

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Circular núm. 1/1989

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO INTRODUCIDO POR LA LEY ORGANICA 7/1988, DE 28 DE DICIEMBRE

SUMARIO.—I. NATURALEZA DEL NUEVO PROCESO Y CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LAS NORMAS GENERALES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.—II. AMBITO DEL PROCEDIMIENTO.—1. *Otras cuestiones relacionadas con la competencia.*—2. *La subsistencia de otras competencias concurrentes.*—III. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.—1. *La función de impulsión y simplificación del proceso.*—2. *Los mecanismos de aceleración del proceso.*—3. *La introducción del principio del «consenso».*—a) La petición de pase a enjuiciamiento inmediato.—b) Los supuestos de conformidad.—c) Los límites de la sentencia de conformidad.—d) Efectos de la conformidad sobre las responsabilidades civiles.—IV. LA FASE PREPROCESAL DEL PROCESO, EN ESPECIAL LA INVESTIGACIÓN POR EL FISCAL.—1. *Posición del Fiscal respecto a la Policía Judicial.*—a) Las instrucciones a la Policía Judicial.—2. *La investigación del Fiscal.*—a) Las investigaciones del Ministerio Fiscal.—b) Iniciación de las diligencias.—c) Contenido.—d) Los aspectos formales de las diligencias de investigación del Fiscal.—f) Otras cuestiones procedimentales dentro de las diligencias de investigación.—e) La conclusión de las diligencias.—V. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.—1. *Fase de instrucción.*—a) Naturaleza y contenido de las diligencias previas.—b) La constitución del Fiscal en el procedimiento.—c) La intervención de Letrados y los derechos de defensa.—d) Algunas modificaciones en las reglas de la investigación judicial.—e) La conclusión de las diligencias previas.—2. *Fase intermedia.*—a) El acuerdo de seguir el trámite de preparación del juicio y su suspensión.—b) El sobreseimiento y sus peculiaridades.—c) Los escritos de acusación.—d) La acusación en el juicio inmediato del artículo 789.5, 5.ª.—e) El trámite de formulación de los escritos de defensa y el tratamiento del acusado ausente.—f) La determinación del órgano del enjuiciamiento.—3. *La fase del juicio oral.*—a) La iniciación del juicio.—b) El juicio en ausencia del acusado.—c) El debate preliminar.—d) El desarrollo del juicio.—e) La eventual modificación de la competencia en esta fase.—f) La facultad de interpelación del Tribunal a las partes.—g) Las sentencias.—4. *La fase de ejecución.*—a) El incidente de fijación de indemnizaciones.—b) La pena de privación del permiso.—c) La ejecutoriedad inmediata de las sentencias de instancia en materia de responsabi-

alidad civil.—VI. LOS RECURSOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.—1. *Los recursos durante la tramitación del procedimiento.*—2. *Los recursos contra las sentencias.*—3. *El recurso extraordinario de anulación.*—VII. *NORMAS TRANSITORIAS PARA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE LA LEY ORGÁNICA 7/1988, DE 28 DE DICIEMBRE.*

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, que consagró constitucionalmente el principio de que «quien instruye no puede fallar», declarando, en consecuencia, nula la norma del párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley 10/1980, de enjuiciamiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que impedía hacer uso en el procedimiento de dicha ley de la causa de recusación 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y, consiguientemente, también la paralela del artículo 3 de la Ley 3/67, de 8 de abril, reguladora del procedimiento de urgencia) obligó a una reforma de los procesos penales por delitos cuyo enjuiciamiento correspondía a los Jueces de Instrucción, reforma que por su urgencia se produce antes de que se profundizara en el debate sobre cuál es el modelo de proceso penal que mejor se acomoda a nuestra Constitución y a los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, suscritos por España, así como la conveniencia de seguir las corrientes reformadoras de nuestro entorno europeo (fundamentalmente la «Gran Reforma» alemana de 1974, el nuevo «Código de proceso penal» portugués de 1988 y el recientísimo «Codice de procedura penale» italiano de 1989, todavía en «vacatio legis») y hasta americanas (Proyecto argentino de «Código procesal penal de la Nación», por ejemplo), todas las que se caracterizan por tomar como modelo el sistema acusatorio rompiendo con la tradición continental del sistema mixto. Lo que, por cierto, no podía ser de otra manera, tras el asentamiento de las democracias, por cuanto el sistema mixto, fruto de una transacción napoleónica (recuérdese que el «Código Procesal Penal» francés, que es el modelo que van a seguir los países continentales, entre ellos España, se promulga en 1808, en pleno apogeo imperial), entre el sistema inquisitivo y autoritario del «ancien régime» y el sistema acusatorio y liberal implantado en los primeros años de la revolución, que permitía conservar, en aras del principio de autoridad y la razón de Estado, el método investigador del sistema inquisitivo, presidido por el secreto y la superioridad del órgano instructor y los acusadores frente al acusado, que aún defendía en 1882 Alonso Martínez, con el argumento de que esa desigualdad era «calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable». La acentuación de las libertades y derechos ciudadanos y las reglas del «juicio justo», construidas especialmente por la jurisprudencia de los países del «Common Law» en base al funcionamiento del sistema acusatorio y acogidas por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los modernos constitucionalistas y procesalistas, han atacado en su base los principios en que se basaba la instrucción sumarial y la propia eficacia del sumario en el proceso, cuestionando si su operatividad real justificaba la dilación que en éste introducen las formalidades de tal fase instructora, así como ha suscitado la polémica en su propio país de origen, sobre la legitimidad de los poderes del Juez de Instrucción, figura que va desapareciendo paulatinamente de los países que en el siglo pasado lo importaron de Francia.

Sin llegar a soluciones tan radicales, la reforma introducida en nuestro proceso penal por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, sí atenúa el peso de la fase instructora judicial, al par que acentúa el principio acusatorio y el papel de las partes en el proceso. Se inicia así, en cierta manera, una evolución culminada ya en los países que han reformado su proceso penal, en virtud de la que todos los sujetos del proceso recuperan su verdadero papel: el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras —en igualdad procesal con el acusado—, el de asumir la carga de aportar, en el acto del Juicio Oral, único momento del enjuiciamiento, pruebas suficientes para fundar una declaración de culpabilidad; y los Jueces, el de constituirse en garantizadores de los derechos de las partes, en especial los del acusado y decisores sobre la existencia o no de tal culpabilidad, conservando en todo instante la objetividad que es base ineludible de un juicio justo.

Las anteriores reflexiones son algo que no deben perder de vista los señores Fiscales, pues constituye un estimable elemento auxiliar para intepelar las normas de la Reforma, de acuerdo con su espíritu y finalidad, como quiere el artículo 3.1 del Código civil. E incluso con un sentido progresivo, que vaya sentando las bases de la reforma definitiva del proceso penal, anunciada por el señor Ministro de Justicia a las Cortes en el momento de presentar el Proyecto de Ley que comentamos, calificado como urgente y transitorio en tanto aquella reforma no se produzca.

En íntima relación con lo anterior, está la conveniencia, y hasta nos atreveríamos a decir que la necesidad, de trasladar al procedimiento ordinario, que subsiste para los delitos graves, principios y reglas de este nuevo procedimiento que, en cuanto responden al espíritu de nuestra Constitución y a los términos en que el Tribunal Constitucional viene interpretando el principio acusatorio y el derecho de defensa, deben trascender más allá de los términos concretos de la norma que los acoge y aplicarse en la totalidad del proceso penal. Sean ejemplo de ello la interdicción contenida en el artículo 794.5 de que la sentencia imponga pena que exceda de la más grave de la pedida por las acusaciones o condene por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad del bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado; y la facultad concedida a la defensa, en el artículo 793.7, cuando la acusación cambie en sus conclusiones definitivas la tipificación penal de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o ejecución o nuevas circunstancias de agravación de la pena, de pedir al Tribunal un aplazamiento de la sesión, hasta un límite de diez días, para aportar elementos de prueba y descargo sobre los nuevos extremos introducidos en el objeto del proceso por la acusación. Es evidente que el sometido a un proceso por delito grave, no puede ser privado de garantías que la ley reconoce al que es enjuiciado siguiendo el procedimiento abreviado y que en todo lo que constituyan garantías y respecto a los derechos fundamentales debe hacerse aplicación, si preciso fuera, de la analogía «in bonam partem».

Y tras estas consideraciones, que no por iniciales dejan de tener interés como fuente de reflexión y guía de la actuación en el proceso penal de los señores Fiscales, pasaremos a analizar las principales cuestiones que la reforma objeto de esta Circular plantea:

I. NATURALEZA DEL NUEVO PROCESO Y CARACTER SUBSIDIARIO DE LAS NORMAS GENERALES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Aunque el nuevo proceso se incluya en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedicado a «los procedimientos especiales», no puede en propiedad calificarse como *especial* a un procedimiento que va a constituir el proceso de más general aplicación, por venir sometidas a él la mayor masa de las causas por delito. Es más bien una variedad de proceso común, caracterizado frente al proceso base tradicional de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ahora reducido a un pequeño grupo de delitos de singular gravedad, por tratarse de un procedimiento sumario o simplificado, en el que gran parte de los trámites se refunden y en el que incluso fases enteras pueden desaparecer —como veremos, ocurre con la fase instructora, que puede ser eliminada en ciertos casos de evidencia delictiva— convirtiéndose así, con propiedad, en un «proceso abreviado», mera alternativa del ordinario por delitos graves, más formal y dilatado.

Como tal alternativa, sus normas no regulan la totalidad del procedimiento, sino que aparecen complementadas por las del procedimiento ordinario y las comunes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 780), en cuanto no sean específicamente modificadas por las de este procedimiento o resulten incompatibles con él. Esa llamada a las normas generales y básicas de la ley se hace más expresamente en la fase de instrucción o de investigación judicial (artículo 785, párrafo 1.º), pero es implícita en todo el procedimiento. Sin embargo, deberán los señores Fiscales analizar atentamente, antes de extender al procedimiento abreviado alguna norma del proceso ordinario por delitos graves, si tal norma es compatible, no sólo con las reglas específicas del primero, sino también con sus principios y su finalidad de enjuiciamiento rápido.

II. AMBITO DEL PROCEDIMIENTO

Desaparecen en la nueva redacción del artículo 799 ciertas imprecisiones y contradicciones que enturbiaban los límites de aplicación del procedimiento de urgencia. Claramente ahora se señala que se aplicará este procedimiento «al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a la de prisión mayor, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, *cualquiera que sea su cuantía o duración*». Quedan, pues, únicamente fuera del ámbito de este proceso las penas leves, por abajo, y las graves de reclusión menor y mayor, por arriba.

Para el conocimiento y duración de las penas referidas habrá que estar a la escala general del artículo 27 del Código Penal, al Capítulo III del Título III del Libro II y a la tabla demostrativa del artículo 78, fundamentalmente.

Aquella norma general, sin embargo, habrá que conjugarla con la establecida en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para determinar dentro de este procedimiento y llegada la fase del juicio oral, qué delitos de los que entran en su ámbito son competencia del Juez de lo Penal y cuáles otros lo son de la Audiencia Provincial. El artículo 14 fija esa competencia en relación con

la que es propia del Juez de lo Penal, siendo la de la Audiencia Provincial residual («en los demás casos»).

a) De un análisis conjunto de los artículos 14 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedúcese que es *competencia de los Jueces de lo Penal* el enjuiciamiento de los delitos castigados *única, conjunta o alternativamente*, con las siguientes penas *graves*:

Privativas de libertad:

Arresto mayor.
Prisión menor.

Privativas de derechos:

Privación del permiso de conducir de 3 meses y 1 día a 10 años.
Privación de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla por un plazo de 2 a 5 años (artículo 42.1 de la Ley de Caza).
Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio.

Restrictivas de derechos:

Destierro.

Pecuniarias:

Multa, cualquiera que sea su cuantía.
Cautión, en iguales términos (en cuanto es pena de distinta naturaleza, cuya duración debe mantenerse por un tiempo que no puede exceder de 6 años, conforme al párrafo 10.º del artículo 30 del Código Penal).

Son competencia de la Audiencia Provincial (o de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su ámbito objetivo específico) los delitos castigados con las siguientes penas:

Privativas de libertad:

Prisión mayor.

Privativas de derechos:

Pérdida de la nacionalidad española, en cuanto tiene carácter definitivo (artículo 34 del Código penal), esto es, duración indefinida.

Restrictivas de derechos:

Inhabilitación absoluta y especial.
Extrañamiento.
Confinamiento.

1. Otras cuestiones relacionadas con la competencia

Como penas que plantean cierta problemática está la de reprensión pública y la posible imposición de la privación del derecho a obtener permiso de conducir, como ejecución subsidiaria de la privación del permiso a quien no lo poseyera al tiempo de cometer el delito y de la condena.

Respecto a la reprensión pública, su carácter de pena de ejecución instantánea, sin duración, podría plantear la cuestión de si entra o no en el grupo de las «otras penas de distinta naturaleza (...) siempre que la duración de éstas no exceda los seis años». Parece que sí, precisamente porque donde entra lo más —penas de cierta duración— entra lo menos —penas sin duración o instantáneas—. La cuestión es, de otra parte, intrascendente, dado que el uso de tal pena aparece erradicado del Código penal.

En cuanto al problema de la ejecución subsidiaria de la pena en privación del permiso a quien no lo tiene, en forma de privarle del derecho a obtenerlo por el plazo de la condena, es de subrayar que ha desaparecido de la ley la referencia a esa forma específica de ejecución contenida en los derogados artículos 802.3 y 803.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El silencio de la legislación reformada sobre ese extremo podría conducir a la conclusión de que tal ejecución subsidiaria no es ya posible (a pesar de la norma analógica del artículo 42.1 de la Ley de Caza), pero tal conclusión debe rechazarse, pues el artículo 42, párrafo 3.º, del Código penal, expresamente establece que la imposición de aquella pena «inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia», por lo que no podrá obtener el título que le habilitaría para ello. Aceptar lo contrario equivaldría, de un lado, a admitir la imposición de una pena sin contenido y, de otro, haría de mejor condición al penado que no tuviese permiso que al que legalmente lo poseyera.

a) La fijación de la pena que determina la competencia ha de hacerse atendiendo a la pena del tipo y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes. Así debe deducirse de los términos de la ley que, tanto en el artículo 14.3 como en el 779, utiliza la expresión «delitos *castigados* con pena». La pena abstracta es la que sanciona el tipo, mientras que la concreta es la que castiga al responsable del mismo, en función de las circunstancias concurrentes, por lo que ha de ser aquélla y no ésta la determinante de la competencia.

Pero aun así no queda resuelta del todo la cuestión, pues subsisten los supuestos de penas que comprenden grados de dos distintas, una competencia del Juez de lo Penal y otra de la Audiencia; y aquellos otros en que se da la posibilidad de imponer la pena superior o inferior a la fijada en el tipo base.

En el primer caso (así, el artículo 344 del Código penal en orden a la penalidad de la tenencia de drogas que causen grave daño a la salud), debe entenderse que la competencia la determina el tramo de pena más grave, en cuyo caso, de ser ésta competencia de la Audiencia, a este órgano debe ser atribuido al enjuiciamiento de tales delitos, independientemente de la pena pedida en concreto.

En el segundo supuesto habrá que atender a una circunstancia esencial: el carácter preceptivo o facultativo de la elevación o degradación de la pena. Cuando la elevación o degradación de la pena base se impone necesariamente en fun-

ción de determinadas circunstancias concurrentes, nos encontramos ante un subtipo, cuya pena es la así fijada, por lo que debe ser ésta la que determine objetivamente la competencia (por ejemplo, el último inciso del párrafo 1.º del artículo 69 bis; los párrafos 2.º y 3.º del artículo 344, o el supuesto de estafa en que concurrieren las circunstancias 1.ª o 7.ª del artículo 529 con la 8.ª). Por el contrario, cuando se trate de modificación facultativa de la pena tipo, elevándola o disminuyéndola en grado a criterio de la acusación o del Tribunal, esto es, siempre que la Ley utiliza el término «podrá» u otro análogo (así, artículos 344 bis, último párrafo, o 506, último párrafo, para la potestad agravatoria; o la del 318 en relación con los delitos de falsedad, para la degradatoria) ello no modifica sin más las reglas de la competencia objetiva, fijada estrictamente en función de la pena del tipo y no de las facultades que pueda o no ejercer el Tribunal, sin merma del derecho de las acusaciones para hacer uso de la facultad de pedir otra pena cuya cuantía debe determinar el cambio de la competencia (por cuanto el último párrafo del artículo 790.7 dispone que si la pena a solicitar definitivamente excediera de la competencia del órgano que está conociendo, se dictará auto acordando la inhibición con remisión del proceso al Tribunal competente y norma análoga contiene, ya dentro del juicio oral, el artículo 793.8; y de la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga pena de menor gravedad, haciendo uso de la potestad legal de rebajarla en grado; aunque sí le estará vedado hacer uso de la potestad legal de elevarla, si previamente no lo han hecho las acusaciones en su calificación definitiva (vid. artículo 794.3).

En suma, cuando es la ley la que fija una pena agravada, construyendo un subtipo, es esa pena la determinante de la competencia, pero cuando la imposición de la pena agravada sea una mera facultad del juzgador, éste no puede, utilizando esa facultad, alterar los términos de la competencia objetivamente determinada si previamente las acusaciones no han hecho a su vez uso de dicha facultad, solicitando pena que exceda de la competencia de aquél.

b) Como norma específica de la competencia del Juez de lo Penal (no así de la Audiencia Provincial, para la que el artículo 14.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé tal regla) aparece la extensión del enjuiciamiento por tal órgano a las faltas, «sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllas». El término de la «relación», en especial cuando se trata de enjuiciar a terceros responsables sólo de la falta, deberá ser fijado en cada caso en función de la resultancia procesal y la necesidad del enjuiciamiento. Como ejemplos del supuesto de enjuiciamiento de tales terceros pueden citarse los casos de participación en las faltas imputadas como conexas al autor de un delito; el enjuiciamiento de una receptación habitual de faltas [artículo 546 bis c)] o las faltas (lesiones, maltratos, amenazas, injurias, etc.) ejecutadas con ocasión de una riña en que resulte también delito de lesiones y que puedan determinar una circunstancia influyente en la responsabilidad del autor de tal delito.

La regla es clara, aunque no dejará de suscitar problemas en la «praxis», como el de si es de aplicación a su enjuiciamiento las normas del juicio de faltas (así la no asistencia de Letrado) o deben ser aplicables, como resulta más correcto, y así debe entenderse las de este procedimiento al que por imperativo del artículo 14.3 queda sometido su enjuiciamiento. De otra parte, la sumisión de las faltas incidentales al proceso abreviado por delito no altera las normas sustan-

tivas que regulan aquéllas, como el plazo de prescripción, por ejemplo, pero tal plazo quedará interrumpido desde que el culpable sea oído como inculpado y sea sometido a este procedimiento, independientemente de la duración del mismo.

c) Por último, es de señalar que las cuestiones de competencia reciben en este procedimiento el mismo tratamiento que en el antiguo procedimiento de urgencia, al ser los nuevos artículos 780 y 782, reproducción de los términos de sus homónimos derogados, sin más novedad que precisar en el primero (780) que, además de al imputado («encartado», se decía antes), se hará saber inmediatamente la resolución al Fiscal y a las demás partes personadas y reconocer el segundo (782) la igualdad de las partes, al disponer que se oirá «in voce», no sólo al Fiscal como se decía en el precepto derogado, sino también «a las partes personadas». En cierto modo, la modificación recoge la normativa del artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga al Tribunal Superior a oír, antes de resolver sobre la propia competencia, a las «partes».

Cuando la cuestión de competencia se plantee entre órganos de igual grado (artículo 782, regla 1.ª), la audiencia del Fiscal es sólo preceptiva para el superior jerárquico que deba resolver. Aunque esa regla pudiera parecer contradictoria con la naturaleza de orden público de la cuestión, refleja, sin embargo, el principio de abreviación propio de ese procedimiento y es congruente con el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, quien deberá dar un dictamen concorde en todos los casos (lo que, por cierto, no siempre ocurre así en la «praxis» con ruptura de aquel principio, precisamente por la pluralidad de los órganos intervinientes), por lo que es suficiente que tal dictamen se emita ante el órgano que debe resolver la cuestión, en evitación de dilaciones en el trámite.

Para terminar, parece oportuno decir que la supresión en el artículo 782 de la cita del artículo 20 de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, para determinar quién es el superior jerárquico de los proponentes de la competencia, es sólo la consecuencia de la obsolescencia del tal precepto, cuyos términos no se acomodan ya a la vigente Planta Judicial; y su innecesariedad, pues tal determinación viene fijada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, al señalar las competencias de cada órgano.

2. La subsistencia de otras competencias concurrentes

El carácter genérico del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal plantea la cuestión de si subsisten o han desaparecido las remisiones que al procedimiento de urgencia (esto es, al regulado en el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) venían hechas en otras leyes o normas procedimentales. Para resolver tal cuestión debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica 7/1988, en su disposición derogatoria, deja sin vigor expresamente no sólo la Ley Orgánica 10/1980, de enjuiciamiento oral de delitos menos graves y flagrantes, sino también los artículos 779 a 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que integraban tal Título, con lo que aquellas remisiones han quedado vacías de contenido y no se puede estimar que sigan subsistiendo en una ultraactividad de la norma derogada, que permitiera aplicarlos en los supuestos especiales de que otra ley se remitiera a ellos.

Una interpretación que postulara esto último, esto es, la subsistencia en casos

especiales del procedimiento derogado, es incorrecta, pues la derogación de tales preceptos es total, expresa y por una ley posterior con rango de orgánica. No puede invocarse tampoco la cláusula «sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales» que usa el artículo 779, pues éste está incluido en el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ha de referirse por ello a los procesos especiales de esa ley, como ya se venía entendiendo en la idéntica fórmula derogada.

Tampoco es posible interpretar que aquellas remisiones han de considerarse ahora hechas a las nuevas normas que sustituyen el procedimiento derogado, pues una ley posterior puede derogar tácitamente otra anterior por incompatibilidad, pero no modificarla, salvo que lo haga en forma expresa, lo que aquí no ocurre.

Por consiguiente, en lo sucesivo, todos aquellos delitos que se sometían en leyes especiales al llamado procedimiento de urgencia o al ámbito objetivo del procedimiento regulado en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben considerarse ahora sometidos al enjuiciamiento que le sea propio según su naturaleza y pena con que estén castigados.

Pero, de un lado, no es razonable que el legislador tomase una decisión de tal trascendencia por el juego de una derogación tácita y no mediante una derogación expresa, ni parece posible que ese punto, de haberse decidido la derogación, dejara de ser discutido en el trámite parlamentario, cosa que no ha ocurrido, lo que prueba que no estaba en la mente del legislador. Pero es que tampoco puede deducirse que esa derogación se produjera por un mero juego técnico, fruto de una deficiencia en la redacción de la ley, por cuanto, de un lado, la modificación de normas especiales contenidas en una ley que regula una materia específica, en este caso la de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, no pueden, por el principio de competencia, ser producidas tácitamente por el silencio de otra ley que regula otra materia (en este caso, la reforma de un procedimiento concreto), de otro, el artículo 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tampoco contenía en su primitiva redacción tal competencia, lo que no impidió que la Ley Orgánica 2/1980 se la otorgase a las Audiencias Provinciales y aquella redacción se conserva, limitándose sólo la reforma a introducir en el párrafo 1.º la mención, necesaria ahora, de los Juzgados de lo Penal, y, por último, no parece que haya en la actual redacción del artículo 82 incompatibilidad con el artículo 8 de la Ley 2/1986, que se limita a incluir en aquél algo que no lo está, con lo que no es tan clara la derogación tácita como a primera vista pudiera parecer.

Por ello, y en tanto no se pronuncie sobre el tema el Tribunal Constitucional en las cuestiones de inconstitucionalidad que sobre él tiene pendientes, parece lo más prudente, y así deberán mantenerlo los señores Fiscales, considerar subsistente tal fuero, pero entendiendo que el enjuiciamiento de los delitos a aquellos aforados atribuidos deberá acomodarse al procedimiento —abreviado u ordinario— que por la pena que tengan señalada corresponda, con lo que el procesamiento que, «en su caso», deberá acordar la Audiencia sólo es pertinente en el procedimiento ordinario.

Ahora bien, como el artículo 8 de la Ley Orgánica 2/1986 atribuye a las Audiencias, además del procesamiento, «la instrucción» y «dictar el fallo» para evitar incurrir en causa de recusación, la Audiencia deberá aplicar por analogía la regla establecida para el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, designando de entre sus miembros un Magistrado que se encargará de la instrucción

de las diligencias previas o del sumario y que no formará parte del Tribunal que enjuicie el caso.

III. LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Una importante característica de la reforma es la expresa previsión que de la intervención del Fiscal en este procedimiento y de las funciones que en el mismo le compete se hace con el artículo 781.

Cierto que la mayor parte de las previsiones de ese artículo no hacen más que reiterar lo que al Fiscal le viene impuesto o concedido por otras normas, sea el artículo 3 del Estatuto Orgánico, sean los propios preceptos generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o lo específico del Título en que dicho artículo 781 se inscribe. Sin embargo, aparte el valor de excitación especial del celo del Ministerio Fiscal que ese recordatorio reiterativo de sus obligaciones representa, sí han de subrayarse la introducción de funciones nuevas e interpretar cómo han de ser ejercidas.

Podríamos hacer la siguiente disección del contenido del artículo 781:

El Fiscal deberá:

- 1.º) Constituirse en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil.
- 2.º) Velar por el respeto de las garantías procesales del imputado.
- 3.º) Velar por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.
- 4.º) De *manera especial*, impulsar y simplificar la tramitación del procedimiento.
- 5.º) Dar instrucciones generales o particulares a la Policía Judicial para el más eficaz cumplimiento de sus funciones.
- 6.º) Aportar los medios de prueba de que dispone o solicitar del Juez de Instrucción la práctica de los mismos.
- 7.º) Instar del Juez la adopción de las medidas cautelares procedentes o el levantamiento de las innecesarias.
- 8.º) Pedir la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

1. La función de impulsión y simplificación del proceso

De esas funciones del Fiscal, hay una que constituye una auténtica novedad y que impone al Ministerio público una reflexión sobre el alcance de su contenido y la forma más adecuada de su cumplimiento. Nos referimos a la misión que *de modo especial* se le atribuye de impulsar y, sobre todo, de *simplificar* el procedimiento. Podría plantearse el interrogante de cómo es posible, toda vez que la tramitación del proceso abreviado viene regulada en la ley, que pueda el Fiscal simplificar sus trámites. Interrogante que sólo tiene una respuesta: el legislador ha impartido un mandato al Fiscal para que utilice de *modo especial* y agotando

hasta el límite de sus posibilidades los mecanismos que la propia ley prevé para eliminar trámites superfluos o reiterantes en el camino de la sentencia judicial, y hasta para prescindir de fases enteras del procedimiento, cuando se entienda puede llegarse sin ellas a una resolución del tema procesal.

Dos son, pues, los aspectos de impulsión y, sobre todo, simplificación del proceso, a que deben prestar especial atención los señores Fiscales:

1.º) La eliminación de trámites y diligencias innecesarias a los fines del proceso, y, en especial, la erradicación de la viciosa práctica de ratificación o reiteración de actuaciones ya practicadas, sea en el atestado policial, sea en las diligencias de investigación del Fiscal, sea ante el propio Juzgado de Instrucción. Aunque más adelante se volverá sobre el tema, conviene resaltar aquí que la fase de investigación judicial ha sufrido en este proceso un esencial cambio de naturaleza y finalidad con respecto al tradicional sumario. En efecto, el fin de las diligencias previas en el procedimiento abreviado es, fundamentalmente, no preparar el enjuiciamiento, como en el sumario, sino preparar la acusación como se deduce de la reiteración de esa expresión en una serie de preceptos (artículos 781, último inciso; 789.2, 4 y 5, y 790.1 y 2).

En cuanto a su naturaleza, asume el legislador en la nueva estructuración del procedimiento que las diligencias de la investigación judicial no tienen finalidad probatoria —salvo las excepcionales que adopten la forma y requisitos de la prueba anticipada o preconstituida—, sino sólo de acumulación de fuentes de conocimiento de los medios de prueba disponibles, por lo que a nada conduce la reiteración en la investigación judicial de las ya conocidas, debiendo rehuirse todo riesgo de burocratización del proceso, que sólo conduce a su dilación indebida o, al menos, no justificada por la eficacia procesal de aquellas actuaciones reiterativas y retardatarias.

2.º) La utilización, sin vacilaciones ni desidias, de los mecanismos de aceleración del proceso y de consenso, que la ley introduce.

No puede menos de reconocerse que todas esas tareas exigen una presencia efectiva y vigilante del Fiscal, en el nuevo procedimiento abreviado —y, en general, en todos los procesos penales por delito— que representase un esfuerzo para el Ministerio Fiscal, cuyas actuales plantillas, ya de por sí insuficientes para abordar esas tareas, se encuentran además incompletas, y cuyos efectivos y de personal de apoyo está por debajo de las necesidades actuales y más aún las futuras de su labor. Esta Fiscalía General del Estado es consciente de esa situación, pero conoce también el espíritu de trabajo de los señores Fiscales, su profesionalidad y el celo que ponen en cumplir incluso más allá de lo razonablemente exigible, los trascendentales cometidos que les están encomendados. Por ello confía en que el esfuerzo por abordar con efectividad las funciones que el nuevo proceso encomienda al Ministerio Fiscal, que no dudamos realizarán todas las Fiscalías, servirá para iniciar una nueva andadura y unas pautas de actuación, que podrán ser culminadas cuando las previsiones legales de aumento de plantillas, programadas hasta 1992, se vean cumplidas y la dotación del Ministerio Fiscal permita atender a todas sus funciones, sin el sobreesfuerzo que ahora se pide a sus miembros y que no pasa desapercibido para quien en estos momentos tiene la máxima responsabilidad de su dirección.

2. Los mecanismos de aceleración del proceso

Entre los mecanismos de aceleración del proceso merecen ser destacados:

a) Instar del Juez de Instrucción que cumpla lo prevenido en el artículo 789.3 de practicar diligencias *sólo* en el caso de que las ya practicadas en el atestado (o la investigación del Fiscal) no fueren suficientes para formular acusación, criterio de suficiencia que es al Fiscal al que corresponde establecer, como titular de la acción penal y órgano de la acusación pública, cuyo ejercicio valora en función de las pruebas de que pueda disponer en el acto del juicio oral.

b) Solicitar la inmediata conclusión de las diligencias previas tan pronto estime suficientes las actuaciones practicadas para resolver sobre el ejercicio de la acción penal (artículo 781, «in fine»):

c) Interesar a la vez que el acusado y su Abogado, si el hecho constituyera delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal y aquél haya reconocido la imputación que se le hace, la remisión de las actuaciones a dicho Juez de lo Penal, para la inmediata celebración del juicio (artículo 789.5, quinta).

3. La introducción del principio del «consenso»

En cuanto al reforzamiento del consenso, la reforma se hace eco de las más recientes corrientes procesales del entorno europeo, según las 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 las primeras 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 de su 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, está revelando ya una actitud resocializadora.

Se ha dicho que la búsqueda del consenso en tales casos es un imperativo ético-jurídico, que entre nosotros vendría apoyado en dos parámetros constitucionales: 1.º que la obtención del consentimiento del acusado a someterse a una sanción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad, proclamada en la Constitución (artículo 10.1), y 2.º que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el artículo 25.2 de la Constitución Española y que en lo posible no debe ser perturbada ni por la continuación del proceso, ni por la sumisión a la «estigmatización» del juicio oral.

Cuestión ésta sobre la que es preciso llamar la atención de los señores Fiscales, pues implica un notable cambio en los modos de actuación del Ministerio Público, que por imperativo de la obligación impuesta en el artículo 781 de procurar la simplificación del procedimiento, deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso

con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor trascendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como «bagatelas». La mayor presencia del Fiscal en el proceso y en especial durante la guardia de los juzgados, que permitirá un contacto más inmediato con el acusado y su Letrado, es terreno propicio para promover tales soluciones consensuadas. Ese contacto será aun mayor en los casos en que el Fiscal inicie una investigación preprocesal, que bien puede derivar hacia una conformidad futura del imputado.

En el ámbito de cada Fiscalía los criterios generales a los que deben acomodarse las pautas de actuación de los Fiscales que la integran en orden a la promoción de las soluciones consensuadas, deben discutirse y establecerse en Juntas, teniendo en cuenta los principios axiológicos más arriba expuestos, el espíritu de la Reforma procesal que comentamos y los propios términos de la política criminal que cada Fiscalía se plantee, habida cuenta la problemática específica de la criminalidad de su territorio. Como todo criterio general, los que las Juntas establezcan en esta cuestión no podrán menos de ser flexibles, por lo que su ejecución en los casos concretos corresponderá a la responsabilidad del Fiscal que en ellos actúe, quienes deben procurar cumplir lo más fielmente posible aquellos principios axiológicos generales, el espíritu y particularidades de los acuerdos que en la Junta de Fiscalía se hayan adoptado y las instrucciones que sobre este tema el Fiscal Jefe pueda impartir para el mejor cumplimiento de tales acuerdos.

El consenso se introduce, además de en la petición de enjuiciamiento inmediato prevista en el artículo 789.5, quinta, antes citado, en las diversas posibilidades que para el trámite de la conformidad del reo abre el nuevo procedimiento:

a) *La petición de pase a enjuiciamiento inmediato*

Ciertamente, la concurrencia de peticiones del imputado que haya reconocido los hechos y del Fiscal para la remisión del procedimiento al Juez de lo Penal para su inmediato enjuiciamiento, constituye una manifestación del consenso, pero no es una conformidad. Hay, en todo caso, conformidad con los hechos, pero esa conformidad no tiene por qué extenderse a la calificación jurídica ni a la pena, que además no han sido aún precisadas por la acusación en ese momento procesal. El juicio no se evita, sólo se anticipa y facilita. En esta fase, por ello, el Fiscal ha de cuidar de que quede claramente expresada ante el Juez y con asistencia del Letrado defensor (recordamos que en este caso no es preceptiva la intervención de Procurador) la aceptación de los hechos por el acusado, esto es, su confesión.

En cuanto a lo que ha de entenderse por el *hecho*, a los efectos de su reconocimiento, el término debe tener un sentido normativo, puesto que dentro del proceso se realiza su reconocimiento y dentro del proceso surtirá sus efectos. Por ello, aparece como equivalente al *objeto procesal* en su aspecto fáctico, esto es, al reconocimiento de los elementos objetivos que integran el tipo penal cuya existencia va a debatirse en el proceso. En cuanto sean necesarios para la construcción típica, por estar expresamente previstos en la figura legal, también integrarán el hecho los elementos típicos subjetivos que se incorporen, en el correspondiente precepto del Código, a la hipótesis típica.

No será necesario, en cambio, el reconocimiento por el imputado de los elementos subjetivos integrantes de la culpabilidad y deducibles directamente del propio hecho confesado. El elemento de la culpabilidad o del tipo subjetivo —según la doctrina penal que se siga—, como puede ser la concurrencia de dolo o de culpa, su intensidad, la posible intervención de causas de inculpabilidad, etc., podrá ser, en su caso, objeto de debate en el juicio inmediato, al igual que la calificación jurídica del hecho, la perfección delictiva, el grado de participación, el que ciertos elementos del hecho reconocido puedan o no ser apreciados como integrantes de una circunstancia agravante o atenuante y, en fin, el propio grado y entidad de la pena.

La aplicación de la regla 5.ª del 789.5 produce; en definitiva, tan sólo dos efectos: 1.º excluir en el ámbito del procedimiento abreviado y a los efectos de la anticipación del juicio, la regla general del artículo 406, párrafo 1.º, según la que la confesión del procesado no dispensa al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito; en este sentido la admisión de los hechos pasa a tener en el procedimiento penal abreviado el efecto de simplificar la prueba sobre los extremos fácticos admitidos, y 2.º) permitir el enjuiciamiento inmediato e incluso el pronunciamiento de la sentencia en el acto de ese juicio y oralmente, según los términos del artículo 794.2, cuando la simplicidad del hecho reconocido lo permita.

Parece innecesario recordar que las autoinculpaciones que resulten falsas o desmentidas, podrán dar lugar, en su caso, a la responsabilidad penal prevista en el artículo 338 del Código penal, al simular el imputado ser responsable de un delito, ante el Juez de Instrucción —«autoridad competente»— provocando el trámite procesal del artículo 789.5, quinta.

b) *Los supuestos de conformidad*

La conformidad propiamente dicha, esto es, la aceptación del escrito de acusación (lo que implica, en principio y sin perjuicio de lo que luego se dirá, la aceptación de los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil exigida: vid. artículo 791.3), podrá manifestarse en tres momentos:

1.º) Conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal (artículo 791.3, último inciso), lo que obliga a facilitar los contactos con la defensa en la fase de calificación, para poder llegar a un acuerdo de conformidad en tal momento.

2.º) En el trámite de calificación, al formularse el escrito de defensa, en que conjuntamente el Letrado y el acusado, firmen la conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad (artículo 791.3, inciso primero). En este caso, la decisión es exclusiva de la defensa, aunque podrá ser promovida por el criterio del Fiscal en orden a fijar la entidad concreta de la pena pedida, dentro de la naturaleza y grado que corresponda y en función de la que el uso concreto permita o aconseje.

3.º) En el Juicio Oral, antes de comenzar la práctica de la prueba, en que en una nueva manifestación del principio del consenso, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán solicitar 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 presentare en este acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación formulado al evacuar el trámite de calificación.

La ley prevé aquí una nueva oportunidad para el acuerdo entre el Fiscal y la defensa, permitiendo incluso al primero presentar un nuevo escrito de calificación, con la limitación de que la acusación no pueda ser más grave —ni por hecho distinto del contenido en el escrito de acusación originario—, pero autorizando, en cambio, a suavizar las peticiones de forma que sean más aceptables para el acusado (siempre, recordemos, dentro de los términos de las facultades de arbitrio, que la ley autoriza y la interpretación de los hechos permitan legalmente apreciar). La sensibilidad y habilidad de los señores Fiscales debe ser utilizada para agotar al máximo el cumplimiento del espíritu de la ley, especialmente en los delitos de menor entidad, adoptando posiciones estratégicas en el proceso que fomenten la conformidad de los acusados y eviten la carga procesal de la celebración del juicio.

c) *Los límites de la sentencia de conformidad*

La sentencia de conformidad, hasta el límite de petición de pena de seis años, habrá de ser de *estricta conformidad* con la aceptada por las partes (artículo 793.3, párrafo 1.º, inciso último). No cabe al Tribunal, salvo en el caso que luego se dirá, modificar la pena pedida en tales supuestos, por imperativo del principio acusatorio, consagrado en el artículo 793.3, párrafo 1.º En cambio, si la conformidad se manifiesta en relación con penas que excedan de seis años, parece que el Tribunal sí podrá imponer la pena en cuantía inferior a la pedida, como se deduce «a contrario sensu» del último inciso del párrafo citado. Nunca, sin embargo, podrá imponer pena superior, por vedársele el precepto del artículo 794.3.

Sin embargo, la legalidad y la justicia deben impedir las condenas improcedentes, aunque sean aceptadas por el acusado. Por ello, el Tribunal no viene obligado a dictar sentencia de conformidad ya cuando considera que procede la absolución por estimar que el hecho objeto de acusación no es típico o que concurre una circunstancia eximente de la responsabilidad o extintiva de pena; ya por considerar debe imponerse menor pena por deducirse del propio hecho aceptando la concurrencia de una circunstancia que obligue a atenuar la pena (ya sea una atenuante genérica, ya específica, ya una modalidad de participación más leve, ya una forma más imperfecta del delito). Naturalmente que el uso de esa facultad puede ser impugnado por el Fiscal (o la acusación particular, en su caso) en vía de recurso, si discrepase de la apreciación del Tribunal que ha llevado a éste a romper los términos de la conformidad.

