuestas a lo que prevé el art. 15, párrafo tercero LECRIM: “Tan luego como conste el lugar en que se hubiese cometido el delito, se remitirán las diligencias al Juez o Tribunal a cuya demarcación corresponda, poniendo a su disposición a los detenidos y efectos ocupados”.

Interpretada la disposición del art. 544 ter.3 de este modo, si el Juzgado entendiera, por constarle que las circunstancias previstas en el art. 15, párrafo primero, 1º, 2º y 3º LECRIM atribuyen la competencia territorial a los Juzgados de otro partido, que carece de competencia territorial, debería abstenerse de incoar instrucción previa y, en consecuencia, de tramitar y resolver la solicitud de orden de protección.

2ª) A los efectos de tramitar y resolver sobre la orden de protección el Juzgado puede prescindir de apreciar su competencia territorial para conocer del proceso penal sobre los hechos que dan lugar a la solicitud de la orden. Si estima que tiene esa competencia, incoará el proceso y, en su contexto, resolverá sobre la orden de protección. Pero si concluye que carece de competencia territorial, sin incoar la instrucción previa por el procedimiento adecuado, también tramitará y resolverá la orden de protección, con posterior remisión de las actuaciones sobre la misma al Juzgado que estime competente.

Una técnica similar a ésta la tiene establecida desde hace tiempo la LECRIM para la resolución sobre libertad o prisión provisional, cuando el detenido ha sido presentado ante un Juzgado que no es competente para conocer del proceso que debe incoarse (art. 499 LECRIM).

En cierto modo, una competencia funcional -en el supuesto del art. 499, para dictar los autos de libertad o de prisión; en el del art. 544 ter.3, para resolver sobre la orden de protección- es ejercida a prevención -por razones de urgencia- por un órgano que no es el titular ordinario de esa competencia funcional, porque no tiene competencia para conocer del determinado proceso penal del que son instrumentales las resoluciones mencionadas al principio del párrafo.

A mi juicio, esta segunda interpretación, que se ajusta a la letra del art. 544 ter, 3, párrafo primero y que cuenta en su favor con una análoga atribución competencial tradicional en LECRIM, es la más correcta porque, además de estos argumentos, es la que mejor satisface el fin de inmediata protección a la víctima.

D) Competencia para la tramitación y resolución de la solicitud de orden de protección y competencia para la recepción de solicitudes

La tramitación y resolución de una solicitud de orden de protección es atribución exclusiva de los órganos jurisdiccionales, con arreglo a las normas de jurisdicción y competencia que se acaban de exponer.

No obstante, para facilitar la presentación de las solicitudes la Ley 27/2003 establece que:

1º) La presentación puede hacerse, además de ante el Juzgado de Instrucción, ante el Ministerio Fiscal, la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima y los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Estas entidades deberán remitir la solicitud inmediatamente al Juzgado competente (art. 544 ter.3, párrafo primero).

El caso más frecuente, y que permitirá mayor coordinación, será el de presentación ante la policía que instruya el atestado, para que, junto con éste, sea remitida al Juzgado.

2º) Las entidades mencionadas han de informar a la víctima de la posibilidad de formular la solicitud y han de facilitarle medios para hacerlo (art. 544 ter.3, párrafo segundo).

2. Adopción de la orden de protección ¿de oficio, a instancia de parte, a instancia de la víctima o de otras personas o entidades?

Es un arcano si la orden de protección, con su complejo contenido, puede ser acordada de oficio o necesita de una instancia externa al Juez y de quién y en qué forma ha de producirse esa instancia.

La Ley 27/2003 está plagada de antinomias, algunas estridentes, y de otros notables defectos de regulación.

A) Las limitadas posibilidades de adopción de oficio de los diversos contenidos de la orden de protección

El art. 544 ter.2, párrafo primero abre con la contundente declaración de que “La orden de protección será acordada por el juez de oficio”. Pero la misma es posteriormente desmentida con diverso alcance.

Específicamente:

1º) Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces. Salvo la instancia del Ministerio Fiscal -que es coherente con lo previsto en el art. 749.2 LEC-, lo demás remite al régimen de la solicitud de medidas provisionales previas en la LEC. La actuación de oficio queda limitada a las medidas de protección del art. 158 CC, cuyo primer párrafo ya prevé, por cierto, este modo de actuación del juez.

2º) Los requisitos de las medidas cautelares penales serán los establecidos con carácter general en esta ley (art. 544 ter.6). Esto significa que la adopción de la prisión provisional indudablemente (art. 505 LECRIM, nueva redacción), pero también la decisión sobre la libertad provisional con condiciones de diferente grado de gravedad (caución e importe de la misma) -art. 539, párrafo tercero- y sobre la orden de alejamiento, a la que también es connatural esa graduación, han de ser precedidas de la correspondiente petición del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora. Este requisito -introducido en la LECRIM por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de marzo- persigue establecer formas acusatorias en la etapa de instrucción, para garantizar mejor

la imparcialidad del juez al dictar resoluciones de especial gravedad. No es razonable pensar que el art. 544 ter.2 lo quiere suprimir cuando sobre las medidas cautelares penales se resuelve en el contexto de la orden de protección.

Los únicos supuestos de actuación de oficio autorizados por LECRIM son el de imposibilidad de celebración de la comparecencia para resolver sobre la prisión provisional (art. 505.5 LECRIM, nueva redacción) y el de necesidad urgente de modificación de medidas cautelares personales en sentido agravatorio (art. 539, párrafo cuarto). En estos supuestos el juez resuelve de oficio, sin perjuicio de la posterior celebración de la audiencia según el régimen ordinario de vinculación a las peticiones de las partes acusadoras.

Consiguientemente, el pronunciamiento de oficio queda ceñido -además de a los supuestos limitados y excepcionales que se acaban de señalar- a:

1º) Los efectos de la orden de protección respecto de las medidas de asistencia y protección social. Pero recuérdese la eficacia de la orden de protección en este aspecto. Se limita a comunicar a las Administraciones públicas competentes que determinada persona es, según lo actuado, probablemente víctima de violencia doméstica. A partir de ahí, la concesión de las correspondientes prestaciones, en particular su otorgamiento de oficio o a instancia del interesado, dependerá del régimen jurídico-administrativo de las mismas.

2º) Al establecimiento del concreto deber de información prescrito en el art. 544 ter.9. Pero, a este último efecto, hablar de un pronunciamiento de oficio es excesivo, porque, como se apuntó, no es necesario que el juez se pronuncie o decida sobre ese deber. El concreto establecimiento del mismo es un efecto implícito en la orden de protección, un efecto que se origina *ex lege* una vez el auto acordando la orden de protección ha sido dictado.

B) ¿A instancia de parte, a instancia de la víctima o a instancia de persona que guarde con ella determinada relación?

Presupuesto que para buena parte de los contenidos de la orden de protección es necesaria una instancia externa al órgano jurisdiccional, las dos posibilidades que resultan de la cuestión que figura en el epígrafe son muy diferentes.

La instancia de parte requiere una personación en forma, con representación de procurador y asistencia de abogado, salvo que se trate de juicio de faltas. Obviamente la instancia también puede provenir del Ministerio Fiscal como parte del proceso penal, salvo respecto de ciertos contenidos de la orden de protección.

Diferentemente, la “instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior” -como dice el apartado 2 del art. 544 ter- no haría necesaria la personación en forma, aunque sí la ratificación personal, ante el Juzgado, de la solicitud presentada.

¿A qué modalidad de instancia externa al juez se está refiriendo la Ley 27/2003?

El apartado 2 del art. 544 ter se expresa abiertamente por la segunda. Pero, si esta disposición se confronta con lo que la ley exige para determinados contenidos -los más importantes- de la orden de protección, de nuevo surgen las dudas.

Específicamente:

1º) En cuanto a las medidas provisionales previas a la demanda de proceso matrimonial, el apartado 6 del art. 544 ter requiere instancia de la víctima o de su representante legal. No basta, pues, la de una persona que tenga con la víctima determinada relación. Por otra parte, es comprensible que no se requiera, para este contenido de la orden, personación en forma en el proceso penal. En primer lugar, se trata de instar un pronunciamiento sobre efectos de naturaleza civil. En segundo término, tampoco para la ordinaria solicitud de estas medidas ante los tribunales del orden civil es necesaria la intervención de abogado y procurador (art. 771, párrafo segundo LEC).

2º) En cuanto a la instancia necesaria para la adopción de medidas cautelares penales, el art. 505 LECRIM -nueva redacción- requiere que la misma provenga del Ministerio Fiscal o demás partes personadas. Más claramente el art. 539, párrafo tercero, exige que haya “solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora”. Salvo que entendamos que el art. 544 ter.2, párrafo primero, establece una regla especial que reconoce a las víctimas y a determinadas personas relacionadas con ellas facultad de postulación -sin intervención de profesionales forenses- limitada a las actuaciones de adopción de medidas cautelares penales -y no extensiva a cualesquiera otras actuaciones del proceso penal-, habrá que sostener que la solicitud de estas medidas o la hace el Ministerio Fiscal o se habrá de exigir personación en forma de la víctima para que su petición sea admisible.

3. Procedimiento y recursos

La solicitud de orden de protección o la iniciativa de oficio de adoptarla ha de ser tratada en una audiencia, que ha de celebrarse de modo urgente (art. 544 ter.4, párrafo primero), sobre la misma se resolverá en forma de auto (art. 544 ter.4, párrafo cuarto). Ese auto, por las razones que luego apuntaré, plantea problemas respecto de las posibilidades de recurso.

Sin duda, las cuestiones que suscita el régimen procedimental de la orden de protección son más abundantes, pero me limitaré a tratar de algunas de especial importancia.

1ª) Las actuaciones para la orden de protección pueden insertarse, con carácter instrumental de los mismos, en cualquiera de los procesos por delito previstos por la ley y en el juicio de faltas. Sólo es necesario que los hechos objeto del proceso penal puedan calificarse como delito o falta de los previstos en el art. 544 ter.1 LECRIM.

La reforma del CP por la Ley Orgánica 11/2003 arroja dudas sobre la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido. Esta ley ha modificado la tipificación de los delitos que pueden considerarse de violencia doméstica. Al antiguo tipo del art. 153 CP, que requería habitualidad, han sucedido el nuevo tipo del art. 153, en el que la habitualidad no es relevante, y el también nuevo del art. 173, en el que la

habitualidad vuelve a ser determinante. Pero el art. 795.1.2ª, a LECRIM no ha sido ajustado a esta modificación y sigue hablando de “delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 153 del Código Penal”. Una estricta consecuencia sería negar la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido en atención a la sola calidad de los hechos. Habría que fundarla en la flagrancia (art. 795.1.1ª) o en la previsible sencillez de la instrucción (art. 795.1.3ª). No obstante, ha de tenerse en cuenta que, incluido el tipo del art. 153 CP en el título de las lesiones, y considerado separadamente el delito de violencia física o psíquica habitual, continúa cumpliéndose la previsión del art. 795.1.2ª, a, y, por tanto, el procedimiento de enjuiciamiento rápido sería adecuado siempre que concurren los requisitos de penalidad y de incoación por atestado con detención o citación del imputado ante el Juzgado²⁹.

2ª) La audiencia para tratar la solicitud o la iniciativa de oficio de orden de protección puede ser -si se atiende al art. 544 ter.4, párrafos primero y segundo- una audiencia específica y -hay que pensar- que versará sobre los contenidos propios de la orden de protección, o una audiencia de celebración simultánea con alguna de las que deban señalarse en el correspondiente proceso penal. El artículo se refiere, en este sentido, a la comparecencia para decidir sobre la prisión provisional o la libertad provisional con fianza (art. 504 bis 2 -ahora habrá que entender hecha la remisión al art. 505 LECRIM, en la redacción dada por la Ley Orgánica 13/2003-), a la prevista en el art. 798 -en la que no sólo, pero también, se debate sobre medidas cautelares- y al acto del juicio de faltas.

