

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 1/1989, de 8 de marzo, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

Referencia: FIS-C-1989-00001

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 2º del art. 2º de la Ley Orgánica 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 art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y, consiguientemente, también la paralela del art. 3.1 de la Ley 3/1967, 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 en un juicio justo.

Las anteriores reflexiones son algo que no deben perder de vista los señores Fiscales, pues constituye un estimable elemento auxiliar para interpretar las normas de la Reforma de acuerdo con su espíritu y finalidad, como quiere el art. 3º, 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 de, proceso penal. Sean ejemplo de ello la interdicción contenida en el art. 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 de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado; y la facultad concedida a la defensa, en el art. 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 respeto 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 carácter 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 (art. 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 (art. 785 párrafo 1º), 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

Ámbito del procedimiento

Desaparecen en la nueva redacción del art. 779 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 la duración de las penas referidas habrá que estar a la escala general del art. 27 del Código Penal, al Capítulo III, del Título III del Libro II y a la tabla demostrativa del art. 78, fundamentalmente.

Aquella norma general, sin embargo, habrá que conjugarla con la establecida en el art. 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 art. 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 arts. 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 y prisión menor.

Privativas de derechos: Privación del permiso de conducir de tres meses y un día a 10 años. Privación de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla por un plazo de dos a cinco años (art. 42.1 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.

Caución, en iguales términos (en cuanto es pena de distinta naturaleza, cuya duración debe mantenerse por un tiempo que no puede exceder de seis años, conforme al párrafo 10 del art. 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 (art. 34 C.P.), esto es, duración indefinida.

Restrictiva de derechos: Inhabilitación absoluta y especial. Extrañamiento. Confinamiento.

A) 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 de 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 arts. 802.3º y 803.2º 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 art. 42.1 de la Ley de Caza), pero tal conclusión debe rechazarse, pues el art. 42, párrafo 3º del C.P. 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 art. 14.3º 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 aquella 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 art. 344 CP 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 esta 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 función 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 1º. del art. 69 bis; los párrafos 2º y 3º del art. 344; o el supuesto de estafa en que concurren las circunstancias 1ª o 7ª del art. 529 con la 8ª). 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 arts. 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 art. 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 art. 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. art. 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 art. 14.4º 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 (art. 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 art. 14.3º queda sometido su enjuiciamiento. De otra parte, la sumisión de las faltas incidentales al proceso abreviado por delito no altera las normas sustantivas 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 arts. 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 art. 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 (art. 782, regla primera), 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 art. 782 de la cita del art. 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 de 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.

B) *La subsistencia de otras competencias concurrentes*

El carácter genérico del art. 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 L.O. 7/1988, en su disposición derogatoria, deja sin vigor expresamente no sólo la L.O. 10/1980, de enjuiciamiento oral de delitos menos graves y flagrantes, sino también los arts. 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 art. 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 art. 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.

Esta doctrina debe aplicarse tanto al Decreto Ley 3/1979 de Protección de la Seguridad Ciudadana, cuyo art. 3º debe entenderse derogado, en lo que no lo había sido ya por leyes posteriores como a la regla 3ª del art. 2º de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales que han quedado sin contenido; y a lo previsto en el art. 1º de la L.O. 41/1988, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que había incluido en el desaparecido art. 779 los delitos a que se refiere el art. 384 bis (los cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes), que ha quedado derogada con el artículo de que formaba parte.

En cuanto a los aforamientos personales, éstos hacen referencia al órgano enjuiciador más que al procedimiento a seguir. La Reforma -más que la procesal, la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, desarrollada por la de Planta- puede afectar sin embargo a ciertos fueros, planteando dudas no fáciles de resolver. Tal ocurre con el fuero de los Cuerpos de Seguridad (art. 8º L.O. 2/1986 de 13 de marzo), pues en materia de faltas serán juzgados, al igual que los demás ciudadanos, por los Jueces de Instrucción, con lo que el fuero queda limitado a las faltas que serían competencia de los Jueces de Paz, aunque en materia de delitos deberán serlo necesariamente por las Audiencias Provinciales, a las que, según aquel art. 8º corresponde «seguir la instrucción, ordenar, en su caso, el procesamiento y dictar el fallo que corresponda».