Por último, no vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal (artículo 793.3, último párrafo). La regla que se refiere a las medidas de seguridad es congruente con la naturaleza de tales medidas, de carácter corrector y con fines de prevención especial, que deben conducir a su imposición sólo cuando no se estimen superfluas. La conformidad del sujeto a estas medidas no es, pues, título suficiente para su imposición si el Juez o Tribunal la considera innecesaria.

Otra cuestión a destacar es que en este procedimiento abreviado no se dan los límites que para la conformidad establece el artículo 655, tanto en orden a la limitación de la pena —allí prisión correccional, en este procedimiento sin otros límites que los objetivos de las penas sometidas a su ámbito competencial— como el de poder acordar el Tribunal la continuación del juicio si estimase que la pena pedida no era la procedente según la calificación (facultad ésta, por cierto, cuya subsistencia para el procedimiento ordinario es hoy discutible por su incompatibilidad con el principio acusatorio).

Aunque el hecho de una conformidad con penas que excedan de los límites de la regla general del artículo 655 puede resultar chocante, es evidente que debe prevalecer la especialidad del procedimiento y en él, tanto de la omisión en el artículo 791.3, «in fine» a toda referencia del límite de las penas con que puede conformarse el acusado, como de la reiterada referencia que al Juez o *Tribunal* se hace en el artículo 793.3; e incluso la mención expresa de que la obligación de dictar sentencia el Juez o *Tribunal* de estricta conformidad, siempre que la pena no exceda de seis años, se infiere claramente que también ante el Tribunal de la Audiencia Provincial y en el caso que la acusación se produzca por delitos de su competencia, castigados con penas que sobrepasen los seis años, se puede producir la conformidad, sin más efectos que el antes dicho de no ser preceptivo entonces que el Tribunal dicte su sentencia «de estricta conformidad con la aceptada por las partes».

d) *Efectos de la conformidad sobre las responsabilidades civiles*

Un problema específico de estas conformidades es el de la responsabilidad civil, en especial en lo que afecta a las responsabilidades civiles subsidiarias y hasta la directa de las Compañías aseguradoras.

La primera cuestión es la de si cabe que el acusado se conforme con los términos de su responsabilidad penal, pero no con la petición de responsabilidad civil. Para tales casos la regla general del último párrafo del artículo 655 (reiterada en el 695) es la de que continuará el juicio, aunque la producción de prueba y la discusión se limitará a los términos de esa responsabilidad. Las normas del procedimiento abreviado no contemplan tal posibilidad, limitándose a hablar genéricamente de conformidad con el escrito de acusación (artículo 791.3). Pero, de un lado, tampoco lo prohíben y, de otro, hacen una referencia al «escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad», con lo que parece estar pensando el legislador primordialmente en la conformidad con la responsabilidad penal.

Por lo anterior no existe un claro obstáculo para la aplicación supletoria del artículo 655, permitiendo que el acusado se conforme con los términos de la responsabilidad penal y la pena, pero no con la petición de responsabilidad civil, en cuyo caso deberá continuar el procedimiento a los solos efectos de debatir ésta.

La otra cuestión, íntimamente relacionada con el derecho de defensa de los responsables civiles, directos o subsidiarios, es la de hasta qué punto la conformidad del acusado con la responsabilidad civil y su cuantía vincula a los co-responsables directos o a los responsables subsidiarios. En principio, el deudor principal de la reparación es el responsable penal del delito causante del daño y su confor-

midad, aceptando tal responsabilidad civil y la cuantía fijada en los escritos de acusación, es una forma de allanamiento, que obliga a dictar sentencia en los términos de la petición de responsabilidad civil aceptada por el deudor principal.

La responsabilidad de los responsables civiles subsidiarios y de las Compañías de seguros, como co-responsables directos dentro del límite del seguro, viene en principio subordinada a la responsabilidad civil impuesta al penado. Pero podrán discutir si en el caso concreto se dan o no los presupuestos que determinan su responsabilidad subsidiaria o la obligación de hacer frente a la cobertura del seguro y, como simples coadyuvantes del responsable directo y en tanto éste disienta de la procedencia de la indemnización pedida, debatir también esa procedencia y su cuantía. Pero la cuestión es si, establecida la obligación del acusado de indemnizar y la cuantía de tal indemnización, sólo les queda debatir si es correcto o no considerarlos responsables civiles subsidiarios u obligados directos a satisfacer aquélla a causa del contrato de seguro o pueden también discutir si la cuantía en que se fijó la indemnización a satisfacer por el responsable penal es o no correcta. «A priori» podría alegarse que habiéndose allanado el acusado, como deudor principal, con los términos de la responsabilidad civil, los demás responsables civiles subsidiarios o las Entidades aseguradoras vendrán obligados por tal allanamiento, ya que se trata de un acto procesal que produce efectos jurídicos inmediatos sobre el derecho material, en el sentido de que el Juez debe declarar éste tal como lo reconoce la parte que se allana. No hace falta insistir que estamos en el ámbito del Derecho civil, esto es, del Derecho privado, donde prima el poder dispositivo de la parte sobre el objeto del proceso; en este caso, el objeto civil del proceso. Nadie puede impedir al autor del delito, que es la verdadera causa de la obligación de reparar el daño y, el deudor principio de tal obligación, aceptar los términos en que la misma es exigida por el acreedor perjudicado. Pero en contra del anterior argumento cabe aducir que los que deban satisfacerla al acreedor perjudicado en lugar del deudor a virtud de relaciones jurídico-privadas que con tal deudor hayan establecido (contrato de seguro) o los obligados subsidiariamente al pago por su posición o relación con el autor del hecho ilícito de que la obligación ha nacido, no pueden quedar afectados por la cuantía específica de una indemnización a determinar a cuyo importe no han colaborado y que, por el contrario, no deben quedar privados no de su derecho a ser oídos antes de que se determine y fije la indemnización civil a que quedan obligados y, menos aún, sobre todo, cuando de aseguradores voluntarios o de responsables civiles subsidiarios se trate, de su derecho de defensa.

De otro lado, la condición de parte de tales responsables no tiene la misma naturaleza que la del acusado en el proceso. Respecto a las Entidades responsables del seguro obligatorio, es clara la norma del último párrafo de la prevención 5.ª del artículo 784, de que no podrán ser partes en el proceso en tal concepto, limitándose su derecho de defensa a presentar en la pieza correspondiente los escritos oportunos para discutir su obligación de afianzar y, en su caso, de satisfacer el importe de la indemnización por el siniestro y los asegurados. Análogo derecho tienen los responsables civiles subsidiarios y las entidades responsables del seguro voluntario, pudiendo promover en la oportuna pieza separada de responsabilidad civil el incidente correspondiente, si estima no debe considerársele civilmente responsable por el hecho imputado al acusado, ofreciendo pruebas sobre ese extremo (artículos 616 a 618). Ahora bien, a diferencia de las Entidades

responsables del seguro obligatorio, a los responsables civiles subsidiarios y a los aseguradores voluntarios, si se les admite como parte en el plenario, donde pueden comparecer en forma en tal concepto para reproducir sus pretensiones (artículos 621 y 652), pero aquí ya no se trata de una parte necesaria, pues su comparecencia en forma, al tratarse de una obligación civil, puede ser renunciada, limitándose a comparecer personalmente a la citación al juicio oral, para ser oído.

Las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prevén en el artículo 700, que «cuando el procesado haya confesado su responsabilidad de acuerdo con las conclusiones de calificaciones y sus defensores no consideren necesaria la continuación del juicio, pero la persona a quien sólo se haya atribuido la responsabilidad civil no haya comparecido ante el Tribunal o en su declaración no se conformara con las conclusiones del escrito de calificación a ella referentes, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 695», esto es, continuará el juicio a los solos efectos de debatir ese extremo.

Como consecuencia de todo lo dicho los señores Fiscales observarán los siguientes criterios:

1.º) Como regla general, vigilarán que los responsables civiles subsidiarios y las Entidades aseguradoras sean debidamente llamados a los autos, requiriéndoles para que afiancen sus responsabilidades, pero advirtiéndoles a los primeros y a los aseguradores del seguro voluntario de su derecho de defensa.

2.º) Si el acusado se conformase con la responsabilidad penal, pero no con la civil, instarán la continuación del procedimiento en los términos de los artículos 655 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.º) Si el acusado se conformase con la totalidad del escrito de acusación, responsabilidad civil incluida, en la fase de calificación, y hubiese responsables civiles subsidiarios, o aseguradores voluntarios, que no hayan comparecido representados por Procurador y asistidos de Letrado, se interesará se les notifique tal conformidad por si desean hacer uso de su derecho de defensa e interesan la continuación del juicio en los términos de los artículos 700 y 695.

4.º) Si el acusado se conformara con el escrito de acusación en el acto de iniciación del juicio oral (artículo 793.3) y el responsable civil subsidiario hubiere comparecido en forma, asistido de Abogado y Procurador, y discrepare de la conformidad del responsable penal del hecho, se entenderá aplicable el artículo 695, continuando el juicio a los solos efectos de debatir tal responsabilidad civil subsidiaria y su alcance.

5.º) En el supuesto anterior, si el responsable civil no hubiese comparecido y hubiese sido citado en forma, si no apareciere justificada su ausencia, se interesará que el Tribunal pase a dictar sentencia de conformidad, condenando también al responsable civil, cuya ausencia injustificada no será causa de suspensión del juicio, conforme al artículo 793.1, «in fine». En virtud de tal precepto la incomparecencia no justificada del asegurador voluntario o el responsable civil subsidiario no es obstáculo para los trámites subsiguientes, entre ellos el de conformidad en juicio. En este aspecto la no comparecencia injustificada del responsable civil subsidiario pasa a tener un tratamiento análogo a la «ficta confessio» establecida en el artículo 700, párrafos 2.º a 4.º, para los casos en que se negare a contestar a las preguntas del Presidente del Tribunal. Volvemos a insistir que estamos en el terreno del Derecho privado, donde el derecho de defensa puede ser renunciado

y el derecho a no declarar contra sí mismo no tiene el mismo tratamiento que cuando de acusados penalmente se trata.

IV. LA FASE PREPROCESAL DEL PROCESO, EN ESPECIAL LA INVESTIGACION POR EL FISCAL

La fase de investigación preprocesal y, por ello, extrajudicial, aparece atribuida en la reforma a la Policía Judicial (artículo 786) y al Ministerio Fiscal, ya por sí mismo, ya delegando en aquélla las diligencias a practicar (artículo 785 bis). Conviene, sin embargo, recordar que el artículo 20 del Real Decreto 769/1987, sobre la Policía Judicial, atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de «las diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial», punto éste que ha sido objeto de la Instrucción número 2/1988 de esta Fiscalía General del Estado.

Consecuencia de esa dirección es que en realidad toda la fase de investigación preprocesal está dominada por el Fiscal, bien a través de su propia actividad investigadora, bien a través de la dirección de la investigación policial. Por lo mismo, y al margen de las iniciativas de cada Fiscal, éstos deben utilizar las facultades que el nuevo artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 20 del Real Decreto citado les atribuyen, para promover, coordinar, dirigir y, en cierto modo, controlar jurídicamente (para que los derechos de los ciudadanos y los principios legales de toda investigación sean cumplidos) la investigación policial de los delitos que puedan constituir el objeto procesal de un proceso abreviado.

1. Posición del Fiscal respecto a la Policía Judicial

El contenido de las facultades del Fiscal en orden a la dependencia respecto de él, de la Policía Judicial, aparece así ampliado, respecto al inicial contenido del artículo 4.4 del Estatuto Orgánico, que sólo preveía dar órdenes e instrucciones en cada caso concreto. Ahora puede también impartir instrucciones generales, sobre modos de actuación de la Policía en la investigación criminal en orden a prioridades dentro de la actividad policial investigadora; coordinación con otras Policías, etc...

Los señores Fiscales deberán tener en cuenta no sólo las disposiciones citadas y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino también los Estatutos de Autonomía y las Leyes de las Comunidades Autónomas que desarrollan los Cuerpos de la Policía Autónoma.

a) *Las instrucciones a la Policía Judicial*

Como orientación sobre el modo de impartir las instrucciones referidas, tanto las generales, como las particulares sobre casos concretos, podríamos apuntar lo siguiente:

1.º) Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, durante la fase preprocesal, esto es, al margen de las actuaciones judiciales en trámite. Se impartirán a través de los Jefes de las distintas Unidades, conforme a lo prevenido en el artículo 20 del Real Decreto 769/1987.

2.º) Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial, de tenor análogo al del apartado anterior y en especial para la coordinación de la investigación de hechos concretos en los distintos Cuerpos, durante la fase procesal, esto es, existiendo actuaciones judiciales. Se efectuaron a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial.

3.º) Instrucciones de coordinación de los distintos Cuerpos dependientes de las Juntas Locales de Seguridad. Deberán cursarse a través de éstas, conforme al artículo 54 de la Ley Orgánica citada.

4.º) Instrucciones particulares en una investigación policial en marcha. Se realizarán en los términos del artículo 20 del Real Decreto y la Instrucción de esta Fiscalía, también citados.

5.º) Instrucciones particulares a las Unidades de Policía Judicial adscritas a las Fiscalías o a otra Unidad para la investigación concreta de un caso. Deberán impartirse a través del Jefe de la Unidad o a los funcionarios que practiquen la investigación.

No es necesario poner de relieve a los señores Fiscales que tanto la dirección de la investigación policial, como la delegación en ella de la práctica de diligencias concretas no puede representar ni que el Fiscal se convierta en un «Jefe» de la Policía, ni que aquella delegación constituya una autorización para la libre acción de la misma, de forma que el Fiscal pase a ser un mero homologador de las actuaciones policiales. Por ello, tanto en un caso como en otro, las instrucciones del Fiscal deben ser lo más precisas posibles, marcando los límites de la actuación y subrayando la titularidad del Ministerio Fiscal como director o promotor de la investigación, pero dejando siempre a salvo el contenido de los respectivos campos: a la Policía Judicial corresponde la actividad investigadora en el terreno, utilizando las técnicas de investigación científica y práctica en la que son expertos; al Fiscal la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer.

No puede dejarse de reconocer que esa nueva forma de actuación del Fiscal planteará en la práctica problemas, tanto de concepción como operativos, pero esta Fiscalía confía en el celo y capacidad de los señores Fiscales para que vayan abordando y resolviendo tales problemas, hasta lograr que en un futuro próximo dicha forma de actuación se desarrolle fluidamente y sea asumida como normal por todos los afectados.

El artículo 786 reformado regula las atribuciones de la Policía Judicial en el ámbito de investigación de los delitos sometidos al proceso abreviado, en términos análogos a como lo hacía el derogado artículo del mismo número, por lo que no constituye ninguna novedad. La única modificación, intrascendente a los efectos que estamos examinando, es la sustitución en la regla 1.ª del antiguo término «ordenarán» por el de «requerirán», más apropiado para señalar las rela-

ciones de la Policía con los facultativos; y precisar en la regla tercera que el requerimiento a otros miembros policiales debe hacerse por el cauce jerárquico correspondiente, lo que ya estaba implícito en la anterior redacción.

Obvio es decir que todas las facultades que el artículo 786 concede a la Policía Judicial para su investigación, pueden ser utilizadas por el Ministerio Fiscal a través de las instrucciones u órdenes que a aquélla imparta.

2. La investigación del Fiscal

El otro medio de desarrollo de la investigación preprocesal, viene constituido por la investigación de que es titular y ejecutor el propio Fiscal.

Ante todo debe subrayarse la diferencia esencial entre esa investigación del Fiscal y la instrucción tradicional. Sólo el conocimiento superficial de los términos del problema o el equívoco deliberado para favorecer la propia argumentación puede llevar a hablar de la «instrucción por el Fiscal». No se trata, en efecto, de una sustitución del titular de la instrucción sumarial, cambiando al Juez por el Fiscal, sino de una sustitución del propio sumario como mecanismo de preparación del juicio oral, por una fase preprocesal de investigación cuyo fin es la concreción de si existen méritos para formular una acusación contra personas determinadas. Las diferencias son tanto de *sistema* —el sumario o instrucción judicial se encardina en el sistema mixto, la investigación del Fiscal es más bien propia del sistema acusatorio—; como la *finalidad* —el sumario tiene como fin determinar si existe un hecho delictivo y una persona que debe ser sometida a enjuiciamiento; la investigación si existen elementos para formular una acusación, cuyo fundamento debe examinar el Tribunal, antes de someter a enjuiciamiento al acusado—; como, en fin, de *naturaleza* —las diligencias sumariales, precisamente por estar realizadas por el Juez, tienden a ser tomadas como pruebas, y hasta como pruebas fundamentales, por el Tribunal juzgador; las diligencias de la investigación del Fiscal carecen en principio de valor probatorio y deben reproducirse con las garantías de la prueba en el juicio oral para que puedan ser alegadas y estimadas como tal prueba—. Sólo aceptando estos presupuestos puede formarse criterio sobre el valor funcional de la investigación por el Fiscal.

Ahora bien, el debate originado por los trabajos preparatorios de la reforma procesal no ha podido surtir el efecto esclarecedor propio de toda discusión doctrinal entre expertos, de un lado, porque la precipitación con que la reforma hubo de producirse, ante el impacto de la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, y, de otro, el que la polémica trascendiera del marco puramente doctrinal desvirtuándose sus términos, ha sido causa de que la Ley 7/1988 haya optado por un esquema que se ha quedado a medio camino entre la conservación de la instrucción sumarial y del sistema mixto y el paso al sistema acusatorio con admisión de la investigación del Fiscal con todos sus efectos.

Resulta así que se ha admitido, de un lado, una investigación preprocesal del Fiscal, pero trunca y limitada, tanto en su contenido, pues ni aun con la autorización judicial podrá realizar por sí determinados actos investigadores (registros, interceptación de comunicaciones), que paradójicamente el Juez puede autorizar a la Policía; como en su culminación, pues el Fiscal debe cesar en su

investigación al tener noticias de la iniciación de una actuación judicial, independientemente de que haya o no terminado la misma. Y de otro, ha previsto una instrucción judicial, también atípica, por cuanto ya no tiene el sentido agotador de la averiguación y determinación indiciaria de la responsabilidad del acusado, propia del sumario, sino que se limita a reunir el material necesario para que las acusaciones puedan formular sus escritos acusatorios. Podríamos decir, figuradamente, que el Juez de Instrucción en el procedimiento ordinario, al instruir el sumario, trabaja para el Tribunal enjuiciador; mientras que en el procedimiento abreviado, al instruir las diligencias previas, lo hace para el Fiscal y las acusaciones.

Esa diferencia esencial se traduce en la posición del acusado en ambos procesos: en el ordinario, podrá pedir en el sumario y antes de su conclusión, la práctica de todas las diligencias que estime útiles a su descargo y a la averiguación de la verdad; en el abreviado, no se prevé tal posibilidad en las diligencias previas, que sólo se reconoce para el Ministerio Fiscal, cuando se considere ante la imposibilidad de formular acusación (artículo 790.2). La representación del acusado podrá proponer, es cierto, diligencias en la fase de previas, pero éstas, en principio, sólo serán acordadas por el Juez de Instrucción «cuando fueran necesarias para abrir el juicio oral, sin perjuicio de acordar, en su caso, que se practiquen durante las sesiones del mismo» (artículo 789.4), y, naturalmente, del derecho a proponer en el momento de formular su escrito de defensa (al igual que las acusaciones) diligencias de prueba anticipada (esto es, con los condicionamientos del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y que se recabe la remisión de documentos o se citen a peritos y testigos *para utilizarlos como prueba* en el juicio oral. Pero en este último supuesto la acusación está ya formalizada y no existen términos para que el acusado practique prueba que le evite su sumisión al enjuiciamiento. Veremos, luego, cómo esa parquedad del tratamiento de la posición del acusado, hace necesario acudir a fórmulas de interpretación extensiva para tutelar su derecho de defensa.

Así planteados los términos, quizá hubiera sido más favorable a los derechos del acusado el permitir una investigación más profunda y acabada del Fiscal, quien sujeto constitucionalmente al principio de imparcialidad, habría de llevar a cabo aquella «con plena objetividad e independencia», como nos impone el artículo 7 de nuestro Estatuto Orgánico, acopiando todos los elementos del juicio, tanto los que perjudican al acusado como los que le favorecieran. Y aunque evidentemente esa obligación de imparcialidad debe presidir la investigación preprocesal que aquél realice, la limitación de su contenido y la posibilidad de que deba ser concluida sin reunir todos los datos posibles, pueden enturbiar el logro de una investigación acabada no sólo en lo que perjudique, sino también en todo lo que favorezca al imputado.

a) *Las investigaciones del Ministerio Fiscal*

Prescindiendo de las facultades excepcionales que el apartado d) del artículo 18 bis.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, concede para ciertas investigaciones económicas de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión de la Droga, que tienen un ámbito específico y un contenido concreto, en estos mo-

mentos el Ministerio Fiscal dispone de dos fuentes reguladoras de su actividad investigadora: el artículo 5 del Estatuto y el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La cuestión es si se trata de una misma clase de investigación, en la que el artículo 785 bis se limita a introducir ciertas precisiones, facultades y condicionamientos, o si se trata de dos tipos distintos de diligencias de investigación; e, incluso, si el artículo 5 ha sido derogado tácitamente (ya que no hay en la Ley Orgánica 7/1988 una derogación expresa de tal precepto) por el artículo 785 bis, de carácter posterior e integrada en una Ley Orgánica, con lo que sólo permite para el futuro esta nueva norma como reguladora de todas las investigaciones del Fiscal.

Esta última postura no parece correcta, por cuanto no sólo se da entre el artículo 5 del Estatuto y el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la incompatibilidad que para las derogaciones tácitas exige el artículo 2.2 del Código civil, sino que, por el contrario, cada uno de esos preceptos tiene un ámbito propio y específico. En efecto, mientras el artículo 785 bis tiene su ámbito en el terreno del proceso abreviado y los delitos a él sometidos, como lo demuestra el que en el último inciso de su punto 1 se dice que «instará del Juez de Instrucción la incoación de las *diligencias previas*»; el artículo 5 extiende su ámbito a todo el ordenamiento penal, incluidos los delitos que deben someterse al procedimiento ordinario y las faltas.

Existen además ciertas diferencias entre uno y otro tipo de regulación que afectan tanto a la *facultad de iniciación* —en el artículo 5 sólo cuando reciba denuncias (aunque, por supuesto, también atestados, en cuanto a efectos legales se consideran denuncias, conforme al artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); mientras que en el 785 bis se extiende también a la adquisición de la «notitia criminis» por otros medios y a la iniciación de oficio («directamente»)—; a las *potestades* —en cuanto al artículo 785 bis le concede la facultad de hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la citación judicial—; y al *efecto* de las diligencias practicadas bajo su dirección, que según el artículo 5 tienen presunción de autenticidad, punto éste que silencia el artículo 785 bis.

Aceptada la compatibilidad y coexistencia de esos dos preceptos, aquellas diferencias plantean la cuestión de si estamos ante dos clases de investigación distintas, cada una con ámbito propio y condiciones específicas; o si se trata de una misma investigación, contemplada en dos textos legales que se complementan. De aceptarse esta última posición como más correcta, resultaría que el artículo 785 bis completa el artículo 5 en los puntos que éste hasta ahora silenciaba y aquél contempla, y viceversa. Esta solución parece la más congruente, pues siendo el Fiscal único, único debe ser su modo de actuación y a nada conduciría el tratar de considerar las investigaciones del artículo 5 y las del artículo 785 bis como de distinta naturaleza, cuando ante la ausencia de una norma que imponga al Fiscal elegir una concreta de ambas en cada caso, podría optar por la más conveniente y hasta transformar una en otra si lo estimara oportuno.

Ciertamente esa facultad de investigación que se concede al Fiscal carece en la práctica de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad y hasta sus últimas consecuencias. En estos momentos el Ministerio Fiscal está en crisis de desarrollo, carece de las dotaciones personales y materiales suficientes, tiene pendiente un despliegue en los órganos judiciales del territorio que le

permita una mayor inmediatitud en su actuación, carece de un presupuesto para atender a los gastos que una investigación ágil y en profundidad exige (honorarios de peritos, indemnizaciones a testigos, desplazamientos, obtención de reproducciones gráficas del lugar de los hechos, etc.), y no se le han adscrito todavía unidades de Policial Judicial de dependencia directa de las Fiscalías, como exigiría un desarrollo congruente del artículo 126 de la Constitución y la máxima operatividad de aquella función investigadora.

Ahora bien, de un lado, el germen está ahí, y a los Fiscales corresponde con su esfuerzo y dotes de improvisación hacerlo fructificar y sentar las bases de un desarrollo ulterior que permita exigir la dotación de todos los elementos necesarios para cumplirlo, sin que la pasividad y la desidia proporcionen argumentos en favor de mantener la actual pasividad y estado de cosas. De otra parte, una adecuada labor investigadora, con una hábil selección de los casos en que se centre, permitirá desbrozar la andadura procesal de muchos asuntos, compensando con el ahorro de un trabajo procesal futuro el esfuerzo inicial que la investigación representa y, sobre todo, contribuyendo a la facilitación y simplificación del procedimiento judicial, como nos impone el legislador en el artículo 781 del nuevo proceso.

En todo caso es aconsejable que en tanto las disponibilidades de las Fiscalías no permitan una actividad de investigación más intensa, las diligencias que conforme al artículo 5 del Estatuto o al 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal inician, se centren en determinar sucintamente si se dan en los hechos conocidos, denunciados u objeto del atestado policial, los mínimos elementos para presumir la existencia de un delito, complementando la investigación en fase policial. Otra cosa debe ser cuando se trate de casos excepcionales en que entren en juego intereses públicos y sociales, que al Ministerio Fiscal cumple promover, en cuyo caso las energías del Fiscal deben centrarse en una investigación lo más agotadora posible del asunto.

b) *Iniciación de las diligencias*

En cuanto a la iniciación de las diligencias, éstas tienen una triple fuente: «ex officio», por presentación de una denuncia o por recepción de un atestado.

a) La «notitia criminis» debe diligenciarse por el Fiscal en el Decreto de apertura, si iniciare de oficio las diligencias. Es este punto de gran trascendencia para la actuación de un Fiscal vigilante, inmerso en su entorno social y defensor del interés público. La existencia de preocupaciones de los ciudadanos, expresadas por los medios de comunicación social o conocidas por los contactos del Fiscal con su entorno, sobre la existencia de hechos difusos o mal conocidos que pudieron ser constitutivos de delitos y aun de delitos graves —delitos sociales, fraudes, delitos ecológicos, etc.— debe ser compartida por el Fiscal. Ciertamente, éste no debe precipitarse a provocar la iniciación de un proceso penal sin suficientes elementos de juicio y sólo por noticias o referencias cuya exactitud no ha contrastado. Pero por lo mismo tiene en la investigación preprocesal un instrumento útil para depurar la realidad y auténtica trascendencia delictiva de tales hechos, instrumento que no debe vacilar en utilizar, pues a la opinión pública tanto tranquiliza el desmentido, tras una investigación imparcial de sus temores o sospe-

chas, como el conocimiento de que como consecuencia de tal investigación se ha ejercitado una acción penal, iniciándose un procedimiento judicial.

b') En cuanto a las denuncias, de recibirse por escrito deben ser ratificadas por el denunciante, especialmente cuando alegue ser víctima o perjudicado por el delito, en cuyo caso la diligencia de ratificación debe convertirse en declaración que aporte los datos que el denunciante posea sobre el hecho denunciado.

c') Por último, sorprende, en principio, la referencia del artículo 785 bis a la presentación de atestados, en cuanto el artículo 789 dispone que la Policía Judicial hará entrega de los atestados al Juez competente. Sin embargo, el artículo 785 bis es congruente con la normativa policial, en especial el artículo 4 del Real Decreto 769/1987, de la Policía Judicial, cuando dispone: «Todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (...) dando cuenta a la autoridad judicial o Fiscal directamente o a través de las unidades Orgánicas de la Policía Judicial.» Y desde luego la Policía Judicial deberá entregar al Fiscal los atestados y diligencias que instruya a su instancia, sea por habérselas ordenado aquél en virtud de la facultad que le concede el número 4 del artículo 4 del Estatuto, sea por serles encomendada su ejecución por delegación en el curso de una investigación por el Fiscal, ya que del cumplimiento de la orden y de su resultado deberá darse cuenta a quien la impartió.

El acuerdo de apertura deberá adoptar la forma de «Decreto», que es la modalidad usual para reflejar las decisiones internas del Fiscal. Igual forma adoptarán los sucesivos acuerdos de ordenación y práctica de diligencias tomados en el curso de la investigación.

c) Contenido

Del texto del artículo 785 bis («aquellas diligencias que estime precedentes»), dedúcese que el Fiscal puede acordar cualquier clase de diligencia, documental, personal, pericial o real, que estime útil a los fines de la investigación, con las solas limitaciones siguientes:

1.º) No puede acordar ninguna diligencia o medida que suponga limitación o restricción de derechos, salvo la detención. Esta será, por supuesto, la prevista para cualquier tipo de autoridad no judicial en el artículo 17.2 de la Constitución y deberá observarse el plazo de 72 horas en aquél establecido, dentro del que deberá procederse a la liberación del detenido o a ponerlo a disposición judicial. El plazo de 72 horas es único, de modo que si ha existido una previa detención policial, la duración de ésta deberá tenerse en cuenta, junto con el período de detención por orden del Fiscal, para el cómputo de tal plazo.

Cuando se trate de diligencias o medidas que representen la invasión de un derecho fundamental, o cualquiera otra reservada al Juez, de las que luego se reseñarán, el Fiscal no podrá realizarlas sin autorización judicial. Dos vías tiene para obtenerla: o bien acudir al Juez, pidiendo la apertura de unas diligencias, para ejecutar dentro de ella la actuación que se considera necesaria, que deberán ser previas cuando disponga ya de información suficiente para poder afirmar la existencia de un delito; pero que podrán ser indeterminadas si no posee tal información, de modo que así pueda delimitar el hecho, ni su eventual carácter delictivo. También podrá el Fiscal cuando se trate de meras sospechas cuyo fundamento

se trate de esclarecer y las diligencias a practicar son de las que la ley autoriza a realizar a la policía con propia autoridad (artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo) acudir a la Policía Judicial interesándole su ejecución.

2.º) Las diligencias practicadas carecerán de valor probatorio. A estos efectos y aunque no haya faltado quien pretenda dar valor probatorio a las diligencias de la investigación del Fiscal, amparándose en la norma del artículo 785 bis 3 que impone a la mismas «las mismas garantías señaladas en esta ley para la prestada ante el Juez o Tribunal», es lo cierto que, de un lado, el Fiscal no asume una función jurisdiccional, como la del Juez, y, de otro, la ley se refiere a las «garantías» no a las «formalidades» y «efectos», limitándose, por ello, a recordar que también en esta fase preprocesal los derechos de los ciudadanos y de las partes deben ser observados.

La actividad investigadora del Fiscal no se dirige, pues, a producir pruebas, sino a localizar y asegurar las fuentes de prueba. Si en algún caso se entiende, por el riesgo de que no pueda reproducirse en el futuro, que debe acudirse a la práctica de una prueba anticipada, habrán de observarse las formalidades propias de tal prueba, esto es, acudir a la autoridad judicial y practicarla en su presencia, en forma contradictoria y dando intervención en ella al imputado, si en aquel momento fuere conocido. Naturalmente, tal solicitud implica en principio la apertura de un procedimiento judicial y la necesidad de continuar la investigación dentro de las diligencias previas correspondientes.

Resumiendo, podríamos decir que el elenco de las diligencias o actuaciones que el Fiscal puede realizar en su investigación viene acotado en forma negativa: *el Fiscal podrá practicar como actos de investigación todas aquellas actuaciones que la Constitución o la ley no reserve expresamente a la Autoridad Judicial*. Como actos reservados a los Jueces podríamos enumerar los siguientes:

1.º) La adopción de la prisión provisional (artículo 17.2 de la Constitución Española), con o sin fianza.

2.º) La adopción de otras medidas cautelares personales, como retirada de pasaporte, permiso de conducción, etc. [artículo 784.8 c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal].

3.º) La adopción de medidas cautelares reales (embargos, fianzas, secuestro de vehículos, intervención del permiso de circulación, etc.). Sin embargo, habrán de tenerse en cuenta los apartados a) y c) de la regla 2.ª del artículo 786, que autoriza a la Policía Judicial (la que podrá actuar por delegación del Fiscal al respecto) a secuestrar los efectos que se encuentren en el lugar del delito o a la intervención del vehículo y documentos mencionados en el apartado c), regla 8.ª del artículo 785, aunque sólo provisionalmente y para su inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial.

4.º) Las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, como son los registros personales y reales y la entrada en lugar cerrado (artículos 18.2 de la Constitución Española y 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las excepciones de los artículos 551 y 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); la «intervención de comunicaciones» (artículos 18.3 de la Constitución Española y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); «secuestro de publicaciones» (artículo 20.5 de la Constitución Española), y suspensión y disolución de asociaciones (artículo 22.4 de la Constitución Española).

5.º) La producción de prueba anticipada o preconstituida (artículos 448 y 790.5, párrafo 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) *Los aspectos formales de las diligencias de investigación del Fiscal*

En cuanto a la forma de los actos, deberán observarse en ellos las garantías legales, en especial en el interrogatorio del imputado, al que habrá de informársele de los derechos que le concede el artículo 24 de la Constitución y que deberá hacerse en presencia de un Letrado (artículo 785.1), para lo cual el artículo 785.5 prevé que los Colegios de Abogados remitirán una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio al Fiscal, lista que los señores Fiscales deberán, en otro caso, reclamar. No dispone nada la ley sobre lo que debe hacer el Fiscal si el Decano de los Colegios de Abogados no hace la designación requerida, tal vez porque al reiterarse la norma homóloga del procedimiento de urgencia se corrigió el primer inciso, para incluir al Fiscal, olvidando hacer lo propio con el segundo. Pero como el Fiscal no puede privar de la asistencia Letrada al imputado, habrá que entender que de tener que oírlo en las diligencias y de no ser atendida por el Decano su solicitud de designación, habrá de designarlo él mismo en forma paralela a la establecida para Presidentes y Jueces.

Los testigos que hayan de declarar serán exhortados a decir verdad, pero no se les exigirá juramento o promesa de ello. Su deposición no constituye un testimonio o prueba testifical, sino una simple vía de información, por lo que su obligación de decir verdad deriva de su condición de ciudadano que ha de colaborar con la Justicia, pero no de su condición de testigo. Por ello, si faltan a aquella obligación, no incurrir en delito de falso testimonio.

En las diligencias no intervendrá ningún funcionario actuando como Secretario que dé fe de ellas. Ni las Fiscalías disponen de Secretario Judicial, depositario de la fe pública, ni las diligencias de la investigación del Fiscal precisan de ese aval, pues no han de hacer prueba. Pero sí hay que recordar que conforme al artículo 5 del Estatuto, que como más arriba se razonó complementa el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad. Presunción de autenticidad que se funda en el hecho que el Fiscal obra bajo los principios de legalidad e imparcialidad, por lo que su actuación se presume ajustada a la ley y realizada objetivamente. Pero ello exige que la diligencia para gozar de tal presunción sea practicada bien por el propio Fiscal, bien bajo su dirección y *en su presencia*. Extremo este último que aunque no se exige expresamente en el texto legal, se infiere del propio fundamento de la presunción antes expuesto.

La presunción de autenticidad del artículo 5 habrá de ser interpretada en sus propios términos. De un lado, se tratará siempre de una presunción «*iuris tantum*». De otro, lo que quiere decir tal presunción es que la diligencia goza del beneficio de la verdad formal, esto es, de hacer fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no hace fe de la verdad material, esto es, no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido, haciendo prueba plena. El valor del contenido material de la diligencia, como pueden ser los términos en que

se expresaron los testigos o las conclusiones de un dictamen pericial, queda siempre sometido a la apreciación judicial.

Para lo que sirve además esa presunción de autenticidad es para hacer innecesaria la ratificación de las diligencias ante el Juez Instructor. Este debe tenerlas en cuenta para valorar los fundamentos que el Fiscal posee para formular su acusación en el trámite previsto en el artículo 790.6, sin necesidad de una reiteración más burocrática y dilatoria de las mismas. Es evidente que si según el artículo 789.3, el Juez debe practicar por sí diligencias sólo en el caso de que las practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, con mayor razón deberá abstenerse de duplicar tales diligencias si a tal fin, son suficientes las de la investigación del Fiscal. Todo ello sin perjuicio de que para probar tal acusación ante el Juez de lo Penal o Tribunal el Fiscal no pueda invocarlas como prueba, sino que ha de practicarse enteramente ésta en el juicio oral, salvo aquellas irrepetibles (reconocimientos oculares, «test» de alcoholemia, etc.) en las que la práctica probatoria deberá consistir en que la persona que ha recogido la prueba o practicado la pericia se ratifique en juicio de las apreciaciones obtenidas, la veracidad de los documentos gráficos obtenidos o las conclusiones de su dictamen.

Las diligencias investigadoras se encuentran, por ello, en una posición intermedia entre el simple atestado policial y la propia investigación judicial. Trascienden el carácter de mera denuncia y aun de declaración testifical, que el artículo 297 concede a los atestados; participan del valor informativo para la fundamentación de la acusación, a efectos de acordarse el pase al enjuiciamiento que es propio de la instrucción judicial; pero carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas de forma contradictoria ante el Juez de Instrucción.

e) Otras cuestiones procedimentales dentro de las diligencias de investigación

En la tramitación de las diligencias informativas pueden plantearse algunas cuestiones que es preciso esclarecer:

a) En orden a las potestades del Fiscal respecto a citación de personas para declarar como testigos o imputados, el artículo 785 bis se le concede «en los términos establecidos en esta ley para la citación judicial». Ello representa atribuir al Fiscal las mismas facultades que al Juez para efectuar citaciones, imponiéndole los mismos deberes formales. Para llenar esta remisión habrá que acudir a los artículos 410 y siguientes respecto a las personas obligadas a comparecer y al 166 y siguientes en orden a las formalidades y consecuencias de las citaciones, en especial el 175 para la forma de la cédula de citación (incluidas las prevenciones de su número 5) y el 176 respecto al modo de proceder si el citado no comparece. Este último punto es el más conflictivo en cuanto representa extender al Fiscal las facultades sancionadoras del Juez, en orden a la imposición de multas, y dar al artículo 372, párrafo 2.º, que sanciona el delito de denegación de auxilio (que es el que propiamente comete el testigo que no comparece a la segunda citación) una interpretación extensiva o una extensión del tipo por disposición extrapenal, al incluir en el mismo al lado del «Tribunal», al «Ministerio Fiscal». Téngase en cuenta, sin embargo, que ya la Ley de Enjuiciamiento Criminal lleva a cabo en el artículo 175.5 esa extensión del elemento objetivo del tipo,

al extenderlo a las incomparencias, a las citaciones hechas por «Jueces», cuando el 372 sólo habla de «Tribunal», con lo que el 785 bis, precepto de la misma ley procesal, no hace más que reproducir la técnica extensiva, no muy ortodoxa, del artículo 175.5.

Hay que recordar, sin embargo, que la facultad de citación, aunque sin una apoyatura y precisión tan clara en orden a la forma y efectos de la misma, la tenía ya el Fiscal, pues el artículo 4.4 del E.O.M.F. que permitía dar las órdenes que estimara procedentes a la Policía Judicial. Y, estando permitido a ésta citar y tomar declaraciones, el Fiscal podrá utilizar a tal fin a la propia Policía, sin perjuicio de que no podrá negársele al Fiscal, lo que a la Policía está permitido. De hecho, así han venido funcionando las diligencias del artículo 5 del Estatuto en aquellas Fiscalías que han hecho uso de ellas.