Los criterios para optar por una u otra forma de tramitación habrán de ser, entre otros, los siguientes.

Si ya se hubiera resuelto sobre las medidas cautelares penales -tras la correspondiente audiencia, en su caso- el debate sobre la orden de protección deberá hacerse en una audiencia específica.

No obstante, si, en el supuesto anterior, se pretendiera modificación agravatoria de aquellas medidas, la audiencia sobre la orden de protección podría ser acumulada a la prevista por el art. 539 LECRIM.

Si, en el mismo supuesto, tampoco fueran solicitadas medidas de orden civil, me parece desproporcionado el señalamiento de una audiencia para resolver sobre una orden de protección cuyo contenido quedará limitado a su relevancia sobre las medidas de asistencia y protección social y al establecimiento del deber de información a la víctima. Para estos dos efectos debería bastar con lo que resulta de las investigaciones practicadas.

La audiencia, separada o acumulada, se ha de celebrar con urgencia. La ley concreta: en un plazo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud,

²⁹ Sobre la adecuación del procedimiento de enjuiciamiento rápido, ORTELLS RAMOS, M., “Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido”, en *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales*, Consejo Valenciano de Colegios de Abogados, Valencia, 2003, págs. 32-33.

aunque habrá que entender -dadas las posibilidades de presentación del art. 544 ter.3- desde la recepción de la misma en el Juzgado.

Ahora bien, estimo que lo importante es la actuación urgente. De modo que si está señalada, aunque sea fuera de las setenta y dos horas, una audiencia a la que puede acumularse el tratamiento de la orden de protección, y no es posible -por la carga de trabajo del Juzgado- señalar para un momento anterior la audiencia específica, lo procedente es aprovechar la audiencia señalada, porque de ese modo se consigue mayor celeridad que con una audiencia específica.

3ª) Sobre la orden de protección se resolverá con una resolución formalmente única y en forma de auto (art. 544 ter.4, párrafo cuarto), pero los pronunciamientos que en ese auto se pueden realizar son diversos, en correspondencia con los contenidos que el ordenamiento prevé para la orden de protección.

La cuestión es si, para determinar los recursos admisibles, hay que atender a la resolución unitariamente considerada y con independencia de sus contenidos o a los diferentes pronunciamientos que en la misma se hayan realizado.

Me parece más correcta la segunda opción. Fundamentalmente por las consecuencias absurdas o insatisfactorias que derivan de la primera. Destaco dos.

Si la orden de protección fuera dictada en un proceso ordinario por delito, aunque entre sus pronunciamientos estuviera el de prisión provisional, el auto no sería recurrible en apelación, porque ésta es admisible contra el auto que resuelve sobre la prisión provisional (art. 507 LECRIM), pero no contra cualquier auto, sino sólo contra aquellos que la ley expresamente señale (art. 217 LECRIM), entre los que no está el que se pronuncia sobre una orden de protección.

Segundo absurdo: dictado auto, en procedimiento abreviado o de enjuiciamiento rápido, que acuerde una orden de protección con medidas provisionales previas a la demanda de proceso matrimonial, sería admisible recurso de apelación (art. 766.1), a pesar de que la resolución sobre estas medidas dictada de modo ordinario por la jurisdicción civil está expresamente excluida de recurso (art. 771.4 LEC).

Para la determinación de la recurribilidad hay que atender a la clase de pronunciamientos contenidos en el auto. Aunque debo reconocer que tampoco esta salida permite evitar el absurdo. Pero ello ya no se debe a defectos de la Ley 27/2003, sino a la irracional ordenación de la recurribilidad de resoluciones interlocutorias en la LECRIM, que -dejemos ahora aparte el recurso de reforma - en sus disposiciones generales requiere norma expresa para que una resolución sea apelable (art. 217), mientras que establece la regla general inversa para la apelabilidad en los procedimientos abreviado y de enjuiciamiento rápido (art. 766.1 LECRIM).

LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DEL MF Y SUS POTESTADES EN EL PROCESO PENAL(*)¹

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. LA RELACIÓN ENTRE LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DEL MINISTERIO FISCAL Y LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES AL MISMO. 2.- LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DEL MINISTERIO FISCAL: VINCULACIÓN CON OTROS PODERES DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN INTERNA. 3.- NOBRE UNA FUTURA FUNCIÓN DE DIRECCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA. 4.- LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL POR SOBRESIEMIENTO CON IMPOSICIÓN DE SANCIONES O MEDIDAS DE CORRECCIÓN. 5.-LEGALIDAD Y “OPORTUNIDAD” EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE ACUSAR. 6.- A CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA CON LA ACUSACIÓN DEFINITIVA. 7.- EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LA CONFORMIDAD. 8.- ANA DUDA COMO CONCLUSIÓN: ¿ES INELUDIBLE CONCLUIR QUE ES NECESARIA UNA REFORMA ORGÁNICA ORIENTADA A UNA MAYOR INDEPENDENCIA DEL (Y DENTRO DEL) MINISTERIO FISCAL?

(*) Publicado en *Revista de Derecho Procesal Penal*, Nº 2, 2007, Buenos Aires, pp. 151-194.

¹ El contenido de este artículo procede, en su mayor parte, de reflexiones que he dedicado al asunto en una serie de trabajos anteriores. En concreto: *El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*, en *Justicia*, 1989, núm. 3, pág. 545-568; *Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica*, en *RDPro*, 1990, núm. 2, pág. 223-259; *Correlación entre acusación y sentencia: antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales*, en *Justicia*, 1991, núm. 3, pág. 519-550; *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica del cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*, en *Justicia*, 1991, núm. 4, pág. 775-798; *Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional*, en el volumen de Cuadernos de Derecho Judicial titulado “Medidas restrictivas de derechos fundamentales”, Madrid, 1996, pág. 15-66; Relación nacional española al tema “La justicia penal consensual en Iberoamérica” de las XVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Brasilia, agosto de 1998, relación que, con el título *Instrumentos negociales en el proceso penal español*, fue publicada en la *Revista Peruana de Derecho Procesal*, III, 1999, págs. 349-365. En los trabajos acabados de citar se puede encontrar alguna ampliación del tratamiento y mayor detalle en las referencias bibliográficas.

Por lo demás, la bibliografía española sobre la materia era y ha seguido siendo desbordante. Para una actualización de la misma me remito a MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Zaragoza, 2005, en cuyas páginas se encontrará, además de interesantes reflexiones sobre el tema, una relación bibliográfica muy completa. En el primer número (1/2007, junio/diciembre) de *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, se ofrecen diversas aportaciones en un debate sobre *¿Ministerio fiscal o juez instructor?*

1. INTRODUCCIÓN. LA RELACIÓN ENTRE LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DEL MINISTERIO FISCAL Y LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES AL MISMO.

Existe notoriamente una relación entre la configuración orgánica del Ministerio Fiscal (en adelante, MF) -en el doble aspecto de su integración o encuadramiento en alguno de los poderes del Estado y de la organización interna de la institución- y las potestades del mismo en el proceso penal, tanto si se trata de apreciar la atribución de nuevos poderes, como si se persigue revisar las reglas a las que debería someterse el ejercicio de los que ya tiene atribuidos.

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”². 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 pública.³

Aunque es obvio, debe ser recordado que los criterios para valorar posibles reformas legislativas sobre las funciones y poderes del MF en el proceso penal 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 tener principalmente en cuenta el artículo 124 Constitución Española (en adelante, CE), pero también el artículo 117.3 CE -es decir, el que establece la exclusiva atribución a los órganos jurisdiccionales de la potestad jurisdiccional- y otros preceptos que específicamente formulan esa reserva (arts. 17, 18.2, 18.3, 20.5, 22.4, y 25.1 CE). Si el MF no es un órgano jurisdiccional, no será conforme a Constitución atribuirle poderes que sean potestad jurisdiccional.

Ahora bien, así como no es discutible la inconstitucionalidad de una atribución al MF de potestad jurisdiccional, no comparto la opinión, a veces apuntada, de que el modelo de la instrucción previa judicial -uno de los principales temas afectados en el debate de los nuevos poderes del MF- sea disconforme con la Constitución. Pienso, por el contrario, que -presupuesta, en todo caso, la separación orgánica de instructor y sentenciador- el artículo 117.4 CE, al permitir 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.

² Como dice GIMENO, V., en *El Ministerio Fiscal y la Constitución*, en Comentarios a la legislación penal (dir. Cobo del Rosal), I, Madrid, 1982, pág. 328.

³ 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 Ministerio Fiscal, y por P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *El Poder Judicial* (con C. MOVILLA), Madrid, 1986, pág. 396-397.

Esto abre paso a una valoración ya no constitucional, sino de política jurídica: presupuesta la no inconstitucionalidad de la atribución al MF de ciertas nuevas funciones en el 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, por ejemplo dentro de un nuevo régimen de la instrucción previa, 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?

2. LA CONFIGURACIÓN ORGÁNICA DEL MF: VINCULACIÓN CON OTROS PODERES DEL ESTADO Y ORGANIZACIÓN INTERNA.

La Constitución y el Estatuto Orgánico del MF (en adelante, EOMF)⁴ han reavivado⁵ 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 MF, no predomina ciertamente en la doctrina la tesis de que sea una institución inserta en el Poder Judicial.⁶ Está más extendida la conclusión de su dependencia respecto al Ejecutivo,⁷ conclusión que además es valorada diferentemente por los autores.

⁴ El EOMF fue aprobado por Ley 50/1981, de 31 de diciembre, y ha sido objeto con posterioridad de diversas reformas. Los artículos del EOMF mencionados en el texto lo son de acuerdo con su contenido en el momento de cierre del trabajo (1 de septiembre de 2007). En este momento se halla en trámite parlamentario un proyecto de ley de modificación del EOMF, que no supone un cambio esencial en las disposiciones sobre régimen orgánico del MF a las que hacemos referencia. Hay una excepción. El cese del Fiscal General del Estado no podrá ser acordado libremente por el Gobierno, sino que habrá de fundarse en causas legales tasadas, cuya formulación es bastante objetiva y cuya concurrencia habrá de ser apreciada por el Consejo de Ministros, mediante acuerdo controlable por los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 31 del proyecto de ley mencionado). Como dice la Exposición de Motivos, se persigue constituir “una garantía del margen de autonomía del Fiscal General”. Me parece de menor entidad el cambio previsto por el art. 29 del proyecto de ley para el nombramiento del Fiscal General del Estado, consistente en que la persona propuesta por el Gobierno comparezca, antes del nombramiento, ante una comisión parlamentaria. Pero el proyecto de ley no dice que esa comisión deba adoptar ningún acuerdo como conclusión de la comparecencia, y menos que el mismo pueda vincular jurídicamente el nombramiento, de manera positiva o negativa.

⁵ Para información sobre el estado de la cuestión en España con anterioridad a las citadas referencias constitucional y legislativa, FAIRÉN, *La reorganización del Ministerio Fiscal*, en Temas, I, cit., pág. 483-517; M. FERNANDEZ MARTÍN-GRANIZO, *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, pág. 266-357, y núm. 11, pág. 521-661; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *El Ministerio Fiscal*, en RDProiberoam, 1979.

⁶ Sostienen, con diversos matices tesis judicialistas, J. LLOBELL MUEDRA, *El nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, en La Ley, 1982, pág. 909-912; J. APARICIO CALVO-RUBIO, *El Ministerio Fiscal en la Constitución*, en El Poder Judicial, I, Madrid, 1983, pág. 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., pág. 847-890.