Este último punto puede verse afectado por ciertas insuficiencias técnicas de la L.O. 7/1988. En efecto, en su art. 1º, 6, modifica el art. 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo las competencias de las Audiencias Provinciales, sin contemplar entre ellas el enjuiciamiento especial de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ni prever, como se hace para los arts. 57 (competencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) y 73 (competencia de los Tribunales Superiores de Justicia), la regla a seguir en los casos en la que la instrucción y fallo corresponde a un mismo Tribunal, para no vulnerar el principio de separación de órganos de la instrucción y el enjuiciamiento. Ello podría dar pie para entender que con tal silencio se ha querido privar de su privilegio a tales aforados, remitiendo el conocimiento de los delitos por ellos cometidos a las reglas comunes.

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 art. 82 de la LOPJ tampoco contenía en su primitiva redacción tal competencia, lo que no impidió que la L.O. 2/1980 se la otorgase a las Audiencias Provinciales y aquella redacción se conserva, limitándose sólo la reforma a introducir en el párrafo 1º la mención, necesaria ahora, de los Juzgados de lo Penal; y por último, no parece que haya en la actual redacción del art. 82 incompatibilidad con el art. 8º 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 art. 8º de la L.O. 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 intervención 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 art. 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 art. 3º del Estatuto Orgánico sean los propios preceptos generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o lo específico del Título en que dicho art. 781 se inscriben. Sin embargo, aparte el valor de excitación especial del celo del Ministerio Fiscal que ese recordatorio reiterativo de sus obligaciones representa, si han de subrayarse la introducción de funciones nuevas e interpretar cómo han de ser ejercidas.

Podríamos hacer la siguiente disección del contenido del art. 781:

El Fiscal deberá:

1. Constituirse en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil.
2. Velar por el respeto de las garantías procesales del imputado.
3. Velar por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.
4. De manera especial impulsar y simplificar la tramitación del procedimiento.
5. Dar instrucciones generales o particulares a la Policía Judicial para el más eficaz cumplimiento de sus funciones.
6. Aportar los medios de prueba de que dispone o solicitar del Juez de Instrucción la práctica de los mismos.
7. Instar del Juez la adopción de las medidas cautelares procedentes o el levantamiento de las innecesarias.

8. 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.

A) *La función de impulsión y, simplificación de 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 Sres. 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 (art. 781, último inciso, art. 789.2, 4 y 5; art. 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 esta por debajo de las necesidades actuales 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 Sres. 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 el 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 sobre-esfuerzo que ahora se pide a sus miembros y que no pasa desapercibido para quien en estos momentos tiene la máxima responsabilidad de su dirección.

B) *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 art. 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 (art. 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 (art. 789.5 Quinta).

C) 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: 1º, 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 (art. 10.1); 2º, 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 art. 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 Sres. Fiscales, pues implica un notable cambio en los modos de actuación del Ministerio Público, que por imperativo de la obligación impuesta en el art. 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 pre-procesal, 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 le 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 art. 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 porqué 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 de 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 5ª, del 789.5 produce, en definitiva, tan sólo dos efectos: 1º) Excluir en el ámbito del procedimiento abreviado y a los efectos de la anticipación del juicio, la regla general del art. 406, párrafo 1º, 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. 2º) Permitir el enjuiciamiento inmediato e incluso el pronunciamiento de la sentencia en el acto de ese juicio y oralmente, según los términos de art. 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 art. 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 art. 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, art. 791.3), podrá manifestarse en tres momentos:

1.º Conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal (art. 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 (art. 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 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 legalmente apreciar). La sensibilidad y habilidad de los Sres. 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 (art. 793.3, párrafo 1º 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 art. 793.3, párrafo 1º. 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 art. 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 considere 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 (art. 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 estiman 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 art. 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 al de poder acordar el Tribunal la continuación del juicio si estimase que la pena pedida no era la procedente según la calificación (facultad esta, 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 art. 655 puede resultar chocante, es evidente que debe prevalecer la especialidad del procedimiento y en él, tanto de la omisión en el art. 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 art. 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 efecto 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 art. 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 (art. 791.3). Pero, de un lado, tampoco la 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 art. 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 conformidad, 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 concretó 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 principal 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 5ª del art. 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 (arts. 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 (arts. 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 art. 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 art. 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 arts. 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 arts. 700 y 695.