En orden a la citación de imputados habrá de estarse a los artículos 486 y 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluso con la prevención de este último de que el incumplimiento de la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención, detención que sí entra, como dijimos, en las facultades del Fiscal.

b) Respecto a testigos que residan fuera del territorio que corresponda a la Fiscalía y, en general, para la práctica de diligencias en otro territorio, los señores Fiscales acudirán directamente al auxilio del titular de la Fiscalía a que tal territorio pertenece. Quiere esto decir que esta Fiscalía General del Estado estima innecesario y contrario al espíritu de economía procesal y simplificación del procedimiento el que los señores Fiscales acudan a ella para por su conducto obtener el auxilio de otro órgano Fiscal, ordenando expresamente a todos los Fiscales se presten entre sí el auxilio necesario para la práctica de las diligencias que otras Fiscalías les soliciten.

La solicitud ha de hacerse en forma cortés, pero acudiendo a cualquier medio de comunicación, incluso el telefónico, y proporcionando a aquel de quien se pide la práctica de la diligencia los elementos de juicio necesarios para cumplimentar lo pedido con eficacia y conocimiento de causa.

c) La competencia para realizar la investigación viene dada al Fiscal por la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que está legitimado para actuar, respecto al conocimiento del hecho objeto de aquélla. Sin embargo, cuando el hecho sea complejo y se haya cometido en el territorio de más de una Fiscalía, comenzará la investigación el primero de los Fiscales que tuviere noticia del mismo o ante quien el hecho fuere denunciado, sin perjuicio de que una vez conozca la extensión del hecho a otros territorios o la existencia de delitos conexos cometido en otros lugares no pertenecientes a su ámbito competencial territorial, lo comunique a esta Fiscalía General del Estado, con exposición sucinta de los hechos y de su criterio sobre a qué órgano jurisdiccional puede en su día corresponder la competencia para conocer de la causa, si ésta se inicia, a fin de que el Fiscal General del Estado pueda hacer uso, de ser preciso, de las facultades que le conceden los artículos 20 y 26 del Estatuto Orgánico. Ello sin perjuicio de continuar con la investigación y de interesar los auxilios necesarios de los órganos fiscales de los territorios a que el hecho investigado se extienda.

Hace referencia lo anterior a un extremo sobre el que es conveniente detenerse. La investigación del Fiscal, por la propia naturaleza de sus órganos, que han de obrar bajo el principio de unidad de actuación y son fungibles, en el sentido

de que el cambio de un funcionario Fiscal como director de una investigación no afecta a la validez de los actos realizados, permite un planteamiento más eficaz de las investigaciones que afectan a hechos de gran complejidad o cometidos en distintas zonas del territorio nacional, o en territorio nacional y en el extranjero. En primer lugar, para la dirección de investigaciones especialmente complejas existen mecanismos en el Estatuto para elegir al funcionario más capaz o con especialidad en ese tipo de hechos, mientras que en la investigación judicial la necesidad de cumplir con el principio del Juez predeterminado por la ley obliga a entregar la investigación, por ardua que sea, al Juzgado competente por razón del lugar, aunque la titularidad esté vacante o desempeñada por un sustituto no profesional. Y en los casos de hechos que se hayan desenvuelto en varios lugares, puede ocurrir que la investigación judicial se fraccione y un proceder sistemático se vea entorpecido por las decisiones singulares de cada Juez independiente, fallando, por ello, la necesaria congruencia. Congruencia que sí puede darle el Fiscal, incluso acudiendo al auxilio internacional de sus homólogos de otros países, o prestando a los mismos, en los supuestos de manifestaciones de delincuencia internacional, el auxilio que los Convenios Internacionales prevén, con la singularidad de que en muchos de ellos expresamente se pacta que la expresión «autoridad judicial», que se utiliza en su texto, se entiende referida al «Ministerio Fiscal».

d) Cuando al serle presentada una denuncia o atestado o en el curso de una investigación comenzada, el Fiscal ante quien se presenten aquéllos o que está llevando ésta, compruebe que ninguno de los órganos judiciales de su territorio puede tener, por razón de lo prevenido en los artículos 14, 15 y 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y eventualmente el 14 para los Jueces Centrales y la Audiencia Nacional) competencia para conocer de los hechos objeto de la denuncia o de la investigación, procederá a remitir las actuaciones al Fiscal legitimado para actuar ante el Órgano que estime competente. Este, de discrepar del criterio del Fiscal remitente, tanto por estimar la competencia del mismo, como por entender corresponde a una tercera Fiscalía, acudirá al Superior Jerárquico común, que decidirá la Fiscalía a quien compete hacerse cargo de la investigación. Las diligencias en ella practicadas deben entenderse como útiles y no necesitan ser reiteradas.

f) *La conclusión de las diligencias*

Las diligencias de investigación del Fiscal concluirán con una resolución, en forma de Decreto, que adopte cualquiera de estas tres decisiones:

1.^a) Archivo, por no haberse confirmado las apariencias de delito (artículo 785 bis).

2.^a) Presentación al Juez de Instrucción para que incoe las diligencias previas para continuar la investigación judicialmente, precisando las diligencias a practicar en ellas (artículo 789.3) o pidiendo concluya sin más las mismas, por entender existen méritos suficientes para resolver sobre el ejercicio de la acción penal (artículo 781).

3.^a) Cesación de las diligencias por tener conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, señalándose en el Derecho el carácter incompleto de aquéllas, las diligencias ya acordadas y pendientes de

ejecución y las que se estime preciso practicar en el procedimiento judicial, para poder fundamentar la acusación.

La conclusión de la investigación del Fiscal plantea varias cuestiones:

a) Aunque el artículo 785 bis sólo prevé la comunicación al denunciante de la primera de estas decisiones (el archivo) «a quien hubiera alegado ser perjudicado u ofendido», por imposición de lo dispuesto en el artículo 5, los señores Fiscales deben también comunicar al denunciante y/o al perjudicado o denunciante cuya queja o denuncia se estima improcedente, la posibilidad de reiterarla ante el Juez competente (lo que debe hacerse constar expresamente en la comunicación). Mientras la primera comunicación la suprime expresamente la ley, la segunda encuentra su fundamento en la aplicación del principio de publicidad que debe regir, en lo que la ley no determine lo contrario, la actuación del Ministerio Público.

La comunicación podrá hacerse mediante oficio dirigido al destinatario de la misma o por información oral con ocasión de una comparecencia de aquél en la Fiscalía, lo que deberá quedar debidamente diligenciado en las actuaciones de la investigación.

b) La cesación en la investigación tan pronto como el Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, presenta también aspectos que deben ser esclarecidos.

El primero de ellos es qué debe entenderse por «conocimiento». Parece que en términos procesales —que son obviamente los que expresa un precepto como el 785 bis, inscrito dentro de un procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, ese conocimiento no debe ser otro que el conocimiento formal de la existencia de las actuaciones a través de una comunicación del Juez o con motivo de una notificación judicial. Lo primero será lo usual, pues los Jueces vienen obligados a dar parte a los Fiscales de la formación de sumarios (artículo 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y a darles cuenta de la incoación de diligencias previas (artículo 789.3), en ambos casos con expresión de los hechos que motivan la actuación judicial. Extremo éste cuya omisión en los partes no deben consentir los señores Fiscales, exigiendo el estricto cumplimiento de la ley a este respecto, como único medio de poder valorar la concordancia de los hechos con los que sean objeto de sus investigaciones, siendo responsabilidad de los Jueces si, por su negligencia en cumplir la norma, se producen actuaciones paralelas que la ley pretende evitar.

El otro medio de conocimiento se producirá cuando el Fiscal, que no ha podido adquirir conocimiento del hecho objeto de la actuación judicial por los partes de incoación, toma noticia del mismo al personarse en la causa en curso, bien por notificación previa de alguna actuación o por citación del Juez para concurrir a alguna diligencia bien a iniciativa propia. Si comprobara entonces la concordancia de los hechos de la causa con los que son objeto de una investigación por parte de la Fiscalía, tomará nota de los mismos y lo comunicará al Fiscal Jefe, para que éste adopte el Decreto de cesación de la investigación.

c) Los procedimientos judiciales que deben dar lugar a la cesación de la investigación del Fiscal, deben ser los de carácter penal, ya que de una investigación penal se trata y el artículo 785 bis se incardina en un proceso de tal carácter. Quiere ello decir que ni la existencia de pleitos civiles sobre los hechos, ni la incoación de unas diligencias indeterminadas judiciales, que por su propia natura-

leza indeterminada ni constituye un procedimiento ni pertenece a orden jurisdiccional concreto, deben impedir la investigación penal del Fiscal.

Cuestión distinta se presenta si, habiendo el Fiscal iniciado una investigación se abre judicialmente un juicio de faltas por el mismo hecho o por otros que por su conexión entren en la competencia del Juez de lo Penal (conforme al artículo 14.3) junto con el hecho delictivo investigado. En tal caso la investigación por delito tiene primacía sobre la persecución de la falta, por lo que el Fiscal debe acudir al Juez de Instrucción, presentándole sus diligencias investigadoras e interesando que proceda a la apertura de unas diligencias previas y a reclamar el juicio de faltas para su incorporación a las mismas.

d) La cesación de la investigación debe acordarse sin tardanza («tan pronto tenga conocimiento», dice la ley).

Es éste un extremo que debe ser interpretado en forma lógica (en relación con la racionalidad de la ley) y teleológica (buscando cumplir con la finalidad de la ley) de forma que no se produzca un automatismo de la conclusión que perturbe los actos ya acordados y desnaturalice la investigación en curso, lo que podría provocar fraudes de ley acudiendo a procedimientos torticeros. Por ello, y en primer lugar, el Fiscal, al tiempo que presenta las actuaciones en el Juzgado competente (que puede ser el que siga el procedimiento judicial u otro en algunos casos) pedirá la práctica de todas aquellas diligencias que proyectase realizar en el curso de su investigación.

Respecto a las ya acordadas y en curso de ejecución procederá de modo racional, por lo que si estuviere practicando alguna diligencia al tener noticia de la existencia del procedimiento judicial, la culminará, sin perjuicio de la conclusión de las investigaciones. Si esa culminación es inmediata se procederá a la misma antes de presentar las actuaciones al Juez de Instrucción. Si por la naturaleza de la diligencia, haberse delegado su cumplimiento en la Policía o haberse interesado su ejecución a otra Fiscalía, se prevé no podrá ser terminada de inmediato, se comunicará al Juez al presentarle las actuaciones de la investigación, la existencia de la diligencia en trámite de ejecución, cuyo resultado será presentado tan pronto termine.

e) Por último, la cesación de las diligencias de investigación plantea la cuestión de si el Fiscal, en curso un procedimiento judicial, puede o no practicar u ordenar a la Policía Judicial que practique algún género de diligencia de investigación o aportación de fuentes de prueba. La respuesta a esa cuestión ha de ser que el Fiscal no podrá iniciar una nueva investigación general sobre el hecho, pero sí proceder a la práctica extrajudicial de diligencias concretas, puesto que de las propias leyes, tanto las generales sobre las atribuciones del Fiscal, como las que regulan el procedimiento abreviado, se infiere tal facultad. Así, de un lado, el número 5 del artículo 3 del Estatuto Orgánico, le permite intervenir en el proceso penal instando la práctica de diligencias «encaminadas al esclarecimiento de los hechos» tanto de la autoridad judicial, como de la Policía Judicial a la que puede ordenar «aquellas otras que estime oportunas». De otro, y ya en el propio proceso abreviado, el artículo 781.2 establece que «en el ámbito de este procedimiento (esto es, de un procedimiento judicial en curso por delitos sometidos al procedimiento abreviado) corresponde al Ministerio Fiscal (...) aportando los medios de prueba de que pueda disponer...»; aportación que contempla también el artículo 792.1, párrafo 2.º Es evidente que el Fiscal para poder apor-

tar esas pruebas ha de obtenerlas previamente y que para ello ha de recurrir a algún mecanismo de averiguación y obtención de las mismas, mecanismo que no puede ser otro que su propia actividad o el auxilio de la Policía Judicial, que constitucional y legalmente de él depende.

Es de notar también que la prohibición de una investigación subsidiaria y paralela a la judicial no se predica de las demás partes, que podrán realizar investigaciones propias al no existir prohibición legal, lo que, por el principio de igualdad de las partes, tampoco puede estar vedado al Fiscal.

f) La conclusión de las diligencias previas por archivo o sobreseimiento (salvo que éste sea el libre del número 2 del artículo 637), también autorizará al Fiscal el iniciar una investigación para obtener nuevos elementos de juicio que le permitan interesar la reapertura del procedimiento judicial. Hay que entender que al archivarse o sobreseerse el proceso cesa o se suspende su «existencia» como tal proceso en curso y con ello el impedimento para la función investigadora del Fiscal. Esta puede ser de especial utilidad en los casos en que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento del número 2 del artículo 641, por entender que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado por el Fiscal (artículo 790.6, párrafo 1.º) en cuyo caso este último podrá abrir una investigación para obtener nuevos indicios o reforzar los existentes, de modo que pueda solicitarse la reapertura del procedimiento con éxito.

g) En cumplimiento de la función encomendada al Fiscal en el artículo 781 de promover la impulsión y simplificación del procedimiento, cuando la investigación se concluya por entenderse suficientemente comprobado el hecho y reunidos los elementos de la acusación y en ella se haya oído al imputado, quien, previamente informado de sus derechos y asistido de su Abogado, haya reconocido los hechos objeto de la acusación, se procurará obtener su adhesión, junto con la de su Letrado, a que el proceso se tramite en la forma abreviada prevista en el artículo 789.5, quinta. De prestarse tal consentimiento, el Fiscal, al presentar en el Juzgado las actuaciones de la investigación, acompañará a las mismas un acta donde conste tal reconocimiento de hechos y solicitud de remisión de las actuaciones al Juez de lo Penal para que convoque inmediatamente a juicio oral; interesando expresamente se haga así, sin perjuicio de que el Juez de Instrucción, antes de acordarlo, exija del acusado y su Abogado la ratificación en su presencia de la petición de que se produzca tal remisión.

V. ANALISIS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El proceso penal *abreviado* no rompe del todo con los antecedentes de la Ley 3/1967, del procedimiento de urgencia, y la Ley Orgánica 10/1980, del proceso oral por delitos dolosos menos graves y flagrantes. Del primero mantiene la mayor parte de las normas y especificidades referentes a los delitos de tráfico y del segundo toma aspectos importantes como la posibilidad de dictar sentencia «in voce» o de deferir a otro momento la determinación de las indemnizaciones con fundamento en las bases fijadas en los escritos de acusación o la sentencia.

Como características propias de este proceso podríamos señalar:

a) *Celeridad*, que se traduce, sobre todo, en la ya citada posibilidad de prescindir de la instrucción judicial, remitiendo las actuaciones preprocesales (atesta-

dos policiales o investigación del Fiscal) directamente al Juez de lo Penal reconocido el hecho y así lo interese, junto con el Fiscal (artículo 789.5, 5.ª). Igualmente el régimen de comunicaciones que se practicarán por el medio más rápido (artículo 784.2); el del auxilio judicial que debe realizarse entendiéndose directamente el Juez con el Juez, Tribunal, Autoridad o funcionario encargado de prestarlo (artículo 784.1); el traslado de la fase intermedia del Tribunal al Juez de Instrucción, con evitación de las retardatarias revocaciones; y el propio sistema de recursos, en el que el de apelación queda muy reducido, sustituyéndose por el de queja, que carece de efectos suspensivos, son notas inspiradas en ese propósito de celeridad.

b) Recuperación del principio de separación de los órganos instructor y decisor, impuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988.

c) Acentuación del principio acusatorio, tanto por las facultades de investigación reconocidas al Ministerio Fiscal en la fase preprocesal, como por el fin dado a la instrucción judicial de recopilar los elementos fundamentadores de la acusación y sobre todo por la incorporación de la más reciente doctrina constitucional sobre vinculación del Tribunal sentenciador a la acusación, al no poder aquél imponer pena que exceda de la más grave de la pedida por las acusaciones, ni condenar por delito distinto, cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación esencial del hecho enjuiciado (artículo 794.3).

d) Promoción de las soluciones consensuadas que pacifican el proceso, como ya hemos analizado.

Tras exponer brevemente los caracteres esenciales del procedimiento abreviado y de analizar con mayor detalle los puntos fundamentales en que la intervención del Fiscal está más comprometida, parece conveniente pasar a examinar las distintas fases del procedimiento, tratando de abordar los problemas interpretativos que sus preceptos presentan:

1. Fase de instrucción

No contiene el procedimiento una regulación separada de la fase de instrucción, sino que entremezcla en el Capítulo 1.º, bajo la rúbrica de «disposiciones generales», normas referentes a la competencia, a la actuación preprocesal de la Policía y el Ministerio Fiscal, al modo de proceder los Jueces y formalidades legales (artículo 784), junto a reglas propiamente instructoras o dirigidas a la comprobación del delito y la culpabilidad del presunto reo, adopción de medidas cautelares, etc.

La mayor parte de esas reglas son pura reproducción de las ya contenidas en la antigua normativa del procedimiento de urgencia, con muy ligeros retoques, contempladas en gran parte con vistas a abordar los delitos de tráfico (que constituían la preocupación de los años sesenta), delitos que de convertirse en ley el actual Proyecto de Reforma del Código penal, en tramitación en las Cortes, perderán el peso específico que hoy tienen en los procesos penales.

En razón de esa reproducción de aquellas normas conservan en gran parte vigencia las Circulares de esta Fiscalía números 5 y 6 de 1967, sobre la Reforma de 1967, sobradamente conocidas por los señores Fiscales, que tienen ya una experiencia de años en su aplicación. Por ello, nos limitaremos a destacar las leves

variantes introducidas en aquellas normas por la Ley Orgánica 7/1988, tratando de profundizar en cambio en las otras fases del procedimiento, en que las novedades son más trascendentales.

a) *Naturaleza y contenido de las diligencias previas*

Las actuaciones judiciales relativas a los delitos comprendidos en este procedimiento se registrarán como *previas*, dice el artículo 789.2. Sin embargo, y pese a que la inercia de la utilización de los preceptos preexistentes llega a reproducir textos casi íntegros de la legislación derogada y, en este caso, se reiteren los términos en que el antiguo 789 definía la finalidad («encaminadas») y el contenido («determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el procedimiento aplicable») sustituido este último ahora por «el órgano competente para el enjuiciamiento»), tanto de los otros párrafos del actual artículo 789, como de los propios términos de la definición del contenido resulta *un evidente cambio de naturaleza* entre las diligencias previas del antiguo procedimiento de urgencia y las del actual procedimiento abreviado, punto este que no debe pasar desapercibido a los señores Fiscales y obliga a éstos a velar por el estricto cumplimiento de las normas procesales, evitando persistan en el nuevo procedimiento las corruptelas que en la «praxis» judicial habían desnaturalizado la finalidad de tales diligencias y los propósitos del legislador al introducirlas.

Aunque ya el antiguo artículo 789 resaltaba el carácter elemental, sumario y de celeridad de tales diligencias, la nueva redacción refuerza ese carácter sumario, al precisar (artículo 789.3) que «sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no sean suficientes para formular acusación» se practicarán las diligencias constitutivas de las previas. Norma que, por supuesto, y como se dijo, debe extenderse a los casos en que la actuación judicial se inicie con la presentación por el Fiscal de sus diligencias de investigación y éstas constituyan elementos suficientes para fundar la acusación.

Tal carácter de innecesariedad de la actividad judicial investigadora cuando de la fase preprocesal resulten ya datos suficientes para fundar la acusación (sin perjuicio de que ésta tenga que ser probada en el juicio oral), se refuerza en el párrafo inicial del punto 5 del artículo 789, cuando dice: «practicadas sin demora tales diligencias...». Todo lo que debe llevar a los señores Fiscales a utilizar sin vacilaciones su facultad de pedir la conclusión de las mismas, en los términos del artículo 781, tan pronto como estimen que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal, impidiendo la prolongación del trámite de tales diligencias previas con actuaciones reiterativas, superfluas o burocratizadas.

Tampoco debe pasar desapercibido el cambio fundamental de la finalidad de las previas en orden a la determinación del trámite a seguir. Mientras en el procedimiento de urgencia el artículo 789 hablaba del «procedimiento aplicable», lo que permitió a los Jueces de Instrucción la utilización de las diligencias previas *para investigar graves delitos sometidos al procedimiento ordinario, con lesión de las garantías que este último procedimiento contiene frente a la tramitación de urgencia*, la nueva redacción expresamente limita tal finalidad a la determinación del «órgano competente para el enjuiciamiento», esto es, para precisar *den-*

tro del procedimiento abreviado, si la celebración del juicio oral corresponde al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial, pero sin permitir utilizar las diligencias previas para iniciar en esta forma procesal el procedimiento ordinario.

Este punto queda claro en la reforma, ya que expresamente se determina que tales diligencias previas *sólo pueden incoarse en el ámbito del procedimiento abreviado*, esto es, *en actuaciones relativas a delitos de los comprendidos en el artículo 779*, que inicia el Título III del Libro IV de la ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 789.2). Por esa razón deberán muy especialmente los señores Fiscales, en cumplimiento de la legalidad y de su misión de velar para que la función jurisdiccional se ejerza conforme a las leyes (artículo 3.1 del E.O.M.F.) vigilar que en ningún momento se inicie, y menos aún se prolongue, la investigación de un delito sometido al procedimiento ordinario a través de unas previas, lo que constituiría una actuación contra ley, que deben corregir de inmediato, solicitando el cambio de procedimiento como establece el artículo 780.2 y la incoación del sumario procedente y no vacilando en recurrir, por infracción de las normas procesales, las decisiones que no accedan a tal transformación.

Por último, hemos de reiterar lo ya dicho sobre el cambio de la finalidad esencial de la investigación judicial en este procedimiento abreviado, que hace que las diligencias previas deben tender a reunir los elementos necesarios para formular la acusación, tipificando los hechos e indicando la responsabilidad que en ellos incumbe al acusado, pero sin agotar y menos aún reiterar la práctica de los medios probatorios, cuya producción y práctica esencial debe llevarse a cabo en el juicio oral.

b) *La constitución del Fiscal en el procedimiento*

El artículo 781 contiene un mandato expreso de constitución del Fiscal en las actuaciones. También aquí hay un cambio sustancial respecto a la anterior redacción, que distinguía entre constitución «por medio de sus auxiliares» y delegación de funciones «en el Fiscal Municipal o Comarcal respectivo», hoy desaparecidos, con lo que han quedado obsoletas y sin contenido las disposiciones de la Circular 6/1967 al respecto.

Por constitución ha de entenderse el personamiento en el procedimiento desde que se tenga noticia de su iniciación, el seguimiento de los trámites del mismo y la intervención en la práctica de las diligencias de averiguación.

Esa constitución del Fiscal en el procedimiento es una regla vinculante que debe ser cumplida hasta donde las disponibilidades de la plantilla de Fiscales de cada Fiscalía lo permitan. En este sentido debe tenerse en cuenta que el aumento del ámbito competencial de este procedimiento y la transferencia de la fase intermedia de la Audiencia al Juzgado de Instrucción, incluso en las causas que sean competencia de aquélla, van a provocar una disminución de la actividad del Fiscal ante la Audiencia Provincial, que permitirá un mayor despliegue de sus recursos humanos.

Ahora bien, aunque el artículo 781 no establece excepciones, el artículo 789.5 sí prevé la posibilidad de que no haya Fiscal constituido en el Juzgado. Ello permitirá a los Fiscales Jefes, en tanto las plantillas de las Fiscalías no estén cubiertas y no se disponga un despliegue del Ministerio Fiscal a través de adscrip-

ciones permanentes a los Juzgados u otra fórmula paralela hacer una distribución de trabajo que permita atender los Juzgados más importantes, sea de la Capital sea de la Provincia, constituyéndose el Fiscal en los procesos abreviados que en ellos se sigan, utilizando en aquellos otros en que las disponibilidades de la Fiscalía lo haga imposible la fórmula prevista en el artículo 789.5, párrafo 2.º de la regla 4.ª, esto es, que el Juez eleve las diligencias a la Fiscalía, para su valoración, devolución con la fórmula de «visto» o presentación de recurso.

Para esa distribución de trabajos los señores Fiscales deberán tener en cuenta:

1.º) Que la regla general debe ser la constitución en el Juzgado y la no constitución debe constituir una excepción, sólo justificable por la real falta de disponibilidades de la Fiscalía.

2.º) Que no es necesario adscribir un Fiscal a cada Juzgado, sino que pueden atribuirse más de un Juzgado a cada miembro de la Fiscalía, en función de la carga de trabajo que ello represente, así como, por el contrario, puede resultar necesario adscribir a Juzgados de cierta entidad, más de un Fiscal.

3.º) Que la constitución es en el procedimiento concreto, por lo que también y en función de las características de cada Fiscalía y la forma de reparto de la misma, puede no existir Fiscal adscrito al Juzgado, constituyéndose cada miembro de la misma en los procedimientos de distintos Juzgados que les sean atribuidos.

4.º) La primera actuación del Fiscal al constituirse en las diligencias previas debe ser la de examinar si corresponden, por la naturaleza del delito perseguido y su pena, a un procedimiento abreviado, pidiendo en otro caso la consiguiente transformación de acuerdo con el artículo 780.2.

c) *La intervención de Letrados y los derechos de defensa*

El artículo 788 establece una serie de disposiciones sobre el derecho de defensa, tanto de aquella persona contra la que resultare la imputación de un delito como del perjudicado o sus herederos, que contemplan ciertas novedades con respecto a la derogada regulación contenida en el propio artículo 788:

1.º) Reproduciendo el esquema del artículo 118 se establece que desde que de las actuaciones resultase la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, se le nombrará de oficio, si no lo hubiese nombrado ya el interesado. La obligación de recabar ese nombramiento recae sobre la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y la Autoridad Judicial, cada uno dentro de la fase investigadora —policial, preprocesal del Fiscal o Judicial— que les compete.

2.º) Rompiendo el actual criterio de los Colegios de Abogados de distinguir entre el Letrado que le asiste al imputado en sus primeras declaraciones en sede policial o judicial, y el Letrado defensor, el artículo 788.2 dispone que el Letrado designado para la primera asistencia continuará prestando sus servicios jurídicos hasta la finalización del procedimiento, salvo, naturalmente, designación de uno distinto de confianza del imputado o alegación de impedimento o causa legal. En este último caso el Colegio de Abogados no podrá aceptar la excusa sin notificar previamente al Juez o al Ministerio Fiscal la designación de sustituto.

La anterior regla quiere decir que, en principio, y salvo aquellos supuestos expresamente tasados en que se admite el cambio de Letrado, el Abogado defen-

sor debe ser el mismo que le asista desde la detención o primera declaración del imputado hasta la sentencia definitiva y, aun durante la ejecutoria, en tanto ésta se desarrolle ante el órgano que dictó dicha sentencia.

Pero tal regla no es absoluta, debiendo entenderse que con la disposición legal que comentamos no quedan derogadas las normas de colegiación y actuación legítima de los Letrados en Colegios que no sean el suyo. Por esa razón, y aparte los inconvenientes prácticos y hasta económicos que la interpretación contraria supondría, debe entenderse que el Letrado puede cambiar en los supuestos en que, ya por vía de recurso —casación e incluso apelación en las provincias donde haya más de un Colegio— ya por razón de traslado del condenado que queda sometido a la jurisdicción de un Juez de Vigilancia, el proceso pasa a desarrollarse ante un órgano situado en territorio perteneciente a un Colegio de Abogados distintos de aquel en que esté colegiado el Letrado que inició el proceso.

Otra norma relacionada con la que comentamos y que no deja de causar extrañeza, es la inicial del artículo 791.1 que dice que «abierto el juicio oral, si los acusados no hubieran hecho uso de su derecho a nombrar un Abogado ni se les hubiere nombrado de oficio, se les emplazará (...) para que comparezcan con Abogado y Procurador que les represente, nombrándoseles de oficio si no lo hicieran». Difícilmente puede darse tal supuesto si se cumple, como es preceptivo, con el artículo 788. Sólo en los supuestos de renuncia al Letrado o en el caso improbable de formularse una acusación contra una persona no imputada ni oída hasta entonces en el procedimiento, sería imaginable el supuesto. Pero en este último caso habría que plantearse si el Juez puede admitir tal tipo de acusación, pues una de dos: o existían ya indicios en las diligencias previas que permitan fundar la acusación, en cuyo caso debió oírle y designarle Letrado, o tales indicios no existían, y en tal supuesto el Juez viene obligado a hacer uso de la facultad de sobreseimiento del artículo 790.6, conforme a lo prevenido en el artículo 641.2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.º) Los perjudicados por el hecho punible o sus herederos tienen también derecho de asistencia gratuita, pero ello sólo cuando se den las condiciones de los artículos 121 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, hubiesen sido declarados pobres. En otro caso entrarán en juego los tres primeros párrafos del artículo 121 que determinan la obligación de satisfacer honorarios al Letrado y Procurador que los asista.

Los perjudicados deberán ser informados de su derecho a nombrar Abogado, así como de que aun no haciéndolo, el Ministerio Fiscal ejercerá en su nombre las acciones civiles que sean procedentes (artículo 789.4).

4.º) No prevén las normas del procedimiento abreviado una intervención especial de la defensa durante el mismo y hasta, como se dijo, la regulación de las diligencias previas ponen el acento en la reunión de elementos para fundamentar la acusación, omitiendo toda referencia a los que puedan ser útiles para la defensa. Es más, sólo una interpretación extensiva del inciso 4.º del punto 4 del artículo 789, permite entender que la referencia a «los que se personaren», comprende también a *los acusados* y no sólo a «los perjudicados», que constituyen el antecedente gramatical inmediato de aquella frase. Esa personación les permitirá «tomar entonces conocimiento de lo actuado» (aquel «entonces» prueba que el precepto se redactó pensando sólo en los perjudicados, pues según el artículo 118 el imputado tiene tal derecho desde el momento de la imputación),

«e instar lo que a su derecho convenga», pero con la limitación de que el Juez sólo lo acordará cuando las diligencias pedidas «sean necesarias para abrir el juicio oral», deferiendo su práctica al acto de ese juicio, en otro caso.

Ello, no obstante, tanto del principio general del artículo 24.2 de la Constitución Española, sobre el derecho de defensa, como del propio artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la regla del artículo 302 de la misma que, como normas generales, son de aplicación supletoria al procedimiento abreviado, resulta el derecho de toda persona a quien se impute un acto punible de actuar en el procedimiento, conociéndolo e interesando lo que crea oportuno para su derecho de defensa, solicitando diligencias y ejercitando los recursos pertinentes contra las resoluciones del Juez que estime contrarias a sus intereses. Los señores Fiscales, como defensores de los derechos de los ciudadanos, propugnarán la anterior interpretación en los casos —que no parece probable se produzcan— en que aquellos derechos de defensa sean desconocidos.

5.º) En la primera comparecencia en las diligencias previas se informará al imputado de sus derechos, que son los previstos en el artículo 24.2 de la Constitución y el 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en especial el de ser asistido y defendido por un Letrado, el de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y el de no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable, así como del goce de la presunción de inocencia. Pero además, el artículo 789.4 exige otros extremos que constituyen peculiaridades del procedimiento abreviado: 1.º) Requerimiento para que fije un domicilio en España (requerimiento que se debe hacer por igual a residentes como a no residentes en el país, pues su finalidad es dar efectividad y certeza a las citaciones, emplazamientos y notificaciones) o señale una persona que reciba las notificaciones (y también las citaciones o emplazamiento, como se deduce del inciso siguiente) en su nombre; 2.º) se le advertirá de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada, permitirá la celebración del juicio en ausencia del imputado, si la pena solicitada no excediera de un año de privación de libertad o fuera de otra naturaleza.

Los señores Fiscales deberán vigilar que tales prescripciones se cumplan y que la advertencia sea hecha, no formalmente, sino en forma inteligible.

6.º) Por último, merece ser subrayado el hecho de que la intervención del Procurador no es preceptiva hasta el trámite de calificación de la defensa prevista en el artículo 791.1, correspondiendo al Letrado no sólo la postulación, sino también la representación de su defendido en el procedimiento. En consecuencia, debe el Letrado señalar domicilio a efecto de notificaciones y traslados de documentos, bien sea en el suyo propio, bien en su despacho o en las dependencias del Colegio profesional, o cualquier otro que permita una fluida comunicación con el Juzgado.

Insiste el precepto en que la intervención del Procurador es innecesaria en el período previo a la calificación, incluso para el trámite del artículo 789.5, resolución 5.ª; esto es, la petición de pase a juicio inmediato, agregando innecesariamente que en tal caso sí lo es la del Abogado, lo que ya se deduce de aquella propia regla por cuanto para acordar tal resolución hace falta la petición del imputado que *asistido de su Abogado* haya reconocido los hechos. Se supone que tal petición debe ser hecha a través del Letrado como representante del acusado y ratificada por éste.

d) *Algunas modificaciones en las reglas de la investigación judicial*

Como dijimos, las reglas generales y especiales de la investigación judicial contenidas en los artículos 784 y 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son, en esencial, reproducción de las que ya se habían establecido para el procedimiento de urgencia, con leves modificaciones, impuestas unas por el desplazamiento del enjuiciamiento al Juez de lo Penal y aconsejadas otras por la experiencia tenida en aquel procedimiento:

a') El artículo 784, regla 7.^a, suprime la referencia al «carácter reservado» que para alguna de las partes pueden tener las actuaciones en general y en concreto los escritos y documentos que se presenten o aporten a la causa, lo que está de acuerdo con los principios de publicidad y defensa que deben imperar en el procedimiento penal tras la Constitución.

Sin embargo, esa modificación plantea el problema de si las diligencias previas —que, recordemos, han sido ampliadas a delitos penados con prisión mayor, dentro de los que hay muchos de especial trascendencia y complejidad— pueden o no ser declaradas total o parcialmente secretas por el instructor, para las partes personadas. La cuestión debe resolverse en sentido afirmativo, no sólo por el carácter supletorio que las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, los artículos 301 y 302 (y el 332 para la reserva frente a terceros), tienen en este procedimiento, sino y sobre todo, por la expresa disposición del artículo 789.4, «in fine», que hace aplicables expresamente a dichas diligencias los artículos 301 (secreto genérico de las actuaciones) y 302 (publicidad para las partes y posibilidad de declaración del secreto) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b') En el artículo 785 se suprime de la antigua regla 8.^a c) la anterior posibilidad de prórroga de la intervención del vehículo mientras no se hallare en condiciones para circular, extremo sobre el que la actual redacción guarda silencio, con lo que queda relegada la cuestión a la aplicación de la normativa administrativa.

c') En la regla 5.^a del artículo 784 se precisa mejor la posición procesal de las Entidades responsables del seguro obligatorio y sus derechos de defensa, de acuerdo con lo que ha venido estableciendo la jurisprudencia y la «praxis» judicial. Conviene recordar que el artículo 76 de la Ley del Seguro de 8 de octubre de 1980 establece también la *responsabilidad directa* de las compañías que cubran con un seguro voluntario los daños a terceros, por lo que también estas entidades deben ser requeridas para que afiancen las responsabilidades civiles, en su caso. En tal supuesto tendrán una posición en el proceso distinta a las Entidades que asumen el seguro obligatorio y podrán ser declaradas responsables en los términos que reconoce la más reciente jurisprudencia (vid., entre las últimas sentencias del Tribunal Supremo, las de 16 de febrero y 21 de septiembre de 1987). Pero, en tal caso, por tratarse de una responsabilidad nacida de una relación voluntaria de Derecho privado, aunque en ella no sólo se protege al asegurado, sino también al perjudicado, al que se le concede acción directa contra el asegurador, se hace necesario que esa acción se ejercite efectivamente y a la vez que al responsable civil por razón del seguro voluntario se le considere parte en el procedimiento y se le dé oportunidad de personarse, pues en tales casos rige el principio «nemo damnatur sine audiatur», por lo que no puede ser condenado sin ser oído y sin darle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa en el procedimiento (senten-

cia del Tribunal Constitucional 18/1985, de 11 de febrero, entre otras; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada).

d') Se suprime la disposición adicional sobre fianza pignoratícia prestada por empresa que explote servicios estatificados, provincializados o municipalizados, que contenía la antigua regla 6.^a del artículo 784, con lo que habrá que estar al respecto a las reglas generales.

e') En el artículo 785, regla 9.^a, h), se extiende lógicamente al Juez de lo Penal, la facultad que tenía el Tribunal para autorizar bajo las condiciones que tal regla señala, la ausencia del territorio nacional de las personas con domicilio o residencia habitual en país que mantenga relación con España.

f') Punto muy especial es la referencia que en el artículo 785, regla 4.^a, se hace a los informes y declaraciones sobre la personalidad y conducta anterior del procesado previstos en los artículos 377 y 378 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la antigua norma disponía que únicamente se reclamaran «cuando se considerasen imprescindibles», mientras que ahora se reclamarán «cuando se considere oportuno», lo que, evidentemente, amplía las posibilidades de su aportación a los autos.

Esa regla más flexible debe ser puesta en relación con la reforma del artículo 377 que se introduce también por la Ley Orgánica 7/1988, en su artículo 5.

El artículo 377 en su redacción inicial se refería a la petición de informes «sobre la moralidad del procesado». Tal tipo de informes podrían atentar hoy al artículo 18 de la Constitución. Ya la Orden de 31 de marzo de 1932, en la etapa liberal republicana, habían dispuesto que sólo se interesarán tales informes «cuando pudieran rendir algún resultado útil, por no hallarse suficientemente dibujada en el sumario la personalidad del delincuente». La nueva redacción de ese artículo se limita a disponer que podrán solicitarse, si el Juez lo estima conveniente, a las Alcaldías y correspondientes funcionarios de policía del pueblo o pueblos en que hubiera residido, *informes*, sin precisar su naturaleza y sólo señalando que han de ser fundados.

La naturaleza penal de la causa en que han de causar efectos tales informes y el único efecto útil que puede surtir, que será el de servir de un elemento más para la individualización de la pena, que debe acomodarse a la personalidad del penado o la aplicación de ciertos beneficios, como la suspensión de condena, conduce a la conclusión de que el contenido de tales informes debe ser el necesario para «dibujar la personalidad del delincuente», como decía la Orden citada, al modo de los «dossiers de personnalité», del proceso francés, que sólo se valoran tras declarar la culpabilidad del reo y en el momento de fijar la entidad de la pena. Los informes a solicitar deberán ser, pues, aquellos que hacen referencia al comportamiento y grado de integración social del acusado que permitan valorar su personalidad, individualizar la pena y hacer uso de beneficios penitenciarios. Cualquier otro tipo de informe sobre moralidad, creencias o ideología —sea religiosa, política o social— del informado debe ser rechazado por improcedente y atentatorio a los derechos tutelados en los artículos 16 y 18 de la Constitución.

e) *La conclusión de las diligencias previas*

Las diligencias previas del procedimiento abreviado concluyen de forma análoga a como concluían, conforme al artículo 789 derogado, las previas en el procedimiento de urgencia. Se refunden en un solo supuesto las antiguas conclusiones «cuarta» y «quinta», por cuanto el procedimiento a seguir es el mismo, sea la competencia de la Audiencia, sea la del Juez de lo Penal.

Por supuesto, no hay ninguna referencia a una transformación del procedimiento en ordinario, como no lo había tampoco en el antiguo artículo 789, porque tal transformación debe producirse de inmediato, en los términos del artículo 780, tan pronto se conozca que el hecho objeto de la causa es de los sometidos a tal procedimiento ordinario, transformación que, insistimos, deben interesar los Fiscales con todo celo.

Los autos de conclusión de las diligencias previas reciben el mismo tratamiento que en la legislación derogada en orden a las formas alternativas de comunicación al Fiscal: notificación del auto al Fiscal adscrito al Juzgado o elevación a la Fiscalía de la Audiencia, con las actuaciones, si no existiera Fiscal adscrito.