⁷ En este sentido, V. FAIRÉN GUILLÉN, *El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988 (I)*, en Tapia, 1989, enero-febrero, pág. 63-73; A. PÉREZ GORDO, *Naturaleza y funciones del*

Unos adoptan frente a ella una actitud crítica, fundada en que esa posición orgánica amenaza la efectividad de los principios funcionales de legalidad e imparcialidad.⁸ Por el contrario, otros autores se muestran favorables a la vinculación del MF respecto al Ejecutivo porque éste ejerce, a través de la actuación del MF ante los tribunales, una de las manifestaciones de su función constitucional de dirigir la política interior (art. 97 CE), influyendo en que el MF postule ante los órganos jurisdiccionales en los casos en que sea necesario que estos ejerciten su potestad y el MF esté legitimado para promover ese ejercicio.⁹ Desde esta segunda postura las críticas se dirigen más bien contra que la vinculación del MF con el Poder Ejecutivo no haya recibido una expresión normativa más acabada y que elimine ciertas indefiniciones y ambigüedades.¹⁰

Sin entrar de lleno en la polémica, sí diré que muchos estudios sobre la posición del MF en la organización del Estado y sobre la organización interna de aquél, pecan de indefinición metodológica, de modo que la institución sale de ellos convertida en una entelequia.

Se avanzaría mucho en la comprensión de esos problemas si se profundizara en la configuración normativa concreta de la relación del MF con los poderes del Estado y de la organización y relaciones internas de los componentes del MF.¹¹ Adicionalmente se podría analizar -aunque ya no con métodos jurídicos, por no ser los adecuados- el efectivo funcionamiento de esa ordenación para determinar hasta qué punto se lleva a la práctica la potencialidad que encierra.

En la dirección de este último planteamiento apunto tres consideraciones sobre la configuración orgánica del MF.

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 MF tenga la calidad de órgano jurisdiccional y específicamente de la clase de los ordinarios, es decir, de órgano jurisdiccional cuyos titulares están protegidos por el régimen general de las garantías de la independencia y, particularmente,

Ministerio Fiscal en la Constitución y en su Estatuto Orgánico de 1981, en *El Poder Judicial*, III, Madrid, 1983, pág. 2347-2382, y los autores que se citan en las siguientes notas 7, 8 y 9.

⁸ MORENILLA, *El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal*, cit., pág. 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, pág. 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, pág. 2153-2175.

⁹ A. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, *El Ministerio Fiscal*, en *Documentación Jurídica*, 1985, enero-junio, pág. 227-239; E. JAURALDE MORGADO, *El Ministerio Fiscal*, en *Poder Judicial*, núm. 1, 1981, diciembre, pág. 46-48.

¹⁰ 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, pág. 1625-1645.

¹¹ Interesantes en ese sentido -aparte de otros trabajos citados en este apartado- los estudios de ALAMILLO CANILLAS, F., *El Ministerio Fiscal español (su organización y funcionamiento)*, Madrid, 1990; GRANADOS CALERO, F., *El Ministerio Fiscal (del presente al futuro)*, Madrid, 1989; SANCHIS CRESPO, C., *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Granada, 1995, pág. 25-44; SANCHIS CRESPO, C., *La estructura orgánica del Ministerio Fiscal tras la Ley 10/1995*, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 1764, pág. 81-98.

están sujetos en aspectos gubernativos al Consejo General del Poder Judicial.¹² 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 (aunque compartan constitucionalmente con ellos algunas incompatibilidades y prohibiciones: art. 127.1 CE), y, además, no están sujetos a las potestades gubernativas y administrativas del Consejo, ni pueden formar parte del mismo en su específica calidad de miembros del MF.¹³

b) Que el MF constituya una de las excepciones al principio de unidad jurisdiccional (art. 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 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 124.¹⁴

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 (art. 124.2 CE) conducen a que, dejando ahora a un lado la vinculación con el Gobierno, cada miembro del 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 (arts. 24, 25 y 26 Estatuto Orgánico del MF –en adelante, EOMF–), cuyo incumplimiento es sancionable por vía disciplinaria (arts. 62.2 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 (art. 23 EOMF), específicamente cuando ha objetado la ilegalidad de las órdenes e instrucciones (art. 27.2 EOMF), o la facultad de específica designación de Fiscales para asuntos determinados (art. 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 función del MF no es actuar la justicia, sino promover la acción de la misma en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

La tercera observación, después de descartar que el MF pueda ser calificado como órgano jurisdiccional en algún sentido, se refiere al grado de efectividad con el

¹² ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, 1999, págs. 27-38, 49-53.

¹³ 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, pág. 701-705.

¹⁴ ORTELLS RAMOS, M., *Introducción*, cit., págs. 53-56.

que el régimen orgánico del MF protege que las exigencias que derivan, para la actividad del MF, de los principios funcionales de legalidad e imparcialidad sean concretadas desde la organización interna de éste. O, contemplando la otra faceta del mismo asunto, el grado de efectividad con el que ese régimen orgánico impide o dificulta la incidencia de las directrices del Gobierno en la concreción de la actuación del MF según dichos principios.

El examen de las normas que conforman ese régimen orgánico conduce a concluir, sin duda, que la incidencia de las directrices del Gobierno no es algo jurídicamente repudiado por ese régimen, aunque, en el funcionamiento ordinario de la institución, tal incidencia se produce, principalmente, con la intermediación de la confianza del Ejecutivo en el Fiscal General del Estado -confianza manifestada en la designación para su nombramiento y en la no propuesta de su cese- y en los titulares de otros cargos directivos dentro del MF -nombrados por el Gobierno y que él mismo puede cesar a propuesta del Fiscal General-

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 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 EOMF).¹⁵

b) Aunque no se dice que el Gobierno pueda dirigir instrucciones al Fiscal General del Estado, sí puede interesar del mismo que promueva ciertas actuaciones ante los tribunales en orden a la defensa del interés público. El Fiscal General del Estado -que ya vimos cómo fue nombrado y cómo puede ser cesado- no está vinculado por aquel acto del Gobierno y debe resolver motivadamente sobre su viabilidad y procedencia, previa audiencia de un órgano colegiado (la Junta de Fiscales de Sala) (artículo 8 EOMF), cuyos componentes (art. 14.2 EOMF) han sido *todos nombrados por el Gobierno* a propuesta del Fiscal General del Estado (art. 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 Fiscal General del Estado (artículo 41 EOMF en comparación con los 39 y 40 del mismo texto), de modo que está en manos del Gobierno y del Fiscal General del Estado 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 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 dispone de cauces perfectamente efectivos de dirección del MF y puede influir, a través de ellos, en el modo de concretar tales principios en la actividad del MF. Por otra parte, también hay que dejar apuntado que el Ejecutivo, si bien como todo poder público está sujeto “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9.1 CE), no es, en nuestra estructura constitucional, el último garante de una actuación sujeta a esos parámetros, sino que tal posición corresponde a los jueces y

¹⁵ Acerca de los cambios previstos para el nombramiento y cese del Fiscal General del Estado en un proyecto de ley de reforma del EOMF actualmente en tramitación, véase la nota 4.

tribunales, cuya configuración orgánica constitucional sí que es la idónea para controlar “la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (art. 106.1 CE).

3.- SOBRE UNA FUTURA FUNCIÓN DE DIRECCIÓN DE LA INSTRUCCIÓN PREVIA.

La doctrina ha tratado de la naturaleza jurídica de la instrucción previa, llegando a conclusiones bastante diversas.¹⁶ Esta cuestión, hasta un cierto momento, podía ser considerada como meramente académica. Mientras todos los procedimientos para la instrucción previa del ordenamiento español estuvieron encomendados a jueces, no estaba en cuestión la principal consecuencia de ese problema de naturaleza jurídica; a saber: que por ser el procedimiento jurisdiccional, sólo a órganos jurisdiccionales pudiera ser atribuido (art. 117.3 CE). Tampoco había problema con el aspecto negativo del principio de exclusividad, porque el último inciso del art. 117.4 CE daba cobertura a la atribución al juez, en cuanto función desarrollada en garantía de derechos, fundamento, por cierto, que nunca le faltará a un procedimiento preliminar judicial penal.

La cuestión, sin embargo, adquirió trascendencia posteriormente como consecuencia de reformas legales y de tendencias de reforma. Primero fue una ampliación de las atribuciones de la policía en el ámbito de los suprimidos procedimientos de urgencia. La Ley 10/1980, de 11 de noviembre, en su campo de aplicación, reservaba al juez la dirección de la investigación, pero la realización de gran parte de los actos que la integran se encomendaba a la policía. La reforma de LECRIM por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, estableció el proceso abreviado, en el que era posible distinguir entre dirección judicial de la investigación y realización por la policía y, además y principalmente, se autorizó que, por lo general, los actos de investigación fueran realizados sólo por el MF.¹⁷

La reforma operada en LECRIM por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, y por la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, produjo un desconcertante retroceso en la tendencia incoada a atribuir al MF competencia de dirección de los actos de investigación.¹⁸

El nuevo art. 773 LECRIM coincide plenamente con los antiguos arts. 781 y 785 bis LECRIM, de modo que parecía poderse concluir que no se habían producido cambios en el régimen de las diligencias de investigación del MF.

¹⁶ Un resumen de las diferentes opiniones y un planteamiento personal de la cuestión puede verse en mi *Derecho Jurisdiccional*, III, Barcelona, 1993, con otros autores, pág. 126-129 y bibliografía citada al final del capítulo.

¹⁷ Véanse sobre ello mis estudios *Ministerio Fiscal y policía judicial en el proceso penal abreviado* y *Problemas de contenido y delimitación de las fases del proceso abreviado (Diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)*, ahora en *El proceso penal abreviado (Nueve estudios)*, Granada, 1997.

¹⁸ Sobre esta cuestión puede verse ORTELLS RAMOS, M., *Líneas generales de la reforma del procedimiento abreviado y del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido*, en *Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales penales*, Valencia, 2003, págs. 16-21.

Esta primera impresión no es del todo exacta. En el nuevo régimen del procedimiento abreviado ha sido alterada la eficacia jurídica de los actos de investigación del MF, de un modo tal vez inconsciente.

La anterior redacción del art. 785 bis investía al MF 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”. Esta disposición no podía entenderse referida a una instrucción de primeras diligencias, porque ni el contenido de la investigación se limitaba a lo establecido en el art. 13 LECRIM, ni se establecía una referencia temporal perentoria para remitirla al juzgado.

A esta disposición se añadía la anterior redacción del art. 789.3, al principio, cuyo significado era, sin duda, el siguiente: si la investigación practicada por el MF, sólo precisaba ser complementada mediante una investigación judicial en el caso de que materialmente fuera insuficiente para fundar acusación, era porque, desde el punto de vista jurídico-formal, aquella investigación formaba parte del material en que podían tener fundamento las resoluciones que debían ser dictadas en las diligencias previas y en la etapa intermedia, sin necesidad de repetición bajo la dirección de un Juez.

De las nuevas disposiciones del procedimiento abreviado, concretamente del conjunto de los actuales artículos 774-777, ha desaparecido la mención que hacía el antiguo artículo 789.3, párrafo primero, al caso en que las diligencias fueran insuficientes para formular acusación como justificativo de la procedencia de practicar diligencias judiciales adicionales. Ahora unas diligencias judiciales suficientes serán siempre necesarias, cualquiera sea el contenido informativo del atestado policial y de las diligencias del MF. Como, por otra parte, también se deduce del actual art. 779, comparado con el anterior art. 789.5. El primero, a diferencia del segundo, ha eliminado -en el contexto de los materiales que hay que tener presentes para dictar el “auto de clasificación”- la referencia a “cuando (las diligencias) no sean necesarias”.