4.º Si el acusado se conformara con el escrito de acusación en el acto de iniciación del juicio oral (art. 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 art. 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 art. 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 *facta confessio* establecida en el art. 700, párrafos 2º a 4º, 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 investigación por el Fiscal

La fase de investigación pre-procesal y, por ello, extrajudicial, aparece atribuida en la reforma a la Policía Judicial (art. 786) y al Ministerio Fiscal, ya por sí mismo, ya delegando en aquélla las diligencias a practicar (art. 785 bis). Conviene, sin embargo, recordar que el art. 20 del R.D. 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 este 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 art. 781 de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 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.

A) 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 art. 4º.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 prioridades dentro de la actividad policial investigadora; coordinación con otras Policías, etcétera.

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 autonómica.

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:

1º 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 pre-procesal, 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 art. 20 del Real Decreto 769/1987.

2º 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.

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

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

5º 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 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 art. 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 1ª del antiguo término «ordenarán» por el de «requerirán», más apropiado para señalar las relaciones de la Policía con los facultativos; y precisar en la regla 3ª 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 el art. 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 aquella imparta.

B) *La investigación del Fiscal*

El otro medio de desarrollo de la investigación pre-procesal, 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 pre-procesal 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 incardina 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 pre-procesal del Fiscal, pero truncada 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 (art. 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» (art. 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 art. 448 de la LECr) 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, como 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 art. 7º de nuestro Estatuto Orgánico, acopiando todos los elementos del juicio, tanto los que perjudicaran al acusado como los que le favorecieran. Y aunque evidentemente esa obligación de imparcialidad debe presidir la investigación pre-procesal que aquel 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 art. 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 momentos el Ministerio Fiscal dispone de dos fuentes reguladoras de su actividad investigadora: el art. 5 del Estatuto y el art. 785 bis de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal. La cuestión es si se trata de una misma clase de investigación, en la que el art. 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 art. 5 ha sido derogado tácitamente (ya que no hay en la Ley Orgánica 7/88 una derogación expresa de tal precepto) por el art. 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 no se da entre el art. 5 del Estatuto y el art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la incompatibilidad que para las derogaciones tácitas exige el art. 2º.2 del Código Civil, sino que, por el contrario, cada uno de esos preceptos tiene un ámbito propio específico. En efecto, mientras el art. 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 art. 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 art. 5 sólo cuando reciba denuncias (aunque, por supuesto, también atestados, en cuanto a efectos legales se consideran denuncias, conforme al art. 297 LECr; 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 art. 785 bis le concede la facultad de hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la LECr para la citación judicial-; y al efecto de las diligencias practicadas bajo su dirección, que según el art. 5º tienen presunción de autenticidad, punto éste que silencia el art. 785 bis.

Aceptada la compatibilidad 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 art. 785 bis completa el art. 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, debe ser su modo de actuación y a nada conduciría el tratar de considerar las investigaciones del art. 5 y las del art. 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 inmediatez 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 Policía Judicial de dependencia directa de las Fiscalías, como exigiría un desarrollo congruente del art. 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 art. 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 art. 5 del Estatuto o al 785 bis de la LECr inicien, 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 diligencia. 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 delito y aún 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 pre-procesal un instrumento útil para depurar la realidad 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 sospechas 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 art. 785 bis a la presentación de atestados, en cuanto el art. 789 dispone que la Policía Judicial hará entrega de los atestados al Juez competente. Sin embargo, el art. 785 bis es congruente con la normativa policial, en especial el art. 4º 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 a través de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial». Y desde luego la Policía Judicial deberá entregar al Fiscal los atestados y diligencia que instruya a su instancia, sea por habérselas ordenado aquél en virtud de la facultad que le concede el número Cuatro del art. 4º del Estatuto, sea por serles encomendada su ejecución por delegación en el curso de una investigación por el Fiscal, va 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 art. 785 bis («aquellas diligencias que estime procedentes»), 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:

1º No puede acordar ninguna diligencia o medida que suponga limitación o restricción de derecho, salvo la detención. Esta será por supuesto la prevista para cualquier tipo de autoridad no judicial en el art. 17.2 de la Constitución y deberá observarse el plazo de setenta y dos horas en aquél establecido, dentro del que deberá procederse a la liberación del detenido o a ponerlo a disposición judicial. El plazo de setenta y dos horas es único, de modo que si ha

existido una previa detención policial, la duración de ésta deberá tenerse en cuenta, junta con el período de detención por orden del Fiscal, para el cómputo de tal plazo.