El recurso procedente, en caso de disenso del Fiscal, es el de apelación, que de interponerse podrá hacerse directamente, sin necesidad de ejercitar el previo de reforma (artículo 787.3). Ello no quiere decir que el Fiscal no pueda utilizar ambos recursos, interponiendo el de apelación subsidiariamente o por separado con el de reforma. Pero habrá de tener presente la economía procesal y utilizar este último recurso sólo cuando tenga elementos para esperar que el Juez de Instrucción rectificará su criterio; acudiendo en otro caso a la apelación directa, en evitación de trámites estériles.

Una última cuestión relacionada con el auto de conclusión de las diligencias previas, conforme a los términos del artículo 789.5: la resolución 2.^a se refiere al supuesto de reputarse falta el hecho, en cuyo caso dice el precepto «mandará remitir lo actuado al Juez competente, si no le corresponde su enjuiciamiento». La norma es acorde con las nuevas competencias de los Jueces de Instrucción en materia de faltas, por lo que, en efecto, el instructor de las previas podría ser el competente para enjuiciar la falta declarada. Pero con ello puede producirse una ruptura del principio del juicio justo e imparcial, en cuanto el instructor de las previas puede haber incurrido en el mismo prejuicio que, según la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, obliga a separar a los órganos instructor y juzgador.

Por supuesto, tal prejuicio no se dará siempre, especialmente si el instructor hubiere hecho uso de la facultad prevista en el punto 3 del artículo 789, de no practicar diligencias cuando las del atestado se estimasen suficientes para formular acusación. Pero en otro caso, si el instructor practicó diligencias o adoptó medidas contra el acusado, aquél puede incurrir en la causa de recusación 10.^a del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («haber actuado como instructor en la causa penal»), causa que conforme al artículo 218 de la propia ley lo es también de abstención. El Fiscal, que debe velar por la pureza del procedimiento y los derechos del imputado, vigilará atentamente que no se produzca una infracción de aquella regla del juicio imparcial, haciendo observar al Juez la causa de abstención y llegando a su recusación si creyera que los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, consagrado en el artículo 6.1 de la

Convención Europea de Derechos Humanos firmada y ratificada por España, pueden ser vulnerados.

2. Fase intermedia

Una de las particularidades de este procedimiento abreviado es que la fase intermedia del proceso se traslada del órgano encargado del enjuiciamiento, que tradicionalmente era ante el que se desarrollaba tal fase, al órgano encargado de la instrucción. Sin embargo, no aparece clara de la ley esa afirmación de que tal fase se desarrolle toda ella ante el Juez de Instrucción, debiendo más bien deducirse de su sistemática, tras concordar la contradicción que al respecto existe entre los últimos párrafos de los artículos 790 y 791.

En efecto, el artículo 790, párrafo último, dispone que «firme la resolución que declare la apertura del juicio oral, el proceso continuará ante el órgano en ella determinado...», y como la apertura del juicio oral se acuerda tras la presentación de los escritos de acusación, parece que, en principio, el proceso pasa ya al órgano competente para el enjuiciamiento, ante quien se desarrollaría el trámite de presentación de los escritos de defensa. Pero el artículo 791 al regular dicho trámite de defensa, termina diciendo en su punto 5 que «formulado por el acusado el escrito de defensa, *el Juez de Instrucción* remitirá lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento, *notificándolo a las partes...*» Ello quiere decir que las actuaciones no han salido hasta ese momento del Juzgado de Instrucción, y ello es lógico, pues, de un lado, en el escrito de defensa se podrá solicitar la práctica de prueba anticipada y celebrarle ante el propio Juez de Instrucción; se deberá tramitar por éste la rebeldía, publicándose requisitorias y acordando la busca y captura del acusado en ignorado paradero y, por último, se prevé que lo actuado quede en el Juzgado de Instrucción, una vez formulado el escrito de defensa, si la causa es competencia del Juez de lo Penal y éste se desplazará periódicamente a la sede del Juzgado. Todo lo que debe llevar a la interpretación sistemática de que la fase intermedia se tramitará enteramente ante el Juzgado de Instrucción, desde el pase de las diligencias previas al Fiscal y acusaciones para que soliciten la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (artículo 790.1) hasta la presentación del escrito de defensa (artículo 791.5). Lo que, de otra parte, responde a la lógica del sistema y a los principios de concentración y celeridad que lo inspiran.

Entrando en el análisis de esta fase intermedia señalaremos las siguientes peculiaridades:

a) *El acuerdo de seguir el trámite de preparación del juicio y su suspensión*

El artículo 790.1 dispone que si el Juez de Instrucción acordase que debe seguirse el trámite de preparación del juicio en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas originales o por fotocopia al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas o por fotocopia al Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas para que soliciten la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. El plazo será común y por cinco días, razón por la que el uso de fotoco-

pias puede hacerse necesario cuando, junto al Fiscal haya acusación o acusaciones personadas, como único medio para que el trámite pueda cumplirse en la práctica como común y no sucesivo.

Sin embargo, ese pase no obliga a solicitar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento como alternativas necesarias, pues pueden el Fiscal y las acusaciones instar, con carácter previo, la práctica de diligencias cuando consideren imposible formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos. Nótese que la solicitud sólo puede fundarse en la ausencia de datos que permitan fijar o asegurar alguno de los elementos integrantes del tipo penal objeto de acusación, pero no por insuficiencia de la prueba, cuando ésta pueda ser completada en el juicio oral o en éste puedan confirmarse datos de los que sólo se ha dado noticia o informe por la Policía Judicial en su atestado, siempre que haya motivos para esperar que tales datos serán confirmados en el juicio.

La petición de práctica de diligencias es vinculante para el Juez si las pide el Ministerio Fiscal. No lo es si la petición procede de la acusación, en cuyo caso «el Juez acordará lo que estime procedente». No hay aquí ruptura del principio de igualdad de partes, principio que según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere a la igualdad de armas de la acusación y la defensa, pero no entre la representación pública, regida por los principios de legalidad e imparcialidad, y las acusaciones particulares, movidas por un interés parcial y ajenas al interés público.

El principio de defensa hace que a la práctica de esas diligencias, además de a las acusaciones, se cite al imputado, lo que refuerza lo dicho más arriba sobre la intervención del imputado en las diligencias previas, que debe ser plena, aunque la ley no la desarrolle en tal fase procesal.

El acuerdo de práctica de nuevas diligencias suspende el acuerdo de instrucción para práctica de acusación o sobreseimiento. Sólo después de practicadas continuará el trámite de preparación del juicio.

b) *El sobreseimiento y sus peculiaridades*

En el procedimiento abreviado el sobreseimiento puede ser solicitado por las acusaciones o acordado de oficio por el Juez. En el primer caso el sobreseimiento puede fundarse en cualquiera de los supuestos de los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el segundo, como luego veremos, sólo en los artículos 637, número 2, y 641, número 2, en principio.

a') Si el sobreseimiento es solicitado por las acusaciones, puede serlo sólo por la acusación pública o la particular o conjuntamente por ambas:

1.º) Si el sobreseimiento es solicitado conjuntamente por la acusación pública y la particular, el Juez debe acordarlo necesariamente (artículo 790.3).

2.º) Si el sobreseimiento es solicitado por la acusación particular y no por el Fiscal o viceversa, si la apertura del juicio oral es solicitada por la acusación particular y el Fiscal interesa el sobreseimiento, el Juez debe también acceder a la apertura del juicio oral (artículo 790.6, párrafo 1.º).

3.º) Si no hubiese acusación particular personada y el Ministerio Fiscal solicitase el sobreseimiento, al Juez se le abren dos caminos: o compartir el criterio

del Fiscal, y acordar el sobreseimiento pedido; o disentir de él, y acordar remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal de la Audiencia respectiva, para que resuelva bien ordenar al Fiscal que acuse o bien ratificar el sobreseimiento pedido, comunicando su decisión al Instructor (artículo 790.4). Por superior jerárquico habrá de entenderse el órgano Fiscal superior al de la Audiencia a que pertenece la Fiscalía en que se integra el miembro del Ministerio Fiscal que pidió el sobreseimiento: si se trata de la Fiscalía de una Audiencia Provincial, el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia; si se trata de la Fiscalía de un Tribunal Superior de Justicia o de un órgano nacional (Audiencia Nacional, Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas) el Fiscal General del Estado. La dicción de la ley es clara al hablar de *Fiscalías* y no de Fiscales. En definitiva, la ley reproduce aquí el precepto del artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Problema específico podrán plantear en su día las adscripciones permanentes que puedan establecerse al amparo del artículo 21 del Estatuto Orgánico, en que puede haber un Fiscal que lleve la dirección de ese Organismo. Pero como la adscripción depende de la Fiscalía de la Audiencia correspondiente y el Fiscal que lleve la dirección lo hará bajo la Jefatura del titular de la Fiscalía de que dependa, se entiende que los adscritos actúan por delegación de este último y que el mismo ha aprobado la petición de sobreseimiento por lo que carece de objetividad suficiente como para revisarla. En todo caso, ese es un tema de organización interna de las Fiscalías, que no debe alterar las prescripciones de la ley.

Podría plantearse la cuestión de si al Juez de Instrucción le es permitido en este procedimiento utilizar también la vía del artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que como norma general podría tener aplicación subsidiaria al procedimiento abreviado. Si la reforma hubiera guardado silencio total en el nuevo artículo 790 sobre los mecanismos de discrepancia del Juez con la petición de sobreseimiento del Fiscal, tal planteamiento podría ser correcto. Pero es claro que al legislador no se le pasó desapercibido el tema y que deliberadamente optó por elegir tan sólo la vía del control interno, acudiendo al superior jerárquico, con lo cual tácitamente manifestó su voluntad de prescindir de la vía del control externo, a través de una llamada a la causa del acusador particular. «*Inclusio unius est exclusio alterius*»: la opción expresa del legislador elimina la posibilidad de aplicar otras alternativas.

Esta solución, de otra parte, es congruente con la filosofía de la reforma procesal. Esta concede al perjudicado u ofendido por el delito y a sus herederos amplias facilidades para su personación en los autos, informándoles de tal derecho (Cfr. artículos 783, párrafo 2.º, 788.4 y 789.4), así como de que sus derechos civiles serán ejercitados por el Fiscal, *si procediere*. En consecuencia, la ausencia de personamiento de una acusación particular no puede ser fruto de inadvertencia, sino de una decisión meditada e informada y de una falta de interés en el ejercicio propio y personal de sus acciones, por lo que a nada conduciría su llamamiento a la causa en la que ya había sido informado de que podía comparecer y no lo hizo.

4.º) No todos los sobreseimientos solicitados dan lugar al archivo provisional o definitivo de la causa. Si el sobreseimiento interesado es el libre del artículo 637, por aparecer exento de responsabilidad el imputado, el acuerdo del Juez será distinto según la causa en que se funde tal exención: si se trata de los núme-

ros 1 (enajenación), 3 (alteraciones de la percepción), 7 (estado de necesidad) y 10 (miedo insuperable) —todas ellas del artículo 8 del Código penal—, el Juez no acordará el archivo, sino que el trámite debe continuar hasta sentencia, por supuesto absolutoria, pero en que se pronuncie el Juez de lo Penal o el Tribunal sobre las medidas de seguridad que puedan imponerse al exento o la responsabilidad civil directa o subsidiaria, que pueda corresponder conforme a las prescripciones del artículo 20 del Código penal.

En tal caso los Fiscales vendrán obligados a anticipar, por economía procesal, la decisión del Juez, acompañando a su petición de sobreseimiento una calificación acorde con tal petición y en que se interesen la adopción de medidas de seguridad de las previstas en el artículo 8 del Código penal para los respectivos casos y se fijen y soliciten las responsabilidades civiles que procedan. Ello sin esperar a que el Juez devuelva las actuaciones para calificación, en un trámite previsible y retardatario que la función de simplificación del procedimiento, impuesta al Fiscal en el artículo 781, obliga a éste evitar.

5.º) Pese a la acusación y consiguiente petición de apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular, el Juez puede acordar de oficio el sobreseimiento en dos supuestos concretos: si el hecho no es constitutivo de delito, esto es, se da el supuesto del número 2 del artículo 637, o si no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, esto es, se da el supuesto del número 2 del artículo 641 (artículo 790.6).

La redacción de la ley no aclara si también podrá acordar el Juez el sobreseimiento de otros supuestos de los artículos 637 y 641. Que no puede acordar el del número 1 es claro, por cuanto éstos se refieren a que no aparezcan indicios de haberse perpetrado el hecho o el delito y el artículo 790.6 habla de falta de indicios contra el acusado, no de falta de indicios de la existencia del hecho.

Mayores dudas ofrece la posibilidad de aplicar el número 3 del artículo 637; esto es, considerar al acusado exento de responsabilidad. Que el sobreseimiento no podrá basarse en los números 1, 3, 7 y 10 del artículo 8, es también claro, pues la norma de continuación del proceso en tales casos a los efectos de los artículos 8 y 20 del Código penal tiene el mismo fundamento, ya interesen el sobreseimiento las acusaciones o lo estime procedente el Juez. La cuestión es si podrá estimar la concurrencia de otras exenciones. En puridad doctrinal el principio que debe determinar el sobreseimiento en los supuestos en que el acusado está exento de responsabilidad penal, que es el mismo que el del sobreseimiento libre del número 2, conduce a admitir que el Juez puede en tales casos acordar el sobreseimiento, pero el «*usus fori*» viene distinguiendo, incluso en la «*praxis*» del Ministerio público, entre circunstancias eximentes objetivadas, cuya concurrencia puede ser probada sin discusión (número 2, artículo 8, menor edad, por ejemplo) y aquellas otras que por componerse de varios requisitos, sobre cuya concurrencia la prueba puede ser contradictoria (número 4, legítima defensa, o número 12, obediencia debida, por ejemplo), se entiende que la apreciación de la eximente no debe anticiparse al momento del sobreseimiento, sino que debe probarse y debatirse contradictoriamente en el juicio oral.

Esta facultad que la reforma concede al Juez de Instrucción ha sido objeto de comentarios negativos por entender que constituye una ruptura del principio acusatorio y que, en definitiva, quien ejerce la acción penal y la acusación contra una persona es el que debe tener potestad para estimar si dispone o no de elemen-

tos suficientes para sostener en juicio la acusación. Si además, quien ha presentado escrito de acusación es el Fiscal, se agrega, no admitir su acusación y acordar de oficio el sobreseimiento es desconocer los principios de legalidad e imparcialidad que constitucionalmente rigen su actuación.

La cuestión, sin embargo, tiene otros matices que no pueden ser desconocidos. Ciertamente que el principio acusatorio está constitucionalmente reconocido y que el Tribunal Constitucional ha llegado a otorgar en casos análogos el amparo, declarando contrario al principio de tutela judicial efectiva el sobreseimiento acordado por el Tribunal, a petición del Fiscal, pese a existir acusación particular que interesaba la apertura del juicio oral (sentencia del Tribunal Constitucional 171/1988, de 30 de septiembre). Pero no menos cierto que, como queda dicho anteriormente, el Juez recupera en este proceso el papel garantizador de los derechos del acusado. Y, al haberse suprimido el tamiz del auto de procesamiento, es necesario arbitrar un momento procesal garantizador de que nadie va a ser sometido a un juicio penal sin fundamento. Momento garantizador o filtro de acusaciones infundadas que, de otra parte, existe en todos los sistemas acusatorios. Por ello que el Juez deniegue el someter a la situación estigmatizadora del juicio oral a una persona acusada de un hecho que claramente no es constitutivo de delito, no es más que la aplicación de la pura legalidad; y denegar igual sumisión a juicio de una persona contra la que no hay elementos que acrediten su participación en los hechos o cuya irresponsabilidad es clara, también es una garantía elemental en un Estado de Derecho. Y cierto es que los principios de legalidad e imparcialidad aseguran la objetividad del Fiscal, pero lo que no aseguran es su infalibilidad. Por ello, y al igual que para corregir los posibles errores del Juez, también objetivo e imparcial, se arbitra en la ley un sistema de recursos, aquella debe prever un mecanismo que remedie los posibles errores del Fiscal al evaluar los elementos de que dispone para ejercer la acusación.

Por ello, el problema que plantea la posibilidad del sobreseimiento de oficio por el órgano jurisdiccional, en los casos de acusaciones que se estimen infundadas, no es tanto el que con ello se desconozca el principio acusatorio, como la cuestión de si la elección del órgano a quien se otorga la facultad es o no acertada o si hubiere sido preferible que tal decisión la acordara el órgano del enjuiciamiento en el debate preliminar con que se inicia el juicio oral, en vez de dejársela al instructor. En efecto, el que sea el instructor quien acuerde de oficio el sobreseimiento produce una doble contradicción con principios esenciales del proceso: primero, que como director de la instrucción no es necesariamente órgano imparcial, al poder estar influido del prejuicio que la instrucción crea, y, segundo, que al decidir el sobreseimiento está resolviendo sobre el fondo del asunto, esto es, sustrayendo al órgano enjuiciador la facultad de juzgar el proceso, asumiendo así funciones que son propias del órgano del enjuiciamiento.

Ahora bien, la posibilidad del recurso de apelación, restituyendo así al órgano del enjuiciamiento sus facultades de juzgar el fondo del proceso, resuelven en cierto modo aquellas contradicciones. Nótese, sin embargo, que el recurso corresponde resolverlo a la Audiencia Provincial (así se dice en la norma, expresa e innecesariamente, pues tal competencia aparece ya fijada en el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Con ello, cuando la competencia del enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal, aquella restitución del conocimiento del fondo del asunto puede no producirse, e incluso pueden ser contradichos sus

criterios, que de conocer el fondo se manifestarían a favor de abrir el juicio oral, por la coincidencia de los contrarios del instructor y la Audiencia.

Por todo lo expuesto y en especial por la necesidad de que la cuestión de fondo la resuelva uno de los órganos del enjuiciamiento, deben los señores Fiscales recurrir en apelación esos acuerdos de sobreseimiento del Juez de Instrucción, para dar a la Audiencia Provincial la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del proceso, ratificando o revocando el sobreseimiento discrepante del Juez de Instrucción.

Situación que, todo hay que decirlo, no es probable se prodigue, pues el instructor ya ha tenido una oportunidad más adecuada para sentar su criterio: la del acuerdo de archivo o sobreseimiento de las diligencias previas al amparo del punto 5 del artículo 789. Parece poco razonable que un Juez que estime que existen indicios para pasar a la fase de calificación, decida luego, pese a existir acusaciones, sobreseer la causa.

6.º) El sobreseimiento de la causa representa su archivo provisional o definitivo, de acuerdo con las normas del Capítulo II del Título XI del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicables supletoriamente y, sobre todo, la revocación de todas las medidas cautelares, en especial la de prisión (artículo 790.3, párrafo 2.º).

7.º) Cuando exista acusación particular personada en autos, siendo previsible que formule acusación, y el Fiscal estime procedente el sobreseimiento, al pedirlo así hará constar que renuncia a formular, en su caso, escrito de acusación, evitando con ello el innecesario trámite previsto en el párrafo 2.º del punto 6 del artículo 790. Esa renuncia a formular escrito de acusación no quiere decir que el Fiscal deja de ser parte en el procedimiento, sino tan sólo que estima fundada su petición de sobreseimiento, por lo que renuncia provisionalmente a acusar al imputado, reservándose el adoptar una posición definitiva tras la celebración de la prueba en el juicio oral y una vez valorada ésta, exponiendo oralmente, en el trámite correspondiente del juicio, cuanto estime procedente sobre la estimación de la prueba y la calificación de los hechos. En definitiva, el Fiscal es parte principal en el procedimiento, tanto comparezca como acusador, como si lo hace como simple vigilante de la legalidad, absteniéndose de acusar y oponiéndose a las acciones indebidamente ejecitadas contra el acusado, como dispone el número 4 del artículo 3 del Estatuto Orgánico.

c) *Los escritos de acusación*

Los escritos de acusación adoptarán la forma de calificación, esto es, contendrán todas las conclusiones previstas en el artículo 650. Se encabezarán con la petición de apertura del juicio oral y la determinación del órgano competente para celebrarlo, así como la identificación de la persona o personas contra quien se dirige la acusación, incluso los que sean acusados sólo por las faltas conexas.

La responsabilidad civil será determinada tanto en el señalamiento de las personas obligadas por ella, como en su cuantía, que podrá ser fijada ya en concreto, ya abstractamente, señalándose las bases para su determinación en la sentencia o en la fase de ejecución. También se pronunciará la calificación sobre la entrada y destino de las cosas y efectos ocupados y la imposición de costas proce-

sales. Consecuencia de estas peticiones podrá ser la exigencia de que se adopten las medidas provisionales del artículo 785 o se afiancen las responsabilidades civiles, e incluso que se modifiquen las ya prestadas, pero que se estimen insuficientes.

Peculiaridad de este procedimiento es que la calificación deberá extenderse a las faltas a que se refiere el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, las incidentales o no, imputables a los acusados o a otras personas, cuando su comisión o su prueba estuviera relacionada con el delito perseguido.

En el escrito de acusación de los señores Fiscales habrán de hacer una proposición de prueba concreta y lo más precisa y completa posible, absteniéndose de proponer como documental diligencias de la instrucción que no tengan tal naturaleza, por el sólo hecho de estar recogidas por escrito. Deberán tener presente que la prueba válida es la practicada y ratificada en el acto del proceso oral y deberán rehuir la práctica del «por reproducidas», censurada tanto por el Tribunal Constitucional (en su sentencia 150/1987, de 1 de octubre) como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en la sentencia recaída en el caso Barberá, Messegue y Jabardo, de que han tenido noticia los señores Fiscales por la Instrucción de esta Fiscalía General del Estado 1/1988).

La proposición de prueba puede comprender la práctica de prueba anticipada cuando se trate de diligencias que no puedan realizarse durante las sesiones del juicio oral.

La proposición de prueba hecha en el escrito de acusación no es obstáculo para que el Fiscal pueda aportar otras pruebas nuevas o distintas en el acto del juicio oral, posibilidad que prevé el artículo 793.3, al referirse al debate sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o *que se propongan* en el acto.

También podrá contener el escrito de acusación la solicitud de adopción de medidas cautelares o la suspensión y modificación de las ya adoptadas en orden a las personas imputadas y los vehículos u otros instrumentos del delito (artículo 790.5, párrafo último).

El Juez deberá resolver sobre estas últimas peticiones, al tiempo que acuerda la apertura del juicio oral. Dice la ley que contra el auto que acuerde la apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación del acusado. La norma merece dos reflexiones: 1.^ª) que no excluye la posibilidad de formular peticiones sobre modificación de otras medidas y de que el Juez acceda a ellas, debiendo entenderse que sólo tiene carácter firme el concreto acuerdo de apertura del juicio oral; y 2.^ª) que acordada la apertura del juicio oral, podrán reproducirse ante el órgano enjuiciador las mismas peticiones que, en su caso, fueran desatendidas por el Juez de Instrucción.

En cambio, la ley concede en el párrafo 2.º del punto 7 del artículo 790 el recurso de apelación contra los autos denegatorios de la apertura del juicio oral, supuesto que sólo puede darse si el Juez arbitrariamente no cumple las previsiones de la Ley, pues solicitada la apertura del juicio por cualquiera de las acusaciones el Juez debe acordarla (artículo 790.6), salvo que decida de oficio el sobreseimiento, caso para el que ya previamente se da otra concesión de recurso de apelación (vid. artículo 760.6, párrafo 1.º, «in fine»), lo que hace que, en cierto modo, la norma del punto 7 que comentamos sea redundante.

d) *La acusación en el juicio inmediato del artículo 789.5, 5.ª*

No podríamos terminar este análisis de la fase de calificación del Fiscal, sin examinar una particularidad que puede presentarse en ella: la forma específica que la acusación debe adoptar en el supuesto de haberse hecho uso de la facultad de pasar al juicio inmediato, que prevé el artículo 789.5, regla 5.ª.

Según esa norma, solicitado aquel pase, en las condiciones que ya quedaron expuestas en su momento, el Juez de Instrucción remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para que convoque inmediatamente en juicio oral al Fiscal y a las partes, *quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones*.

La primera cuestión que se plantea es qué debe entenderse por «el mismo acto», si el acto de solicitar el pase a juicio inmediato o el acto del juicio oral. Como quiera que a continuación se dice «pudiendo dictar sentencia, *en el acto*, de conformidad con el artículo 794», parece que el *acto* a que toda norma se refiere es el del juicio oral. En definitiva, como se dijo, esta alternativa del juicio inmediato es una fórmula consensuada, pero no una conformidad. La aceptación de los hechos no implica la aceptación de las consecuencias jurídicas que de esos hechos pretendan extraer las acusaciones. Por eso se trata de un juicio, no de un pase a dictar sentencia de conformidad, sólo que en este procedimiento está ausente la fase intermedia que debiera desarrollarse ante el Juez de Instrucción.

Como todo juicio y, a falta de una regulación expresa, sus normas han de acomodarse a lo previsto en el Capítulo III, si bien la propia estructura del procedimiento obligará a adaptar a sus peculiaridades las reglas que rigen los juicios normales de este procedimiento abreviado. Así, al entrarse en el juicio, sin haberse producido la fase intermedia y, en consecuencia, sin haberse formulado los escritos de acusación y defensa, lo primero que debe hacerse es presentar tales escritos en la iniciación del *acto* del juicio oral, aprovechando el debate introductorio previsto en el punto 2 del artículo 793 para que queden fijadas las posiciones de la acusación y la defensa. Aunque la ley hable de formular «sus pretensiones», las pretensiones del Fiscal no pueden menos que manifestarse en un *acto* de acusación que, para mejor conocimiento del acusado, deberá adoptar la misma forma que los escritos de acusación a que se refiere el punto 5 del artículo 790. En este acto podrá producirse la conformidad plena del acusado, pasándose entonces a dictar sentencia en los términos del artículo 793.3; o presentar aquél escrito de defensa, continuando entonces el juicio por las reglas contenidas en los sucesivos números del citado artículo 793.

La circunstancia de haberse producido acuerdo sobre los hechos y haberse solicitado por el Fiscal el pase al juicio inmediato en base a tal acuerdo, le obliga a ser congruente con sus propios actos y reproducir en su primer escrito de acusación como contenido de la conclusión primera, el hecho mutuamente reconocido, puesto que hasta ese momento no se ha practicado prueba que altere los hechos conocidos y aceptados. Igual vinculación debe entenderse por las mismas razones para el acusado, que también aceptó los hechos y solicitó, en base a tal aceptación, el pase al juicio inmediato y así debe alegrarlo el Fiscal. Otra cosa son las modificaciones que acusación y defensa puedan introducir en sus conclusiones definitivas como consecuencia del resultado de las demás pruebas practicadas en el juicio.

En este punto debe tomarse en consideración el cambio sustancial sufrido tras

la Constitución en el régimen de la confesión, tal como venía regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ésta, el imputado, incluso una vez procesado, venía obligado a declarar cuantas veces lo interesara el Juez, el Ministerio Fiscal o el querellante (artículo 385), sin que pudiera negarse a contestar (artículos 392 y 395). Incluso esa negativa, si se producía en orden a los aspectos civiles de la causa, producía el efecto de tenerlo por confeso (artículo 700, párrafo último).

Tras la Constitución, el imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo y tiene derecho a no confesarse culpable (artículo 24.2 de la Constitución Española). Pero, por lo mismo, si con la debida asistencia de un Abogado, renuncia a tal derecho y declara voluntariamente aceptando los hechos de la acusación, de que previamente ha tenido que ser informado, esa confesión, voluntaria, jurídicamente asesorada y con conocimiento de las consecuencias que produce, en cuanto sea hecha o ratificada a presencia del Juez de Instrucción y con la asistencia de su Letrado, le vincula y puede ser invocada como prueba en el acto del juicio, máxime si en base a ella el propio acusado ha solicitado a la vez que el Fiscal, el pase al enjuiciamiento inmediato, produciendo voluntariamente unos efectos jurídico-procesales legalmente predeterminados. Esta, y no otra, es la filosofía de la regla 5.ª del artículo 795.5.

Ciertamente, esa admisión o confesión de los hechos no releva al Fiscal de proponer en el escrito de acusación prueba sobre otros particulares relacionados con los mismos y objeto de debate en el juicio —tasación de los daños confesados; tiempo de curación de las lesiones cuya causación se ha reconocido; etc.— para lo que utilizará las facultades que los artículos 781 y 793.2 le conceden.

e) *El trámite de formulación de los escritos de defensa y el tratamiento del acusado ausente*

Los escritos de defensa serán formulados por el acusado y los terceros responsables civilmente, debidamente comparecidos, y a quienes se dará traslado común por el plazo de cinco días de las actuaciones conteniendo los escritos de acusación, mediante entrega de la causa original o por fotocopia.

El escrito de defensa contendrá unas conclusiones correlativas con las de la acusación (artículo 791.2). No se dice aquí que esas conclusiones correlativas expresarán «si están o no conformes con cada una» de las de la acusación, como dice el artículo 652, cuya laxa interpretación permitió la práctica de que las defensas formularan lo que se ha dado en llamar «conclusiones negativas», mera disconformidad con las de la acusación, pero incumpliendo la prescripción de consignar «los puntos de divergencia». Tal práctica, sin embargo, suele hoy resultar perjudicial para los propios defendidos, por cuanto el reforzamiento del principio acusatorio y la pérdida de los poderes dispositivos del Tribunal, pueden impedir a éste hacer calificaciones más benévolas o apreciar elementos influyentes en un fallo más benigno, que nadie ha postulado en el juicio, por lo que cabe esperar que las experiencias negativas que en este aspecto puedan tener los Letrados defensores les lleven a formular unas conclusiones de defensa más ortodoxas y que tutelen mejor los derechos de su representado (vid., por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 23 de septiembre de 1987).

Ya queda dicho que en este trámite podrá reproducirse la conformidad del acusado, que debe entonces firmar el escrito con su Letrado (artículo 791.3), cualquiera que sea la pena pedida por las acusaciones, pero siempre con la más grave de éstas. La entidad de la pena no limita la conformidad, aunque sí juega en las facultades del Tribunal al dictar la sentencia de conformidad, como también quedó dicho.

En este trámite es en donde puede declararse la rebeldía del acusado. Esta se producirá en dos supuestos diferenciados:

1.º) Si el acusado hubiere señalado domicilio para las notificaciones o designado persona para recibirlas, sólo se declarará su rebeldía, aunque se encuentre en paradero ignorado, si la petición de pena excediera de un año de privación de libertad o de seis si fuere de distinta naturaleza, ya que en otro caso, al poder producirse la citación para el juicio en el lugar o persona designados, con lo que dicho juicio podrá celebrarse en su ausencia (artículo 793.1, párrafo 2.º), es innecesaria tal declaración de contumacia.

2.º) Aunque la ley no lo diga expresamente, si, dándose las condiciones anteriores, el acusado se encuentra en ignorado paradero y por las circunstancias del caso el Fiscal no estima procedente el juicio en ausencia o el Tribunal atiende a las razones de la defensa que se oponga a su celebración, también deberá declararse la rebeldía del incomparecido. Aunque en este caso tal declaración habrá de hacerla el Tribunal, a cuya disposición no está el reo y no el Juez de Instrucción que desconoce en el trámite intermedio si el juicio en ausencia podrá o no celebrarse.

3.º) Si no hubiere señalado tal domicilio o personas o si la pena excediere de un año, procede siempre su rebeldía si, citado por requisitorias, no comparece o es habido (artículo 791.4).

4.º) Recordemos que en la fase de previas pueden también publicarse requisitorias respecto al citado que no tuviere domicilio conocido, si bien tal publicación tiene carácter potestativo y excepcional (artículo 784).

f) *La determinación del órgano del enjuiciamiento*

En el momento de acordar la apertura del juicio oral, y por el principio de concentración, en el propio auto que lo acuerde «señalará» el Juez de Instrucción «el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa» (artículo 790.6, último párrafo). Aunque el texto legal parece referirse sólo al supuesto de que alguna de las partes acusadoras solicite que el hecho sea enjuiciado por la Audiencia Provincial, también debe expresarse el acuerdo de remisión al Juez de lo Penal, cuando las partes estén conformes en su competencia para el enjuiciamiento, no sólo por la propia necesidad de que conste a quien se remiten los autos y se notifique tal remisión a las partes, sino también por disponerlo así el artículo 791.5.

Lo que quiere decir el artículo 790.6, último párrafo, es que, cuando entre las acusaciones haya divergencias en orden a qué órgano corresponde celebrar el juicio oral, y alguna de ellas —sea el Fiscal, sea la acusación particular, produciéndose así cambio de tratamiento respecto a análogo problema en las derogadas diligencias preparatorias— entendiera que la competencia es la de la Audiencia, el Juez de Instrucción deberá abordar razonadamente el tema en su auto de con-

clusión, resolviendo lo que según su criterio mejor se acomode a las reglas que regulan las competencias del Juez de lo Penal y la Audiencia Provincial.

Por supuesto, si todas las acusaciones están conformes en que la competencia del enjuiciamiento corresponde a un órgano determinado —Juez de lo Penal o Audiencia Provincial— así deberá acordarla el Juez de Instrucción, sin perjuicio de la facultad de aquel órgano para examinar de oficio su propia competencia.

3. La fase del juicio oral

A lo largo de esta Circular se han ido anticipando, por razones metológicas, muchas de las novedades y cuestiones de la regulación del juicio oral en el procedimiento abreviado, en especial las referentes al juicio inmediato, las conformidades en esta fase y el contenido de la sentencia, tanto la de conformidad como la dictada tras debate contradictorio. Son, sin embargo, tantas las novedades de esta fase del procedimiento, que debemos detenernos sobre ellas, teniendo en cuenta que las prescripciones legales son en general las mismas, se celebre el juicio ante el Juez de lo Penal o se haga en la Audiencia.

a) La iniciación del juicio

El juicio oral se inicia por un auto de contenido análogo al previsto como norma general en el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; esto es, examinando las pruebas propuestas, admitiendo las pertinentes y rechazando las demás. Este auto prevendrá además lo preciso para la práctica de la prueba anticipada pedida y librára las comunicaciones precisas para la reclamación de documentos, citación de peritos y testigos y demás precisas para asegurar la práctica de la prueba en las sesiones del juicio, cuando así lo hayan interesado en sus escritos las partes. Señalará igualmente la fecha para la celebración del juicio oral, conforme a las pautas de preferencia que se citan en el punto 2 del artículo 792.

Como es norma general, contra este auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de alegar lo que proceda en los recursos contra la sentencia y de la facultad de reproducir la petición de la prueba denegada al iniciarse las sesiones del juicio, incorporando la que las partes manifiesten tener disponible en ese acto (artículo 792.1, párrafo 2.º).

El auto de iniciación del juicio se dictará «en cuanto las actuaciones se encontrasen a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento» (artículo 792.1). Esta norma encierra una contradicción con el último inciso del artículo 791.5, que dispone que las actuaciones permanezcan en el Juzgado de Instrucción cuando el enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal y éste se desplace periódicamente a la sede del primero, para celebrar los juicios orales. Si así fuera, el Juez de lo Penal lo primero que tendrá que hacer al instalarse en el Órgano a que se hubiese desplazado será examinar los asuntos pendientes para admitir la prueba, señalar el día de iniciación del juicio y disponer lo procedente para las citaciones oportunas, lo que o hará estéril el desplazamiento o dilatará en exceso su duración, salvo que los señalamientos se fijen para otro futuro desplazamiento. Esa posibilidad de desplazamiento se prevé en el adicionado apartado 3 del artículo 269 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Parece que los juicios inmediatos del artículo 789.5, resolución 5.^a, quedan excluidos de aquella posible conservación en el Juzgado de Instrucción, al disponer esa resolución que lo que se pida y debe acordar el instructor es precisamente el inmediato envío al Juez de lo Penal de las actuaciones.

b) *El juicio en ausencia del acusado*

El juicio oral habrá de celebrarse con la presencia del acusado y su Abogado defensor, como exigen los postulados del principio de defensa y del principio del juicio justo, en el que el enjuiciado debe tener, por imperativo de las normas de los Convenios internacionales suscritos por España sobre el tema (Pacto de Nueva York y Convención Europea de Derechos Humanos) la posibilidad de conocer las pruebas que contra él se utilizan, el resultado de las mismas y hasta intervenir contradictoriamente en su práctica.

No obstante, la incomparecencia del acusado citado en forma legal, sin motivo legítimo, produce dos efectos:

1.º) Si comparecieran otros co-reos, el de poder celebrarse el juicio contra éstos, si *oidas las partes*, el Juez o Tribunal así lo acuerda. Pero, obsérvese que frente a la norma general de los artículos 746, número 5, y 801, párrafo 3.º, aquí no es suficiente la simple incomparecencia del acusado, sino que aquélla habrá de producirse sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal.

2.º) Si se tratase de acusado único, o de acusado conjunto con otros comparecientes, el de poder ser juzgado en ausencia, siempre que se den los siguientes requisitos:

a) Haber sido citado en forma, ya *personalmente*, ya *en el domicilio* que en las diligencias previas haya fijado al efecto, ya en la *persona* que también haya designado en aquellas diligencias para recibir notificaciones.

b) Que lo pida el Ministerio Fiscal o la parte acusadora. La defensa sólo tiene que ser oída, sin que su oposición sea obstáculo para celebrar el juicio, si el Tribunal lo acordase así.

c) Que la pena más grave de las pedidas no exceda de un año de privación de libertad o, si es de naturaleza distinta y tenga fijada duración en el Código, ésta no exceda de seis años.

d) Y, por supuesto, que esté presente e intervenga el Abogado defensor. Aunque la ley expresamente no lo diga, lo exige el principio de defensa.

La cuestión que se plantea, por cierto no baladí por cuanto, como veremos, incide en las lagunas del recurso de anulación, es la de si la celebración del juicio en ausencia puede darse tan sólo en los que son competencia del Juez de lo Penal o también si puede celebrarse ante la Audiencia Provincial, siempre que, aun siendo castigado el delito con una pena tipo competencia de aquel órgano colegiado, por las circunstancias del caso (eximentes incompletas atenuantes privilegiadas o cualificadas, imperfección delictiva, grado de participación) la pena concreta pedida sea de las que según la dicción legal, autoriza la celebración del juicio en ausencia del acusado.

Aunque de la Exposición de Motivos de la ley (párrafo 9.º) parece deducirse que ese juicio en ausencia iba a ser previsto, en principio, para los delitos menos graves, la cita expresa en el texto legal del «Juez o Tribunal» y el remitir la

condición a la entidad de la pena pedida y no a la que castiga al delito como viene haciendo en los demás preceptos referentes a la competencia, obliga a admitir que también la Audiencia Provincial puede celebrar juicios en ausencia, cuando se den los requisitos del artículo 792.1, párrafo 2.º, antes reseñados. Y esto es lógico, pues no va a estar vedado al Tribunal colegiado lo que se le permite al Juez de lo Penal.