En el proceso penal de menores hay una primera realización completa del nuevo modelo.¹⁹

Por otra parte hay dos pronunciamientos *lege ferenda*, muy relevantes, favorables a la atribución al MF de la dirección de la instrucción previa.

En el Libro Blanco del MF²⁰ se hace constar que

“el Consejo Fiscal, por mayoría, es partidario de que el Fiscal asuma la instrucción, siempre que antes de atribuir la instrucción al MF, se lleven a cabo importantes reformas y, en

¹⁹ La Ley de responsabilidad penal de los menores, aprobada por Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero -aunque ha tenido diversas modificaciones posteriores-, atribuye al MF la dirección y realización directa de los actos de la instrucción previa (arts. 6, 16 y 23), aunque ha de instar del juez de menores las actuaciones que impliquen restricción de derechos fundamentales (art. 23.3) y, en particular, la adopción de medidas cautelares (arts. 17 y 28); la ley establece derechos de intervención de los acusadores particulares (arts. 25 y 26).

²⁰ Editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1996. En un apartado inicial titulado “Justificación”, se hace constar el procedimiento de elaboración, debate en el Consejo Fiscal y adopción de acuerdos por este órgano respecto al contenido del Libro.

particular, se le dote de medios personales y materiales suficientes y se introduzcan en su Estatuto las necesarias garantías para preservar su imparcialidad”.²¹

En el desarrollo de las condiciones para la atribución de la potestad de dirección de la instrucción previa es conveniente resaltar la precisión de las reformas relativas a esta última, para las que el texto citado postula los siguientes criterios:

“Ser idéntica (cabe pensar que se está refiriendo a la función que debe desarrollar el MF) a la que hoy día realizan los jueces, quedando estos para autorizar medidas que supongan merma de derechos fundamentales”. Además el régimen correspondiente debería: “a) dar posibilidad a los particulares, finalizada la instrucción del Fiscal, para acudir al Juez para que realice una instrucción suplementaria si la cree necesaria. b) Las pruebas practicadas por los Fiscales deberán realizarse con conocimiento e intervención de la defensa, pudiendo ésta en otro caso acudir al Juez. c) La defensa podrá realizar a través del Juez todas las pruebas que le interese y que no sean practicadas a iniciativa del MF, que actuará más como preparador de la acusación que como instructor”.²²

Hay también en el texto un apunte bastante indefinido relativo a las acusaciones no oficiales. Se propone

“reformar la actual normativa en materia de ejercicio de acciones penales, pues si el MF no tiene el monopolio de la acusación (...), y siguen subsistiendo las acusaciones particulares y públicas, tendrían que resolverse previamente los problemas que plantea tal coexistencia, especialmente cuando el ejercicio de ambas no coincida o sean contrapuestas”.²³

También en el Libro Blanco de la Justicia²⁴ se expresa la opinión favorable al cambio de modelo de dirección de la instrucción:

“Tras el análisis de los distintos argumentos a favor y en contra de uno u otro modelo, ha de reconocerse que el modelo acusatorio puro, con una intervención judicial para la resolución de medidas restrictivas de derechos fundamentales y control de garantías, es deseable y digno de todo elogio. Ahora bien: a la hora de poner en práctica este modelo, ha de abordarse una seria y profunda reflexión tendente a la adecuación del Estatuto Orgánico del MF a esas nuevas funciones, así como a la estructura, organización y principios informadores de su actuación en la instrucción de causas penales”.²⁵

Para orientarse en las decisiones a tomar en el difícil asunto de los poderes que deban corresponder al juez y al MF en la instrucción previa hay que atender, entre otras, principalmente a estas tres consideraciones.

1ª) La instrucción previa es una actividad de contenido heterogéneo, algunos de cuyos componentes requieren ejercicio de potestad jurisdiccional y otros no.

Requieren ejercicio de potestad jurisdiccional: las resoluciones sobre las medidas cautelares personales y reales, las resoluciones restrictivas de derechos sin carácter cautelar -generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de las

²¹ *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, pág. 72.

²² *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, pág. 73.

²³ *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, pág. 73.

²⁴ Fue aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 8 de septiembre de 1997. El texto ha sido editado por el CGPJ, Madrid, 1997.

²⁵ *Libro Blanco de la Justicia*, pág. 228.

fuentes de prueba-, las resoluciones sobre admisión de la acusación, porque son ejercicio de la potestad de dirección del proceso penal de declaración -en concreto: sobre la admisibilidad de un pronunciamiento de fondo-. Resoluciones de la última clase son las referidas a la admisión de querellas y otros de actos de constitución como parte acusadora no oficial, la imputación o inculpación con efectos condicionantes sobre la posterior dirección subjetiva de la acusación, las resoluciones relativas al sobreseimiento o la apertura del juicio oral. También requieren ejercicio de potestad jurisdiccional los actos de práctica anticipada de la prueba.

Con relación a las resoluciones y actos citados las partes realizan actos de obtención en la terminología de Goldschmidt: peticiones, alegaciones, proposiciones y producciones de prueba. Estos actos no son ciertamente jurisdiccionales, pero han de estar dirigidos y han de ser valorados por un órgano jurisdiccional, precisamente porque su función es influir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional exclusiva de aquél.

No suponen, en cambio, ejercicio de potestad jurisdiccional las actividades materiales dirigidas a descubrir contra qué persona se puede dirigir la acusación, de qué hecho se la puede acusar y de qué fuentes de prueba se dispone para demostrar, en el juicio, el fundamento de la acusación, y, antes del juicio, la probabilidad del fundamento de la acusación a los efectos de que se acuerden medidas cautelares y de que la acusación sea admitida para abrir juicio. Descubrir las fuentes requiere examinarlas y se acompaña de una documentación del resultado de su examen y de la conservación de los objetos que van a servir para las pruebas reales.

2ª) Qué se puede y qué no se puede atribuir al MF o al juez en la instrucción previa depende, en primer término, de la Constitución. Una valoración desde criterios constitucionales debe partir de la norma constitucional que atribuya a los órganos jurisdiccionales la potestad jurisdiccional en exclusiva y de las normas constitucionales que atribuyan específicamente a los mismos la potestad de limitación de algunos derechos básicos. En cuanto esas normas existan, como el MF no es un órgano jurisdiccional, no será conforme a la Constitución atribuirle poderes que supongan ejercicio de potestad jurisdiccional.

3ª) Si el régimen de atribución de potestades en la instrucción previa no incurre en reproche de inconstitucionalidad resta aún por hacer una valoración de política jurídica: ¿Supondrá la atribución de poderes al MF en la instrucción previa una importante disminución de garantías para los derechos de los acusadores no oficiales y del imputado? ¿De qué modo se podrá contrarrestar esa disminución?

En la concreción por parte del legislador ordinario de los condicionamientos constitucionales de la atribución de potestades existen una serie de riesgos frente a los que hay que alertar.

El principal condicionamiento constitucional en el asunto que nos ocupa es la exclusividad de la jurisdicción (art. 117.3 CE). Concretarlo presenta toda la dificultad de determinar en qué consiste la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, la potestad jurisdiccional que no puede ser atribuida al MF. El peligro consiste aquí en que esa determinación, que irremediablemente tendrá que hacer el legislador al realizar la atribución de potestades en la instrucción previa, se concrete en una versión reductora de la potestad jurisdiccional, que tenga como consecuencia un incremento

efectivo de poderes del MF a costa del propio ámbito de la potestad jurisdiccional y no sólo de lo que resta claramente fuera de esa potestad.

La potestad jurisdiccional sólo puede ser atribuida a órganos jurisdiccionales. Pero ¿en qué consiste, qué es esa potestad jurisdiccional, en qué supuestos es necesario el ejercicio de la misma? La respuesta a estas cuestiones condiciona que pueda concluirse que las potestades están atribuidas con arreglo a la Constitución.

Se formuló en la doctrina española un tesis según la cual el acto esencialmente jurisdiccional es la aplicación del Derecho material en la sentencia de fondo, mientras que los actos de dirección del proceso en sentido amplio y las potestades necesarias para realizarlos no tendrían naturaleza jurisdiccional al menos por esencia, dado que, a diferencia de lo que ocurre con la *res de qua agitur*, el órgano jurisdiccional no es ajeno a la relación jurídica procesal cuyo desarrollo dirige.²⁶ Es fácil ponderar la gravedad de las consecuencias que pueden derivarse de una tesis como ésta en orden, por ejemplo, a la práctica y recepción de los medios de prueba y a toda la serie de elementos instrumentales de la actividad necesaria para la actuación del Derecho, específicamente del Derecho Penal (adopción de medidas cautelares, de medidas para posibilitar la práctica de la investigación y de los medios de prueba).

Por otra parte, es frecuente cuando se considera *lege ferenda* un modelo de instrucción previa con mayores poderes para el MF excluir de las potestades de éste y reservar al juez la afectación de derechos fundamentales, de los derechos más básicos del ordenamiento constitucional. Esta tesis debe ser compartida, pero la exclusividad de la potestad jurisdiccional no permite limitarse a lo que deriva de la tesis dicha.

Repasemos ahora los aspectos que deberían cuidarse especialmente si, en algún momento, se optará por encomendar al MF la dirección de la instrucción previa, y las razones que justifican ese especial cuidado.

A) Uno de los aspectos en que puede sufrir menoscabo la integridad de la potestad jurisdiccional es el de la recepción y dirección de la prueba procesal.

No sostengo que la atribución al MF de la potestad de realizar los actos de investigación de la instrucción previa suponga un riesgo de que la actividad probatoria recibida y dirigida por un juez sea totalmente sustituida por las actas levantadas por el MF al examinar las fuentes de prueba. Lo que deseo advertir es que atribuida esa potestad al MF y no al juez de instrucción, en los casos excepcionales en los que sea necesario sustituir la práctica efectiva de un medio de prueba por la lectura de la documentación formada sobre el examen de la correspondiente fuente de prueba en el procedimiento preliminar, no será la documentación de una actividad dirigida por un juez la que servirá para la sustitución. Es verdad que la LECRIM tiene previsiones para que los actos de prueba que se prevean irreproducibles en el juicio se practiquen bajo la dirección del juez, pero la imposibilidad de practicar una prueba en el juicio no siempre es previsible antes de su celebración, sino que en muchos casos se manifiesta durante la realización del juicio oral. En esa circunstancia, o el ordenamiento rechaza

²⁶ Véase, sobre esta explicación teórica, principalmente la exposición del autor que la formuló, BALLBÉ, M., *La esencia del proceso*, en RGLJ, 1947, pág. 42-46; también las reflexiones de SERRA DOMINGUEZ, M., *Jurisdicción*, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, 1969, pág. 39-40.

las documentaciones que no gozan de la garantía judicial en la recepción de la prueba, o acepta como material de convicción pruebas no recibidas por un juez.

La anterior es una situación excepcional. Veamos ahora una ordinaria. Aunque no se trata de actividad probatoria para dictar la sentencia, durante el procedimiento preliminar y al término del mismo se dictan resoluciones judiciales sobre medidas cautelares y sobre la apertura de juicio oral-sobreseimiento. ¿Cuál es el material de convicción que puede ser tenido en cuenta para dictarlas, cómo se presenta ante el juez competente ese material? Si la respuesta es que el juez habrá de decidir atendida la documentación de las actuaciones del MF estamos ante una versión minimizadora de la potestad jurisdiccional como potestad de recepción y dirección de la prueba en cuyos resultados ha de basar su resolución.

B) Otro de los aspectos en que la potestad jurisdiccional corre riesgo de una concepción reduccionista es en la atribución de potestades para la adopción de medidas cautelares y otras medidas restrictivas de derechos instrumentales de las actuaciones para la aplicación de la ley penal.