Cuando se trate de diligencias a 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 realizarla 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 por propia autoridad (art. 553 de la LECr, por ejemplo), acudir a la Policía Judicial interesándole su ejecución.

2º 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 art. 785 bis.3 que impone a las 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 pre-procesal 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 acudir 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:

1º La adopción de la prisión provisional (art. 17.2º de la CE), con o sin fianza.

2º La adopción de otras medidas cautelares personales, como retirada de pasaporte, permiso de conducción, etc. (art. 784.8ª, c LECr).

3º 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 2ª del art. 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 8ª del art. 785, aunque sólo provisionalmente y para su inmediata puesta a disposición de la Autoridad Judicial.

4º Las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, como son los registros personales y reales y la entrada en lugar cerrado (art. 18.2º de la CE y 545 LECr, con las excepciones de los arts. 551 y 553 LECr); la «intervención de comunicaciones» (art. 18.3 de la CE y art. 579 LECr); «secuestro de publicaciones» (art. 20.5 CE) y la suspensión y disolución de asociaciones (art.122.4º de la CE).

5º La producción de prueba anticipada o preconstituida (arts. 448 y 790,5, pfo. 3º, LECr).

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 art. 24 de la Constitución y que deberá hacerse en presencia de un Letrado (art. 785.1), para lo cual el art. 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 art. 5 del Estatuto, que como más arriba se razonó complementa el art. 785 bis de la LECr, 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 art. 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, pero 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 art. 790.6, sin necesidad de una reiteración más bien burocrática y dilatoria de las mismas. Es evidente que si según el art. 789.3, el Juez debe practicar por sí diligencias sólo en el caso de que las practicadas en 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 practicar 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 a 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 aún de declaración testifical, que el art. 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 imputados, el art. 785 bis se la 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 arts. 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 5º) 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 art. 372, párrafo 2º, 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 extra-penal, al incluir en el mismo al lado del «Tribunal», al «Ministerio Fiscal». Téngase en cuenta, sin embargo, que ya la LECr lleva a cabo en el art. 175, 5º 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 art. 175.5º.

Hay que recordar, sin embargo, que la facultad de citación, aunque sin una apoyadura y precisión tan clara en orden a la forma y efectos de la misma, la tenía ya el Fiscal, pues el art. 4,4º del EOMF 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 art. 5 del Estatuto en aquellas Fiscalías que han hecho uso de ellas.

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

b) Respecto a testigos que residan fuera del territorio que corresponde 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 que presten entre sí el auxilio necesario para la práctica de las diligencias que en 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 aquél 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 del delitos conexos cometidos 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 que 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 arts. 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, el 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 entienda 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 arts. 14, 15 y 17 de la LECr (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 estimarla 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 ellas 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 (art. 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 (art. 789.3) o pidiendo concluya sin más las mismas, por entender existen méritos suficientes para resolver sobre el ejercicio de la acción penal (art. 781).

3.ª Cesación de las diligencias por tener conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, señalándose en el Decreto el carácter incompleto de aquéllas, las diligencias la 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 art. 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 art. 5º, 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 recepto como el 785 bis, inscrito dentro de un procedimiento regulado en la LECr-, 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 (art. 308 LECr) y a darles cuenta de la incoación de diligencias previas (art. 789.3), en ambos casos con expresión de los hechos que motivan la actuación judicial. Extremo este 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 art. 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 naturaleza indeterminada ni constituye un procedimiento ni pertenece a orden jurisdiccional concreto, deben pedir 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 por otros que por su conexión entren en la competencia del Juez de lo Penal (conforme al art. 14.3º) 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 desnaturalice la investigación en curso, o 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 estuviera 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 art. 3º 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 art. 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 art. 792.1, párrafo 2º. Es evidente que el Fiscal para poder aportar 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 2º del art. 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 2º del art. 641, por entender que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado por el Fiscal (art. 790.6, párrafo 1º), 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 art. 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 art. 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