Los señores Fiscales, en principio y ante la incomparecencia injustificada del acusado, deberán solicitar la celebración de tales juicios, en aras a la simplificación del proceso y de la obtención de una sentencia rápida que satisfaga los derechos del perjudicado por el delito. Sin embargo, queda a su sentido de prudencia y buen criterio abstenerse de tal petición en los casos en que, por la naturaleza del hecho, las pruebas disponibles a la previsión de que la sentencia en ausencia, más que facilitar la rapidez del proceso, puede ocasionar complicaciones futuras con perjuicio de las demás partes, estimen más aconsejable la suspensión del juicio. Como criterio general, siempre sometidas las coindiciones del caso concreto, los señores Fiscales deberán tender a promover los juicios en ausencia, cuando se trate de delitos de menor entidad y a oponerse a su celebración cuando el hecho perseguido sea grave o complejo, aunque por las circunstancias concurrentes, la pena solicitada entre dentro de los límites que autoricen tal juicio. Criterio general que encuentra su apoyo en la Exposición de Motivos, antes citada, y en la conveniencia de reducir en lo posible los problemas que la celebración de esos juicios por las Audiencias Provinciales, plantean a la hora de aplicar el recurso de anulación previsto en el artículo 797.2 de la Ley.

c) *El debate preliminar*

Tras la tradicional lectura de los escritos de acusación y defensa por el Secretario (obsérvese que respecto al paralelo precepto del artículo 701, párrafos 2.º y 3.º, se simplifica la dación de cuenta del Secretario), el primer trámite podrá ser la celebración de un debate, que se abrirá por el Juez o Tribunal, a instancia de parte. Este tipo de debate preliminar, tomado de los sistemas procesales de países próximos a nuestra cultura jurídica, responde a los principios de concentración y oralidad y pretende acumular en este incidente previo una serie de cuestiones que en el proceso ordinario daban lugar a incidencias sucesivas, que dilataban el proceso. En él se discutirán cuestiones propias de los artículos de previo y especial pronunciamiento, incluida la declinatoria de jurisdicción, ya por corresponder la competencia a un órgano de distinto grado, ya por no ser el procedimiento abreviado el que corresponde a la naturaleza del delito enjuiciado. También podrán invocarse nulidades de procedimiento por vulneración de derechos fundamentales o procesales esenciales, alegarse alguna causa de suspensión del juicio oral o discutirse el contenido y finalidad de las pruebas propuestas y no admitidas o que la otra parte considere inadmisibles, así como proponer nuevas pruebas a practicar en el juicio.

El debate será oral, las intervenciones se producirán por turno y versarán sobre el punto o puntos propuestos por quien pida el debate y el incidente será resuelto por el Juez o Tribunal en el mismo acto y sin que quepa otro recurso que el que se dé en su momento contra la sentencia. Esto último no lo dice

expresamente la ley, pero es la consecuencia necesaria del carácter concentrado del acto del juicio oral, que una vez iniciado debe concluir por sentencia.

d) *Desarrollo del juicio*

El desarrollo del juicio se efectúa en forma concentrada, esto es, continuando en tantas sesiones consecutivas como sean necesarias hasta su conclusión (artículo 793.4, que reproduce la norma del 744). Sin embargo, la suspensión del juicio, por las causas previstas en el artículo 746, aplicable como norma general a este proceso, no implica la ruptura de la concentración ni obliga a comenzar las sesiones de nuevo, si esa suspensión es por tiempo inferior a treinta días, lo que permitirá luchar contra las suspensiones torticeras si el Fiscal solicita y los Jueces o Tribunales acuerdan, un rápido señalamiento de las sesiones pendientes, ante la invocación de una causa de suspensión. La única regla es que el Juez o Tribunal deberá ser el mismo, como medio de conocer todo lo desarrollado en su presencia. El cambio del Juez o de uno de los miembros del Tribunal rompe tal regla y obliga a celebrar de nuevo la totalidad del juicio (artículo 793.4).

No será causa de la suspensión del juicio la alegación de imposibilidad de acreditar extremos que, no influyendo sobre la calificación, son necesarios para determinar la responsabilidad civil, como la sanidad, la tasación de los daños u otra causa análoga (respecto a la sanidad, debe tenerse en cuenta la reforma penal en tramitación en las Cortes, que desvincula la tipificación de las lesiones del tradicional criterio de la duración del tratamiento médico o la incapacidad) cuando tales extremos puedan acreditarse en la ejecución de sentencia.

Otra particularidad de la suspensión es la de admitirse que, en el caso de que las acusaciones modifiquen sus conclusiones, cambiando la tipificación de los hechos, la modalidad de participación, el grado de ejecución del delito o apreciando nuevas circunstancias de agravación de la pena, ya genéricas, ya específicas, ya constitutivas de un subtipo penal agravado, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta un límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar pruebas sobre los nuevos cargos. Practicadas estas pruebas, las acusaciones podrán modificar de nuevo sus calificaciones, en función del resultado de esa nueva prueba de descargo.

La regla es una consecuencia del principio acusatorio y la igualdad de armas de las partes. En virtud de aquel principio al Fiscal —y, en general, a las acusaciones— corresponde aportar las pruebas de su acusación con conocimiento del acusado, de forma que éste pueda defenderse. Una modificación de la acusación tras el juicio, contradice el principio y desequilibra la igualdad de las partes, en contra del acusado que estaba prevenido para defenderse de una acusación y de pronto se ve sorprendido por otra nueva. Para restituir la igualdad rota y permitirle ejercer en forma el principio de defensa, es preciso concederle un plazo para preparar las pruebas de descargo contra la acusación sorpresiva. En definitiva, el derecho a ser debidamente informado de la acusación con tiempo para preparar las pruebas de descargo, forma parte del derecho de defensa. Precisamente por corresponder a la acusación el protagonismo y la iniciativa en el proceso, no se da igual necesidad de disponer de plazos excepcionales, ante los descargos o modificaciones de los planteamientos de la defensa, que ha de ir

siempre a remolque y en antagonismo con la acusación. Sólo una trasnochada adherencia a los restos del principio inquisitivo que aún perduran en nuestro proceso o el desconocimiento de lo que representa el principio constitucional de defensa, puede permitir la afirmación de que la regla que comentamos rompe con la igualdad de las partes en el proceso.

En orden a la prueba, su práctica se regirá por las normas generales del juicio oral en el procedimiento ordinario, incluida las referentes a la prueba anticipada y con la sola especialidad de que el informe pericial puede ser rendido por un solo perito, como ocurría en el procedimiento de urgencia (artículo 793.5).

Por último, la fase de conclusiones definitivas y de informes orales se desarrollará conforme a las reglas del procedimiento ordinario, sin más especialidades que el peculiar contenido que adopta en este proceso el «planteamiento de la tesis», del que nos ocuparemos luego más extensamente.

e) *La eventual modificación de la competencia en esta fase*

Las modificaciones de conclusiones, aparte el aspecto de la posible suspensión para mejor ejercer la defensa ya mencionado, puede influir sobre la competencia del órgano enjuiciador. Las posibilidades que pueden darse serán:

1.º) Que el juicio se celebre ante el Juez de lo Penal y todas las acusaciones modifiquen solicitando pena que exceda de su competencia.

En tal caso, el Juez debe declararse incompetente y remitir las actuaciones a la Audiencia.

2.º) Que unas acusaciones soliciten pena de la competencia del Juez de lo Penal y otras eleven la petición de pena a los límites que son competencia de la Audiencia Provincial. En este caso, el Juez resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio (artículo 793.8, «in fine»).

3.º) Que el juicio se celebre ante la Audiencia Provincial y se modifiquen conclusiones calificando los hechos por todas las partes acusadoras, como constitutivos de delitos competencia del Juez de lo Penal. La Audiencia debe concluir el juicio y dictar sentencia, por economía procesal, a virtud del principio «el que puede lo más, puede lo menos».

4.º) Que en juicio ante la Audiencia se modifiquen las conclusiones apreciando delito propio del procedimiento ordinario. También dictará sentencia la propia Audiencia, ya que el juzgar esos delitos es competencia que le está atribuida y debe aplicar el principio de conservación de los actos ya practicados consagrado en el artículo 780, párrafo 2.º, no retrocediendo en el procedimiento.

5.º) Que cualquiera que sea el órgano de enjuiciamiento, las acusaciones terminan calificando los hechos como falta. También deberá aquél aplicar el principio de que «quien puede lo más, puede lo menos» y dictar sentencia en el juicio celebrado.

Diremos, por último, que del desarrollo del juicio, se levantará el acta tradicional, firmada por todos los intervinientes y que puede ser completada o *sustituida* por cualquier modo de reproducción mecánica, oral o escrita, autenticado por el Secretario. Esta última forma parece la preferible cuando se trate de juicios celebrados ante el Juez de lo Penal, contra cuya sentencia cabe recurso de apelación, que debe resolver el Tribunal «ad quem», con plenitud de jurisdicción, lo

que le permite reexaminar la prueba practicada, para lo que es conveniente, en evitación de errores de estimación, disponga del más completo resultado de su práctica en el juicio oral, pudiendo, incluso decirse si la reproducción es oral, que la intermediación de la prueba se mantiene también ante el Tribunal de Apelación.

f) *La facultad de interpelación del Tribunal a las partes*

El párrafo 2.º del punto 6 del artículo 793 concede al Tribunal la facultad de dirigirse al Fiscal y a las partes solicitando un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

Esta facultad, que viene a sustituir a la del artículo 733, está también tomada de la «praxis» de ciertos Tribunales europeos, en especial los de carácter internacional. Es el único momento en que se concede iniciativa al Tribunal para plantear los términos que a su juicio deben centrar el debate. En absoluto representa un prejuicio, pues se plantea cuando la audiencia oral se ha desarrollado ya, la prueba se ha practicado y las partes van a mantener o modificar sus conclusiones, esto es, cuando dispone ya de los elementos de juicio que las partes le han ofrecido. Y es un medio que se concede al juzgador para cooperar mejor a la realización de la justicia.

Los puntos que puede plantear el Tribunal pueden ser de hecho —aquellos cuya prueba no haya percibido claramente— o de derecho —aquellos sobre cuyo fundamento jurídico, dados los hechos alegados y probados, le surjan dudas—. La finalidad es excitar al Ministerio Fiscal y a las partes para que, o bien reflexionando sobre ellos modifiquen sus conclusiones, acomodándolas mejor a la resultancia del juicio, o bien le ilustren expresamente sobre tales puntos en sus informes, para mejor despejar las dudas del Tribunal.

Esta facultad del Tribunal no rompe el vínculo entre la acusación y el que debe ser contenido de la sentencia; esto es, no permite, como ocurría con la tradicional «tesis», condenar por delito más grave —ni siquiera por delito de distinta naturaleza— que el que es objeto de acusación, ni introducir hechos no contenidos en aquélla, ni apreciar agravantes no alegadas por las acusaciones o imponer pena más grave de la pedida. Téngase en cuenta que hoy tampoco lo permite el uso del artículo 733, el que, según la más reciente jurisprudencia (vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1987) debe ser interpretado a la luz de las normas constitucionales, en especial el artículo 24, lo que obliga tanto a mantener inalterables o idénticos los hechos de la acusación y los de la sentencia condenatoria, como a no cambiar el título de imputación introduciendo calificaciones heterogéneas de aquellos hechos o elementos agravatorios de la condena no alegados por las partes. Por ello, el planteamiento de la «tesis» —y «mutatis mutandis» la solicitud de ilustración o esclarecimiento por el órgano enjuiciador del procedimiento abreviado— sólo tiene el efecto de excitar a las acusaciones a hacer un nuevo planteamiento, que sólo si es aceptado por aquéllas puede ser acogido por el Tribunal. Pero si las acusaciones mantienen su inicial planteamiento, el Tribunal no puede acoger su «tesis» en la sentencia, pues entonces se convertiría en acusador y juzgador, comprometiendo así su imparcialidad y provocando la indefensión del acusado.

Esta regla sustituye a la del artículo 733, que no es aplicable en el procedimiento abreviado, en cuanto se da en éste un nuevo y específico tratamiento a tal facultad, más amplio en su contenido por lo que se comprenden dentro de él los términos que son propios del artículo 733, sin que los efectos procesales sean distintos en uno y otro caso, como queda dicho. Consecuencia de esa sustitución es que el Juez de lo Penal o el Tribunal no vienen sujetos, al utilizar esta facultad, a la fórmula estereotipada del artículo 733, teniendo libertad para redactar los puntos cuyo esclarecimiento soliciten del Fiscal y las partes.

g) *Las sentencias*

Las sentencias se dictan en la forma establecida en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por imperativo constitucional (artículo 120.3 de la Constitución Española) habrán de ser motivadas. el plazo para dictarla será de cinco días, modificándose así el general más breve de tres días señalado en el artículo 203 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es paradójicamente el que rige en el procedimiento ordinario. El Juez de lo Penal (pero no la Audiencia Provincial) puede, sin embargo, dictar sentencia «in voce» en el acto (no «anticiparla» como ocurría en la Ley Orgánica 10/1980), documentándose el fallo mediante fe de Secretario en anexo al acta, sin perjuicio de darle posteriormente la forma escrita legal. Si el Fiscal y las partes muestran su acatamiento al fondo, expresando su renuncia a recurrir, el Juez podrá resolver «ipso facto» sobre la aplicación de la condena condicional, previa declaración de firmeza de la sentencia.

El principio acusatorio, consagrado en el artículo 794.3, impide que en la sentencia, cualquiera que sea el órgano que la dicte, se imponga pena cuya cuantía exceda de la más grave de las pedidas por las acusaciones, o que se condene por delito distinto del que fue objeto de acusación, salvo que ello no implique la alteración sustancial de los hechos sometidos al debate del enjuiciamiento o los bienes jurídicos tutelados en el delito acusado y el sentenciado sean iguales u homogéneos. Debe tenerse en cuenta que esta regla es consecuencia no sólo del principio acusatorio, sino también, como ha señalado el Tribunal Constitucional, del derecho a ser informado de la acusación, que forma parte del derecho a la defensa, e incluso del principio de contradicción, por lo que para valorar si la sentencia introduce alteraciones sustanciales en los hechos o su calificación jurídica habrá de estar tanto a los escritos de acusación como a los de defensa, ya que está permitido al Tribunal apreciar hechos o condenar por delitos que, aún no recogidos o calificados en los escritos y alegatos de las acusaciones, si han sido introducidos en el debate por la defensa, ampliando así el objeto procesal y sometiéndolos al enjuiciamiento del Tribunal.

Estos puntos de la alteración sustancial de los hechos y de la identidad u homogeneidad del bien jurídico, pueden ofrecer especiales dificultades interpretativas por guardar una íntima relación con la doctrina del objeto del proceso penal, tema sobre el que se dan diversas posiciones. Sobre el «hecho» se mantienen dos posiciones extremas la interpretación naturalística, que entiende por objeto del proceso el «hecho de la vida» sometida a él, esto es, el acontecimiento natural cuya causación se atribuye al acusado; y el «hecho normativo» que identifica el objeto del proceso con el hecho jurídicamente valorado que se acomoda a

la hipótesis legal del delito objeto de acusación, esto es, el «hecho penal» que, dentro del acontecer de la vida o hecho natural, acota los términos que deben ser fijados en la sentencia como subsumibles en el tipo imputado.

En tal sentido, entre una imputación de estafa y una de apropiación indebida, aunque el bien jurídico tutelado por ambas figuras sea el mismo, puede darse una alteración sustancial del hecho, ya que en la estafa el núcleo fáctico está en la recepción de la cosa mediante el uso de un engaño, con ánimo de lucro antecedentes a esa recepción, y en la apropiación indebida hay una recepción de la cosa por un título válido y legítimo y una posterior apropiación, con un ánimo de lucro que surge tras aquella recepción. Es obvio que el planteamiento del derecho de defensa puede ser distinto según la acusación sea por uno u otro de esos delitos, jurídicamente análogos, pero fácticamente diversos. Sin embargo, la cuestión no es pacífica en cuanto el Tribunal Constitucional consideró no vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución Española en un cambio entre los delitos de raptó y de violación (sentencia 12/1981), ni en el supuesto de condena por imprudencia en una acusación por asesinato, en la que el fundamento de la discusión de fondo era la inducción (sentencia 105/1983).

Algo parecido cabe decir de un cambio de agravantes en que manteniéndose la pena, se introduce una alteración del hecho, prescindiendo del elemento fáctico que fundamentaba la agravante apreciada por la acusación e introduciendo el que sirve de base a la apreciada en la sentencia.

Por otra parte, la identidad o diversidad del bien jurídico también puede plantear problemas en ciertos puntos en que la doctrina penal no es pacífica. Así, para quienes sustentan que el bien jurídico de la vida y el bien jurídico de la salud e integridad física son heterogéneos, entre un homicidio o asesinato frustrado y unas lesiones consumadas existe una *diversidad* de bien jurídico protegido. En cambio, para quienes sustentan la tesis de que el bien jurídico de la salud e integridad física es un embrión o estado inicial comprendido en el más amplio concepto de la vida; esto es, quienes afirman la homogeneidad de ambos bienes jurídicos, encontrarán correcto y no atentatorio al principio acusatorio, transformar una acusación de homicidio frustrado en una condena de lesiones consumadas, que además conlleva menos pena.

Aunque el artículo 794.3 lo que hace es recoger la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la correlación entre acusación y sentencia, en los términos del principio acusatorio y el derecho de defensa, como se dijo en lo más arriba expuesto, tal doctrina, que en el ámbito de los principios es clara, no siempre lo es como queda visto en el terreno de la práctica, por lo que los señores Fiscales deben obrar con prudencia y en los casos dudosos utilizarán el mecanismo legal de la formulación de la calificación definitiva de forma alternativa, que cubra todas las posibilidades que del debate del juicio oral parezcan desprenderse, en evitación de que lleguen a producirse sentencias absolutorias por estimar el Tribunal que los hechos acusados son constitutivos de delito, pero no del delito objeto de acusación, sino de otro cuyo «hecho normativo» contenga un elemento sustancialmente distinto o cuyo bien jurídico sea diverso de aquel que fue objeto de acusación y por el que debe absolver al no estimarlo concurrente, viéndose impedido de condenar por el otro distinto que sí estima existente, al no haber sido objeto de acusación.

4. La fase de ejecución

La ejecución de las sentencias corresponde al órgano que las haya dictado y se llevará a cabo según las normas generales. Las especialidades de la ley se refieren al incidente de fijación de indemnizaciones a la ejecución de la condena a privación del permiso de conducir y a la posibilidad de interesar la inmediata ejecución de las responsabilidades civiles, aunque se presente recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.

a) *El incidente de fijación de indemnizaciones*

El nuevo procedimiento autoriza a que las indemnizaciones civiles no se fijen en la sentencia, sino que se limite ésta a declarar su procedencia y a establecer las bases o baremos conforme a los que deben fijarse la cuantía definitiva en la ejecución de sentencia.

El artículo 798, regla 1.ª, regula el incidente que en ejecución de sentencia deberá seguirse si se da aquel supuesto, en el que podrá practicarse prueba, ceñida exclusivamente a los términos establecidos en las bases fijadas en la sentencia, sin que pueda discutirse en tal incidente ni la procedencia de la indemnización, ya declarada por sentencia firme, ni la corrección o acertado de las bases, que son también cosa juzgada.

El auto que resuelva el incidente es apelable, según los términos de la regulación general de la apelación establecidos en el artículo 787.3.

La existencia de este incidente, en el que el Fiscal debe ser parte, le permite una mayor flexibilidad a la hora de redactar su escrito de acusación. Si en tal momento no dispone de todos los elementos de juicio para precisar el importe de las indemnizaciones a solicitar para los perjudicados, podrá optar, como ya se dijo, por establecer los criterios en base a los cuales deberá fijarse tal importe en la sentencia.

b) *La pena de privación del permiso*

Establece la regla 2.ª del artículo 798, la forma de ejecución de la pena de privación del permiso de conducir, que no introduce especiales novedades sobre el régimen hasta ahora vigente contenido en el artículo 803, regla 2.ª, cuyo texto, que se ha derogado expresamente, reproduce con mínimos retoques semánticos la nueva regla.

La previsión de que el mandamiento expedido a la Jefatura Central de Tráfico contenga, junto con la orden de dejar sin efecto «el permiso retirado», la de que «no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena», confirma la interpretación en su momento expuesta, de que en el contenido de esa pena entra también la prohibición de expedir permiso de conducir al condenado que careciera de él al momento de la condena.

c) *La ejecutoriedad inmediata de las sentencias de instancia en materia de responsabilidad civil*

Los pronunciamientos de las sentencias de instancia sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución, aunque aquellos sean recurridos. Tal ejecución será provisional y en los términos que el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé para los casos de resoluciones apelables en ambos efectos que «condenen a una cantidad líquida a cuya liquidación pueda efectuarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo» (artículo 385, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En consecuencia, son ejecutables provisionalmente las sentencias que contengan pronunciamientos sobre responsabilidad civil cuya cuantía esté precisada en el fallo o éste determine los módulos para el señalamiento de esa cuantía, de modo que su fijación pueda realizarse por simples operaciones aritméticas o pueda ser determinada fácil y precisamente.

También podrán ejecutarse provisionalmente las sentencias con objeto o naturaleza diferente —indemnización a fijar en el incidente de ejecución, mediante aportación de nuevas pruebas o elementos— cuando el Juez considere que con su ejecución no se puede ocasionar un perjuicio irreparable.

Para la ejecución provisional habrá que estar a las condiciones, plazos y formas que prevé el artículo 385, párrafo 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De destacar es el requisito de la prestación de fianza no personal o aval bancario para responder de lo que se perciba y de los daños y perjuicios que a la otra parte pueda ocasionar, sin cuya prestación no podrá ejecutarse provisionalmente el fallo.

Como quiera que el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está previsto sólo para las resoluciones susceptibles del recurso de apelación, habrá que plantearse si las únicas sentencias penales susceptibles de esa ejecución provisional sean las dictadas por el Juez de lo Penal o cabe también tal ejecución provisoria respecto a las sentencias de la Audiencia Provincial susceptibles, no de apelación, sino de casación. La respuesta debe ser afirmativa, y así lo postularán los señores Fiscales, no sólo porque el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es norma común a todos los procedimientos penales, sino porque de otro modo se introduciría una desigualdad de tratamiento, con privilegio para los perjudicados cuya causa se enjuiciara por los Jueces de lo Penal, que no tiene justificación en los propios términos de la ley y en los fundamentos de esa ejecución provisional, que alcanza por igual a todos los supuestos de indemnización de los daños causados por un comportamiento delictivo.

VI. LOS RECURSOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

En el tratamiento dado a los recursos por la Reforma de la Ley Orgánica 7/1988, hay que distinguir tres temas, que merecen examen diferenciado: el régimen general de los recursos durante la tramitación del proceso, los recursos contra las sentencias y el recurso extraordinario de anulación.

1. Los recursos durante la tramitación del procedimiento

Los recursos que se admiten durante la tramitación se dan sólo contra las resoluciones en forma de auto, conforme establece el artículo 787.1, en congruencia con lo también dispuesto como norma general en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, ello no es obstáculo para que sea también aplicable en este procedimiento la doctrina general que admite como posible el recurso de reforma contra las providencias que, por no ser de mera tramitación u ordenación material del proceso, como dice el artículo 245.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por su contenido debieran haber adoptado la forma de auto, conforme a las prescripciones del punto 2, apartado b), de aquel precepto orgánico y las del artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta doctrina es congruente con la finalidad de la ley que lo único que pretende es que no se recurran las resoluciones que se limitan a ordenar el proceso, pero sin contener decisiones que afecten a los derechos o posiciones de las partes en el proceso, mientras considera recurribles las que contengan una decisión del Juez o Tribunal que afecte, formal o sustancialmente, a tales derechos.

a) Los recursos admisibles con carácter general son los de *reforma y queja*, quedando la apelación reducida a un recurso excepcional, admisible sólo en los casos en que los preceptos reguladores de este procedimiento («en este Título») expresamente lo señalen. Queda así el recurso de queja convertido en un recurso supletorio de la apelación, con tramitación especial más amplia que la que establecen las normas generales (artículos 233 a 235) como ya disponía para el procedimiento de urgencia el derogado artículo 787, la redacción de cuyo párrafo 2.º se reproduce literalmente, por lo que no se deben presentar problemas que ya no sean conocidos por los señores Fiscales, en su experiencia en la utilización de ese recurso en el procedimiento derogado.

b) El recurso de apelación contra resoluciones que no sean sentencias, se da sólo en los casos expresamente determinados. Examinando la ley resulta que tales casos son:

1.º El auto de conclusión de las diligencias previas, adoptando alguna de las resoluciones previstas en el artículo 789.5.

2.º El auto acordando el sobreseimiento de oficio por el Juez (artículo 790.6, párrafo 1.º).

3.º El auto denegando la apertura del juicio oral (artículo 790.7, párrafo 2.º).

4.º El auto dictado por el Juez de lo Penal resolviendo el incidente de fijación de las indemnizaciones en la ejecución de sentencia.

El recurso de apelación se tramitará en la misma forma y términos que para el recurso específico del procedimiento de urgencia, establecían los párrafos 4.º y 5.º del antiguo artículo 787, ya conocida de los señores Fiscales. Hay únicamente dos novedades: la posibilidad de interposición directa del recurso de apelación, sin que sea necesario utilizar el previo de reforma; y la alteración del orden de la tramitación, que ahora será en el Juzgado de Instrucción, ante el que deberán presentar el apelante y las demás partes sus escritos, mientras la elevación a la Audiencia se produce sólo para resolución dentro de los tres días siguientes, lo que repercute en la no obligatoriedad de personamiento del apelante ante la Audiencia, cuya falta determinaba antes se declarase desierto el recurso. El recurso ahora no quedará nunca desierto.

Sorprende que tras la Constitución y el mandato del artículo 120.3 sobre el carácter predominantemente oral del proceso criminal, se mantenga en la reforma el carácter de tramitación escrita que a este recurso daba la reforma de 1967, contra el criterio general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevé una vista oral para la discusión de estos recursos ante el órgano de apelación (cfr. artículo 229 de aquella ley).

El órgano que debe conocer de la apelación (y también de la queja) es, en todos los casos, la Audiencia Provincial, según la competencia que le otorga el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A estos efectos el Juez de lo Penal no es órgano superior al Juez de Instrucción, sino que se halla situado en el mismo plano orgánico.

2. Los recursos contra las sentencias

Contra las sentencias del Juez de lo Penal se da el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (artículo 795.1). Contra las sentencias de ésta, dictadas en única instancia, cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo (artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). (Si la sentencia es de un Juez Central, la apelación será ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.)

La tramitación del recurso de apelación es también análoga a la que el derogado artículo 792 establecía contra la sentencia en las diligencias preparatorias, sólo que también aquí la tramitación se produce ante el órgano «a quo» y se eleva a la Audiencia para su resolución, insistiéndose en el principio de escritura y admitiéndose la vista sólo en dos supuestos:

1.º) Cuando la Sala la estime necesaria para la correcta formación de una convicción fundada, y lo acuerde así.

2.º) Cuando el recurso contenga proposición de prueba, que sea admitida, en cuyo caso la vista comenzará por la práctica de esa prueba.

En el primer caso, el acuerdo de vista es facultativo, y, en el segundo, preceptivo.

Al no ser necesaria la personación de las partes ante el órgano «ad quem», éste deberá citarlas expresamente para la Vista.

Naturalmente, en todo caso, las partes podrán indicar en sus escritos que consideran precisa la celebración de Vista, pero tal petición no vincula al Tribunal ni éste tiene que resolver expresamente sobre la denegación, al ser la no celebración de Vista la regla general.

Esta insistencia en el principio de escritura debe obligar a los señores Fiscales a revisar sus criterios internos sobre el despacho de los recursos de apelación, pues ya no podrán darse por instruidos reservando la exposición de su postura y argumentos para el acto de la Vista, sino que sus escritos, tanto interponiendo el recurso de apelación como oponiéndose o adhiriéndose a los interpuestos por las partes, deberán ser fundados y recoger todos los argumentos en que basen su postura, tal como los expondrían en otro caso en la Vista oral.

Tal vez por ese mismo carácter fundado del escrito de apelación, el plazo para ésta ha sido ampliado hasta 10 días. El punto 2 del artículo 795 señala que tal escrito debe exponer ordenadamente las alegaciones sobre quebrantamientos de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas e infracción del precepto constitucional en las que se base la impugnación. Si

se fundamentan en infracciones procesales que determinen la nulidad por producir indefensión y no poder ser subsanadas en segunda instancia (doble condición para que tal nulidad se declare) se citarán las normas legales y constitucionales que se consideren infringidas, las razones de la indefensión y el haberse pedido la subsanación de la falta, salvo que ésta se produjera en momento en el que fuera imposible la reclamación.

Las resoluciones acordadas en la sentencia que resuelva el recurso son las mismas que preveía la derogada regulación de las diligencias preparatorias (cfr. artículos 796.2 actual y 792.7 derogado).

La sentencia resolviendo la apelación tiene carácter definitivo, por lo que contra ella sólo caben los recursos extraordinarios de revisión y anulación del juicio en ausencia.

3. El recurso extraordinario de anulación

La reforma introduce en su artículo 797.2 este nuevo remedio procesal, congruente con la posibilidad de celebrar juicios en ausencia del acusado al que debe concedérsele un medio de defensa por el que pueda acreditar que tal celebración no fue justificada o que su no presencia y la falta de intervención en el proceso condujo a que se dictara una resolución injusta.

Aceptando el fundamento y la necesidad de articular tal tipo de recurso, hay que agregar que la excesiva parquedad de su regulación deja subsistentes un gran número de problemas. La Ley se limita apenas a señalar el plazo, que es el mismo de la apelación —10 días—; y el día inicial de su cómputo, que será el del momento en que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia, conocimiento que debe dársele en todo caso a través de la notificación prevista en el artículo 797.1, cuando comparezca voluntariamente o sea habido; y a los requisitos, trámites y efectos, para los que se remite al recurso de apelación. Todo lo demás queda entregado al juicio del intérprete, como siempre sometido a la decisión de los Tribunales, que son quienes tienen la potestad constitucional de interpretar y aplicar las leyes. Pero esto no releva a esta Fiscalía General del Estado de ofrecer a los señores Fiscales unas instrucciones y puntos interpretativos de la ley en este punto, que les sirvan de orientación y contribuyan a mantener la unidad de actuación y la uniformidad de los criterios de las Fiscalías.

a) El primer problema es la clave de sentencias contra las que puede formularse el recurso, toda vez que como se dijo en su momento, el juicio en ausencia, aunque generalmente se dará ante el Juez de lo Penal, no queda excluido de la competencia de la Audiencia Provincial cuando, por las circunstancias del caso, la pena tipo que determina la competencia de la Audiencia se convierte en una petición concreta de un año de privación de libertad o pena de naturaleza distinta y duración que no exceda de seis años. Aunque el artículo 793 habla del Juez o Tribunal, el artículo 797.2 parece fijar su atención sólo en las sentencias del Juez de lo Penal, al decir «la sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada», pero si vamos al proyecto vemos que, con mejor técnica decía «haya sido o no recurrida», término este último sustituido por una impremeditada corrección de estilo por el de «apelada» a lo largo de la tramitación parlamentaria. Sin embargo, como el trámite que se da al recurso es el de una apelación,

surge la duda de sí, no siendo apelables las sentencias de las Audiencias, cabe contra ellas por ellas dictadas en ausencia este recurso de apelación.

La respuesta a la cuestión debe ser, sin perjuicio de los criterios que en su día pueda sentar la Jurisprudencia, afirmativa por cuanto el derecho de defensa obliga a admitir en todo caso esa posibilidad de recurso al reo juzgado en ausencia y, además en otro caso, se rompería el principio de igualdad de tratamiento en cuanto, con igual fundamento, se concedería un recurso a unos reos y se negaría a otros.

La aceptación del criterio anterior plantea ante qué órgano debe verse el recurso de anulación contra las sentencias de las Audiencias, órgano que no puede ser otro que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cuya competencia, según el artículo 57.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se extiende al conocimiento de los recursos «extraordinarios que establezca la ley». Y evidentemente, ante un recurso extraordinario contra una sentencia firme nos encontramos, pues no es otra la naturaleza de este excepcional recurso de anulación.

b) El segundo problema es el de la finalidad y efectos del recurso: ¿se trata tan sólo de un juicio rescindente, tendente a anular una sentencia firme si se acredita que no se dieron en ella las condiciones que la ley exige para celebrar un juicio en ausencia; o es un juicio rescisorio que permite reexaminar el proceso en que el ausente estuvo representado y defendido por su Abogado, y la sentencia en él recaída, como en cualquier otro recurso de apelación, en que el Tribunal «ad quem» adquiere la plenitud de enjuiciamiento?

Al hablarse en la ley de «con iguales efectos que los establecidos para el recurso de apelación» parece que la alternativa a aceptar debe ser la segunda de las planteadas y que nos encontramos ante un supuesto de apelación extraordinaria, en el que no cabe no sólo pedir la anulación del juicio en ausencia, sino también la de la sentencia, tanto por vicios formales como por errores de fondo.

Sin embargo, esa afirmación requiere varias matizaciones:

Primera.—La ausencia voluntaria e injustificada del reo citado personalmente o en el domicilio y persona por él elegidos y señalado no puede convertirse en un privilegio ni en una fuente de fraude legal. Por ello parece que el primer requisito a exigir para que sea estimado el recurso debe ser que se acredite que la no comparecencia del recurrente al juicio fue involuntaria y no deliberada. Es éste un punto que la ley no establece expresamente, pero en el que puede acudir a la aplicación analógica de los artículos 774 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al paralelo recurso de «audiencia de rebelde». De no ser así, podría producirse el fraude de ley de quien, incompareciendo voluntariamente y agotando luego a través de su Letrado todos los recursos, utilice últimamente esta vía para dilatar el proceso o la ejecución de su condena. El fraude de ley (artículo 6.4. del Código civil) y la falta de lealtad procesal son argumentos bastantes para fundamentar esta interpretación, que, en tanto la jurisprudencia no sienta criterio firme, deberán seguir los señores Fiscales.

Segunda.—El recurso se admite aunque la sentencia haya sido apelada y resuelta la apelación. En tal caso parece que los temas —de forma o de fondo— que puedan plantearse en este nuevo recurso han de ser distintos a los ya resueltos en la apelación, ya que de otro modo se daría un «bis in idem» al tener que resolver el *mismo* órgano y a través de un *mismo* procedimiento dos veces la *misma* cuestión, convirtiendo así el recurso en un formalismo estéril, pues el

órgano «ad quem» no va a resolver el nuevo recurso contradictoriamente con la doctrina por el mismo sentada en el recurso precedente.

Tercera.—Aunque en el recurso de apelación cabe proposición de prueba, ésta será la que no pudo ser propuesta en primera instancia o habiendo sido propuesta fue indebidamente denegada, o la que admitida no fue practicada por causa no imputable al recurrente y siempre que se formulara, en su caso, la debida protesta. Por ello, si pretende el ausente comparecido practicar nueva prueba en el recurso, habrá de acreditar que se dan aquellas condiciones.

c) En cuanto al plazo de interposición del recurso parece existir una contradicción entre los puntos 1 y 2 del artículo 797. El primero habla de notificarle la sentencia y hacerle saber su derecho a recurrir en anulación; el segundo señala el mismo plazo de la apelación (diez días) contados desde que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia. ¿Ése conocimiento es el formal de la notificación o el material de la noticia de haberse dictado aquélla y de su contenido, que le llegue por otros medios? La propia esencia del recurso de anulación parece conducir a la segunda conclusión, pues no puede dejarse al arbitrio del penado la pendencia de una sentencia firme cuya existencia conoce, si bien, por «conocimiento» debe entenderse el de los términos de la sentencia y no el del mero hecho de haber sido condenado, pero sin conocer el alcance de tal condena. Por ello, aunque indudablemente la prueba no siempre será fácil, si se acreditara que había conocido el recurrente la sentencia tiempo antes de comparecer o ser habido y de serle formalmente notificada, los señores Fiscales alegarán la preclusión del plazo para interponer el recurso si tal plazo hubiera transcurrido en exceso desde aquel momento, aduciendo falta de lealtad procesal y abuso de derecho de quien así ha actuado. Excepcionalmente, si conocida la condena, pero no el contenido de la sentencia, comparece inmediatamente y antes de los diez días pidiendo su notificación, se puede entender que el plazo queda interrumpido y vuelve a transcurrir a partir de la fecha de tal notificación, ya que ni existía «conocimiento» de la sentencia, ni se da en tal conducta una actitud torticera o de retraso de la justicia y es lógico que disponga de plazo suficiente para preparar su recurso.

d) Por último, resta abordar las consecuencias del recurso respecto a los efectos de la sentencia firme. Evidentemente, si el recurso prospera, dicha sentencia quedará revocada. Podría decirse así que las sentencias dictadas en juicios celebrados en ausencia del reo tienen su firmeza sometida a una condición resolutoria. Mientras la condición no se dé («condictio pendet») la firmeza produce todos sus efectos e incluso la sentencia puede ser ejecutada... Pero al darse la condición («condictio existit») se resuelve la firmeza de la sentencia, queda sin efecto e incluso puede modificarse el propio contenido de la sentencia recurrida, en todo aquello en que la nueva sentencia modifique la anterior, con lo que a lo ejecutado deberá retrotraerse y dejarse sin efecto.

Es éste el punto en que la insuficiencia de la ley crea mayor inseguridad jurídica y produce más graves problemas. En el paralelo recurso civil de audiencia del rebelde, la ley señala un plazo, transcurrido el cual ya no puede aquél ser interpuesto y desaparece la situación de pendencia; así como prevé también que el demandante que hubiera obtenido sentencia favorable no puede disponer de las cosas recibidas por tal sentencia hasta que transcurra dicho plazo, con lo que al producirse la revocación de la situación jurídica la restitución de las cosas

al rebelde es factible en el mismo proceso, sin graves perjuicios para ninguna de las partes.

Nada de eso prevé el artículo 797.2. No existe límite temporal para el uso del recurso, que queda supeditado a la presentación o captura del condenado en ausencia, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la sentencia; ni se prevén medidas o cautelas para evitar perjuicios por la eventual revocación de la ejecución del fallo de la sentencia anulada.

Surge entonces la cuestión de cómo proceder en orden a las indemnizaciones civiles ya satisfechas; a los bienes ejecutados en subasta; a las piezas de convicción y efectos del delito que cayeron en comiso y fueron enajenados en los términos del artículo 48 del Código penal, etc.

¿Todas esas cuestiones pueden resolverse en la nueva ejecución de la sentencia penal o han de deferirse a la vía civil, debiendo el reo ausente que obtiene la revocación de la sentencia acceder a dicha vía para obtener frente a los perjudicados o terceros adquirentes de los efectos la restitución de la cosa, si procede conforme a las normas civiles? La cuestión es compleja, juegan preceptos sobre la irreivindicabilidad de las cosas adquiridas en subasta pública —la tutela de terceros de buena fe en la Ley Hipotecaria; los de la prescripción adquisitiva de buena fe y con justo título; el artículo 464 del Código civil y, en fin, una serie de normas civiles tuteladoras del tráfico de muebles e inmuebles— cuya complejidad parece conducir a que deban ser los Tribunales de tal orden, y no los penales, los que resuelvan las cuestiones que respecto a las situaciones jurídicas creadas al amparo de la nueva sentencia puedan crearse.

Esa misma complejidad de las normas que inciden en los efectos de la sentencia de anulación sobre las ejecuciones realizadas al amparo de la firmeza de la sentencia dictada en ausencia, hace muy difícil el que puedan establecerse reglas generales que aborden tales problemas. Los señores Fiscales deberán, pues, elevar consulta en aquellos casos concretos que no puedan resolver con la recta aplicación de las normas civiles y procesales que fueran de aplicación al problema.

VII. NORMAS TRANSITORIAS PARA LA APLICACION DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE LA LEY ORGANICA 7/1988, DE 28 DE DICIEMBRE

Es principio del derecho transitorio en materia procesal el que tratándose de una actividad que se desarrolla en el tiempo, la entrada en vigor de una nueva ley obliga a la aplicación a los actos procesales que se realizan bajo su vigencia, quedando consumados los ya realizados bajo la ley anterior, que no deben ser reproducidos conforme a las normas de la ley nueva, que no estaba vigente al producirse aquéllos. Esa doctrina se matiza considerando que por actos procesales se entienden todos los comprendidos en una fase procesal, de modo que iniciada ésta bajo la vigencia de una ley, debe culminarse conforme a ella, produciéndose en las fases sucesivas la acomodación al nuevo proceso.

La anterior doctrina debe tenerse presente para interpretar las normas de acomodación de los procesos en trámite conforme a la legislación derogada (Ley Orgánica 10/1980 y artículos 789 a 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal),

al nuevo procedimiento abreviado establecido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

Como reglas para resolver las cuestiones de derecho transitorio deben tener en cuenta a los señores Fiscales, tanto las disposiciones de la citada Ley Orgánica 7/1988 y las disposiciones adicionales de la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta Judicial, como las establecidas por los Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del día 3 de febrero último, cuyo contenido conocen ya los señores Fiscales.