Las medidas cautelares personales afectan al derecho a la libertad (prisión preventiva y otras privaciones de libertad más provisionales) o a la libre circulación (algunas medidas sustitutivas de la prisión). Las medidas cautelares patrimoniales (embargo, secuestro de bienes específicos) afectan al derecho de propiedad.

Hay medidas preventivas que afectan, suspendiendo su ejercicio, a derechos a cargos y empleos públicos, al disfrute de determinadas autorizaciones administrativas (conducción de vehículos de motor), al libre funcionamiento de sociedades, fundaciones, empresas y asociaciones.

Para el desarrollo de las actividades de investigación y de prueba se establecen medidas coercitivas -la entrada y registro en domicilios o en otros lugares cerrados en los que existe el derecho de exclusión, la injerencia en el secreto de las comunicaciones personales, la injerencia en el ámbito de la intimidad personal- como medios necesarios, en ocasiones, para hallar determinados objetos útiles para la investigación y la prueba. En todo caso se establecen poderes de secuestro provisional de objetos, que afectan al derecho de propiedad.

También con la finalidad de posibilitar las actividades de investigación y de prueba se establecen medidas coercitivas sobre personas que afectan al derecho de libertad ambulatoria (inmovilizaciones temporales, conducciones coactivas de peritos y testigos) o a una serie más plural de derechos (intervenciones corporales más o menos intensas).

Cuando se debate sobre la atribución de poderes al juez o al MF para la adopción de las muy diversas clases de medidas que se acaban de mencionar, se restringen, en ocasiones, las atribuciones a los jueces al mínimo constitucional ineludible, a los supuestos de reserva constitucional literal y expresa a un órgano jurisdiccional de las decisiones respecto a ciertos derechos (las limitaciones más graves al derecho a la libertad ambulatoria, afectación a la inviolabilidad de domicilio y del secreto de las comunicaciones personales, limitaciones a la libertad de expresión y de asociación). Esta interpretación no puede compartirse con facilidad porque margina la relevancia de la cláusula general de atribución exclusiva a los jueces de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), que no es sólo una potestad de dictar sentencia,

sino que también comprende potestades instrumentales y no sólo cuando éstas afectan a derechos fundamentales.

Me parece más correcto atribuir a los jueces las potestades de adopción de medidas cautelares y preventivas y de medidas restrictivas de derechos sobre cosas y de derechos personales en relación con la investigación y la prueba. Y esto aunque no resulten afectados derechos fundamentales, sino derechos disponibles para el legislador ordinario. Por otra parte hay que tener en cuenta que, a parte de la atribución ordinaria de potestades, es normal que los ordenamientos prevean atribuciones excepcionales por razones de estricta urgencia, que aseguran la consecución de los fines en situaciones de hecho extremas.

Se podrá argumentar que no habría desacuerdo con la Constitución si se atribuyeran al MF potestades restrictivas de derechos de naturaleza patrimonial, dado que la Constitución da cobertura a la potestad expropiatoria de la Administración Pública y le permite ejercerla por vía de autotutela, sin requerir el auxilio de los tribunales (arts. 33.2, 103.1 y 106.1 CE). Ahora bien, aquí no se trata del cumplimiento de una actividad para el cumplimiento de fines de la Administración Pública, sino de actuaciones necesarias para la aplicación del Derecho Penal en las que las técnicas de autotutela administrativa no tienen justificación.

Presupuesto que las potestades para la restricción de derechos, al menos de los fundamentales, quedan atribuidas al órgano jurisdiccional, surge un segundo problema con relevancia constitucional. Los actos que no pueda realizar el MF habrá de pedirlos a un juez para la instrucción -desde medidas cautelares y preventivas, hasta que autorice determinadas medidas coercitivas necesarias para realizar ciertas investigaciones-. No hay duda de que cuando es el juez el que instruye decide de acuerdo con su libre criterio sobre la procedencia de esos actos. Pero si es el MF el que instruye ¿con qué actitud, de qué modo deberá recibir, valorar y decidir el juez sobre la petición del MF? La respuesta es indudable en el sentido de que, si la Constitución atribuye a un órgano jurisdiccional la potestad de restringir determinados derechos, la exigencia de jurisdiccionalidad requiere que el acto judicial no sea una simple formalización de la pretensión del órgano del poder público requirente, sino que el juez ha de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el caso.²⁷ Habrá que prevenir, sin embargo, que consideraciones de efectividad no acaben socavando el rigor de ese necesario juicio jurisdiccional.

C) Un modelo de instrucción previa que se limitara a atribuir al MF la dirección y realización de la investigación no merecería reproches desde la perspectiva constitucional. Pero la Constitución no es la única referencia para valorar la calidad o la adecuación de las normas jurídicas, sino que también habría que someter ese modelo a una valoración desde planteamientos de política jurídica procesal. Esta valoración puede tener en cuenta muchos aspectos, pero el prioritario es el grado de efectividad, en caso de investigación encomendada la MF, de las garantías del imputado y de los demás legitimados para intervenir en el proceso penal. ¿Estarán los intereses de estas personas respecto de la actividad de investigación suficientemente protegidos?

a) Repercusiones de atribuir la investigación al MF en la efectividad de los derechos procesales del ofendido por el delito y del actor popular, en su caso.

²⁷ Véanse STC (Pleno) 115/1987, de 7 de julio; STC (Pleno) 71/1994, de 3 de marzo.

No es ciertamente consecuencia necesaria de ese modelo de instrucción previa el monopolio de la acusación por el MF, ni siquiera en el ámbito en el que pudiera llegar a instaurarse una regulación conforme con el llamado principio de oportunidad. En el nuestro ordenamiento la Constitución impediría ese monopolio, puesto que protege el derecho de acción penal del ofendido –que el TC considera incluido en el derecho fundamental del art. 24.1 CE- e incluso algún ámbito para la acción popular (art. 125 CE).

Ahora bien, aunque no se introduzcan especiales limitaciones a las acusaciones no oficiales, el mero hecho de la atribución al MF de las funciones de investigación merma la efectividad de las mismas, en el sentido de que éstas, para alcanzar el efecto que principalmente persiguen, que es la apertura del juicio por un hecho y frente a una persona determinada -efecto que, como es sabido, no sólo depende de presupuestos procesales, sino de un juicio de probabilidad sobre el fundamento de la acusación-, quedan completamente a expensas de la investigación que hubiera desarrollado el MF.

Es posible que este inconveniente pretenda minimizarse con dos argumentos. Primero, en favor de los acusadores no oficiales se pueden establecer derechos de intervención en las actuaciones del MF. Segundo, el MF tiene el deber de proceder en averiguación de la verdad, extendiendo la investigación a todas las circunstancias tanto de cargo, como de descargo (art. 2 LECRIM).

Debe, sin embargo, atenderse también a estos contraargumentos. Primero, los derechos de intervención pueden ser limitados por los actos de dirección del MF. Segundo, aunque el MF tenga el deber jurídico de proceder con imparcialidad, ese deber no es garantía suficiente para los acusadores no oficiales, dado que, objetivamente y en términos relativos con un juez, no está rodeado de garantías suficientes para una actuación imparcial y significativa de una objetiva aplicación de la ley y, por consiguiente, es legítimo que esos acusadores desconfíen de la suficiencia y corrección de la investigación.

Este inconveniente no se supera con el reconocimiento a los acusadores no oficiales de la posibilidad de desarrollar investigaciones fuera del procedimiento y obtener de ese modo fuentes de prueba con las que lograr la admisión de la acusación y darle un buen fundamento para el juicio. Estas investigaciones siempre serán menos efectivas que las del MF, porque la ley no pone a disposición de los particulares los mismos instrumentos de investigación de los que apodera a los representantes de los poderes públicos.

La realidad de este inconveniente es reconocida en los textos que atribuyen la investigación al MF, que establecen correcciones para obviarlo: el juez controla las eventuales inhibiciones y negativas del MF y ordena que se practiquen las investigaciones pertinentes. Pero esta técnica va acompañada del riesgo de que, por consideraciones de rapidez y eficacia, los controles judiciales de la insuficiencia de la actividad de investigación del MF acaben por ser meramente nominales, en vez de efectivos.

b) Investigación del MF y tutela de los derechos e intereses del imputado en la instrucción previa (evitación de medidas cautelares y de acusaciones infundadas)

finés 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 infundadas. 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 infundado de la acusación.

Encomendada la investigación a un juez o al MF siempre se ha establecido que tienen el deber de investigar tanto los elementos de cargo como los de descargo (art. 2 LECRIM). Pero la técnica más efectiva ha sido la de posibilitar la intervención del imputado en la instrucción previa para que sea él quien inste la investigación de descargo. Si la dirección de la investigación se atribuye al MF, las posibles restricciones a la intervención del imputado que deriven de sus actos de dirección no están debidamente legitimadas porque, además de ser el MF juez y parte en la dirección de la investigación, su estatuto no le rodea de suficientes garantías de actuación conforme a la ley -siempre en comparación con un juez-.

Es necesario establecer un posterior control judicial frente a las denegaciones de diligencias de investigación del MF. Pero no se debe tratar solamente de que el imputado pueda ofrecer a un juez, en un debate contradictorio previo a la resolución sobre una medida cautelar o sobre la apertura del juicio, el resultado de investigaciones de efecto exonerante que haya podido practicar privadamente, sino de que el imputado pueda servirse de los medios potentes que el aparato estatal (policía, MF, juez de instrucción) tiene a su disposición para realizar la investigación en el proceso penal y que no son accesibles a un particular.

La investigación que se desarrolla en la instrucción previa 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 infundadas. 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 infundado de la acusación.

Encomendada la investigación a un juez o al MF siempre se ha establecido que tienen el deber de investigar tanto los elementos de cargo como los de descargo (art. 2 LECRIM). Pero la técnica más efectiva ha sido la de posibilitar la intervención del imputado en la instrucción previa para que sea él quien inste la investigación de descargo. Si la dirección de la investigación se atribuye al MF, las posibles restricciones a la intervención del imputado que deriven de sus actos de dirección no están debidamente legitimadas porque, además de ser el MF juez y parte en la dirección de la investigación, su estatuto no le rodea de suficientes garantías de actuación conforme a la ley -siempre en comparación con un juez-.

Es necesario establecer un posterior control judicial frente a las denegaciones de diligencias de investigación del MF. Pero no se debe tratar solamente de que el imputado pueda ofrecer a un juez, en un debate contradictorio previo a la resolución sobre una medida cautelar o sobre la apertura del juicio, el resultado de investigaciones de efecto exonerante que haya podido practicar privadamente, sino de que el imputado pueda servirse de los medios potentes que el aparato estatal (policía, MF, juez de instrucción) tiene a su disposición para realizar la investigación en el proceso penal y que no son accesibles a un particular.

4. LA INTERVENCIÓN DEL MF EN UNA POSIBLE REGULACIÓN DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO PENAL POR SOBRESSEIMIENTO CON IMPOSICIÓN DE SANCIONES O 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. Esto involucra radicalmente la comprensión de la potestad de juzgar del artículo 117.3 CE, y, específicamente, de la de imponer penas mediante sentencia del artículo 25.1 CE.

Los nuevos poderes del MF pueden acabar proyectándose también sobre ello, dado que, junto a la atribución al mismo de la instrucción previa, se apunta la conveniencia de introducir un tratamiento no penal de delitos de escasa gravedad, cuya aplicación -alternativa a la reacción penal- dependería de apreciaciones discrecionales encomendadas a los representantes del poder público que actúan en el proceso penal. Precisamente en la configuración de los poderes del MF y del órgano jurisdiccional en esta materia, puede suscitarse el problema de constitucionalidad que apuntaba.