Análisis 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 LO 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 pre-procesales (atestados policiales o investigación del Fiscal) directamente al Juez de lo Penal reconocido el hecho y así lo interesado, junto con el Fiscal (art. 789.5, 5ª). Igualmente, el régimen de comunicaciones que se practicarán por el medio más rápido (art. 784.2ª); el del auxilio judicial que debe realizarse entendiéndose directamente el Juez con el Juez, Tribunal, Autoridad o funcionario encargado de prestarlo (art. 784.1ª); el traslado de la fase intermedia del Tribunal al Juez de Instrucción, con evitación de las retardatorias 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 pre-procesal, como por el fin dado a la instrucción judicial de recopilar los elementos fundadores 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 (art. 794.3).

d) Promoción de las soluciones consensuadas que pacifican el proceso, como va 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:

A) Fase de instrucción

No contiene el procedimiento una regulación separada de la fase de instrucción sino que entremezcla en el Capítulo primero, bajo la rúbrica de «disposiciones generales», normas referentes a la competencia, a la actuación pre-procesal de la Policía y el Ministerio Fiscal, al modo de proceder los Jueces y formalidades legales (art. 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

LO 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 art. 789.2. Sin embargo y, pese a que la inercia de la utilización de los preceptos preexistentes llegan 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 art. 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 Sres. 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 art. 789 resaltaba el carácter elemental, sumario y de celeridad de tales diligencias, la nueva redacción refuerza ese carácter sumario, al precisar (art. 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 art. 789, cuando dice «practicadas sin demora tales diligencias...». Todo lo que debe llevar a los Sres. Fiscales, a utilizar sin vacilaciones su facultad de pedir la conclusión de las mismas, en los términos del art. 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 art. 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 *dentro 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 art. 779*, que inicia el Título III, del Libro IV de la LECr (art. 789.2). Por esa razón deberán muy especialmente los Sres. Fiscales, en cumplimiento de la legalidad y de su misión de velar para que la función jurisdiccional se ejerza conforme a las leyes (art. 3º del EOMF) vigilar que en ningún momento se inicie, y menos aun 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 art. 780.2º 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 art. 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 disminución de la actividad del Fiscal ante la Audiencia Provincial, que permitirá un mayor despliegue de sus recursos humanos.

Ahora bien, aunque el art. 781 no establece excepción es el art. 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 adscripciones 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 art. 789.5, párrafo 2º de la regla Cuarta, 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 trabajo, los Sres. Fiscales deberán tener en cuenta:

1º- 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.

2º- 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.

3º- Que la constitución es en el procedimiento concreto, por lo que también y en función de las características de cada Fiscalía y en 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.

4º- 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 art. 780.2.

c) La intervención de Letrados y los derechos de defensa

El art. 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 art. 788:

1º Reproduciendo el esquema del art. 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 hubiere 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, pre-procesal del Fiscal o judicial- que les compete.

2º 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 art. 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 defensor 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 contraría 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 distinto 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 art. 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». Dificilmente puede darse tal supuesto si se cumple, como es preceptivo, con el art. 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 art. 790.6, conforme a lo prevenido en el art. 641, número 2º, LECr.

3º 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 arts. 121 y siguientes de la LECr, esto es, hubiesen sido declarados pobres. En otro caso entrarán en juego los tres primeros párrafos del art. 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 ejercitará en su nombre las acciones civiles que sean procedentes (art. 789.4).

4º 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 poner 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 cuarto del punto 4, del art. 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 art. 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», defiriendo su práctica al acto de ese juicio, en otro caso.

Ello no obstante, tanto del principio general del art. 24.2 de la CE, sobre el derecho de defensa, como del propio art. 118 de la LECr, y de la regla del art. 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 Sres. 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.

5º En la primera comparecencia en las diligencias previas se informará al imputado de sus derechos, que son los previstos en el art. 24.2 de la Constitución y el 118 y 520 de la LECr, 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 art. 789.4 exige otros extremos que constituyen peculiaridades del procedimiento abreviado: 1º 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 emplazamientos, como se deduce del inciso siguiente) en su nombre; 2º 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 Sres. Fiscales deberán vigilar que tales prescripciones se cumplen y que la advertencia sea hecha, no formalmente sino en forma inteligible.