Como reglas generales deducibles de tales normas, podremos señalar:

1.ª) A partir del primero de marzo todos los procedimientos que se incoen por delitos comprendidos en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se instruirán como diligencias previas.

2.ª) A partir de la misma fecha, todos los sumarios ordinarios, los de urgencia, las diligencias preparatorias y los juicios orales de la Ley Orgánica 10/1980 que se estén instruyendo por delitos de los que conforme al artículo 779 citado deban conocerse en el procedimiento abreviado, se transformarán en diligencias previas de tal procedimiento. Los autos de procesamiento que se hayan dictado en los sumarios que se transformen, se modificarán tan sólo en el sentido de no considerarse procesado a quien lo esté, pero manteniendo y ratificando las medidas cautelares personales y reales adoptadas (prisiones, fianzas, embargos, etc.).

3.ª) Hasta el día 15 de septiembre, en que entren en vigor los Juzgados de lo Penal, los actuales Juzgados de Instrucción afectados por la disposición adicional 1.ª de la Ley 38/1988 que deban cesar en sus funciones como Juzgados de Instrucción, serán únicamente los que expresamente se citan en el extremo 2.º del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial antes citado.

4.º) En tanto no entren en funciones los Juzgados de lo Penal, harán sus funciones los Juzgados de Instrucción de la demarcación, conforme a las normas de reparto que tengan establecidas actualmente, para evitar la coincidencia en un mismo Organismo de la instrucción y fallo de la causa.

5.ª) En los procedimientos en trámite en los Juzgados de Instrucción, la fase de calificación se realizará en el propio Juzgado, conforme a lo dispuesto en el Capítulo II del nuevo Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

6.ª) Las Audiencias Provinciales conocerán todos los asuntos en trámite ante los Juzgados de Instrucción o ante ellas que fueran de su competencia conforme a las reglas derogadas, en tanto no entren en funcionamiento los Juzgados de lo Penal, tal como dispone la disposición transitoria 3.ª de la Ley Orgánica 7/1988 y el punto 3.º del Acuerdo del Consejo citado.

7.ª) En los procedimientos en trámite en las Audiencias Provinciales, éstas continuarán conociendo de los mismos, conforme a la disposición transitoria 3.ª de la Ley Orgánica 7/1988. Cuando entren en vigor el 15 de septiembre los Juzgados de lo Penal, las Audiencias conservarán la competencia para el enjuiciamiento y fallo de todos los asuntos *ante ellas pendientes, entendiéndose por tales todos los que hayan causado asiento en los libros de la Secretaría* (artículo 53.4 de la Ley 38/1988 y punto 3.º del Acuerdo del Consejo).

8.ª) La acomodación que las Audiencias Provinciales hagan al nuevo procedimiento se entenderá respecto a las fases iniciadas bajo la vigencia de la nueva ley. Las ya iniciadas bajo las normas derogadas seguirán rigiéndose por éstas.

En consecuencia, se entenderá que debe seguir enjuiciándose por las normas del procedimiento ordinario (aunque por su pena debieran, en principio, acomodarse al abreviado) o de urgencia las causas pendientes ante la Audiencia que hubieran entrado en la fase de calificación, considerándose que han entrado en dicha fase desde que se acuerde su iniciación con la providencia de pase para calificación (o instrucción y calificación, en el procedimiento de urgencia ante la Audiencia) al Ministerio Fiscal (disposición transitoria 5.ª de la Ley Orgánica 7/1988 y punto 4.º del Acuerdo del Consejo).

Los señores Fiscales tomarán las disposiciones precisas para acomodar el régimen interno de las Fiscalías a las prescripciones del nuevo procedimiento, de acuerdo con lo que en las Juntas de Fiscalía se resuelva y las Instrucciones que pueda impartir esta Fiscalía General del Estado y, por su delegación, la Inspección Fiscal.

LA PENALIDAD EN EL DELITO DE DAÑOS CULPOSOS DEL ARTICULO 563

Consulta núm. 1/1988

I

El objeto central de la consulta es muy simple: la pena que corresponde imponer al autor de un delito de imprudencia con resultado de daños cuando la asignada al delito doloso que tipifica el artículo 563 del Código penal es la de multa.

Como antecedentes legales, se citan los siguientes:

— Que conforme al artículo 565, inciso cuarto, las penas indicadas en los dos primeros párrafos para el delito de imprudencia no se aplicarán «cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda».

— El párrafo final del artículo 565, en la misma línea expresa que «en ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente».

— Que la pena para el delito de daños dolosos del artículo 563 es la de multa de 30.000 a 200.000 pesetas, inferior, por tanto, a la prevenida para la imprudencia temeraria (prisión menor) y la simple con infracción de reglamentos (arresto mayor).

De cuanto precede y en trances de buscar la pena inmediata inferior a la imprudencia con resultado de daños, resulta que esta sería la multa de 30.000 a 300.000 pesetas, que es mayor que la correspondiente a los daños dolosos (de 30.000 a 200.000 pesetas) con lo que no se cumple el mandato de los párrafos cuarto y séptimo del artículo 565, de que el delito culposo sea castigado con menor gravedad que el delito doloso.

La conclusión a que se llega en la Consulta es que aun incumpléndose el mandato legal que impide imponer penas por imprudencia iguales o mayores que las del delito cometido intencionadamente, en el caso del artículo 563 al no poder degradarse más la pena de multa, ésta debe ser de 30.000 pesetas, también para la imprudencia.

II

Lo que, en primer lugar, ha de aclararse es si la pena de multa a imponer por el delito de daños culposos del artículo 563 se conforma con la naturaleza de las multas directas o si le cuadra mejor la de una multa sustitutiva o por

degradación. El tema, en un orden jurídico estricto, tiene trascendencia, porque así como la multa por sustitución —la de 30.000 a 300.000 pesetas del artículo 74 del Código penal— en ningún caso —ya figure como única o conjunta en la figura de delito— puede ser rebajada a menos del límite mínimo ni exceder del máximo, la multa directa o prevista en ciertos tipos penales sí puede rebasar el límite superior de cada tipo, y siendo conjunta se admite que sea inferior a 30.000 pesetas para el juego del artículo 76 del Código penal, detrayéndose de su cifra mínima la mitad. Por consiguiente, cuando se trate de penas únicas ni la multa directa ni la sustitutiva descenderán del mínimo legal que marca la divisoria entre los delitos y las faltas. Esta línea jurisprudencial es muy conocida, y su fundamento para la multa directa está en el artículo 28 del Código penal, pues para ser graves y acompañar a delitos su mínimo son las 30.000 pesetas; y para la multa sustitutiva o por degradación la prohibición se desprende del artículo 74 al señalar que la multa cuyo mínimo son 30.000 pesetas, es la última de las penas a imponer por delito. En la exhaustiva Consulta de 9 de noviembre de 1972, «Sobre la posibilidad de sancionar delitos con pena de multa inferior a 5.000 pesetas» (entonces el mínimo legal) se mantuvo ya esta tesis.

Mas tratándose de multas directas conjuntas con penas privativas de libertad o de derechos la pena pecuniaria puede ser inferior a 30.000 pesetas. Después se ampliará este punto.

1. Con estos datos procede el análisis de la Consulta. ¿La multa que constituye la sanción para el delito culposo de daños es directa o sustitutiva? La solución está subordinada a la interpretación que se dé al párrafo cuarto del artículo 565. Es manifiesta, según su texto, la imposibilidad de que las sanciones por infracciones culposas sean siquiera iguales a las dolosas. De ahí que su declaración de que cuando la pena señalada al delito (doloso) sea igual o menor que la fijada en los respectivos tipos de imprudencia «los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda». Pero para hallar la pena inmediata inferior, ¿se tiene en cuenta la que corresponda al delito doloso o al delito culposo? En el caso en examen, ¿la pena inferior a imponer se obtiene partiendo de la fijada a la imprudencia en el artículo 565 o de la prevista para el delito de daños en el artículo 563? Si partimos de la pena asignada a la imprudencia es claro que la multa resultante sería sustitutiva o de degradación; si partimos de la pena prevenida para el delito de daños dolosos, la multa a imponer sería directa. El Fiscal que formula la Consulta, de modo expreso, no se pronuncia, pero implícitamente está aceptando la tesis de la multa por degradación cuando sostiene que la pena inferior sería la de multa de 30.000 a 300.000 pesetas, esto es la del artículo 74 del Código penal. Se ha partido así de la penalidad de la imprudencia. El criterio de la doctrina jurisprudencial sobre este aspecto ha sido variable. Unas veces el punto de partida tenido en cuenta para la degradabilidad ha sido el de la penalidad asignada al delito doloso; en otras ocasiones se ha entendido que la pena inferior en grado ha de contarse desde la conminada para la imprudencia. Por el primero de estos criterios se pronuncia el Proyecto de Ley Orgánica de actualización del Código penal elaborado muy recientemente por el Ministerio de Justicia, ya que en el artículo 565 en lugar de la frase actual de «la inmediata inferior a la que corresponda», se establece ahora que cuando las penas previstas para la imprudencia sean iguales o superiores a las del correspondiente *delito doloso*, los Tribunales aplicarán *la inmediata inferior a estas últimas*. Así pues,

será siempre pena directa y no sustitutiva la correspondiente al delito culposo de daños. Pero si son únicas, tanto uno como otro tipo de multas no pueden ser inferiores a 30.000 pesetas, por lo que en estos casos carece de efectos la distinción. A destacar la anomalía que supone el hecho de que la pena para el delito doloso de daños del artículo 563 sea la misma que la del delito culposo de daños, y ello a pesar de la terminante declaración del párrafo último del artículo 565 de que «*en ningún caso se impondrá pena que resulte igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente.*»

2. Mas existe otra cuestión. En la Consulta no se especifica si los daños culposos fueron cometidos con vehículo de motor. Si así fuera, y es lo más probable, estaríamos ante una multa directa conjunta con la pena de privación del permiso de conducir. Si la multa es directa, por corresponder al tipo y además es única, como ya hemos dicho, no puede imponerse por debajo del límite legal porque éste es infranqueable. ¿Pero podrá degradarse concurriendo con la pena de privación del permiso de conducir? En la Consulta de esta Fiscalía 10/1972, de 9 de noviembre, se admitió en general la posibilidad de degradar las multas conjuntas conforme a las reglas del artículo 76 del Código penal, exponiéndose que cuando la multa esté prevista como principal conjunta con penas privativas o restrictivas de libertad o de derechos, no quiebra la característica del delito recogida en el artículo 6 del Código penal, por el hecho de que la multa a imponer en una conducta punible por el juego de la naturaleza del delito, de las circunstancias, de la participación o del desarrollo de la infracción criminal, resulte de cuantía inferior al mínimo legal delictivo, y ello porque siempre acompañará al delito otra pena grave conjunta con la multa. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para todos los casos en que la multa vaya acompañada de otra pena grave, sea o no ésta privativa de libertad. Entre otras muchas, las sentencias de 3 de octubre de 1973, 31 de enero, 18 de febrero y 9 de diciembre de 1975 y 19 de mayo de 1980.

Un caso que ha recibido tratamiento especial es precisamente el de la pena conjunta de multa con la privación del permiso de conducir, que puede darse en los daños del artículo 563 cometidos con vehículos de motor. Para esta hipótesis el Tribunal Supremo partiendo de un delito del artículo 516 bis en el que con la privación del permiso de conducir coexisten penas de multa y privativa de libertad, ha declarado que la degradación debe afectar no a la multa, sino a la privación del permiso de conducir (sentencias de 19 de mayo de 1980, 7 de marzo de 1984, 1 de octubre de 1985 y 4 de junio de 1987) que lo debe ser en un grado e imponerse por tiempo no superior a tres meses. El Tribunal Supremo ha entendido siempre que la pena de multa es más importante que la de privación del permiso de conducir, por cuanto ésta es complementaria y al no poder degradarse ambas, es obligado degradar la complementaria. Esta doctrina del Tribunal Supremo, que degrada solo la privación del permiso de conducir y hasta tres meses, deja en blanco y sin posible explicación legal algunas importantes cuestiones. He aquí algunas: que en el Código penal no está prevista ni la degradación ni la elevación de la pena de privación del permiso de conducir —a pesar de estar expresada en fracciones de tiempo— pues sólo pueden serlo las que se hallen en las escalas graduales del artículo 73 y en él no figura esta pena; no es posible tampoco determinar cuál será la pena superior en grado ni

la inferior en dos grados; además no es posible su división en grados, pues no se sujetan a las reglas del artículo 61 los artículos 340 bis a) y 565.

Aun cuando la expresada doctrina del Tribunal Supremo no da explicación totalmente satisfactoria a importantes cuestiones del tipo de las enunciadas, la Consulta de esta Fiscalía 13/1985, de 19 de diciembre, aceptó en líneas generales la degradabilidad. Pero no la absoluta degradabilidad. No debe degradarse en todos los casos la pena de privación del permiso de conducir. Tampoco puede afirmarse que se rebaje siempre la pena de multa, porque la sustitutiva no es degradable. En la degradación o no de la pena de privación del permiso de conducir debe partirse de un planteamiento facultativo. La opción o no por la degradabilidad de esta pena estará condicionada, entre otras circunstancias, por la naturaleza del delito. En el caso particular de los daños culposos cometidos con vehículo de motor parece que no debe degradarse la pena de privación del permiso de conducir para que así pueda tener efectividad el mandato imperativo del último párrafo del artículo 565 de que *en ningún caso* se impondrá por culpa pena igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente.

En definitiva, son procedentes las siguientes conclusiones:

— Es dable imponer la pena mínima de 30.000 pesetas de multa, tanto si se entiende que ha de partirse en los daños culposos de la penalidad de la imprudencia como si se acepta que el punto de partida es la pena de los daños culposos, porque, en cualquier caso, se trataría de una pena única de imposible degradabilidad hasta más allá del límite legal.

— Cuando nos hallamos ante daños culposos cometidos con vehículo de motor, se degradará la pena de multa y no la de privación del permiso de conducir, pues así se dará cumplimiento al último inciso del artículo 565, imponiéndose pena de multa inferior a la de los daños culposos.

TIPICIDAD DEL APODERAMIENTO DE TARJETAS DE CREDITO Y SU POSTERIOR UTILIZACION PARA OBTENDER DINERO EN LOS CAJEROS BANCARIOS AUTOMATICOS

Consulta núm. 2/1988

I

El hecho concreto sometido a Consulta es el siguiente:

Una persona encontró en la calle una cartera que contenía, entre otras cosas, dinero, en cantidad que no se ha precisado, del que se apropió en su exclusivo beneficio, y una tarjeta de crédito «Telebanco» con su correspondiente número secreto. El imputado utilizó en repetidas ocasiones la tarjeta hallada y el número de su clave, obteniendo de esta manera más de un millón de pesetas, hasta que la Policía, por haber denunciado el extravío su titular, le sorprendió cuando intentaba una nueva extracción de dinero.

Las manipulaciones precisas para conseguir el dinero son éstas: se introduce la tarjeta de crédito en la ranura de máquinas o cajeros automáticos instalados en la vía pública y pulsando seguidamente el número-clave el cajero saca por otra ranura la cantidad de dinero que se pide. Las referidas máquinas están colocadas en una especie de hornacina y cerradas con un cristal irrompible, de modo que nadie puede pulsar los botones o teclado para marcar el número de la clave y pedir dinero, sin que antes se abra esa persianilla o puerta de cristal imprescindible para introducir la tarjeta.

El Fiscal encargado de la causa planteó en Junta de Fiscales las dudas que le ofrecía la tipicidad del hecho de conseguir dinero de cajeros automáticos por persona que ha sustraído a su titular la tarjeta de crédito y el número de la combinación. Su alternativa la centró en si los hechos constituían delito de estafa o de robo con fuerza, siempre, claro es, en cuanto a las extracciones de dinero del cajero automático, ya que por el hallazgo de su cartera y apoderamiento de su contenido, era evidente la apropiación indebida del artículo 535, párrafo segundo, del Código penal.

Estos dos criterios mantenidos también en el seno de la Junta de Fiscales, el del robo con fuerza en las cosas —éste minoritario— y el de la estafa, contaron con los siguiente argumentos.

1. La tesis del robo con fuerza emplea dos razonamientos:

a) En primer lugar, se niega la existencia de los hechos dados del engaño, pues al ser éste persuasión que se hace a otro mediante ardides, debe siempre operar de hombre a hombre por medio de palabras o maquinaciones insidiosas;

esto se obtiene de la propia dicción del artículo 528 del Código penal, al expresar que «cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error *en otro*, induciéndole a realizar un acto de disposición». De aquí se desprende que en la estafa el sujeto pasivo de la acción participa en la dinámica comisiva de modo necesario; opera, pues, la voluntad del titular del bien jurídico o de su administrador de forma real, aunque viciada por el engaño, con lo que la víctima se convierte en colaborador necesario, si bien involuntario, del acto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo aún no ha tratado la cuestión. Si la del apoderamiento de tarjetas de crédito para el pago de compras efectuadas, que, lógicamente, se considera estafa (sentencias de 8 de mayo de 1985 y 25 de junio de 1985) porque, en esta hipótesis, quien dá lugar al acto dispositivo en perjuicio del titular es siempre una persona: el empleado de la empresa comercial que toma los datos y cree, viciado por el engaño, que quien le muestra la tarjeta es el titular.

b) En segundo término, se afirma que al no ser posible construir el engaño al modo como previene el artículo 528 del Código penal, la única solución es acudir, en casos como el expuesto, al delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 504.4; viene a decirse que si ésta es la tipificación ajustada cuando alguien con la llave de una caja de caudales llegada a él por alguno de los medios señalados en el artículo 510, la abre tras manipular en la combinación con los números adecuados que ha podido averiguar, el caso no puede ser distinto al aquí debatido, en el que actúa la tarjeta como llave falsa y la máquina o cajero como mueble cerrado. Esto es así, a mayor abundamiento, porque los cajeros referidos en este caso concreto están cerrados con un cristal irrompible. Se consigue pues abrir la puerta de un espacio cerrado, utilizándose la tarjeta a modo de llave.

2. Al considerar la interpretación que conduce al robo con fuerza en las cosas como muy retorcida, otros entendieron que los hechos debían calificarse como estafa, porque aunque los datos se proporcionan a una máquina, ésta opera como está programada, y por ello usando los datos adecuados la persona que no está habilitada para hacerlo, engaña a quien programó la máquina.

II

La utilización de tarjetas de crédito es un hecho sociológico que está adquiriendo en la sociedad actual extraordinarias dimensiones, pero sin que tenga un marco expreso en el ordenamiento jurídico penal el uso indebido de las mismas por terceros. Una veces se emplean como medio de pago de las mercaderías adquiridas o de los servicios prestados, casos en los que la doctrina jurisprudencial ha considerado el uso de las mismas, por quien no es su titular como constitutivos de delitos de estafa. Otras veces —y es el tema que propiamente interesa a efectos de la Consulta— se utilizan como medio directo para la obtención de dinero a través de los cajeros automáticos bancarios. Si quien utiliza con estos fines la tarjeta de crédito lo hace ilegítimamente por ser efecto su tenencia irregular de la comisión de algún delito contra la propiedad, surge para el intérprete la cuestión de la exacta tipicidad de estas conductas, ajenas, por supuesto, en su estricta estructura interna a las clásicas figuras de delito reguladoras de las

infracciones patrimoniales. Como tampoco se cuenta con el eventual apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo está justificada tanto la duda suscitada en la Fiscalía, de la que forman parte muy destacados funcionarios, como la formulación de la Consulta.

1. El primer tema que puede cuestionarse es el de si objeto material de la acción es tanto el que recae sobre el dinero obtenido merced a la utilización de la tarjeta de crédito, como el que incide sobre el acto previo de sustracción de la tarjeta y otros efectos; o si, por el contrario, en un orden jurídico, ha de valorarse exclusivamente una acción, aunque materialmente exista la doble conducta ilícita de apropiarse de la tarjeta y después utilizarla para obtener dinero.

Puede pensarse que el apoderamiento de la tarjeta de crédito y su posterior utilización lucrativa es objeto de un único delito. Es evidente, se dice por los partidarios de esta tesis, que la finalidad de quienes de modo principal o accesorio se apoderan de tarjetas de crédito es hacer suyo el dinero que la entidad crediticia tiene a disposición del titular de la tarjeta; de ahí el que se considere como cuantía del delito no sólo el valor de la tarjeta y efectos, sino la cantidad susceptible en abstracto de apropiación posterior con la tarjeta. Esto sería así porque la consumación se produce cuando el sujeto se apodera y tiene a su disposición la tarjeta de crédito, sin que sea necesario que llegue a su efectiva utilización haciendo suyos los fondos disponibles, pues si así sucediera se trataría de un acto de agotamiento del delito ya consumado y no punible independientemente del anterior.

Pero en supuestos análogos al presente, como son los apoderamientos de tarjetas de crédito para la adquisición de bienes al que ha seguido su utilización, el Tribunal Supremo (sentencias de 19 de diciembre de 1978 y 8 de junio de 1983) ha aceptado la existencia de varias acciones autónomas configurando como hurto la sustracción de la tarjeta perdida (ahora, apropiación indebida), falsedad la perpetrada en los talones de compra fingiendo la firma del titular, y estafa al fingirse un crédito del que carecía al no ser propietario de la tarjeta.

2. Por ello, aceptando, como se dice en la Consulta, que el acto previo del hallazgo y apropiación de la cartera, la tarjeta y el dinero perdidos, se armoniza con la apropiación indebida del párrafo segundo del artículo 535, ahora nos interesa la calificación jurídica del hecho material de introducir en el cajero automático la tarjeta de crédito y pulsar el número secreto, con lo que se obtuvo el dinero deseado. Descartado que se trate de un acto de agotamiento de la conducta de sustracción de la tarjeta de crédito y aceptando que nos hallamos ante un hecho antijurídico autónomo, su tipicidad puede situarse, en la línea expuesta en la Consulta, bien en la estafa o en el robo con fuerza en las cosas. Ambos supuestos son problemáticos.

a) En contra de configurar como estafa hechos análogos al que forma el núcleo de la Consulta, puede argumentarse que no es el cajero automático sobre el que se manipula —sino el ordenador central— el que de las instrucciones de pago y entrega, y tanto el error como el engaño previo parecen previstos para actuar directa e inmediatamente y de modo especial sobre personas, no sobre ordenadores. Técnicamente en estos casos no hay engaño, pues este elemento esencial de la estafa en el texto del artículo 528 supone una relación de persona a persona. Pero lo cierto es que se ha transmitido por un no titular una orden de pago, asumiendo una personalidad que no es propia, primero al cajero automático y

después al ordenador, consiguiendo una indebida disposición patrimonial por error. En la práctica nos hallamos ante el mismo resultado que si el engaño se hubiera proyectado sobre personas y no sobre máquinas. La actividad desarrollada ha servido como instrumento para engañar mediatamente a la entidad financiera y para perjudicar a ésta o al titular de la cuenta, según los casos.

b) Latente está, pues, la duda sobre la extensión del radio de la estafa a conductas semejantes a los hechos. No es tampoco fácil construir la tipicidad del robo con fuerza, pero al menos cuenta con una mayor aproximación que la estafa a las respectivas figuras en que han tratado de encuadrarse. En efecto, el hecho dado es más difícil inscribirle en el artículo 528 que en el artículo 504.4 y concordantes, y ello aun partiendo de la interpretación estricta que debe darse siempre a las diversas modalidades del robo con fuerza que aquella norma prevé. Pero no debemos olvidar en ese comportamiento con posibilidades de subsumirse teóricamente en la estafa o el robo con fuerza, un dato concreto que se nos ha proporcionado y que conduce directamente a acoger la tesis de que los hechos dados han de integrarse en un delito de robo: que los cajeros referidos en la Consulta están colocados en unas especies de hornacinas y cerrados con un cristal irrompible, con lo que es acto previo al hecho de marcar el número de la clave y pedir el dinero, el de abrir la puerta de un espacio cerrado para lo cual es imprescindible introducir la tarjeta de crédito a modo de llave. Pero, ¿estas tarjetas son realmente llaves?

En un sentido rigurosamente literal, las tarjetas de crédito con banda magnética no son *llaves*, y si no son tales es imposible que encajen en el concepto de *llaves falsas*. Mas tampoco debe olvidarse que el concepto de llave es funcional en cuanto ha de servir y usarse para abrir algo cerrado. Y esto es lo que ocurre con las tarjetas con banda magnética, que pueden servir para abrir puertas de garajes o de establecimientos bancarios dando acceso al local en que se halla el cajero automático, sirviendo en estos casos la tarjeta tanto para abrir la puerta como para operar en el cajero; también se está imponiendo cada día en nuestra sociedad el uso de tarjetas magnéticas o perforadas que se entregan a los clientes de establecimientos hoteleros y que se destinan a abrir las puertas de sus habitaciones en sustitución de las antiguas llaves, tarjetas cuyas bandas o talados son cambiadas por el hotel cada día; igualmente en los modernos modelos de automóviles se usan para abrir sus cerraduras cada día con mayor frecuencia, mandos de apertura desde el exterior accionados con pilas, iguales a los que se utilizan también para abrir las puertas de los garajes.

Las tarjetas de crédito no son materialmente llaves —esto es obvio—, pero cumplen funciones privativas de una llave al ser el único medio de apertura de algo que se halla cerrado —como es el cajero automático— y obtener dinero. Y serían falsas, sin duda, por tratarse de instrumentos legítimos para la apertura sustraídos a su titular. En apoyo de que debe considerarse funcionalmente llave la tarjeta de crédito, se encuentra una expresión del artículo 504.4, en cuanto equipara a las llaves «otros instrumentos semejantes». Recientemente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de interpretar esta frase. La sentencia de 5 de noviembre de 1987 analizó si encajaba en el artículo 504.4 el hecho probado declarativo de que el procesado abrió la puerta de la vivienda donde cometió la sustracción empleando «algún mecanismo que no ha sido determinado». Y ha establecido que la expresión del artículo 504.4 «u otro instrumento semejante», siendo segu-

ramente criticable desde el punto de vista del principio de legalidad criminal, ha sido interpretado por al doctrina de esta Sala en el sentido de que el empleo de cualquier instrumento distinto de la llave legítima que resulte ser idóneo para abrir una puerta cerrada, se constituye en medio de fuerza que convierte en delito de robo la sustracción de cosa mueble ajena, lo que quiere decir que la semejanza exigible entre las llaves falsas y «cualquier otro instrumento» es de índole meramente funcional y no morfológico.

Basta con que el instrumento en cuestión sirva en la práctica para accionar el mecanismo de cierre de una puerta y dejar abierta y expedita la que previamente estaba cerrada, para que el mismo deba ser considerado a efectos jurídico-penales, semejante a una llave falsa.

No se aparta de esta tesis otra sentencia, ésta de 24 de noviembre de 1987. Expresaba el relato fáctico que el procesado verificó la apropiación del vehículo «mediante la utilización de instrumento que no consta, más sin producir daños», y se cuestionaba en el recurso si faltaba la constancia de la fuerza típica prevista por el artículo 504.4. El recurso se desestima aunque ostente una relevancia inicial que exige precisiones, pues es evidente, se dice, que el principio de legalidad, del que la tipicidad penal es concreción técnica y de garantía, impondría, en principio, la descripción concreta de la llave falsa que como fuerza típica describe el artículo 504.4. No obstante, tal descripción típica no se agota en dicho precepto, sino que necesariamente ha de complementarse con la norma contenida en el artículo 510; la amplitud de los tres números de este precepto ha venido propiciando una jurisprudencia flexible, basada, sobre todo, en su número 3, y en la que destaca no tanto la concreta fijación del instrumento comisivo, cuanto la precisión de la constancia de dos notas: que la cosa-continente se hallara cerrada por su propietario, y que se procedió a su apertura por medio diferente al normal utilizable para abrirla (llave legítima no sustraída a su propietario), pues con ello se ha quebrantado el reparo u obstáculo puesto por el propietario para evitar o dificultar la sustracción.

Resuelta la dificultad de equiparar funcionalmente llave y tarjeta de crédito, hallamos otra, y es que la tarjeta magnética por sí sola es inhábil para la apertura y obtención del dinero, aunque sin ella no son posibles operaciones de extracción, precisa objetivamente de algo más. Contribuye, y de modo imprescindible, a la apertura y obtención del dinero la pulsación en el teclado del cajero del número secreto asignado exclusivamente a cada titular de tarjeta. Sólo con la utilización conjunta de la tarjeta y la pulsación del número exacto, se consigue el acceso total al cajero, en cuanto ambos son parte integrantes del instrumento necesario para la apertura. Aisladamente son ineficaces. Sin embargo, tampoco la imprescindibilidad de la pulsación del número secreto nos separa del concepto funcional de llave, porque si la sola introducción de la llave en sentido propio en una cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que después hay que realizar ciertas manipulaciones o movimiento, el hecho de que a la introducción de la tarjeta haya de seguir la pulsación del número no desvirtúa para ella el carácter de llave.

**EFFECTOS DE LA POSIBLE DISCREPANCIA
ENTRE NORMAS DE LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL
DE CUENTAS DE 12 DE MAYO DE 1982 Y LA LEY ORDINARIA
DE FUNCIONAMIENTO DE ESTE TRIBUNAL DE 5 DE ABRIL DE 1988**

Consulta núm. 3/1988

I

Con motivo de la promulgación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 5 de abril de 1988, el Fiscal de este Tribunal ha planteado cuestiones que traen su causa de la eventual discrepancia entre diversos textos normativos y de la relación que debe existir entre leyes orgánicas y leyes ordinarias.

La Constitución estableció en su artículo 136.4 que «una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas». Por su parte, esta Ley Orgánica, la 2/1982, de 12 de mayo, en su disposición final 3.^a anunciaba que «el Gobierno elevará a las Cortes Generales, a los efectos procedentes, un Proyecto de Ley para ordenación del Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con regulación de los distintos procedimientos y el Estatuto de su personal». Y, en fin, la Ley de Funcionamiento de 5 de abril de 1988, ya advierte en su preámbulo que «no circunscribe su contenido a la ordenación del Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y a la regulación de los distintos procedimientos y del Estatuto de su personal, sino que ha tenido que extenderse a las atribuciones de los distintos órganos de dicho Tribunal, a la estructura de los Departamentos de Fiscalización, a la determinación de los cometidos generales de los órganos de apoyo y de otros que, sin serlo, resultan fundamentales para la actuación de los demás».

Con base en esta declaración de la Ley de Funcionamiento se hace un estudio detenido de su texto para concluir que existe una regulación normativa eventualmente discrepante entre artículos de esta ley y los de la orgánica de 12 de mayo de 1982. Al menos esa discordancia se aprecia en los siguientes artículos:

- 10 de la Ley Orgánica y 16.2 a) de la Ley de Funcionamiento.
- 26.1 de la Ley Orgánica y 3, letrá o), de la Ley de Funcionamiento.
- 29 de la Ley Orgánica y 21.1 de la Ley de Funcionamiento.
- 30 de la Ley Orgánica y 22 de la Ley de Funcionamiento.
- 31 de la Ley Orgánica y 23 de la Ley de Funcionamiento.
- 36 de la Ley Orgánica y 25.1 de la Ley de Funcionamiento.
- 38, 43.1 y 43.2 de la Ley Orgánica y 49 de la Ley de Funcionamiento.
- 47.3 de la Ley Orgánica y 73 de la Ley de Funcionamiento.

La regulación por ley ordinaria de materias correspondientes a leyes orgánicas es técnicamente inviable. En efecto, el hecho de invadir el radio de reserva no es posible sin incidir la ley ordinaria en inconstitucionalidad, que legitimaría el planteamiento de la cuestión aunque escape a las posibilidades de impugnación inmediata por el Ministerio Fiscal. Y si aquella intromisión se caracteriza además porque la ley ordinaria ha ordenado esa materia de modo discrepante a la ley orgánica, nos hallamos ante el tema de la aplicabilidad o no de la ley ordinaria posterior en tanto se resuelve sobre la inconstitucionalidad. Hipótesis esta última que el Fiscal que informa decide en el sentido de que su inferior rango es obstativo a la derogación, por lo que en tales casos deberá promoverse la aplicación de la norma anterior de rango mayor. Relativamente al caso concreto, la ley orgánica del Tribunal de Cuentas anterior a la ley ordinaria de funcionamiento deberá aplicarse siempre que mediere una regulación contradictoria.

II

a) Para el análisis de las posibles discrepancias entre ley ordinaria y ley orgánica es necesaria la concreción exacta del radio de reserva asignado a la ley orgánica. Y precisar si todo el marco de una determinada ley orgánica está caracterizado por su absoluta intangibilidad, o si, por el contrario, es susceptible de complementación a través de la llamada colaboración internormativa. En el primer caso, por el principio de reserva de competencia, la ley posterior no orgánica devendría inconstitucional, dada la imposibilidad de derogación insita en la jerarquía normativa. En el segundo caso, si la ley ordinaria regulara materias formalmente de ley orgánica, pero no claramente dentro de la reserva, podría plantearse su compatibilidad acudiendo al principio de conservación. Un examen individualizado de los preceptos podría acreditar, caso por caso, si hay o no reserva y contradicción sustancial.

Conviene recordar la doctrina constitucional sobre estos puntos.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 expresó que «la reserva de ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación».

Otra sentencia, la de 6 de noviembre de 1986, declaró que «la reserva enunciada en el artículo 81.1 de la Constitución, no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas por la Constitución, para alcanzar de este modo una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate. No existe, de principio, imposibilidad constitucional para que la ley orgánica llame a la ordinaria a integrar en algunos extremos sus disposiciones de desarrollo, dando lugar así y con las mismas garantías constitucionalmente exigibles, a una colaboración entre normas».

Pero es que aparte la función de colaboración internormativa indispensable para el adecuado desarrollo de las leyes orgánicas, el radio de su reserva es de interpretación estricta, sin olvidar la distinción entre el ámbito de las leyes orgánicas que está inmediata y directamente determinado por razón de la materia («las

relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas») y las de radio determinado por la previsión extrema de una ley orgánica («las demás previstas en la Constitución»). Es cierto que aun para estos últimos casos la ley orgánica no puede remitir a una ley ordinaria la regulación en exclusiva de los temas fundamentales de aquella, pero sí es posible esa remisión si se contrae a concretos aspectos complementarios o instrumentales.

El radio de reserva de la Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982 está determinado en el artículo 136.4 de la Constitución: «la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas», y se cuestiona si todo lo que pueda incidir sobre estos aspectos al formar el objeto de la reserva precisa, necesariamente, de una ley orgánica. La Ley de Funcionamiento debía contraerse a la «ordenación del funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con regulación de los distintos procedimientos y el Estatuto de su personal» (disposición final 3.ª de la Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982), por lo que, llegado el caso, habría que ver si la Ley de 5 de abril de 1988 ha desbordado o no los términos de la remisión adentrándose en materias de la ley orgánica que estén en el círculo de la reserva. Parece que, como declara expresamente su preámbulo, el contenido de esta ley ordinaria es excedente en su literalidad del precepto remititorio, pero este hecho sin más no es determinante de su contradicción irreconciliable con la ley orgánica, sino que para ello sería indispensable, de una parte, comprobar que la ley ordinaria ha ordenado de modo diferente la materia de la reserva (composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas), y, de otra, que esa regulación no responde al llamamiento que hace en varios de sus artículos la ley orgánica a la ley de funcionamiento. Pero es que aun cuando apareciese en forma patente la modificación de la ley orgánica por la ley ordinaria no puede dejar de aplicar la ley posterior sin que previamente se haya declarado su inconstitucionalidad.

b) También en los casos en que la ley ordinaria aparezca viciada originariamente de inconstitucionalidad por haber regulado *ex novo* materias reservadas, es incorrecto desconocer su mandato antes de que decida el Tribunal Constitucional a través del planteamiento del recurso de inconstitucionalidad o de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad (artículos 28.2 y 29 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Un efecto automático que conduzca a la inmediata inaplicabilidad tampoco aquí está reconocido. Ni siquiera un órgano jurisdiccional puede dejar de aplicar esa ley ordinaria sin que antes se resuelva en el marco de la constitucionalidad si se ha vulnerado el principio de competencia que señala las materias reservadas a leyes orgánicas; esto es así porque la obligación que tienen los Jueces de no aplicar reglamentos u otras disposiciones administrativas contrarias a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa que impone el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no se extiende hasta comprender la inaplicación de una ley ordinaria eventualmente inconstitucional, ya que en caso contrario no tendría sentido la facultad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al caso pueda ser contraria a la Constitución (artículos 163 de la Constitución y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

c) De lo anteriormente expuesto debe llegarse a la conclusión de que si el Ministerio Fiscal no está legitimado para interponer recursos de inconstitucionalidad tampoco puede a través de informes, acciones o recursos instar la inaplicabilidad de un determinado precepto legal, aunque entiende que se halla en contra-

dicción con otros de superior rango, y ello aun cuando fuere manifiesta la antítesis entre las normas contemporáneamente vigentes, pues de otro modo y en forma implícita se invadiría el monopolio que sobre la materia viene atribuido al Tribunal Constitucional.

En todas las posibles hipótesis que puedan presentarse de discrepancias de normas de distinto rango, debe primar la interpretación que haga compatible las disposiciones de la ley ordinaria posterior y la ley orgánica previa; de nuestro caso entre la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 5 de abril de 1988 y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982. Pero si del análisis de los respectivos preceptos a aplicar en un caso concreto, se concluyera que la Ley de Funcionamiento está en antítesis insalvable con materias de la Ley Orgánica insertas en el radio de la reserva, deberá elevarse Consulta a la Fiscalía General del Estado sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

**SOBRE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD
DE LOS ARTICULOS 11.3 Y 18 DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA
DE GALICIA APROBADO POR LEY ORGANICA 1/1981, DE 6 DE ABRIL**

Consulta núm. 4/1988

I

La Xunta de Galicia formuló denuncia contra quien hasta hacía unos días era Vicepresidente de la misma y actual Diputado del Parlamento Gallego. El Pleno de la Audiencia Territorial de La Coruña, actuando como Tribunal Superior de Justicia, adoptó acuerdo con fecha 6 de octubre de 1987 [fundado en los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía de 6 de abril de 1981 en relación con el artículo 73.3 a) y disposición transitoria 2.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985] por el que aceptaba el conocimiento del asunto desde la instrucción, iniciándose sumario 2/1987, acordándose delegar la instrucción en el Magistrado-Juez número 3 de Santiago de Compostela, quien, en virtud de la delegación, practica las pruebas que estimó oportunas y declara concluso el sumario por auto de 23 de diciembre de 1987 elevándolo al Pleno de la Audiencia Territorial.

El Pleno de la Audiencia Territorial, con fecha 5 de febrero de 1988, entre otros acuerdos, adopta el de declarar nulo el auto dictado por el Instructor-Delegado concluyendo el sumario, fundándose en que tal resolución contradice el auto del Pleno de 6 de octubre de 1987, ya que al Instructor-Delegado se le encomendó únicamente la práctica de la investigación debiendo remitir las actuaciones en cuanto las estimase practicadas, al haber quedado reservada al Pleno la decisión de concluir el sumario, ya que había asumido la competencia tanto en la fase instructora como en las posteriores. Al mismo tiempo acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien solicitó la práctica de determinadas pruebas. El Pleno, por auto de 26 de febrero de 1988, acordó no sólo que se practicaran las pruebas pedidas por el Ministerio Fiscal, sino otras pruebas que estimaba necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Y a partir de aquella fecha, nombró Instructor a un Magistrado miembro del Pleno, quien practica las pruebas acordadas y concluidas las mismas el Pleno de la Audiencia Territorial por auto de 27 de julio de 1988 dicta auto de procesamiento contra el anterior Vicepresidente de la Xunta y Diputado del Parlamento de Galicia por los delitos de cohecho y prevaricación.