De la misma manera que la ampliación del Derecho Administrativo sancionador, la que acabamos de esbozar también es una técnica para reducir la sobrecarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales. Pero es una técnica distinta, por que no consiste en transvasar la sanción de ciertas conductas al Derecho Administrativo, 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, por así decir, “menos decisiva”.

Esta posibilidad de tratamiento no penal de conductas que, en principio, son ilícitos penales ha recibido diversos apoyos doctrinales.

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.)”.²⁸ La autoridad judicial tendría que disponer ese sobreseimiento, previa solicitud del imputado e informe favorable del MF, con plena libertad de determinar la pena substitutiva o la condición a imponer.²⁹ 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 MF, vía de informe, sea siempre preceptiva”.³⁰

Moreno Catena contempla una facultad del MF “para dejar de perseguir ciertos hechos delictivos, tras una "negociación" con el inculpado (el *bargaining* del Derecho

²⁸ GIMENO, *Los procedimientos penales simplificados*, pág.48.

²⁹ GIMENO, *Los procedimientos penales simplificados*, pág.48.

³⁰ GIMENO, *Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial*, en Justicia, 1988, pág.834.

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 delincuente.³¹

Bacigalupo se refiere a los parágrafos 153 y 153a StPO como modelo de regulación moderna del principio de oportunidad.³² Conviene apuntar que la última disposición contempla una abstención de la acusación por parte del MF 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”.³³

La Fiscalía General del Estado en la Memoria de 1989 formulaba 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”.³⁴

Por otra parte, en el informe del Consejo general del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992 (aprobado por acuerdo de 22 de abril de 1992) se sostiene que:

“no se quebranta (el principio de legalidad) porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves, o por medidas o, simplemente, pueda renunciarse a ella.

Y esta conclusión se proyecta sobre el proceso: el principio de necesidad de ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público -actualmente proclamado en el artículo 105 LECRIM- debiera paliarse de forma que, sin merma del principio de legalidad proclamado en la Constitución, pudiera evitarse el juicio (que ya es, por sí, una pena) en las infracciones menores, cuando ha desaparecido el interés social en el castigo, o el presunto culpable ha sufrido ya una *poena naturalis*, u otro tipo de circunstancias o compensaciones hacen

³¹ MORENO CATENA, V., *La justicia penal y su reforma*, en Justicia, 1988, pág.316.

³² BACIGALUPO, *Descriminalización y prevención*, pág.14.

³³ VIVES ANTÓN, T., *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*, en Poder Judicial, número especial, pág.109.

³⁴ *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1989, pág.16.

innecesario el recurso al Derecho criminal, siempre, desde luego, con la posibilidad de ulterior control judicial”.

En el Libro Blanco del MF, después de propugnarse una introducción con matices del llamado principio de oportunidad, se concreta:

“La ley debe facultar al Juez para que suspenda bajo determinadas condiciones la instrucción; que sobresea la causa en los casos y por los procedimientos semejantes a los utilizados por las autoridades a las que compete el ejercicio de la acción penal en el sistema de oportunidad (no ha tenido traducción en nuestro ordenamiento).

El Consejo Fiscal propone la conveniencia de su aplicación pero sólo de forma reglada y respecto a los denominados delitos *bagatela*”³⁵.

En las propuestas -hasta ahora no suficientemente definidas- sobre la configuración de ese tratamiento alternativo al penal, el órgano jurisdiccional no aparece siempre 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 MF y el imputado, bien de iniciativas del MF para imposición de sanciones o medidas de readaptación social, cuya eficacia jurídica depende del consentimiento del imputado y del propio órgano jurisdiccional.³⁶

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 MF y 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 MF, que es quien ha realizado la investigación, la iniciativa de las medidas sancionadoras y de corrección infringe el requisito de imparcialidad.³⁷

En una primera aproximación, desde la perspectiva de la CE, 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 MF y al órgano jurisdiccional para la aplicación de ese sistema que parece delinarse, podría ser contraria a la Constitución.

En la primera alternativa de interpretación, por infracción del artículo 25.1 CE, que impone que la infracción que formalmente sea delito o falta sólo pueda ser castigada mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

³⁵ Libro Blanco del Ministerio Fiscal, pág. 74.

³⁶ Una intervención tan poco decisiva no satisface las exigencias que el Tribunal Constitucional ha establecido en ocasiones para que exista ejercicio de potestad jurisdiccional; por el contrario el TC requiere que el juez adopte “libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso”, no que decida vinculado por otro (STC 26 febrero 1981; STC 7 julio 1987; STC 26 septiembre 1990).

³⁷ Véase, de entrada, ROXIN, K., *Strafverfahrensrecht*, München, 1987, pág.71; más ampliamente KAUSCH, E., *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, Berlín, 1980, *passim*.

Si se asume el segundo modo de comprender ese posible nuevo sistema, la colisión se produciría con el artículo 117.3 CE, dado que al no quedar el mismo 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 jurisdiccional.

5.- LEGALIDAD Y “OPORTUNIDAD” EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DE ACUSAR.

La introducción del llamado principio de oportunidad suele presentarse acompañada del establecimiento de medios de tratamiento no penales de algunas conductas delictivas. Sin embargo, he querido separar los dos temas porque plantean problemas diferentes: por un lado, el carácter más o menos decisivo de los poderes atribuidos al juez o al MF en la imposición de esos medios de tratamiento alternativos –de los que me he ocupado en el apartado anterior-; por otro, los problemas del régimen de ejercicio de la acción penal, de la potestad de acusar del MF, particularmente en el aspecto básico de la configuración del deber jurídico correspondiente. Este apartado y los dos siguientes los dedicaré a esos problemas.

En teoría, la potestad de acusar del MF puede configurarse como una potestad reglada o como una potestad discrecional. Si lo es como potestad reglada, el MF tiene el deber jurídico de acusar ante la mera constatación de que el caso es encuadrable en el supuesto de hecho de la norma penal y, además, debe acusar en la medida que resulte de la aplicación de la norma al caso. La potestad es discrecional si la norma le confiere un poder de apreciar, en el caso concreto, si existe o no interés público en perseguir el delito e, incluso, de valorar si ese interés puede ser satisfecho de modo distinto a la imposición de una pena.

En nuestro Derecho la regla (muy) general es que la potestad de acusar del MF es una potestad reglada. La formulación de los tipos penales con la consecuencia de la pena no es sólo una garantía de que las personas sólo serán penadas en esos supuestos, sino también una amenaza de que en esos supuestos serán penadas. El MF que, constitucionalmente, ha de ejercer sus funciones “con sujeción, en todo caso, a los (principios) de legalidad e imparcialidad” (art. 124.2 CE), legalmente debe, según el art. 3.4 EOMF “ejercitar las acciones penales (...) dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda”, y según el art. 105 LECRIM, “tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada”.

Para que la potestad de acusar sea discrecional es necesaria una norma expresa, que en nuestro Derecho sólo existe en el supuesto del art. 171.3 CP (la clase de amenazas vulgarmente conocida como chantaje).³⁸ Los delitos perseguibles previa

³⁸ Este es el texto del artículo en lo que interesa: “Artículo 171. [Amenaza con un mal que no constituya delito. Exigencia de cantidad o recompensa] 1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses,

denuncia del ofendido no son propiamente una excepción, porque la apreciación de oportunidad de perseguir no está en manos del MF sino del particular ofendido.

Si la instrucción previa da suficientes fundamentos para acusar a alguien, el MF debe acusar. Es posible que la instrucción le deje dudas al MF, tanto sobre cuestiones de hecho, como sobre cuestiones de derecho, pero esas dudas las ha de resolver según el criterio de “una única solución justa”, del modo que objetivamente estime ajustado a Derecho. El ordenamiento no le confiere al MF un margen legítimo de decisión sobre acusar o no y sobre de qué acusar, como ocurre si rige el principio de oportunidad, o, mejor, de discrecionalidad. Como es natural, el ordenamiento no puede eliminar los márgenes de error, la negligencia o, incluso, la incidencia del dolo en las decisiones del MF sobre la acusación; pero esas situaciones no representan vigencia jurídica del principio de oportunidad, sino meras situaciones de hecho frente a las que deben establecerse garantías procesales (por ejemplo: legitimación de acusadores no oficiales) y, en su caso, tratamientos disciplinarios o incluso penales.

Es difícil pronunciarse sobre si la norma constitucional que establece que el MF “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad” y sujeta su actuación, en todo caso, al principio de legalidad (art. 124.1 y 2 CE), excluye la constitucionalidad de una “legalidad” que confiera al MF algún ámbito de discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de acusar. El análisis debería dirigirse a determinar si otras normas constitucionales establecen algún tipo de exigencia interna para la legalidad rectora del ejercicio de la acción penal y, simultáneamente, debería aclarar la conformidad a Constitución de la subordinación, en algunos supuestos, de la persecución penal a decisiones de estricta autonomía privada.

Me parece, en cambio, mucho más seguro sostener que las decisiones del MF sobre el ejercicio de su potestad de acusar han de ser jurisdiccionalmente controlables. No sólo las decisiones de ejercitar la acusación, sobre cuyo control los problemas son menores, sino también las resoluciones de no ejercitarla o de limitar su ejercicio en un sentido objetivo -no acusar por cierto hecho- o subjetivo -no acusar a cierta persona-. Sólo con un efectivo control judicial de estas decisiones se puede garantizar que son ajustadas a Derecho, sea a sus determinaciones estrictamente regladas, sea, en su caso, a un uso recto de la discrecionalidad que la ley conceda para el ejercicio de la potestad de acusar. En defecto de esta posibilidad de control puede abrirse paso la duda sobre si el régimen jurídico de la potestad de acusar es realmente aplicado o no, y el acto de ejercer o no la acusación parece convertirse en una cuestión de hecho, no susceptible de ser valorado desde parámetros jurídicos por un juez.

atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior. 2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera. 3. *Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años (La cursiva es mía).* En este último caso, el juez o tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados”.

Probablemente la exigencia constitucional de ese control no puede fundarse directamente en el art. 106.1 CE (“Los tribunales controlan (...) la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”), si se hace una interpretación muy literal de éste, técnica de interpretación no muy adecuada para un texto constitucional. Pero cuando la consideración conjunta del ordenamiento constitucional ha conducido a establecer el control jurisdiccional por los tribunales ordinarios de los actos materialmente administrativos de órganos de las Cortes, del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial, resultaría sorprendente que decisiones técnico-jurídicamente tan “justiciables” como las relativas al ejercicio de la potestad de acusar -que, recuérdese, es una potestad reglada en Derecho vigente- quedaran exentas de control jurisdiccional.

Decir que las decisiones del MF sobre el ejercicio de la potestad de acusar deben ser jurisdiccionalmente controlables, no significa, como es obvio, sostener que puedan ser objeto de impugnación ante los tribunales contencioso-administrativos. El control ha de instrumentarse por otros cauces: ha de encomendarse a los órganos jurisdiccionales penales y articularse dentro del proceso penal, en la relación que se establece entre las decisiones de acusar o no y las correspondientes resoluciones de los órganos jurisdiccionales. En todo caso deberá respetar la preservación de la imparcialidad del tribunal competente para el juicio, evitando que sea ese tribunal el que debiera, por ejemplo, ordenar el ejercicio de la acusación.

Ese control puede instrumentarse de dos modos.³⁹ Según el primero de los modos posibles, el órgano jurisdiccional que recibiera los actos del MF relativos a la acción penal no sólo podría desestimarlos si no concurrieran los presupuestos legales para el ejercicio de la acusación, sino también si no concurrieran los presupuestos para la falta de ejercicio, imponiendo en este último caso el deber concreto de ejercitarla. Dentro de esta primera modalidad cabría que un órgano jurisdiccional realizara ese control de oficio, al recibir el acto del MF en el que expresara el sentido de su decisión sobre el ejercicio de la acusación,⁴⁰ o que el control se llevara a cabo a instancia de algunos interesados.⁴¹

El segundo modo consistiría en legitimar para la acusación, además de al MF, a la persona ofendida por el delito o, más en general, a cualquier ciudadano, de modo que los errores o las decisiones ilegítimas del MF no puedan erigirse en obstáculo insalvable a que una acusación probablemente fundada sea llevada ante el juez.