6º 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 art. 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 art. 789.5, resolución 5ª, 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 arts. 784 y 785 de la LECr son, en esencia, 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 art. 784, regla 7ª 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 arts. 301 y 302 (y el 322 para la reserva frente a terceros), tienen en este procedimiento, sino y sobre todo, por la expresa disposición del art. 789.4 in fine, que hace aplicables expresamente a dichas diligencias los arts. 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 art. 785 se suprime de la antigua regla 8ª,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 5ª del art. 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 art. 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 (STC 18/1985, de 11 de febrero entre otras y la Jurisprudencia del TS citada).

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

e') En el art. 785, regla 9ª,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 art. 785, regla 4ª se hace a los informes y declaraciones sobre la personalidad y conducta anterior del procesado previstos en los arts. 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 art. 377 que se introduce también por la Ley Orgánica 7/1988, en su art. 5º.

El art. 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 art. 18 de la Constitución. Ya la Orden de 31 de marzo de 1932, en la etapa liberal republicana, había 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 sin 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 pueden 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 del religiosa, política o social- del informado debe ser rechazado por improcedente y atentatorio a los derechos tutelados en los arts. 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 art. 789 derogado, las previas en el procedimiento de urgencia. Se refunden en un sólo supuesto las antiguas conclusiones «cuarta» y «quinta», por cuanto el procedimiento a seguir es el mismo, sea 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 art. 789, porque tal transformación debe producirse de inmediato, en los términos del art. 780, tan pronto se conozca que el hecho objeto de la causa es de los sometidos a tal procedimiento ordinario, transformación que, insistimos, debe interesar a 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 (art. 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 art. 789.5º: La resolución segunda 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 al 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 art. 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, aquel puede incurrir en la causa de recusación 10ª del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («haber actuado como instructor en la causa penal»), causa, que, conforme al art. 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 art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos firmada y ratificada por España pueden ser vulnerados.

B) 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 arts. 790 y 791.

En efecto, el art. 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 art. 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 queje 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 (art. 790.1) hasta la presentación del escrito de defensa (art. 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 art. 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 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 fotocopias 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 arts. 637 y 641 de la LECr. En el segundo, como luego veremos, sólo en los arts. 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:

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

2º 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 (art. 790.6, párrafo 1º).

3º 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 (art. 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 Fiscalía y no de Fiscales. En definitiva la Ley reproduce aquí el precepto del art. 644 de la LECr.

Problema específico podrán plantear en su día las adscripciones permanentes que puedan establecerse al amparo del art. 21 del Estatuto Orgánico, en que puede haber un Fiscal que lleve la dirección de ese órgano. 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, ése 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 art. 642 de la LECr, que como norma general podría tener aplicación subsidiaria al procedimiento abreviado. Si la reforma hubiera guardado silencio total en el nuevo art. 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. arts. 783, párrafo 2º, 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.

4º No todos los sobreseimientos solicitados dan lugar al archivo provisional o definitivo de la causa. Si el sobreseimiento interesado es el libre del art. 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 números 1º (enajenación), 3º (alteraciones de la percepción), 7º (estado de necesidad) y 10º (miedo insuperable) -todas ellas del art. 8º del CP-, 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 art. 20 CP.

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 art. 8º del CP 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 esta al Fiscal en el art. 781, obliga a éste, evitar.

5º 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 2º del art. 637; o si no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, esto es, se da el supuesto del número 2º, del art. 641 (art. 790.6).

La redacción de la Ley no aclara si también podrá acordar el Juez el sobreseimiento de otros supuestos de los arts. 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 art. 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 3º del art. 637, esto es, considerar al acusado exento de responsabilidad. Que el sobreseimiento no podrá basarse en los números 1, 3º, 7º y 10º del art. 8º, es también claro, pues la norma de continuación del proceso en tales casos a los efectos de los arts. 8 y 20 CP 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 2º, 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 (núm. 2, art. 8, menor edad, por ejemplo) y aquellas otras que por componerse de varios requisitos, sobre cuya concurrencia la prueba puede ser contradictoria (núm. 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 elementos 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 (STC 171/1988, de 30 de septiembre). Pero no es 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 y 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, aquélla 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 hubiera 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 a 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 art. 82.2º del LOPJ). 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 Sres. 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 art. 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.

6º 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 LECr, aplicables supletoriamente y, sobre todo, la revocación de todas las medidas cautelares, en especial la de prisión (art. 790.3, párrafo 2º).