El defensor del procesado al recurrir en súplica el auto de procesamiento, además de anunciar la posible recusación en su día de los Magistrados que inter-

vinieron en el Pleno, que a su juicio deberán abstenerse de actuar en la fase plenaria si a ella se llega, estima que el propio Pleno debe plantear la inconstitucionalidad del artículo 18 del Estatuto de Autonomía, en cuanto establece la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (y hasta su entrada en funcionamiento, a tenor de la disposición transitoria 2.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Pleno de la Audiencia Territorial).

II

Publicada la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, entiende el Fiscal que consulta que es natural el anuncio del planteamiento de la posible inconstitucionalidad de los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía, pues en el actual caso, seguido por los trámites del sumario ordinario, no cabe duda de dos cosas: que están distinguidas las fases de instrucción y de plenario y que el Tribunal en Pleno actuó como instructor con todas sus consecuencias: aceptación de competencia para instruir y fallar, nombramiento de Instructor simplemente delegado —hasta el punto de anular el auto de conclusión que dictó, por asumir facultades instructoras propias del Pleno— práctica de pruebas acordadas de oficio, acuerdo de procesamiento y decisión sobre la situación personal del procesado.

Y a la luz de la doctrina mantenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, no cabe duda de que los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía de Galicia están viciados de inconstitucionalidad, en cuanto en ellos se señala, con violación del artículo 24.2 de la Constitución, que el mismo Tribunal que instruye ha de juzgar; de ahí el que, como dice el Tribunal Constitucional, debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente 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, lo que, se concluye por el Fiscal consultante, es más de tener en cuenta cuando el acuerdo de procesamiento, tomado prácticamente por unanimidad del Tribunal que en su día va a juzgar, se refiere a una persona de la relevancia del aquí acusado y en una enrarecida atmósfera política, ajena al Tribunal, pero imposible de soslayar.

Por cuanto antecede concluye afirmando la conveniencia de informar en su momento favorablemente si se produce el planteamiento por el Tribunal de la cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos citados, o incluso de solicitar del Tribunal su planteamiento. El momento oportuno para plantearla sería inmediatamente después de dictarse el auto de conclusión del sumario y antes de dar traslado al Ministerio Fiscal para instrucción, pues de ser inconstitucionales los preceptos serían nulas todas las actuaciones procesales a partir de dicho momento, y, por consiguiente, también la sentencia.

III

Los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía de Galicia, el primero referido a sus parlamentarios y el segundo al Presidente y demás miembros de la

Junta, tienen un contenido virtualmente idéntico, y, en lo que aquí interesa, expresan que durante su mandato y por los actos delictivos cometidos en el territorio de Galicia, no podrán ser detenidos, sino en caso de flagrante delito, «correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Galicia».

El Pleno de la Audiencia Territorial de La Coruña se encuentra instruyendo sumario ordinario como consecuencia de la interpretación dada a dos normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial: artículo 73.3 a) y disposición transitoria 2.3. La primera de ellas dice que corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia. Y la segunda establece que hasta que entren en funcionamiento los Tribunales Superiores de Justicia, las competencias que la presente ley atribuye a su Sala de lo Penal continuarán residenciadas en la Sala del Tribunal Supremo que actualmente la tiene atribuida, salvo que los Estatutos de Autonomía las atribuyan a las respectivas Audiencias Territoriales.

La cuestión de la posible inconstitucionalidad de los preceptos ya aludidos ha de ser examinada a través del presupuesto ineludible que representa la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio, recaída a propósito de la inconstitucionalidad o no de algunos preceptos de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Pero como expone el Fiscal que formula la Consulta, en el caso planteado no surge la duda respecto a si ha existido instrucción, pues se trata de un sumario ordinario en el que la fase instructora está perfectamente delimitada; y acontece, además, que el Pleno de la Audiencia Territorial ha conducido directamente la instrucción, llegando incluso al procesamiento. En tales circunstancias, el hecho de que ese mismo Pleno, una vez concluido el sumario, haya de enjuiciar y fallar, puede crear esa apariencia de falta de parcialidad que, siguiendo las directrices del Tribunal Constitucional conformes con las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podría justificar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, máxime si se tiene en cuenta la relevancia social del acusado y la enrarecida atmósfera política, ajena si al Tribunal, pero imposible de soslayar. Mas el problema se agrava ante la dificultad de abstenerse el Tribunal, debido a que la ley le obliga a conocer tanto de la instrucción como del enjuiciamiento.

a) La instrucción del sumario se ha realizado por el Pleno de la Audiencia Territorial; el fundamento fue hallado en el artículo 18 del Estatuto de Autonomía, expresivo de que corresponderá decidir al Tribunal Superior de Justicia «sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio». Pero conviene aclarar desde este momento, que la anterior norma no se refiere a *instrucción* en sentido propio o técnico, sino a algunas actuaciones decisorias que tienen lugar en la fase de instrucción; ocurre también, y hay que destacarlo, que el artículo 18 del Estatuto de Autonomía —cuya aprobación en los trabajos parlamentarios se produjo sin discursión alguna— va más lejos que lo que, en su día, previó la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al menos así parece desprenderse de la literalidad del artículo 73.3 a) de esta última al disponer que a la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia corresponde «el conocimiento de las causas penales» reservadas a los Tribunales Superiores de Justicia.

Por «conocimiento de las causas penales», podría entenderse, en interpretación meramente literal, que no le corresponde la instrucción, sino el enjuiciamiento y fallo, pero debe descartarse esta idea porque la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en el apartado 3 b) del citado artículo 73 dice que también corresponde a la Sala de lo Penal de dichos Tribunales Superiores de Justicia «la instrucción y fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal». Excluye, asimismo, aquella interpretación, lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando atribuye a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el conocimiento de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado».

Significa lo dicho, de una parte, que la instrucción de las causas contra el Presidente y miembros de la Xunta de Galicia no viene claramente atribuida en la Ley Orgánica del Poder Judicial al Tribunal Superior de Justicia, aunque pudiera llegarse a una respuesta afirmativa mediante criterios interpretativos sistemáticos o analógicos; de otra, que el Estatuto Gallego en su artículo 18, tampoco estableció explícitamente la instrucción en su plenitud, sino que la limita a las concretas decisiones de «inculpación, prisión, procesamiento y juicio». Por ello, es al menos cuestionable que el Pleno de la Audiencia Territorial de La Coruña haya asumido la instrucción completa de la causa. La Ley Orgánica del Poder Judicial, aparte posibles imprecisiones, cuando ha querido que sea así, lo ha dicho expresamente. Para el Tribunal Constitucional «conocimiento» no supone instrucción. La sentencia 145/1988, en su fundamento jurídico 5, dice que «no es necesario, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero del mismo artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que se limita a atribuir la competencia para el conocimiento y fallo (no, por tanto, para la instrucción)...» Si aceptamos, pues, que el Estatuto de Autonomía de Galicia únicamente atribuye al Tribunal Superior de Justicia las decisiones de inculpación, prisión, procesamiento y juicio, será necesario determinar si, en todo caso, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (sentencia 145/1988), la aparición de parcialidad que prohíbe el artículo 24.2 de la Constitución Española se produce cuando quien debe juzgar, previamente ha conocido el asunto a través de valoraciones que han exigido tomar postura respecto de aquél, como ocurre en los indicados casos en que es necesario decidir sobre la prisión o sobre el procesamiento.

b) La sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 7, dudosamente llega a estas conclusiones cuando explica qué debe entenderse por «instrucción» en el sentido que aquí interesa, es decir, en cuanto actuación que pueda debilitar la imparcialidad del Juez, o crear apariencias en su contra. Entiende, de una parte, que «no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar por la causa prevista en el artículo 54.12 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Basta recordar, dice, «que en el procedimiento penal ordinario las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los autos dictados por el Juez de Instrucción e incluso decretan de oficio la práctica de nuevas diligencias al conocer el auto de conclusión del Sumario (artículo 631 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Esto es cierto, hasta el punto de que la misma Audiencia que luego ha de juzgar, según nuestro ordenamiento, debe previamente valorar el auto de procesamiento y el de prisión, durante la instrucción, en caso de que se impugnen (artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal). Tales actuaciones, sin embargo, parece aceptables al Tribunal Constitucional desde el punto de vista de la imparcialidad, y no las considera obstáculo para que después la misma Audiencia que revisó la prisión o el procesamiento, juzgue el caso.

De otra parte, por contra, pone de relieve la sentencia citada, que «instructor de una causa, será, por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones» (las enumeradas en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y participe de forma activa en la investigación. Es, precisamente, el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponden, así como el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material, lo que puede hacer nacer en el ánimo del Instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrándose la imparcialidad adjetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y juzgadora. Y más adelante agrega: «Es (...) la investigación directa (...) lo que forma el núcleo esencial de la instrucción.»

Es verdad que también la misma sentencia se refiere a la decisión sobre la prisión provisional del detenido, afirmando que, por regla general, exige del Juez una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, y ello puede ser integrante de una actividad instructora; pero después de lo expuesto más arriba, parece que esta frase no debe valorarse aisladamente, sino en el contexto completo de la sentencia. En este sentido, es al menos dudoso que la sola decisión sobre la prisión o sobre el procesamiento haya de entenderse como actividad instructora a los efectos de la imparcialidad de quien luego debe juzgar, cuando resulta que en apelación la Audiencia realiza la misma operación —considerada fuera de la instrucción en la sentencia— y cuando en el asunto que nos ocupa, el órgano que es llamado a tomar dichas decisiones es colegiado y no unipersonal, lo que reduce igualmente su apariencia de imparcialidad objetiva. A esta conclusión, aun reconociendo la dificultad del tema, pudiera llegarse sin grandes esfuerzos interpretativos, de la ponderación del conjunto de la doctrina de la sentencia 145/1988, sobre todo porque los casos que se citan del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentalmente el caso De Cubber, no contempla materia similar a la de este caso, pues allí se trataba de un Juez que tras intervenir en la instrucción accede al Tribunal colegiado el que interviene en algunas decisiones durante la instrucción, y después el mismo ha de juzgar. Claro es que lo argumentado se basa, como hemos dicho al principio, en la opinión de que el artículo 18 del Estatuto Gallego sólo atribuye al Tribunal Superior de Justicia las decisiones indicadas y no la instrucción.

c) El hecho de que el Pleno de la Audiencia de La Coruña haya sobrepasado esas facultades, podrá tener otras consecuencias, pero no la de conducir a plantear una cuestión de inconstitucionalidad de unos preceptos (sería el artículo 18) que no le obligaban a realizar la instrucción del sumario. Además, no basta para que resulte afectado el deber de imparcialidad, haber sido Instructor, sino haber realizado realmente propias actividades instructoras. Lo que puede contaminar de nulidad es precisamente el contacto directo con la investigación y la práctica de las pruebas. Esto no es aplicable, según los antecedentes, al Pleno de la Audiencia Territorial, sino, en todo caso, al delegado del Pleno para la instrucción. En

consecuencia, puede juzgar el Pleno con la abstención del Magistrado delegado del Pleno para la instrucción.

Para evitar situaciones como la que ofrece la Consulta, otros ordenamientos jurídicos arbitran soluciones legislativas tendentes a esa finalidad. Así, el francés, tan afín en otras materias al nuestro, en los delitos cometidos por Magistrados y ciertos funcionarios, atribuye a la «Cour de Cassation» la obligación de designar la jurisdicción encargada de la instrucción y del enjuiciamiento (artículo 679 y siguientes, «Code de Procedure Penale»). Y en materia de prisiones o inculpaciones, el Tribunal que después deberá juzgar el caso, no interviene durante la instrucción, porque las decisiones sobre aquéllas son tomadas por lo que se llama «Chambre D'accusation» (artículos 191 y siguientes).

Podrá argüirse también que en el asunto presente, es precisamente lo excepcional del cargo ocupado por el acusado y las mayores garantías de que pretende rodeársele, lo que justifica y constituye la finalidad que persigue la unificación en un mismo Tribunal de la instrucción y el enjuiciamiento. Un poco en la línea que mantienen las sentencias del Tribunal Constitucional para la supresión de la doble instancia en materia penal (51/1985, fundamento jurídico 3; 30/1986, fundamento jurídico 2) respecto a Diputados y Senadores, o en el sentido que se expresa la sentencia del Tribunal Constitucional 90/1985, fundamento jurídico 6, para las denegaciones de Supplicatorio.

El argumento nos parece débil, pues los casos comparados son en realidad distintos. La finalidad de la doble instancia es lograr una mayor garantía, no sólo por lo que supone el doble conocimiento, sino porque el segundo Tribunal que conoce es de grado superior al que lo hizo en primer lugar. De ahí que si la competencia viene atribuida por razón de la persona en primera instancia al más alto Tribunal, pueda dejar de tener sentido un nuevo enjuiciamiento.

Pero en el asunto que estamos examinando, la imparcialidad es predicable y debe ser protegida en todo órgano dedicado a juzgar, resultando igualmente reprochable la apariencia de parcialidad en un Tribunal inferior que en uno superior.

d) El último punto de que trata la Consulta plantea con suma corrección el momento en que una cuestión de inconstitucionalidad, de la naturaleza de la aquí examinada, debe promoverse. Aunque se ha concluido que es impropcedente en este caso su planteamiento, estimamos válidas las apreciaciones que se hacen y de interés general su conocimiento, por lo que es oportuna la exposición de tal línea argumental.

Conforme al estricto tenor del artículo 35.1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, parece que toda cuestión de inconstitucionalidad deberá plantearse «concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia». De ahí que en la cuestión que dio lugar a la sentencia de 12 de julio de 1988 el Ministerio Fiscal al oponerse a la misma estimara que el Juez la había planteado anticipadamente en unas diligencias previas, antes de incoarse el procedimiento de la Ley 10/1980 y el Letrado del Estado al oponerse también a la cuestión diga que el Juez no plantea la cuestión una vez concluso el procedimiento y antes de dictar sentencia.

Mas el Tribunal Constitucional rechaza aquellas objeciones y entiende que la cuestión se planteó en momento oportuno. Ello es así porque como dice el Tribunal Constitucional (sentencia 54/1983, de 21 de junio) la expresión *fallo* utilizada tanto en la Constitución (artículo 163) como en la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional (artículo 35.1) se ha de entender en sentido amplio significando pronunciamiento decisivo e imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o materia procesal», ya sea en forma de auto o de sentencia, y así lo ha reconocido la Circular de esta Fiscalía 1/1986, de 14 de febrero; es lo decisivo la relación de la validez norma-fallo a producir en el proceso; es decir, que la aplicación de la norma que se estime inconstitucional lleve consigo la nulidad de la actuación procesal y, por consiguiente, la invalidez del fallo. De ahí que la sentencia de 12 de julio de 1988 estime ajustado que el Juez suscite la cuestión una vez concluidas las diligencias previas, por entender que la validez de la sentencia depende de la norma impugnada, ya que si fuese inconstitucional y habiendo realizado funciones de instructor carecería de competencia para celebrar el juicio oral y, en consecuencia, para fallar.

En el supuesto de la Consulta por aplicación de la doctrina constitucional, si hubiera habido lugar al planteamiento, el momento oportuno hubiera sido el inmediatamente después de dictar auto de conclusión del sumario y antes de dar traslado al Ministerio Fiscal para instrucción, pues de ser inconstitucional el precepto serían nulas las actuaciones procesales subsiguientes y también la sentencia, al no ser razonable exigir al Tribunal seguir los trámites hasta la celebración del juicio para plantear después una nulidad que de antemano presume. Esta última tesis sería exacta sólo si la inconstitucionalidad se predicare del precepto penal sustantivo del que dependiera el fallo con lo que el trámite procesal anterior, incluido el juicio, sería válido. Pero, insistimos, no lo es cuando lo que se plantea es la inconstitucionalidad de la tramitación procesal del plenario de la causa y su fallo por el Tribunal que instruyó.

HURTO DE USO DE VEHICULOS DE MOTOR: OBJETO MATERIAL Y PENALIDAD

Consulta núm. 5/1988

I

La Consulta que se formula, resultado de un acuerdo mayoritario adoptado en Junta de Fiscalía celebrada al efecto, se sintetiza en estos términos:

— Si los ciclomotores pueden ser objeto del delito que define el artículo 516 bis del Código penal.

— Si en el caso de que el objeto del delito a que se refiere el artículo 516 bis tuviere un valor inferior a 30.000 pesetas, y no mediare fuerza ni intimidación, tal conducta ha de tipificarse como falta de hurto.

— Ambas cuestiones se resolvieron en sentido positivo, y, en cuanto representan una modificación de la doctrina jurisprudencial continuada, se someten a la consideración de la Fiscalía General del Estado en forma de Consulta.

Ordenados los dos temas propios de la Consulta es preciso distinguirlos.

a) *El ciclomotor como posible objeto del delito del artículo 516 bis:*

La respuesta negativa halla su fundamento en los siguientes argumentos:

— El paralelismo con el tratamiento que se había dado en el anterior artículo 340 bis c), de conducción sin permiso, que no alcanzaba a los ciclomotores.

— Al carecer de la consideración administrativa de vehículo de motor no era necesario el aseguramiento de los ciclomotores.

— No son un vehículo puesto en marcha por el motor, sino incardinado en los ciclos, una especie de bicicleta.

— El principio de intervención mínima del Derecho penal, ya que si la utilización indebida del ciclomotor es conducta de máxima levedad con relación al valor de los vehículos de motor, no deben generar la misma responsabilidad criminal las utilizaciones ilegítimas de unos y otros.

Frente a estos argumentos se esgrimen otros legitimadores de la inclusión del ciclomotor en el radio delictivo del artículo 516 bis. Son éstos:

— La expresa derogación del artículo 340 bis c) por Ley de 25 de junio de 1983 hace innecesaria su contemplación con argumento en favor de la exclusión.

— En el Reglamento del Seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor (Real Decreto de 4 de julio de 1980),

es preceptivo el seguro para los ciclomotores desde el 1 de octubre de 1980, al disponer su artículo 6 que tendrán la consideración de vehículos de motor a los efectos de la obligación de estar asegurados, todo artefacto o aparato que circule por las vías públicas accionado mediante un mecanismo de motor para cuya conducción se requiera permiso o licencia.

— La consideración de la tracción por la energía humana no se corresponde con el artículo 6 del Reglamento citado de 4 de julio de 1980, que complementa el artículo 4 del Código de la Circulación; antes al contrario, de estos preceptos se desprende que la circulación de un artefacto propulsado por un motor, aunque tenga menos de 50 c.c., otorga al mismo los caracteres de vehículo de motor a efectos de la obligación de asegurarlo. La actual normativa de seguros deriva de la estimación del riesgo que comportan los ciclomotores, dadas su velocidad, características, precio y utilidad para sus titulares.

— Las anteriores razones invalidan el argumento de la intervención mínima del Derecho penal que tiende a excluir del artículo 516 bis la utilización ilegítima del ciclomotor, lo que produciría la impunidad, dado que no cabe su inclusión en ningún otro tipo penal.

b) *Necesidad de la tipificación como falta de hurto de la utilización de vehículos de motor de escaso valor:*

Precisamente, el criterio de intervención mínima apoya la tesis de que cuando el objeto del delito del artículo 516 bis tenga un valor inferior a 30.000 pesetas y no se emplee fuerza ni violencia, la utilización ilegítima ha de considerarse falta de hurto, pues la presunción del dolo de sustracción necesario para ella sería una presunción favorable al reo; presunción que está abonada por el argumento de que un dolo mayor (el de la sustracción definitiva) no debe significar una menor responsabilidad que el dolo de utilización temporal.

II

A. La concreción del objeto típico en el delito del artículo 516 bis es tema sumamente debatido que divide en actitudes inconciliables a la doctrina científica. Sin embargo, está resuelto de modo unívoco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y decidido directamente en dos ocasiones, y en la misma forma, por la Fiscalía General del Estado. La primera de ellas atendido el texto que al artículo 516 bis dio la Ley de 8 de abril de 1967. Y la otra, interpretando la versión actual del precepto que data de la Ley de 28 de noviembre de 1974.

Si la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la exégesis del artículo 516 ha excluido del concepto legal de vehículos de motor a los ciclomotores (sentencias de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973; 4 de diciembre de 1974; 2 de junio de 1975; 4, 20 y 25 de octubre de 1976; 28 de enero de 1977, y 23 de junio de 1981), las directrices de esta Fiscalía han sido coincidentes con la doctrina jurisprudencial.

La Circular 2/1973, de 26 de febrero («En torno a si en el ámbito objetivo del artículo 516 bis del Código penal deben incluirse los ciclomotores», en Memo-

ria de 1974, págs. 242-255), planteó la cuestión de si el ciclomotor debe o no estar sujeto al régimen jurídico-penal previsto para los vehículos de motor, resolviéndolo en sentido negativo, ya sean valorados como objeto o como instrumento de las infracciones en que se halla aquel concepto. A esta conclusión se llegó ponderando no sólo las normas estrictamente penales, sino también —y sobre todo— las contenidas en ordenamientos extrapenales. con fundamento en que el artículo 516 bis al referirse al vehículo de motor, no ofrece una tipicidad descriptiva o absolutamente delimitadora del objeto de la acción, sino que en él el vehículo de motor viene configurado como un elemento típico normativo. Como el ciclomotor no se acomoda íntegramente a la estructura técnica de los vehículos de motor ni está sometido al mismo tratamiento jurídico-administrativo, habrá de excluirse del radio del artículo 516 bis. Si esta norma, en la cual el vehículo de motor representa el objeto de la acción, inmediatamente nada aclara, si son estimables las consecuencias deducidas de otros preceptos también propiamente penales en cuyo ámbito está presente el vehículo de motor, si bien como instrumento de realización delictiva (artículos 340 bis, 565 y 586.3); en estas normas aunque el objeto de protección es de modo fundamental la seguridad y no la propiedad o algunas de sus facultades inherentes, es elemento del tipo el vehículo de motor, expresión que siempre ha de tener un significado no equiparable en modo alguno a los ciclomotores, porque en los casos de conducción delictiva de vehículos de motor figura como pena la privación del permiso de conducción.

Las normas no penales examinadas que contribuían a la no equiparación entre vehículos de motor y ciclomotor ofrecían distinta naturaleza y procedencia. Algunas, propiamente administrativas, estaban contenidas en el llamado Derecho de la Circulación (Código de la Circulación y Decretos de 27 de enero de 1956, 11 de enero y 19 de diciembre de 1957, 8 de mayo de 1961 y 20 de mayo de 1965); otras pertenecían al Derecho privado, insertas ya en el campo del Derecho de obligaciones (Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil Derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 19 de noviembre de 1984) o en el de los derechos reales (Ley de Hipoteca Mobiliaria de 16 de diciembre de 1954). Y no faltaban argumentos procedentes del Derecho internacional tras el examen de Convenios internacionales relacionados con la materia (Convenio de Ginebra Sobre Transporte por Carretera de 19 de septiembre de 1949 y Convención de Viena Sobre Circulación Vial, nacida de una Conferencia de las Naciones Unidas celebrada entre los días 7 de octubre y 8 de noviembre de 1968).

En otra Circular, la de 27 de diciembre de 1974 (Memoria de 1975, págs. 255-258) dictada con motivo de la promulgación de la Ley de 28 de noviembre de 1974, que dio al artículo 516 bis del Código penal la redacción que ahora tiene, se trató del significado de la nueva expresión «vehículo de motor ajeno, cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada». Se aventuraba que con este texto, más especificativo, aún era posible la duda sobre la inclusión o no en la protección penal del tipo a los ciclomotores, pues si atendiendo al espíritu que inspiró la modificación parece que los ciclomotores debían estar sujetos a idéntico tratamiento juridicopenal que los vehículos de motor, en cambio, el análisis del tenor literal de la norma nada resuelve, por lo que por ahora, se decía, debe mantenerse el criterio adoptado en la Circular de 26 de febrero de 1973, que está, además, en la línea continuada marcada sin excepciones por la jurisprudencia.

dencia del Tribunal Supremo más reciente que elimina del artículo 516 bis los ciclomotores (sentencias de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973).

B. ¿Hay motivos para modificar el criterio mantenido y extender ahora el concepto de vehículo de motor hasta comprender los ciclomotores como objeto de protección penal en el artículo 516 bis?

a) El artículo 516 bis, en lo que aquí interesa, se separó de la redacción anterior en estos dos puntos. El primero consistió en agregar al giro vehículo de motor la frase «cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada». Y, el segundo, en introducir un párrafo imponiendo la privación del permiso de conducción en todos los casos comprendidos en el artículo. Ninguna de estas novedades supone un cambio tal que autorice a incluir en la norma los ciclomotores. Al contrario. De un lado, porque la frase reseñada continúa refiriéndose al vehículo de motor, se trata de una especificación para que quede claro que abaca a todos los vehículos de motor. Y, de otro lado, porque si a los diversos tipos definidos en el artículo 516 bis va unida necesariamente la pena de privación del permiso de conducir, es porque tal permiso es esencial a la conducción de los vehículos de motor, y así se justifica que exista una relación lógica entre vehículos de motor y permiso de conducción tanto en el Código penal (artículos 26.5, 30, 33, 42, 340 bis, 565 y 586.3) como en el Código de la Circulación (artículos 106 y 261 referidos al automóvil) del propio modo que resulta coherente la relación entre ciclomotor y licencia de conducción (artículos 132 y 272 del Código de la Circulación).

El Tribunal Supremo tampoco ha encontrado dificultades para seguir diferenciando ciclomotores y vehículos de motor a efectos del artículo 516 bis después de la Ley de 1974. La sentencia de 4 de octubre de 1976, con cita de las sentencias de 9 y 15 de marzo de 1973 y 25 de mayo de 1973, que afirmaron que la utilización ilegítima de ciclomotores no puede incluirse en el artículo 516 bis, declara que es «doctrina certera antes de la reforma de 1974 como después de ella». Y otra sentencia, la de 20 de octubre de 1976 tras confirmar los criterios de la jurisprudencia anterior, dice que «la Ley de Reforma Penal de 28 de noviembre de 1974 no ha modificado el valor de esas declaraciones jurisprudenciales, pues en su exposición de motivos no se dice que la *mens legislatoris* fuera la de incluir los ciclomotores en la letra del artículo 516 bis remodelado... prosiguiendo, por tanto, el mencionado artículo refiriéndose como elemento objetivo de la infracción, al vehículo de motor, dentro de cuyo concepto, y como ya se ha dicho, no es dable incluir a los ciclomotores». En el mismo sentido las sentencias de 25 de octubre de 1976 y 28 de enero de 1977.

El nuevo texto del artículo 516 bis no parece, pues, que contribuya a identificar, como objeto material de su acción, vehículos de motor y ciclomotores. Si, como ya se indicó, el de vehículo de motor no es un concepto descriptivo, veamos ahora si se trata de un término normativo necesitado de complementación y que, por ello, está valorado en el ordenamiento jurídico.

b) El Código de la Circulación es una de las normas a valorar. Desconoce el concepto de vehículo de motor, por lo que no es ajustada la sentencia de 8 de marzo de 1985 cuando dice que el objeto material del artículo 516 bis son los vehículos de motor «cuyo concepto se ha de obtener acudiendo al Código de la Circulación». Si se utilizan en él como categorías diferenciadas los términos vehículo automóvil y ciclomotor. Este está excluido expresamente del radio del

vehículo automóvil (artículo 4, apartado g, inciso último) y de modo implícito otras veces al no incluirse en la clasificación de los automóviles (artículos 89, 95, 235, etc.). Así, ciclomotor no es un vehículo de la especie automóvil, sino de la clase ciclo, y aunque cuenta con motor auxiliar de fuerza y velocidad limitada (artículo 4, apartado p), desarrollado por la Orden del Ministerio de Industria de 10 de marzo de 1976) tampoco se identifica con los motociclos o motocicletas que sí participan de la naturaleza de los vehículos automóviles (artículo 4, apartado n) del Código de la Circulación). Así, de este cuerpo legal no obtenemos que el ciclomotor sea legalmente un vehículo de motor, sino sólo que el ciclomotor es un vehículo perteneciente al género ciclo con la especialidad de contar con un motor auxiliar de limitadas características como tal, pero que se separa de otros vehículos con motor (motociclos), sometidos al régimen de los vehículos automóviles, y más claramente de éstos.

c) Existen normas de Derecho internacional relacionadas con la materia que aquí tratamos.

En el Convenio de Ginebra sobre transporte por carretera de 19 de septiembre de 1949 —que surtió efectos en España tras su publicación, a partir del 13 de mayo de 1958— los términos empleados son el vehículo automotor —que coincide, en líneas generales, en su definición del artículo 4 con el de vehículo automóvil— y el de bicicletas con motor auxiliar, que no se considerarán como vehículos automotores siempre que mantengan su estructura (motor auxiliar de combustión interna de 50 c.c. de cilindrada máxima y conserven las características normales de las bicicletas). Los Estados que estén obligados por el anexo 1 del Convenio excluirán de la definición de vehículo automotor a las bicicletas con motor auxiliar; es de observar que tal anexo no era de aceptación obligada por las partes que firmaron el Convenio, sino que podía excluirse haciendo uso de la oportuna reserva, como efectivamente hicieron varios países —para los cuales las bicicletas con motor auxiliar son automóviles— entre los que no se encuentra España, por lo que al menos implícitamente se aceptaba que las bicicletas con motor o ciclomotores no son vehículos automotores o automóviles.

Es en la Convención de Viena de 1968, firmada por España, en donde se recogen los conceptos de ciclomotor y vehículos de motor. Ciclomotor es todo vehículo de dos o tres ruedas previsto de un motor térmico de propulsión cuya cilindrada no exceda de 50 c.c. y cuya velocidad máxima no exceda de 50 kilómetros por hora (capítulo I, artículo 1, letra m). Y vehículo de motor es toda vehículo provisto de un motor de propulsión que circule por una vía de sus propios medios, excepto los ciclomotores en el territorio de las partes contratantes que no los hayan asimilado a las motocicletas (capítulo I, artículo 1, letra o).

Debemos referirnos aquí a los artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código civil. Conforme al primero, los Tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno. Y a tenor del segundo, las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Parece desprenderse de estos preceptos que rige en nuestro Derecho el sistema de recepción automática, ya que con sólo la publicación de los Tratados, éstos adquieren el carácter de fuente directa integrándose en el ordenamiento interno

sin necesidad de especiales medidas legislativas para la ejecución de las normas nacidas en el seno del Derecho internacional convencional. Y la jerarquía de los Tratados, una vez integrados en el ordenamiento interno, es superior a las leyes, por cuanto las normas en aquéllos contenidas cuentan con un sistema especial de derogación al que son ajenas las leyes cualesquiera sea su naturaleza (artículo 96.1, inciso segundo, de la Constitución).

d) ¿A qué otros criterios podremos acudir para delimitar la naturaleza del ciclomotor? Quedan otras posibilidades.

Una es, como se hace en la Consulta, tener en cuenta la nueva reglamentación del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos de motor. Se dice, en efecto, que el Real Decreto 1.653/1980, de 4 de julio, entre otros, modificó el artículo 6 del Reglamento de 19 de noviembre de 1964, y ahora se incluyen por vez primera en el seguro obligatorio los vehículos para cuya conducción se exija licencia. Antes el seguro se limitaba a aquellos para cuya conducción se requería permiso. Dice el artículo 6 que «tendrán la consideración de vehículos de motor a los efectos de la obligación de estar asegurados:

a) Todo artefacto o aparato que circule por las vías públicas accionado mediante un mecanismo de motor para cuya conducción se requiera permiso o licencia, según la legislación vigente, así como sus remolques o semiremolques.»

No representa, sin embargo, el precepto transcrito un argumento concluyente en favor de la equiparación entre ciclomotor y vehículo de motor. Aun prescindiendo de que con la equiparación se habrían desconocido por la modificación reglamentaria normas de mayor entidad contenidas en Tratados internacionales, es de observar lo siguiente. En primer lugar, que esa indirecta consideración de vehículo de motor —merced a haber introducido la palabra *licencia*, única autorización precisa para conducir ciclomotores— lo es sólo «a los efectos de la obligación de estar asegurados», no a cualesquiera otros efectos administrativos o penales. Y en segundo término que la interpretación de otros párrafos del artículo 6 lleva a la misma conclusión, esto es que se está teniendo en cuenta únicamente el ciclomotor como objeto del seguro obligatorio, pero inextensible a su consideración como objeto o instrumento del delito; de otro modo, resulta inexplicable que figuren entre los vehículos de motor los trolebuses y tranvías [artículo 6 b)], que o bien no están incluidos entre los automóviles en el artículo 89 del Código de la Circulación o se dice expresamente que no son vehículos automóviles (artículo 262, IV del Código de la Circulación).

Pero la norma con la que se argumenta ya no está en vigor. En cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto legislativo 1.301/1986, de 28 de junio, el 30 de diciembre de 1986 se aprueba el nuevo Reglamento del seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículo de motor de suscripción obligatoria. Deroga al anterior Reglamento del seguro obligatorio de 19 de noviembre de 1964 incluida la modificación que introdujo en el artículo 6 el Real Decreto de 4 de julio de 1980. Conforme al artículo 5 del nuevo Reglamento «tienen la consideración de vehículos de motor, a los efectos de la obligación de estar asegurado, los ciclomotores y todo vehículo terrestre automóvil que esté accionado por una fuerza mecánica, así como sus remolques incluso no acoplados, con exclusión de los ferrocarriles y tranvías que circulen por vías que les sean propias».

Se pasa así de la referencia indirecta al ciclomotor del anterior Reglamento —son también vehículo de motor aquellos para cuya conducción se exija licencia—

a la expresa alusión a los ciclomotores entre los vehículos de motor. Este ha sido el cambio más importante. Mas el campo acotado en el que se proyecta la identificación es el mismo: «A los efectos de la obligación de estar asegurado.» Sobre los demás efectos nada se dice. Seguimos sin disposiciones que, a efectos penales identifiquen ambas clases de vehículos. Y no olvidemos que el objeto de la Consulta es aún más restringido. No plantea la naturaleza del vehículo ciclomotor en el ordenamiento jurídico penal, sino la valoración del ciclomotor como posible objeto típico del hurto de uso, con lo que ya se excluye la consideración del ciclomotor como medio de comisión de delitos o como objeto del delito de hurto propio. Que el artículo 516 bis únicamente contempla al vehículo de motor y no al ciclomotor se infiere de su último párrafo, pues si a su tenor «en todos los casos comprendidos en este artículo se impondrá además la pena de privación de permiso de conducción», es claro que su objeto típico son los vehículos de motor, no los ciclomotores. Resulta, pues, que el índice penalmente relevante que marca los límites entre vehículo de motor y ciclomotor es el de la habilitación necesaria para conducir cada uno de ellos. El vehículo que requiere el permiso de conducción para su utilización legítima es vehículo de motor (artículo 262 del Código de la Circulación); de ahí el que siempre que el Código penal construye tipos en los que figura el vehículo de motor como objeto de la acción o como medio comisivo imponga la pena de privación, por tiempo limitado del permiso de conducir (artículos 340 bis, 516 bis, 565, 586.3). El vehículo que requiere simple licencia de conducción (artículo 132, II del Código de la Circulación) es ciclomotor. Precisamente la sentencia de 18 de julio de 1987, que casó la de instancia —conforme había interesado el Ministerio Fiscal— declaraba que «es innegable que no siendo el ciclomotor —en este caso un vespino de 49 c.c.— vehículo de motor de acuerdo con constante y uniforme doctrina de esta Sala, no es posible adicionar a la pena que pueda y debe imponerse la privación del permiso de conducir o la de obtenerlo, sanción sólo inherente a la utilización ilegítima de vehículos de motor».

A. Los diversos tipos de hurto de uso cuyo objeto está integrado por los vehículos de motor conforme al artículo 516 bis son éstos:

a) *Tipo normal o base (artículo 516 bis, párrafo primero).*

Elemento esencial es el *animus utendi*, esto es que el agente no tenga el propósito de haber el vehículo de motor como propio (sentencias, entre otras, de 8 de marzo de 1985 y 19 de abril y 6 de junio de 1988), lo que sólo lleva implícito el lucro o ventaja procedente del uso ilegítimo indispensable para el cambio del título de imputación, que lo diferencia del hurto propio, porque en éste se pretende incorporar definitivamente lo sustraído al patrimonio con deseo de obtener un enriquecimiento, privando así del dominio definitivo (sentencias de 20 de febrero de 1981 y 30 de abril de 1983). Imprescindible es también en el orden temporal que el uso no llegue a 24 horas, pues este dato sólo es relevante para la cualificación. La punibilidad no se halla en función de índices cuantitativos como son el valor del vehículo de motor o el provecho obtenido con el uso, sino de datos cualitativos o en función de la acción: que se trate de un vehículo de motor. En consecuencia, el tipo está completo exceda o no el valor del vehículo de motor de 30.000 pesetas.

- b) *Tipo cualificado por la continuidad en la posesión ilegítima o no restitución dentro de las 24 horas (artículo 516 bis, párrafo tercero, inciso primero)*

La no restitución en este término esencial, aunque el uso efectivo haya sido menor (sentencia de 10 de mayo de 1985), supone una agravación, pasando las penas de ser alternativas (arresto o multa) a conjuntas (arresto y multa).

- c) *Tipo cualificado conjuntamente por la continuidad en la posesión y por el valor del vehículo de motor (artículo 516 bis, párrafo tercero, inciso segundo)*

Se aplican las penas antes señaladas si el valor no excediere de 30.000 pesetas, o si, rebasando esta cifra, no concurrieren las circunstancias expresadas en el artículo 515.3. Mas estaremos en el área del artículo 516 bis, párrafo tercero, inciso segundo, que remite al artículo 515.3 en la penalidad, si el valor excede de 30.000 pesetas con posibilidad de imponer las previstas para el hurto propio. A pesar de ello no hay transformación del hurto de uso en hurto común, ya que no se trata aquí de una norma de remisión conceptual, sino simplemente penológica (sentencias de 26 de junio de 1974 y 23 de mayo de 1980).

B. En la Consulta, sin particularización de los diversos tipos, pero siempre refiriéndose a su penalidad, se indica que «un dolo mayor, como es el dolo de sustracción definitiva, no debe significar una menor responsabilidad que el dolo de simple utilización temporal, evidentemente menor que aquel». Mas realmente, ¿es esto así? ¿El apoderamiento de un vehículo de motor con ánimo de lucro y sin emplear fuerza ni violencia, está menos gravemente castigado que su apropiación con un simple *animus utendi*? Tiene razón la Consulta, y se justifica claramente su apreciación, si en los diversos tipos, antes esquematizados, hacemos un análisis comparativo de los efectos penológicos que conllevan la concurrencia del *animus utendi* —privación al *dominus* de la facultad de usar— o del *animus* de apropiación definitiva.

a) Resulta de mejor condición quien sustrae un vehículo de motor con intención de apropiárselo que quien sólo pretende hacer del mismo un uso temporal. Los atentados a la propiedad del artículo 514 son menos graves que los atestados a la posesión o *facultas utendi* por tiempo limitado, objeto propio del artículo 516 bis. Esto es patente cuando el vehículo de motor tiene un valor inferior a 30.000 pesetas. Pero también en la generalidad de los hurtos superiores a 30.000 pesetas, siempre que el uso haya excedido de 24 horas, porque este delito (artículo 516 bis, párrafo tercero, inciso primero) tiene asignadas penas conjuntas de arresto y multa, en tanto que en el hurto común la pena es de arresto. Esta situación es posible por el escaso valor de algunos vehículos de motor y por la subida del límite en la línea divisoria entre el delito y la falta. No era imaginable al tiempo de promulgarse la Ley de 9 de mayo de 1950, época en la que el tránsito del delito a la falta era de 250 pesetas, siendo realmente imposible la existencia de vehículo de motor con valor inferior a aquella cifra; lo mismo cabe decir cuando se redactó por vez primera el artículo 516 bis (Ley de 8 de abril de 1967). Se pensaría que el valor de los vehículos de motor excedería siempre del tope de las faltas, con lo que su apoderamiento definitivo sería siempre delito.