³⁹ Probablemente, en el control judicial de la decisión de acusación deba establecerse un matiz cuando la negativa a acusar se deba a razones de hecho. Es decir, si los hechos investigados y su atribución subjetiva tienen alguna acreditación y son jurídicamente constitutivos de delito, pero las fuentes de prueba que se ha logrado recoger no son previsiblemente suficientes para fundar una sentencia de condena. A mi juicio el problema básico del control jurisdiccional de esta decisión de no acusación es que si se impone el ejercicio de la acusación, sea de oficio por el juez, sea a instancia de un acusador no oficial, el titular o uno de los titulares de la acción penal se ve obligado a “consumir la acción”, es decir a someter la acusación a una actuación procesal de la que saldrá resuelta -eventualmente con sentencia absolutoria- con eficacia de cosa juzgada.

⁴⁰ Como ocurre en Derecho italiano, sobre el que véase *Prolegomeni a un commentario breve al nuovo Codice di Procedura Penale*, dir. CONSO y GREVI, Padova, 1990, pág. 320-342.

⁴¹ Es el modelo del *Klageerzwingungsverfahren* del Derecho alemán, sobre el que véase ROXIN, K., *Strafverfahrensrecht*, München, 1991, pág. 261-265.

El ordenamiento español acoge tradicionalmente el segundo modo de control. Prescindiendo ahora de una apreciación más cuidadosa sobre su efectividad y sobre los posibles abusos de las acusaciones no oficiales, deberían verse con preocupación los intentos de limitar la legitimación para acusar de los particulares, salvo que esos intentos vayan acompañados de otras técnicas efectivas de control judicial de las decisiones del MF sobre la formulación de acusación. Actualmente no parecen estar abiertos problemas respecto a lo anterior.

Sí que están planteados otros dos temas preocupantes desde la reflexión sobre que la acusación ha de ejercitarse, *lege data*, con arreglo al llamado principio de legalidad y sobre que un órgano jurisdiccional ha de ser el último garante de esa característica de la acusación. Me ocupo de los mismos en los dos siguientes apartados.

6. LA CORRELACIÓN DE LA SENTENCIA CON LA ACUSACIÓN DEFINITIVA.

Uno de los componentes esenciales de la estructura del proceso penal está experimentando en el ordenamiento español, desde hace unos 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. 789.3 LECRIM,⁴² en sí mismo y en relación con el art. 788. 3 y 4 LECRIM,⁴³ supone una extraordinaria novedad.

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.

⁴² Dispone lo siguiente: “La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3”.

⁴³ Los apartados mencionados disponen lo siguiente: “3. Terminada la práctica de la prueba, el Juez o Presidente del Tribunal requerirá a la acusación y a la defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos inicialmente presentados y para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos. El requerimiento podrá extenderse a solicitar del Ministerio Fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados. 4. Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas”.

La concepción doctrinal y jurisprudencial de la falta de correlación por exceso entre acusación y sentencia, se había mantenido estable y uniforme a lo largo del prolongado período de vigencia de la LECRIM.⁴⁴

La correlación como límite a la potestad de resolver se entendía que imponía - además del respeto a la dirección subjetiva de la acusación- que la sentencia no se pronunciara sobre un hecho distinto de aquél por el que se formuló acusación inicialmente (calificaciones provisionales, escrito de acusación), sea ese nuevo hecho sustitutivo o complementario del inicialmente fijado por los acusadores.

Presupuesto lo anterior ¿Qué correlación debía existir entre la sentencia, por una parte, y, por otra, las alegaciones de las partes que no afectaran a la identidad del hecho-objeto del proceso, las calificaciones jurídicas y la pena pedida? ¿Hasta qué punto los actos de los acusadores vinculaban al órgano jurisdiccional en los aspectos citados, en el sentido de limitar su potestad de resolver?

En el proceso ordinario los preceptos básicos eran -y no han dejado de ser- el art. 851.4.º LECRIM en relación con el 733 LECRIM. Para el art. 851.4.º LECRIM se infringe el límite a la potestad de resolver si la sentencia condena por un delito más grave que el que ha sido objeto de la acusación, salvo que el tribunal haya procedido de acuerdo con el art. 733 LECRIM.

Ello significa, en primer lugar, que, para determinar este aspecto de la correlación, hay que comparar no la gravedad de las penas concretamente pedidas en las calificaciones definitivas y de las impuestas en la sentencia, sino la gravedad de los tipos penales aplicados en esos actos, gravedad que se determina por la de las penas que la ley prevé para los mismos.

Dentro del límite del tipo penal de igual o menor gravedad, el órgano jurisdiccional no está vinculado a los actos de los acusadores en cuanto a los hechos que determinen un cambio de tipificación, diferentes grados de ejecución y formas de participación, ni en cuanto a las calificaciones jurídicas, conducentes unas y otras, a una determinada pena. A estos efectos, el órgano jurisdiccional, respetando en todo caso la identidad del hecho-objeto del proceso introducido por los acusadores, puede atender a los hechos que resulten de la prueba, asumir la calificación jurídica que estime correcta e imponer la pena que, en función de ello, corresponda.

Pero, en segundo lugar, incluso la limitación de la gravedad del tipo penal no es insuperable. Si el órgano jurisdiccional ejercita la potestad que le confiere el art. 733

⁴⁴ Remitiría como demostración, en cuanto a la concepción doctrinal, a AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, V, Madrid, 1914, pág. 519-539; VI, Madrid, 1916, pág. 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, pág. 286-291; el mismo, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1984, con HERCE QUEMADA, pág. 258; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Incongruencia civil y penal*, en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pág. 424-432; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *La correlación entre acusación y sentencia*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, pág. 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, pág. 1501-1516.

LECRIM⁴⁵ y pone a debate el tipo penal distinto y más gravemente penado que el sostenido por las partes acusadoras, la sentencia puede pronunciarse sobre el mismo, aunque ninguna parte acusadora lo haya asumido (art. 851.4º LECRIM).

La interpretación del art. 733 LECRIM en función del art. 851.4º LECRIM condujo a limitar en exceso (sólo para apreciar un delito más grave) el ámbito de aplicación de la técnica dispuesta en aquel artículo con la finalidad de promover la contradicción sobre toda cuestión relevante para la sentencia. Esa interpretación se empezó a corregir por una línea jurisprudencial iniciada por la STS 4 de noviembre de 1986, que extendió el deber de aplicación del art. 733 LECRIM a otros casos: apreciación de agravantes, de otras formas de participación, de tipos de delito distintos aún no más graves, de cualquier elemento inculpatario o agravatorio e, incluso, a la posibilidad de no apreciar un elemento favorable al acusado que hubiera sido alegado por alguna de las partes.

En el proceso abreviado la solución es distinta, porque el art. 789.3 LECRIM dispone que “la sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones”.

De entrada la limitación a la potestad de resolver ya no viene puesta en el delito más grave, sino en la pena más grave de las pedidas por los acusadores. Consecuentemente tampoco cabrá entender autorizado que el tribunal aprecie ningún elemento agravatorio no alegado por los acusadores. Pero además el órgano jurisdiccional no puede desvincularse en modo alguno de esa limitación. El art. 789.3 LECRIM no autoriza al juzgador a resolver en la sentencia sobre planteamientos eventualmente agravatorios que él mismo hubiera sometido a discusión, salvo que hubieran sido asumidos por algún acusador en conclusiones definitivas. En la primera regulación de proceso abreviado ésta era una segura conclusión extraída de una contundente interpretación sistemática, pero, con la reforma de octubre de 2002, el art. 789.3 LECRIM pasó a disponerlo de manera expresa: “salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3”.

En el proceso ordinario tiende a imponerse la opinión de que es necesario que algún acusador asuma la tesis propuesta por el tribunal para que éste pueda válidamente resolver sobre la misma. Por vía interpretativa, el régimen de la correlación en el proceso ordinario se ha aproximado al del proceso abreviado.

⁴⁵ Dispone este artículo lo siguiente: “Si juzgando por el resultado de las pruebas entendiere el Tribunal que el hecho justiciable ha sido calificado con manifiesto error, podrá el Presidente emplear la siguiente fórmula: «Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y la defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado (o los defensores de las partes cuando fuesen varias) le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de... o si existe la circunstancia eximente de responsabilidad a que se refiere el núm. ... del artículo... del Código Penal».

Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende a las causas por delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, ni tampoco es aplicable a los errores que hayan podido cometerse en los escritos de calificación, así respecto a la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes, como en cuanto a la participación de cada uno de los procesados en la ejecución del delito público que sea materia de juicio.

Si el Fiscal o cualquiera de los defensores de las partes indicaren que no están suficientemente preparados para discutir la cuestión propuesta por el Presidente, se suspenderá la sesión hasta el día siguiente”.

La reinterpretación judicial de la correlación en el proceso ordinario ha supuesto un parcial perfeccionamiento de la tutela de la contradicción respecto a las cuestiones relevantes para la sentencia. Aún es insuficiente en ese sentido, a diferencia de la más perfecta regulación establecida en las normas del proceso abreviado, que posibilitan la proposición de prueba complementaria de descargo, con aplazamiento de las sesiones hasta un máximo de diez días (art. 788.4 LECRIM).⁴⁶

Pero el establecimiento, por vía jurisprudencial o mediante reforma legal, de una vinculación de la potestad de resolver por las peticiones de los acusadores tan estrecha como la que se ha expuesto, no me parece que venga impuesto por ningún precepto constitucional, en particular por el que requiere la imparcialidad de los jueces.

La cuestión básica es la siguiente: ¿El poder del juzgador de resolver a tenor de la calificación jurídica que estime más ajustada a los hechos probados en el juicio, ejercitado sin más limitación a lo alegado y pedido por las partes que la relativa al hecho justiciable y persona del acusado, implica, objetivamente, pérdida de imparcialidad y prejuicio, y, por consiguiente, choca con el fundamento constitucional del principio acusatorio?

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 valoración de la prueba para la determinación de los hechos ciertos y la aplicación de la norma al caso, 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.⁴⁷

La realización jurisdiccional del Derecho penal no se ha entendido, en nuestro ordenamiento -y no sólo en él ⁴⁸- hasta ahora, de ese modo. Pero si así tuviera que

⁴⁶ Un detallado estudio, doctrinal y jurisprudencial de esta cuestión en Derecho español, es el de CUCARELLA GALIANA, L., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Cizur Menor, 2003.

⁴⁷ CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en «Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento», II, Milano, 1951, pág. 752 y el conjunto del artículo; JAUERNIG, O., *Zivilprozessrecht*, München, 1981, pág. 66; CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el Derecho comparado*, Buenos Aires, 1973, (trad. Sentís Melendo), pág. 3-39; GIMENO, J.V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, 1981, pág. 178-179; ORTELLS, *Introducción*, págs. . 182-187.

⁴⁸ 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

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. 789.3 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. Y esto, en el caso del MF, no es coherente con el principio de legalidad, rector de su actividad de acusación, porque ese principio, en la tesitura procesal de formulación definitiva de la acusación, requeriría dejar sometida al juez sentenciador toda valoración jurídica de los hechos objeto del proceso.