7º 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 2º del punto 6 del art. 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 a tras la celebración de la prueba en el juicio oral y una vez valorada ésta, exponiendo oralmente, en el trámite correspondiente del juicio, cuando 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 ejercitadas contra el acusado, como dispone el número 4º del art. 3º 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 art. 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 a 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 entrega y destino de las cosas y efectos ocupados y la imposición de costas procesales. Consecuencia de estas peticiones podrá ser la exigencia de que se adopten las medidas provisionales del art. 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 art. 14.3º de la LECr, 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 Sres. 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 solo 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 de 1987) 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 Sres. 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 art. 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 (art. 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 recuerdo alguno, excepto en lo relativo a la situación del acusado. La norma merece dos reflexiones: 1ª, 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; 2ª, 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 2º, del punto 7 del art. 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 (art. 790.6), salvo que decida de oficio el sobreseimiento, caso para el que ya previamente se da otra concesión de recurso de apelación (Vid. art. 760.6, párrafo 1º 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 art. 789, 5,5ª

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 art. 789.5, regla 5ª.

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 art. 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 art. 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 acta 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 art. 790. En este acto podrá producirse la conformidad plena del acusado, pasándose entonces a dictar sentencia en los términos del art. 793.3; o presentar aquel escrito de defensa, continuando entonces el juicio por las reglas contenidas en los sucesivos números el citado art. 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 alegarlo 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 (art. 385), sin que pudiera negarse a contestar (arts. 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 (art. 700, párrafo último).

Tras la Constitución, el imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo y tiene derecho a no confesarse culpable (art. 24.2 CE). 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 5ª del art. 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 el art. 781 y el 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 (art. 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 art. 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 descripción 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. p. ej., STS 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 (art. 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 recibir las, 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 (art. 793.1, párrafo 2º), 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 (art. 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 (art. 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» (art. 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 art. 791.5.

Lo que quiere decir el art. 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 conclusión, 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 acordarlo el Juez de instrucción, sin perjuicio de la facultad de aquel órgano para examinar de oficio su propia competencia.

C) La fase de juicio oral

A lo largo de esta Circular se han ido anticipando, por razones metodológicas, muchas de las novedades y cuestiones de la regulación del juicio oral en el procedimiento abreviado, en especial las referentes a 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 de 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 art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, examinando las pruebas propuestas, admitiendo las pertinentes y rechazando las demás. Ese 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 art. 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 (art. 792.1, párrafo 2º).

El auto de iniciación del juicio se dictará «en cuanto las actuaciones se encontrasen a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento» (art. 792.1). Esta norma encierra una contradicción con el último inciso del art. 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 art. 269 de la LOPJ.

Parece que los, juicios inmediatos del art. 789,5 resolución 5ª, 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 correos, el de poder celebrarse el juicio contra éstos, si oídas las partes, el Juez o Tribunal así lo acuerda. Pero, obsérvese que frente a la norma general de los arts. 746 número 5º y 801 párrafo 3º, 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 9º) 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 art. 792.1, párrafo 2º, 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 o 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 sometido las condiciones 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 art. 797.2 de la Ley.

e) El debate preliminar

Tras la tradicional lectura de los escritos de acusación y defensa por el Secretario (obsérvese que respecto al paralelo precepto del art. 701, párrafo 2º y 3º, 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 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 (art. 793.4, que reproduce la norma del 744). Sin embargo, la suspensión del juicio, por las causas previstas en el art. 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 a totalidad del juicio (art 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 (art. 793.5).

Por último, la fase de conclusiones definitivas y de informes orales se desarrollarán conforme a las reglas de 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:

1º Que en 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.

2º 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 (art. 793.8, in fine).

3º Que el juicio se celebre ante la Audiencia Provincial y se modifiquen conclusiones calificando los hechos por todas las partes acusadoras, como constitutivos de delito 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».

4º 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 art. 780 párrafo 2º, no retrocediendo en el procedimiento.

5º 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 pueda 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 cuyas sentencias 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 inmediación de la prueba se mantiene también ante el Tribunal de apelación.