Pero la diferencia es más ostensible si se considera que el Tribunal Supremo entiende que es conducta típica en el artículo 516 bis no sólo la de quien toma el vehículo de motor y le conduce, sino también la de quien tan sólo lo ha usado viajando en él sin necesidad de que haya intervenido en el acto de sustracción o apoderamiento, dado que la utilización puede ser inicial y consecutiva a la sustracción del vehículo o sobrevenida, por lo que tienen la consideración de autores todos los que vayan insertándose en el uso del vehículo como pasajeros a sabiendas de la falta de autorización del dueño (sentencias de 26 de junio de 1980 y 22 de abril y 25 de septiembre de 1986).

Pero, en confirmación de lo expuesto con carácter general, especifiquemos cada uno de los supuestos.

b) En los casos de vehículos de motor con valor superior a 30.000 pesetas la penalidad para el apoderamiento mero *animus utendi* cualificado por el tiempo puede ser mayor (arresto y multa) que el apoderamiento *animus rem sibi habendi*, en que la pena tipo es de arresto en el artículo 515.1.

c) La anomalía de que la sanción prevista para el hurto de uso supere a la del hurto propio, se acentúa en los casos en que los vehículos de motor tengan un valor inferior a 30.000 pesetas.

En el caso del artículo 516 bis, párrafo primero, si concurre el *animus* de apoderamiento definitivo, la utilización subsiguiente no tiene autonomía delictiva, con lo que la totalidad del hecho se reduciría a una falta de hurto atendido el valor del vehículo de motor. Mas si sólo concurre el *animus utendi* está completa la estructura delictiva y la pena: arresto mayor o multa.

En el supuesto del artículo 516 bis, párrafo tercero (transcurso de 24 horas sin resgatar el vehículo), el hurto de uso es castigado más gravemente que el apoderamiento definitivo, pues las penas para aquél es arresto y multa y en el otro caso es la correspondiente a una falta de hurto.

En estas dos hipótesis, lo que técnicamente tiene menos entidad antijurídica (estricta utilización de vehículo de motor) se sanciona más gravemente que lo grave (apropiación definitiva de vehículo de motor).

Precisamente, lo que da a entender la Consulta —no lo dice en forma explícita— es que los dos casos de simple *animus utendi*, el simple y el cualificado temporalmente (artículo 516 bis, párrafos primeros y tercero), cuando el vehículo de motor no excediere de 30.000 pesetas, si consideren faltas de hurto para identificarse así en la penalidad a los supuestos de ánimo inicial de sustracción.

d) Es, pues, un tema no de interpretación de normas penales, sino de *lege ferenda*. Pero que ha de convertirse, transcurriendo poco tiempo, en realidad legislativa, ya que el Proyecto de Ley Orgánica de actualización del Código penal, de tan reciente elaboración, establece en el artículo 587.1 que serán castigados con arresto menor:

«Los que cometieren hurto o utilizaren ilegítimamente un vehículo de motor ajeno, si el valor de lo sustraído o utilizado no excediere de 30.000 pesetas.»

Se justifica en la Exposición de Motivos «esta nueva falta de hurto, cuya ausencia obligaba a remitir a la esfera del delito todas las modalidades de utilización temporal».

Será así simple falta la utilización ilegítima de vehículo de motor cuyo valor no exceda de 30.000 pesetas. Sin embargo, en el texto quedan en la duda algunas cuestiones, porque el artículo 516 bis permanece con la única variante de que

la cuantía de la multa será de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. Entre otras, éstas: ¿Es también el hecho falta si la utilización excede de 24 horas? ¿El empleo de fuerza es excluyente de la falta? ¿La condena por falta conlleva la pena de privación del permiso de conducir? Parece que el artículo 587.1 sustituye sólo al artículo 516 bis, párrafo primero, cuando el valor del vehículo de motor fuere inferior a 30.000 pesetas.

LA PENALIDAD EN LOS DELITOS CONTINUADOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL

Consulta núm. 6/1988

I

El tema sometido a Consulta se centra en la posibilidad de que, concurriendo los presupuestos del artículo 69 bis del Código penal, se conviertan, en su caso, en delito continuado, las infracciones múltiples contra el patrimonio que no rebasen la cifra de 30.000 pesetas consideradas aisladamente, pero que, en su conjunto, exceden de ese tope.

Lo cuestionado no ha ofrecido dudas para la mayor parte de los componentes de la Junta de Fiscalía, que se pronunciaron en sentido afirmativo. Mas aprovechando la ocasión se hacen consideraciones sobre aspectos concretos, como la penalidad del delito continuado patrimonial de tan reciente regulación legal en nuestro ordenamiento.

II

Ordenamos el contenido de la Consulta en los siguientes términos.

1. En la jurisprudencia anterior a la reforma de 25 de junio de 1983 como el delito continuado se configuraba a modo de ficción dogmática que tendía a beneficiar al reo, si la aplicación de la continuidad empeoraba su condición, el paso de las diversas faltas a un sólo delito no se producía, con lo que eran posibles graves defraudaciones sin apenas penalidad con sólo procurar el autor no rebasar en cada momento ejecutivo el límite de las faltas. Se excluía la continuidad además siempre que se probara dónde, cómo y cuándo se perpetraron cada una de las múltiples infracciones, y si tal prueba no era posible, la aplicabilidad de la ficción dependía de si resultaba favorable al infractor. Así, en los frecuentes supuestos actuales en los que se identifican, separadas, conductas delictivas (lugar, momento, cuantía y perjudicados) era impensable la ficción continuista.

El artículo 69 bis, en lo referente a infracciones patrimoniales, modifica, sin duda, la anterior doctrina, pues en tales casos «se impondrá la pena atendiendo al perjuicio total causado».

2. Mas, a pesar de que se acepta, en contra de la conversión de la pluralidad de faltas no excedentes de 30.000 pesetas en delito, pueden aducirse algunas razones.

a) Unas se fundan en la equidad. Tradicionalmente la conversión de una falta patrimonial en delito sólo era dable para la plurirreincidencia; pero derogada tal regla (la del anterior artículo 515.4 del Código penal) en beneficio del reo, sorprende que ahora se llegue a peor conclusión. En efecto, la estructura básica de la conducta de quien realiza, por ejemplo cuatro faltas continuas contra la propiedad, que sumadas exceden de 30.000 pesetas, parece bastante menos grave que la contumacia del multirreincidente, quien incurría en una primera falta, ésta purgada, en una segunda, y, penalizada la misma, en una tercera, que ya era delito. El que «de golpe» se conviertan ahora en delito faltas tan continuas en tiempo y en espacio sin la experiencia carcelaria reinsertante que la Constitución establece, no parece equitativo.

b) Otras razones hallan su causa en la interpretación gramatical vinculada a la garantía de legalidad y a la intervención mínima.

— Al expresar el artículo 69 bis que se «impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio patrimonial total causado» —aparte la incorrección que supone confundir el *perjuicio*, objeto de responsabilidad civil, con *el valor de lo apoderado*— tipifica una infracción como delito a tenor de la imposición de la pena, pero sin hallarse predeterminados ni el tipo ni su pena.

— Otra incógnita es si la continuidad de faltas convertibles en delito constituyen uno simple, cualquiera fuese su cuantía, o además son delito continuado, ya que ontológicamente se mantienen los presupuestos de la continuidad (plan preconcebido y aprovechamiento de ocasión). Ello es importante por los efectos punitivos que prevé el artículo 69 bis. De admitirse que las faltas continuadas se conviertan en delito continuado puede llegarse a imponer pena superior en un grado si se dan las condiciones que para tal agravación establece el artículo 69 bis; así un hábil, pero piadoso delincuente, que para no perjudicar en exceso a sus víctimas degrada 20.000 pesetas a mil personas, podría recibir igual pena que el desconsiderado que obtiene esos mismos veinte millones estafando 500.000 pesetas a cuarenta personas.

La interpretación del conflictivo inciso del artículo 69 bis referido a las infracciones patrimoniales podría ser sencilla de darle igual sentido que a otras reglas penológicas discrecionales o a las mismas de los incisos que preceden y siguen. Es al menos discutible entender que el legislador ha fijado con rigor la pena exacta atendiendo a circunstancias atípicas y que ha olvidado establecer con igual claridad la conversión de falta en delito, esto es, un cambio de tipo. Por ello, se sostiene que el párrafo «se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado» sólo significa que el juzgador al imponer la sanción propinqua, dentro de sus límites discrecionales, no podrá dejar de tener en cuenta el perjuicio total. Y si se relaciona este párrafo con el precedente —que autoriza a castigar con la pena señalada para la más grave de las conjuntas en cualquiera de sus grados, pudiendo aumentarla hasta el medio de la superior— se concluye que en tan amplio arbitrio el Juez habrá de tener en cuenta forzosamente el perjuicio total patrimonial causado.

3. También existen argumentos en favor de la interpretación que convierte en delito la multiplicidad de faltas que no rebasan individualmente las 30.000 pesetas, pero sí en su conjunto.

El delito o falta continuado, en general, viene referido a las previsiones iniciales del artículo 69 bis consistente en la «ejecución de un plan preconcebido o

aprovechando idéntica ocasión», circunstancias que abarcan la realidad jurídica determinante de la continuidad. Y entre ellas están todas las infracciones contra el patrimonio. Por tanto, en las faltas contra la propiedad, si se da alguna de las citadas previsiones, es inexcusable tener en cuenta el perjuicio que se haya causado con la suma de todas las infracciones constitutivas de la continuidad. En consecuencia, sólo podrá apreciarse el concurso de faltas contra la propiedad, sin transformación en delito, en los supuestos en que no concurren ninguna de las dos previsiones iniciales del artículo 69 bis.

III

1. Conforme al derecho dado, es indiscutida tanto la existencia de faltas patrimoniales continuadas como su transformación en delito, pues para la aplicación de la continuidad delictiva tras la vigencia del artículo 69 bis del Código penal, es accesorio que beneficie o perjudique al responsable, ya que la regulación legal del delito continuado ha prescindido de las anteriores razones de benignidad o de indeterminación procesal de las distintas acciones, afirmándose en realidad en consideración al dolo unitario, a la unidad de resolución o de designio o a la culpabilidad homogénea que liga todas las acciones. Así ha podido decir el Tribunal Supremo que la figura del delito continuado no responde ya a una ficción *pietatis causa*, ni a las exigencias de política criminal y de pragmatismo procesal, sino que se considera como una realidad natural, sustancial u ontológica (sentencias, entre otras, menos recientes, de 24 de noviembre de 1983, 25 junio y 31 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1986).

Y su construcción, incluso la jurisprudencial que precedió a la reforma de 25 de junio de 1983, no se apartaba del principio de legalidad (sentencias de 31 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1986) por lo que este punto no presentaba ningún problema (sentencia de 21 de noviembre de 1987). Así lo reconoció de modo expreso la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de noviembre de 1983. Alegado por el recurrente en amparo constitucional que la aplicación por el Tribunal Supremo en sentencias de 24 de septiembre de 1982 de la doctrina del delito continuado —resultado de una pura creación jurisprudencial— vulneraba el principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución, afirma el Tribunal Constitucional que ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver cuándo —a efectos de la determinación de la pena aplicable— distintos hechos penalmente tipificados, han de ser considerados como integrantes de un hecho único subsumible dentro del mismo tipo en el que cabía incardinar cada uno de aquéllos, pero del que resulta un daño cuya magnitud le hace acreedor a una pena del mismo género, pero de distinta extensión (menos o mayor) de la que correspondería al autor si separadamente se penasen los diferentes hechos que el Juez ha integrado a efectos penales, en uno sólo. Y tras señalar el Tribunal Constitucional que no hay en esta manera de aplicar la ley lesión alguna del artículo 25.1 de la Constitución, expresa que «desde el punto de vista doctrina es polémica la elaboración y justificación teórica de la categoría, que sólo algunos autores apoyan en la noción de unidad psicológica o dolo unitario que el Tribunal Supremo emplea en su sentencia, pero ni la mayor o menor solidez de la

construcción dogmática, ni la recepción de la figura en la reciente reforma del Código penal, pueden servir como argumentos para invalidar el uso que el Juez penal hace de su libertad de criterios sin lesión del principio de legalidad».

2. Las faltas continuadas con sustantividad están explícitamente previstas en el artículo 69 bis, cuyo párrafo inicial establece los requisitos precisos, objetivos y subjetivos, del «delito o falta continuados». La conversión en delito de la pluralidad de faltas patrimoniales, tesis en la que milita la ajustada Consulta, también se obtiene de otro párrafo de aquel precepto cuando dice que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio otal causado». Y la transformación de las faltas no lo es en un delito único o simple, sino en un delito continuado, porque si hay que atender al perjuicio o valor total de lo sustraído, apropiado o defraudado, los presupuestos que conforman la continuidad son los mismos en los delitos que en las faltas patrimoniales. De ahí que el Tribunal Supremo, dando lugar a recursos haya transformado faltas en delitos continuados (sentencias de 24 de septiembre de 1982 y de 25 de junio de 1985). En esta última sentencia 99 faltas de estafa, así consideradas por el Tribunal de Instancia, cometidas mediante la utilización de una tarjeta de crédito sustraída, y cuya cuantía total ascendió a 985.977 pesetas, fueron consideradas por el Tribunal Supremo a instancias del Ministerio Fiscal recurrente, como un delito de estafa continuado de los artículos 528 y 529.7 del Código penal.

3. En el delito continuado patrimonial, como en el concurso real homogéneo y a la inversa del concurso ideal, hay pluralidad de acciones de la misma naturaleza. Pero la solución penológica a que da acogida el artículo 69 bis es distinta y autónoma. Intermedia entre las previstas para la acción única y para las múltiples. De un lado, como las conductas reiteradas representan una predisposición más grave al delito, reciben un tratamiento más riguroso que la acción única. Pero, de otro, el artículo 69 bis tiende a evitar los efectos que se atribuyen a los concursos delictivos; por excesivamente severo se rectifica el resultado de la acumulación material o aritmética de las penas en el concurso real (artículo 69) aún valorando los límites legales establecidos (artículo 70.2); y por entenderse que es benigna, se excluye la penalidad unitaria del sistema de acumulación jurídica o de exasperación, que rige para el concurso ideal (pena única agravado, artículo 71, párrafo segundo). Según su tenor, que después analizaremos particularizadamente, el artículo 69 bis es, en orden a la penalidad, una norma correctora de la acumulación matemática que preside el concurso real, e impeditiva de la acumulación jurídica del concurso ideal, pero al mismo tiempo elimina para el delito continuado patrimonial el criterio jurisprudencial anterior —basado en las cuantías exclusivamente— de estimar un solo delito en el que la pena se obtenía de la suma de apoderamientos o defraudaciones parciales.

La idea que queda apuntada no supone una novedad, pues está recogida por la jurisprudencia del Tribunal Superior. En la sentencia de 24 de noviembre de 1983 se observa, en primer lugar, que el artículo 69 bis ha rechazado en orden a la punibilidad —y con absoluto rigor jurídico— el criterio de la acumulación material de penas que incluso con las restricciones derivadas de la acumulación jurídica —el tripo de la más grave— contempla acciones delictivas plurales que en la construcción del delito continuado suponen simplemente la ejecución parcial de un plan preconcebido y, consecuentemente, un solo delito; y también se ha separado de aplicar la sanción correspondiente al delito único en función del total

perjuicio, porque abandonado el sistema escalonado de las cuantías la pena no pasaría normalmente del grado máximo. En la sentencia a que nos estamos refiriendo se dice después que «la regla penológica del artículo 69 bis supone una solución intermedia entre la establecida para el delito único y la correspondiente a pluralidad de acciones singulares por acumulación material o jurídica de la pena, buscando una más justa retribución penal, porque el delito continuado debe merecer una más grave reprobación que la acción delictiva única y de menor gravedad que el curso real de delitos, por cuanto aquél responde a un dolo único y esta última figura concursal a un dolo repetido». En el mismo sentido, incluso en su literalidad, la sentencia de 26 de enero de 1988.

4. Concretemos algo más en materia de penalidad. La pena, en el delito continuado patrimonial, se halla en función exclusiva de datos cuantitativos, por cuanto el artículo 69 bis dispone que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado». No se atiende aquí, como ocurre en los delitos continuados no patrimoniales, a la pena señalada para la infracción más grave. Sin embargo, las reglas dadas para estos últimos con el fin de determinar la pena, y que están contempladas en el párrafo del artículo 69 bis que precede al que se ocupa de las infracciones patrimoniales, son aplicables también a los delitos continuados de esta naturaleza. Y, en particular, tanto la que expresa que se impondrá la pena procedente «en cualquiera de sus grados», como la que declara que aquella «podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior». Interpretación ésta acogida por el Tribunal Supremo. En la sentencia de 24 de noviembre de 1983, los hechos se habían configurado en instancia como siete delitos de robo con fuerza en casa habitada, pero el Tribunal Supremo entendió que constituían un delito continuado por cuantía de 669.000 pesetas imponiendo la pena de siete años de prisión mayor en virtud del uso de la facultad discrecional de ascender a la superior en grado; expresándose al efecto que la solución adoptada arranca de la pena señalada —en cualquiera de sus grados— teniendo en cuenta el perjuicio total causado que otorga al Tribunal de Instancia la facultad de elevarla hasta el grado medio de la pena superior». En la misma dirección la sentencia de 26 de enero de 1988 dice que las reglas sobre imposición de penas del artículo 69 bis son aplicables a todos los delitos continuados, y sobre la base de atender a la totalidad del perjuicio causado para el cálculo inicial de la pena, permiten aplicar la pena correspondiente en cualquiera de sus grados, pudiendo ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior, con lo que la cuantía del perjuicio en las infracciones contra el patrimonio viene a sumarse con carácter especial al sistema general que le antecede, complementándose ambos. También la sentencia de 10 de mayo de 1985 había declarado que, en el orden penológico, el artículo 69 bis se refiere a toda clase de delitos continuados.

5. Directamente y de modo expreso, el artículo 69 bis no establece una concreta penalidad para el delito continuado patrimonial. No se dice de qué pena ha de partirse para imponerla «en cualquiera de sus grados», ni por consiguiente cuál es la pena superior. Si conocemos el índice a ponderar para obtener la pena: el perjuicio total causado con la pluralidad de acciones continuadas. Así el término perjuicio que emplea el artículo 69 bis se equipara con el valor total del objeto de la acción delictiva, y a la vista de lo que dispone aquella norma, las penas de arresto mayor en cualquiera de sus grados y de prisión menor hasta el medio.

son las componentes, en circunstancias normales, del área punitiva del delito continuado patrimonial. Y, con carácter obligatorio, prisión menor en toda su extensión, la del delito continuado masa, pues cuando el hecho revistiera notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas, la pena es la superior en grado a la pena base.

Pero si la totalidad de lo apropiado, sustraído o defraudado, revistiere señalada importancia o gravedad, será necesario acudir a normas específicas que actúan como subtipos agravados. Esto sucede cuando la continuidad delictiva se manifiesta en cualquiera de los siguientes delitos contra el patrimonio.

— En los artículos 505, párrafo segundo, y 506.8: si el hecho reviste especial gravedad atendido el valor de los efectos robados, la pena que proceda lo será en el grado máximo.

— En los artículos 512.2 y 3 y 516.3: si el hecho reviste especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, se impondrá la pena en el grado máximo, y si la gravedad es muy cualificada la pena es de prisión menor.

— En los artículos 528, párrafos segundo y tercero, y 5129 en relación con el 535. Si concurre algunas de las circunstancias del artículo 529, la pena ha de imponerse en el grado máximo. Entre ellas está la 7.^a: revestir especial gravedad atendido el valor de la defraudación; y si esta especial gravedad es muy cualificada, procede imponer la pena superior en grado. Si a tenor del artículo 69 bis que toma en cuenta «el perjuicio total causado» puede llegarse hasta la pena inmediatamente superior en el grado medio, y por aplicación del artículo 529.7 que tiene en cuenta «el valor de la defraudación» ha de llegarse a la pena superior en grado en toda su extensión, es esta última la que debe aplicarse por ser norma especial que desplaza a la general (sentencias de 13 y 25 de junio de 1985 y 25 de julio de 1987).

Lo que antecede, por lo que respecta al delito continuado patrimonial simple. Las reglas penológicas para el delito continuado masa patrimonial del último inciso del párrafo primero del artículo 69 bis son distintas. Para todos ellos, necesariamente, ha de imponerse la pena superior en grado (prisión menor) en toda su extensión, y los presupuestos que la condicionan son la generalidad de perjudicados y la notoria gravedad del hecho. Mas adentro de éstos exige una excepción: cuando el delito continuado masa se tipifique como estafa o apropiación indebida puede llegarse hasta prisión mayor si concurren conjuntamente las circunstancias 7.^a y 8.^a del artículo 529, que no se diferencian sustancialmente de las que relaciona el artículo 69 bis en el último inciso de su primer párrafo. Dada esta coincidencia, es inaplicable la penalidad que para el delito continuado masa patrimonial prevé el artículo 69 bis, sino que se aplicará, en cuanto ley especial, la que se deriva del juego de los artículos 528, segundo párrafo, inciso segundo, y 529.7 y 8. Esto en la pena procedente será la de prisión mayor y no prisión menor. Esta es la tesis mantenida ya en la sentencia de 10 de mayo de 1985. La Audiencia Provincial había condenado por delito de estafa continuado especialmente cualificado por la notoria gravedad de la defraudación (más de 4.300.000 pesetas) y por la pluralidad de perjudicados, imponiendo en aplicación del artículo 69 bis la pena de prisión menor en su grado medio. El Ministerio Fiscal fundó su recurso en la indebida aplicación del artículo 69 bis y la inaplicación del artículo 528, párrafo segundo, en relación con las circunstancias 7 y 8 del artículo 529. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso entendiéndolo que resulta aplicable el

tipo de estafa agravado del artículo 529.7 y 8, como más específico que el artículo 69 bis. Las razones de este criterio fueron las siguientes. Que el artículo 69 bis está situado en la parte general del Código penal y en ella se encuentran contenidas figuras generales y normas genéricas para aplicar las distintas penas, mientras que los artículos 528 y 529, lo están en la parte especial en donde se tipifican distintas especies penales; colocación que revela el propósito del legislador de considerar el artículo 69 bis como norma general aplicable a todos los delitos y a los artículos 528-529 como preceptos de aplicación específica al delito de estafa en lo que se refiere a su definición, circunstancias y penalidad. Que el artículo 69 bis se refiere a toda clase de delitos y también a los patrimoniales, pero los artículos 528-529 reglamentan una variedad como es la estafa. Por último y si así no fuere y por insuficiencia de los principios de generalidad y especialidad, habría que acudir a la regla del artículo 68, que otorga la preferencia entre dos normas en conflicto a la que señale la pena de mayor gravedad y ésta es la prevista en los artículos 528-529.

La sentencia de 10 de febrero de 1987, a propósito de un delito de apropiación indebida, insiste en que la posible antinomia entre el artículo 69 bis y el artículo 528 en relación con el 529.7 y 8, debe resolverse en favor de la aplicación de estos últimos en cuanto a penalidad, toda vez que el juego de estos preceptos eleva la pena a la de prisión mayor, más grave que la que hubiera podido imponerse de seguir la tesis del artículo 69 bis.

6. Por último, y en resumen, se consideran válidas las siguientes conclusiones:

a) Si el delito continuado, lo mismo que su modalidad agravada del delito masa o con sujeto pasivo masa, construcciones ambas de la doctrina y la jurisprudencia, se hallaban en los límites del principio de legalidad cuando transformaban en delito la multiplicidad de acciones constitutivas de faltas, tras la vigencia del artículo 69 bis, que expresamente los regula, en todo caso estas figuras jurídicas se acomodan íntegramente a aquel precepto.

b) Su existencia no es posible fundarla ya en una ficción a la que puedan contribuir la indeterminación de las acciones, motivaciones *pietatis causa* o razones de pragmatismo procesal, sino que se trata de una realidad natural y sustantiva en consideración a la culpabilidad homogénea que liga a las diversas acciones, ya lo sea a través de un dolo conjunto (unidad de plan o plan preconcebido) o de un dolo continuado (aprovechamiento de idéntica ocasión o unidad de motivación).

c) La pluralidad de acciones homogéneas constitutivas, aisladamente consideradas, de faltas patrimoniales, se convierten en delito continuado siempre que, en su conjunto, excedan del *quantum* delictivo y sean consecuencia de un plan preconcebido o del aprovechamiento de idéntica ocasión.

d) Es posible también la transformación de tales faltas en delito continuado masa, si el hecho, aparte de revestir notoria gravedad, hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

e) Las penas correspondientes al delito continuado patrimonial, en función siempre del perjuicio total o valor asignado al objeto de la acción, serán impuestas en cualquiera de sus grados, pero pudiendo aumentarse hasta el grado medio de la pena superior.

f) En determinados delitos continuados patrimoniales cuando el hecho revistiere especial gravedad atendido el perjuicio causado, la pena se impone, de modo

necesario, en el grado máximo (artículos 505, párrafo segundo; 50.8; 515.2; 516.3; 528, párrafo tercero, y 529.7).

g) En general, en todos los delitos continuados masa de naturaleza patrimonial la penalidad se sitúa obligadamente en la pena superior en grado a la básica. Pero tratándose de un delito continuado masa cuyos elementos se hallen en esquemas descriptivos reconducibles a dos concretas disposiciones (así artículos 69 bis y 529.7 y 8) como una sola de ellas ha de sancionar el total valor ofensivo del hecho, conforme a la teoría del concurso aparente de normas deberán prevalecer las ordenadores de la pena para el delito de estafa, ya en virtud del principio de especialidad (*genus per speciem derogat*) o del de la alternatividad excluyente (el delito que establezca mayor pena excluye la aplicación de los demás que puedan concurrir).

**INSTRUCCION DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
EN RELACION CON LAS PERSONAS PORTADORAS DE DROGAS
EN CAVIDADES NATURALES DEL CUERPO**

12 de diciembre de 1988

I. INTRODUCCION

En los últimos años los Juzgados de Algeciras y Ceuta han condenado, como autoras de un delito de desobediencia, a las personas que se negaron a un reconocimiento radiológico y/o médico, cuando en la Aduana y, en alguna ocasión, en el propio Juzgado, fueron requeridas para ello por suponerseles portadoras de hachís en su propio cuerpo, generalmente en los genitales (mujeres) o en recto (hombres).

Al conocer la apelación la Audiencia de Cádiz ha rectificado por completo ese criterio, absolviendo a las así condenadas (todas eran mujeres en los seis casos que conocemos) basándose, por una parte, en los artículos 15, 18 y 43 de la Constitución, y, por otra, en la ausencia de normativa específica sobre esta materia a diferencia de lo que ocurre —dice la Audiencia— con la Ley Orgánica 7/84, de 15 de octubre, sobre comunicaciones telefónicas.

Así resulta de seis sentencias, dictadas entre abril y junio de este año, que han sido remitidas a esta Fiscalía por el Fiscal Jefe de Cádiz —dos de ellas, también, por la Guardia Civil, tanto por conducto del Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, como directamente por el Coronel Jefe del Servicio Fiscal—, expresando todos su preocupación por los negativos efectos que dichas sentencias, por razones obvias, podrían producir en la diaria lucha contra el tráfico ilegal de drogas, no sólo en la provincia de Cádiz, sino en todo el Estado, principalmente en los grandes aeropuertos como los de Madrid y Barcelona.

Obligado resulta, por todo ello, un análisis de las sentencias desde el punto de vista constitucional y aconsejable una breve reflexión sobre la estrategia procesal a seguir con criterio unificado por el Ministerio Fiscal y, en su caso, sobre las instrucciones a impartir a la Policía Judicial.

II. ANALISIS DE LAS SENTENCIAS DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

1. *Un reconocimiento médico y/o radiológico no vulnera el derecho a la salud de la persona proclamado en el artículo 43 de la Constitución*

El derecho a la salud reconocido en el artículo 43.1 de la Constitución no es un derecho fundamental (artículo 53.2 de la misma). En todo caso y por lo que ahora importa, el Tribunal Constitucional ha precisado que para que pueda invocarse un hipotético peligro para la salud hay que probar adecuadamente su existencia, evidenciando la relación entre las medidas a adoptar —el «reconocimiento», en este caso— y las consecuencias de ellas derivadas que, por supuestamente nocivas, habría que evitar (en este sentido, aunque en asunto distinto, Fundamento Jurídico 2 del auto del Tribunal Constitucional 868/86, de 29 de octubre, aplicable «mutatis mutandis» al caso cuestionado).

Nada más lógico que la relación causa a efecto se acredite suficientemente. La Audiencia de Cádiz, sin embargo; nada aduce en concreto, ni siquiera en la sentencia de 29 de abril de 1988 —Rollo 164/87 de la Sección 2.^a— en la que, de modo expreso, se invoca como fundamento el citado artículo 43 de la Norma Suprema, seguramente por reconocer, en el fondo, que en el estado actual de la ciencia médica y practicado de acuerdo con la *lex artis* el «reconocimiento» será inocuo por regla general, aunque no se deba practicar, obviamente, en el caso concreto que resulte contraindicado o desaconsejable por cualquier circunstancia (enfermedad previa, embarazo, etc.). Muy significativo es, a este respecto, que la Sección 2.^a, que es la que utiliza el argumento, lo abandona después en sus otras tres sentencias sobre el tema, en las que ya no menciona para nada el artículo 43 de la Constitución.

Para concluir este punto, no parece ocioso añadir que si no se realiza el «reconocimiento cuando proceda y la droga que se sospecha oculta en el cuerpo puede destinarse, finalmente, al tráfico ilícito, al impedirse su descubrimiento, se produciría el riesgo para la salud pública y el bien común en que la misma consiste «que se refleja en definitiva —por decirlo con palabras de la sentencia constitucional 62/83, de 11 de julio, Fundamento jurídico 2 b)— en la salud personal de los ciudadanos...»

El derecho a la salud individual del que se somete a un reconocimiento no es, por tanto, el que está en juego en el caso examinado, sino el de la salud de todos. La preocupación de que aquella resulte afectada no se verifica en absoluto ni, en modo alguno, la violación del artículo 43.1 de la Constitución.

2. *Un reconocimiento médico y/o radiológico no es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución*

Es doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asumida por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 65/86, de 22 de mayo, que lo «inhumano» implica un nivel de especial intensidad y que sólo puede calificarse de «degradante», lo que produce una singular humillación y envilecimiento.

«Tales consideraciones —dice la sentencia constitucional citada en el Fundamento jurídico 4— fueron claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer) al interpretar el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del artículo 15 de la Constitución, que coincide literalmente con aquél...»

El supuesto cuestionado en el caso Tyrer —luego reiterado en el caso «Campbell y Cosans», sentencia de 25 de febrero de 1982— era el de los castigos corporales a escolares, resolviendo el Tribunal Europeo que violaban el artículo 3 del Convenio no por inhumanos, pero sí por degradantes, pues se trataba a la persona así castigada como si fuera un objeto en manos del poder público, lo que afectaba a su dignidad.

Muy distinto es nuestro caso. *La inocuidad —ya subrayada—, la naturalidad y generalidad con que este tipo de reconocimientos se realizan a diario en la sociedad actual aleja, absolutamente, cualquier posibilidad razonable de poderles atribuir el desvalor normativo-cultural de lo que envilece o humilla, siempre, por supuesto, innecesario es decirlo, que se extreme al máximo el respeto debido a la persona reconocida, y que el reconocimiento se realice en circunstancias que siempre dejen a salvo su dignidad, que es, en el sentido del artículo 10 de la Constitución, el fundamento de los llamados «derechos de la personalidad», a los que pertenece el que ahora analizamos.*

Así lo entendió en su día la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado al sostener que el examen radiológico era un reconocimiento pericial previsto en el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no atentaba a la dignidad de la persona. Su dictamen —a petición de la Comisaría General de Policía Judicial— es de 30 de abril de 1981 y versaba sobre el mismo problema que ahora se estudia. Por su interés se reproduce literalmente. Dice así:

«Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado, el escrito de esa Comisaría General de 20 de febrero del corriente año, en el que consulta sobre la posibilidad legal de que, ante la frecuencia con que personas portadoras de drogas estupefacientes, ocultan las mismas en cavidades naturales del cuerpo, sean examinadas radiológicamente.»

«No hay disposición legal alguna en nuestro ordenamiento que prohíba el mencionado examen radiológico siempre que el mismo sea realizado por facultativos con titulación suficiente, ya que dicho examen no atenta a la dignidad de la persona y es una de las operaciones que forman parte del reconocimiento pericial a que pueden ser sometidas las personas, como autoriza el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconocimiento pericial éste que puede ordenarse, según el artículo 339 del mencionado cuerpo legal, en caso de desaparición del cuerpo del delito; siendo por otra parte obligación de la Policía Judicial practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobar los delitos, descubrir a los delincuentes y recoger los instrumentos y efectos del delito, según establece el artículo 282 de dicha Ley.»

Lo que se dice en el dictamen sobre la naturaleza pericial del examen radiológico —y, por extensión, del reconocimiento médico— ha sido ratificado poste-

riormente por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre intervención tan parecida, aunque no sea igual, como la del control de alcoholemia, al que ha calificado de «una modalidad especial de pericia» o «la verificación de una pericia técnica de resultado incierto», no equiparable a una «declaración» comprendida en el ámbito de los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución, que no requiere, por ello, las garantías establecidas en el primero de dichos preceptos. (Entre otras las sentencias 103 y 107 de 1985; en ambas, Fundamento jurídico 3.)

También ha declarado el Tribunal Constitucional que el análisis de sangre, en la alcoholemia, no constituye una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución (sentencia 103/85, de 3 de octubre, Fundamento jurídico 3, que recuerda decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos) lo que conduce con naturalidad a la conclusión de que tampoco es una injerencia prohibida por dicho artículo 15 al examen radiológico y/o médico de nuestro caso, porque la *ratio* es la misma.

La cuestión sería diferente si en vez de un simple reconocimiento se tratara de «experimentos médicos o científicos», interdictados por el artículo 7 del Pacto de Nueva York (equivalente al artículo 3 del Convenio de Roma y al artículo 15 de nuestra Superley) a no ser que medie el libre consentimiento del interesado.

3. *Un reconocimiento médico y/o radiológico realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución*

El contenido de la intimidad, como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, no siempre es fácil de acotar con nitidez. La doctrina más moderna lo suele reconducir al ámbito del artículo 15 de la Constitución, ya examinado, cuando se trata de intromisiones de carácter corporal, como sucede en el supuesto contemplado.

Aun admitiendo, con la Audiencia de Cádiz, que un reconocimiento corporal pudiera constituir una intromisión del derecho a la intimidad personal, no sería arbitraria, sino justificada, para preservar otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Ningún derecho fundamental es ilimitado, como tempranamente declaró la sentencia constitucional 11/81, de 8 de abril. Entre muchos, se han referido a los límites del artículo 18.1 de la Constitución, pese al silencio de éste, los autos constitucionales 466, 642 y 982 de 1986; en el 257/185, de 17 de julio, se señaló específicamente, como límite al derecho a la intimidad, las exigencias derivadas de la acción de la justicia.

Estos límites, por lo demás, están previstos en tratados internacionales suscritos por España. El artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos —como muy pertinentemente recuerda una de las sentencias comentadas—, no sólo han de tenerse en cuenta para la interpretación de los derechos fundamentales, sino que forman parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución. Ambos son equivalentes a nuestro artículo 18.1, al que completan e integran.

El primero de ellos (artículo 8 del Convenio de Roma), permite en su párrafo segundo la injerencia legítima de la autoridad pública en el derecho a la intimidad

cuando «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para... (entre otros fines) la prevención del delito (y) la protección de la salud...»

El segundo (artículo 17 del Pacto de Nueva York), sólo prohíbe en su párrafo primero las injerencias en el derecho a la intimidad que sean «arbitrarias o ilegales».

En esa línea se inscribe la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, que expresamente reconoce en su Exposición de Motivos «que los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse ilimitados», pues los imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen determinadas entradas en el ámbito de la intimidad.

Promulgada esta Ley Orgánica no puede admitirse, como sostiene la Audiencia de Cádiz, que exista en la materia una laguna normativa, pues inequívocamente dice en el Preámbulo lo que su finalidad es el desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución y sí se sigue, con evidente claridad y coherencia, de todo su articulado y especialmente, por lo que ahora importa, del artículo 8.1 que establece «que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley». En este sentido, por todas, la sentencia constitucional 110/84, de 26 de noviembre, que puntualiza, en el Fundamento jurídico 8, que sólo podrán autorizarse dichas intromisiones «por imperativos de interés público», como indudablemente lo es, en el caso planteado, la prevención de un delito grave (artículo 344 y concordantes del Código penal) para preservar, defender y tutelar la salud pública, en cumplimiento de un mandato constitucional (artículo 43.2 de la Constitución).

Cuestión distinta, que no puede tener el alcance que le atribuye la Audiencia de Cádiz, es que la Ley Orgánica 1/82 excluya de su marco aquellas intromisiones que constituyan delito, pues su sede natural, como es lógico y establece el artículo 1.2 de la ley, es el Código penal, cualesquiera que sean, en este momento, las imperfecciones o insuficiencias de éste. Por ello, es superflua, a nuestro juicio, la referencia de las sentencias que glosamos a la Ley Orgánica 7/84 que tipifica penalmente, como es sabido, las «escuchas telefónicas», incluyendo determinados artículos en el Código penal, puesto que la Ley Orgánica 1/82, aunque regula específicamente la protección civil del derecho a la intimidad, es de aplicación analógica a otras actuaciones como el Tribunal Constitucional en el auto 257/85, de 17 de julio, antes citado.

III. CONCLUSIONES

Primera.—La resolución de un Juez de Instrucción que ordene motivadamente un reconocimiento, como el que es objeto de este informe, con la finalidad de prevenir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable, pues reúne, para serlo, los dos requisitos exigibles de legalidad y necesidad. Desde un punto de vista formal, goza de suficiente cobertura habilitante al estar *prevista en la ley* (artículos 8.1 de la Ley Orgánica 1/82 y 339 y 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y haber sido acordada *por autoridad competente* (artículos 117.3 de la Constitución, 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 10 —y concordantes— de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Materialmente, es necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, como exi-

gencia derivada de la acción de la justicia, encaminada a la obtención de las pruebas necesarias para la averiguación del delito y sus circunstancias.

Segunda.—*Es inaceptable la tesis de la Sección 3.ª de la Audiencia de Cádiz de que nadie, ni siquiera el Juez, puede ordenar dicho reconocimiento en ningún caso.*

Tercera.—Una orden judicial, como la descrita en la conclusión primera, contiene un mandato que debe ser acatado (artículo 118 de la Constitución). La negativa injustificada de la persona así requerida a ese mandato constituye, en línea de principio (como parece admitir la Sección 2.ª de la Audiencia de Cádiz) el núcleo de un delito de desobediencia, lo que aconseja, a nuestro juicio —si hay apelaciones pendientes o en las que, todavía, pudieran eventualmente sustanciarse— que por la Fiscalía de Cádiz se mantenga la misma postura que hasta ahora, coincidente con la de los Juzgados cuyas sentencias han sido revocadas, siendo muy conveniente que la cuestión controvertida se replanteara en proceso que permita el recurso de casación, para que el Tribunal Supremo estableciera doctrina sobre la misma, lo que es más aconsejable, si cabe, por la evidente discrepancia entre dos Secciones de la misma Audiencia.

IV. ACTUACION DE LA POLICIA JUDICIAL

De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta en el cuerpo de este informe y con las conclusiones que preceden, esta Fiscalía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 bis 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, impartirá instrucciones concretas a la Policía Judicial sobre criterios de actuación a seguir en supuestos como el planteado.