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 MF, si entiende que los hechos aparecen de la prueba como distintos a la descripción contenida en el decreto de apertura, para que el MF, 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*, Padova, 1990, pág. 362-372; AMODIO, E., DOMINIONI, O., *Commentario del nuovo Codice di procedura penale*, I, Milano, 1989, pág. XL-XLIII).

El *Código de proceso 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).

7. EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LA CONFORMIDAD.

El papel del MF en la conformidad⁴⁹ había sido, hasta lo que implícitamente autorizó o toleró la reforma de LECRIM de 1988 y comentaremos después, estrictamente el de uno de los acusadores que presentaba uno de los escritos de acusación respecto al cual la conformidad podía ser prestada.

La acusación del MF ni siquiera tenía un trato privilegiado a efectos de conformidad: la conformidad había de prestarse a la calificación más grave. Junto a la del MF podía haberlas de los acusadores particulares y populares; si éstas eran más graves que la del MF la conformidad no producía sus efectos por el hecho de haber sido prestada respecto de la acusación formulada por el acusador oficial.

⁴⁹ La conformidad es un modo de terminación del proceso penal, con posible condena y sin celebración de juicio oral. La regulación de esta institución, que ya se contenía en el texto originario de LECRIM, ha variado con posterioridad, especialmente desde la regulación del procedimiento abreviado en 1988. Del régimen actual de la misma permite hacerse una idea lo dispuesto por el art. 787 LECRIM –texto debido a la reforma de octubre de 2002 y que regula los requisitos de la conformidad que son comunes a las diversas oportunidades procesales en las que la misma puede ser prestada-: “1. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.

2. Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.

3. En caso de que el Juez o Tribunal considerare incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio.

4. Una vez que la defensa manifieste su conformidad, el Secretario informará al acusado de sus consecuencias y a continuación el Juez o Presidente del Tribunal le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad. Cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio. También podrá ordenar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y el Juez o Tribunal estime fundada su petición.

5. No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal.

6. La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.

7. Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada”.

En Derecho vigente, según apuntamos más arriba, la potestad de acusar del MF está sometida al principio de legalidad, es una potestad reglada, no discrecional, salvo la excepción del art. 171.3 CP.

Siendo esto así, el MF no tiene *de iure* ningún margen de maniobra para obtener la conformidad presentando escritos de acusación que puedan ser considerados más ventajosos para el acusado y, por tanto, con más posibilidades de recibir su conformidad. Es más: el régimen de la conformidad hasta la reforma de 1988 ni siquiera suponía unos tratos, una negociación, para “preparar” la conformidad, sino que ésta se producía por el encuentro casual e impremeditado de las calificaciones acusatorias y de la declaración de conformidad del acusado (y de su defensa técnica).

Las normas sobre la conformidad en el procedimiento abreviado -introducidas en 1988- implicaron o parecían implicar un cambio respecto a la situación que acabo de describir.

En primer lugar, era notable una especialidad en cuanto a la forma de la conformidad, consistente en que ésta no sólo podía expresarse en el escrito de defensa, sino que podía formalizarse en el mismo escrito de acusación del MF (art. 791.3 LECRIM.). Este dato, que parece nimio, era claramente indiciario de que se perseguía que el MF desplegara una actividad para obtener la conformidad, que ésta no quedara a la iniciativa de la defensa.

En segundo término, hubo una innovación difícilmente etiquetable, que se introdujo 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, perseguía 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 fuera a esa acusación minorada a la que se prestara conformidad.

Es cierto que lo único que establecía la disposición era esa posibilidad de modificación de la acusación. Pero, por el momento en que ello se producía, por los límites de la modificación (a la baja), conexión con la conformidad y ausencia de otra justificación razonable (no se habían producido nuevas investigaciones que pudieran alterar el fundamento de la acusación), resultaba evidente que la teleología de la disposición era la de facilitar la obtención de la conformidad. Se superaba, de ese modo, la rigidez del régimen de la LECRIM sobre la conformidad y se ponían los medios para una negociación de los acusadores -particularmente del MF- sobre ella, en la línea del norteamericano *plea bargaining*.

Pues bien, me parece inaceptable que la ley procesal presuponga que el MF va a “negociar” la acusación que procede presentar, dado que *lege data* sigue sometido en el ejercicio de la acusación al principio de legalidad. Si razones de política legislativa hacen aconsejable la introducción de un cierto ámbito de discrecionalidad, debe afrontarse directamente el establecimiento del marco legal necesario. Contradice los postulados del Estado de Derecho escamotear la regulación de la discrecionalidad del MF y, al amparo de unas disposiciones meramente procedimentales, tolerar que el MF ejerza una discrecionalidad de hecho.

Los artículos reguladores de la conformidad, que he mencionado en este apartado, han sido modificados por la reforma de LECRIM de octubre de 2002, pero la

regulación no ha cambiado tan esencialmente como para privar de fundamento a la conclusión que acabo de formular:

1º) Sigue siendo admisible que la conformidad se exprese en el propio escrito de acusación, pero ahora (art. 784.3 LECRIM) no exclusivamente en el escrito de acusación del MF (art. 791.3 antiguo LECRIM), sino en un escrito conjunto de los acusadores.

2º) Es novedad que la conformidad pueda prestarse en cualquier momento anterior al comienzo de las sesiones del juicio, siempre que se articule con la presentación de un escrito conjunto de acusadores y acusado (art. 784.3, párrafo segundo nuevo LECRIM). Otra disposición adecuada para posibilitar “negociaciones” que faciliten la prestación de la conformidad.

3º) El momento preclusivo de la conformidad continúa estando en el comienzo de la vista del juicio oral: “Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, *ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior* (la cursiva es mía)”.

Reitero, pues, mi anterior conclusión: nada que objetar a que los acusadores no oficiales puedan “negociar” los términos de su acusación, pero el MF debería contar con una habilitación normativa para hacerlo, que no parece que deba entenderse conferida por la simple contemplación legal de oportunidades procedimentales de modificar la acusación antes del comienzo del juicio.

8. UNA DUDA COMO CONCLUSIÓN: ¿ES INELUDIBLE CONCLUIR QUE ES NECESARIA UNA REFORMA ORGÁNICA ORIENTADA A UNA MAYOR INDEPENDENCIA DEL (Y DENTRO DEL) MF?

La atribución al MF de diversos nuevos poderes en el proceso penal y la mayor o menor confianza que suscita el desempeño de los que ya tiene atribuidos -y, por tanto, la conveniencia de someterlos a control o de reforzar éste- se hacen depender, frecuentemente, en el debate, del grado de su dependencia respecto al Poder Ejecutivo y del grado de independencia interna de los representantes del MF.

¿Significa eso que la atribución al MF de nuevos poderes, y una relajación del régimen de control respecto a su modo de ejercer aquellos de los que ya está investido, depende, solamente, de que se configuren unos Fiscales más independientes dentro de un MF más independiente?.

De otro modo: dado que el reforzamiento de los poderes del MF en el proceso penal es muy conveniente y dado que su indiscutibilidad constitucional y en la opinión pública depende, a su vez, del reforzamiento de la independencia en el estatuto orgánico del MF ¿no hay otra alternativa que la de postular el establecimiento –y las garantías- de la independencia externa del MF y de la independencia interna de los Fiscales?

A mi juicio, razonar así presupone que la configuración orgánica del MF no responde a ninguna razón que la justifique *per se*, sino que debe quedar

completamente a expensas de lo que exija la legitimación del reforzamiento de sus poderes en el proceso penal.

Frente a lo anterior, me parece importante reflexionar acerca de si la actual configuración orgánica del MF no es, precisamente, la idónea para satisfacer unos fines constitucionales que sufrirían menoscabo en caso de una modificación profunda del estatuto orgánico del MF.

El Gobierno, que nace de (y cuenta con) la confianza de los representantes del pueblo español a través del Congreso de los Diputados (arts. 99, 112-114 CE), tiene atribuida la dirección de la política interior y la defensa del Estado (art. 97 CE). Entre esas potestades constitucionales se halla que el Gobierno pueda valorar e interpretar (desde luego, con sujeción a lo dispuesto en el art. 9 CE; pero sin obviar el recuerdo de que el Gobierno no es ciertamente el último garante de la actuación con arreglo a la ley y al Derecho) el interés público en la persecución de los delitos, en la promoción del ejercicio de la potestad jurisdiccional en materia penal. Esa valoración debe ser la que justifica y la que se manifiesta en el modo de ejercerse los poderes del Ejecutivo respecto al MF. No es necesario que tales poderes consistan en la impartición de instrucciones de actuación; la confianza expresada por el Ejecutivo en la propuesta del Fiscal General del Estado (art. 124.4 CE) y en los nombramientos para cargos directivos del MF, y el mantenimiento de esa confianza, expresan también, con efectividad, los criterios del Ejecutivo sobre las líneas generales de la actuación del MF. Y también justifican que, por ello, se le pueda exigir al Gobierno responsabilidad en el Parlamento.

Una reforma de la configuración orgánica del MF en la dirección de una mayor independencia externa de la institución tendría dos consecuencias inconvenientes.⁵⁰

Primera: la desaparición de un control democrático sobre el funcionamiento de la institución, que ahora, mal que bien, puede instrumentarse indirectamente, a través de la responsabilidad del Gobierno ante el parlamento y de los partidos que lo sostienen ante el electorado. Se puede objetar la devaluación de estos mecanismos de responsabilidad, pero habría que demostrar la viabilidad y efectividad práctica de posibles alternativas mejores, y también la posibilidad de instrumentarlas sin previa reforma constitucional.

Segunda: el Gobierno, para promover la aplicación de la ley penal desde la perspectiva de la defensa del interés público, se vería en la necesidad de actuar como un particular, como ahora lo hace cuando se trata de defender intereses de la Hacienda Pública. No parece coherente con la clase de intereses cuya tutela tiene el MF –y el Gobierno que dirige la política interior- el encargo constitucional de promover.

Particularmente criticable sería, a mi juicio, el relajamiento de la dependencia jerárquica interna porque es la garantía orgánica de la unidad de actuación del MF, que

⁵⁰ Complementariamente diré que sería útil relacionar este debate sobre la configuración orgánica del MF con el que está abierto en la ciencia del Derecho Público sobre las llamadas Administraciones independientes. Véase, de momento, GARCÍA LLOVET, E., *Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, en RAP, 1983, núm. 131, pág. 61-118; SALA ARQUER, J.M., *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*, en REDA, 1984, núm. 42, pág. 401-422; BETANCOR RODRIGUEZ, A., *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994.

es uno de los principios constitucionales del mismo y un instrumento útil para fomentar la igualdad en la aplicación de la ley penal.

Por la configuración orgánica de los órganos jurisdiccionales es comprensible la posibilidad de una variedad de interpretaciones y aplicaciones de la ley respecto a casos sustancialmente iguales. Esa variedad se reduce y racionaliza mediante de los recursos. Las recientes tendencias legislativas revelan una profunda preocupación por garantizar la igualdad en la aplicación de la ley. Así se explican los recursos para unificación de doctrina en materia administrativa y laboral y los requisitos de admisión de la casación en materia de derecho privado. En esa misma línea en el Libro Blanco de la Justicia se constata que:

“otro dato desfavorable, en cuanto a la opinión sobre la calidad de la Justicia, es el referente a la coherencia de las decisiones judiciales, esto es, la existencia de criterios comunes y estables a la hora de emitir sentencia. La citada encuesta de Demoscopia, por encargo del Consejo General del Poder Judicial, de julio de 1997, mostró que un 47 de los entrevistados opinaba que los Tribunales españoles no son coherentes al resolver de forma diferente casos iguales”.⁵¹

No es razonable prescindir de los efectos unificadores que pueden derivar de una acusación penal pública dirigida con criterios unitarios.

Valencia, 1 de septiembre de 2007

⁵¹ *Libro Blanco de la Justicia*, pág. 26-27.