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

El párrafo 2º, del punto 6, del art. 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 art. 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 en 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, les 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 art. 733, el que, según la más reciente jurisprudencia (vid., p. ej., la STS de 16 de junio de 1987) debe ser interpretado a la luz de las normas constitucionales, en especial el art. 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 aceptada 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 248.3 de la LOPJ y por imperativo constitucional (art. 120.3 CE) habrán de ser motivadas. El plazo para dictarla será de cinco días, modificándose así en general más breve de tres días señalado en el art. 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 LO 10/80), 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 art. 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 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, va que está permitido al Tribunal apreciar hechos o condenar por delitos que, aun 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 antecedente 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 TC

consideró no vulnerado el art. 24.2 CE en un cambio entre los delitos de rapto y de violación (S. 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 (S. 105/83).

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 art. 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 Sres. Fiscales deben obrar con prudencia y en los casos dudosos utilizarán el mecanismo legal de la formulación de la calificación definitiva en 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.

D) 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 art. 798, regla 1ª, 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 art. 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, 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 2ª del art. 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 art. 803, regla 2ª, 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 art. 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé para los casos de resoluciones apelables en ambos efectos que «condenen a una cantidad líquida o cuya liquidación pueda efectuarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo» (art. 385, párrafo 1º LEC). 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 art. 385, párrafo 3º, 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 art. 385 de la Ley 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 Sres. Fiscales, no sólo porque el art. 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.

A) 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 art. 787.1, en congruencia con lo que también dispuesto

como norma general en el art. 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 art. 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 art. 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esa 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 (arts. 233 a 235) como ya disponía para el procedimiento de urgencia el derogado art. 787, la redacción de cuyo párrafo 2º se reproduce literalmente, por lo que no se deben presentar problemas que ya no sean conocidos por los Sres. 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:

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

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

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

4º) 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, establecía los párrafos 4º y 5º del antiguo art. 787, ya conocida de los Sres. 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 art. 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 LECr que prevé una vista oral para la discusión de estos recursos ante el órgano de apelación (Cfr. art. 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 art. 82.2º 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.

B) *Los recursos contra las sentencias*

Contra las sentencias del Juez de lo Penal se da el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (art. 795.1). Contra las sentencias de ésta, dictadas en única instancia, cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo (art. 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 art. 792 establecía contra la sentencia en las diligencias preparatorias, solo 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:

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

2º) 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 ampliada hasta diez días. El punto 2 del art. 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. art. 796.2 actual y 792.7ª 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.

C) *El recurso extraordinario de anulación*

La reforma introduce en su art. 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 -diez 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 art. 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 Sres. 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 art. 793 habla del Juez o Tribunal, el art. 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 si, no siendo apelables las sentencias de las Audiencias, cabe contra las 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 art. 57.1 de la LOPJ 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 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:

1.^a La ausencia voluntaria e injustificada del reo citado personalmente o en el domicilio y persona por él elegidos y señalados 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 este un punto que la ley no establece expresamente, pero en el que puede acudir a la aplicación analógica de los arts. 774 y 777 del LECivil respecto al paralelo recurso de «audiencia del 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 (art. 6.4 CC) y la falta de lealtad procesal son argumentos bastante para fundamentar esta interpretación, que, en tanto la jurisprudencia no sienta criterio firme, deberán seguir los Sres. Fiscales.

2.^a 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 él mismo sentada en el recurso precedente.

3.^a 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 e interposición del recurso parece existir una contradicción entre los puntos 1 y 2 del art. 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. ¿Ese 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 Sres. 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 aquel 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 art. 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 art. 48 CP, 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 perjuicios 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 art. 464 del CC 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 Sres. 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 aplicación del procedimiento abreviado de la Ley Orgánica 7/1988 de 28 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 (LO 10/1980 y arts. 789 a 803 LECr), al nuevo procedimiento abreviado establecido por la LO 7/1988, de 28 de diciembre.

Como reglas para resolver las cuestiones de derecho transitorio deben tener en cuenta los Sres. 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 Sres. 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 art. 779 de la LECr 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 LO 10/1980 que se estén instruyendo por delitos de los que conforme al art. 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 primera 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 2º, del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial antes citado.

4.^a 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 órgano de la instrucción y falta 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 LECr.

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 tercera de la Ley Orgánica 7/1988 y el punto 3º, 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 3ª de la LO 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 (art. 53.4 de la Ley 38/1988 y punto 4º 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 hubieren 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 5ª de la LO 7/1988 y punto 4º del Acuerdo del Consejo).

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

Madrid, 8 de marzo de 1989.- El Fiscal General del Estado.