

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 4/1995, de 29 de diciembre, sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado: las actuaciones en el Juzgado de Instrucción.

Referencia: FIS-C-1995-00004

I. Supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En la Circular 3/1995 se fijaban criterios en orden al ámbito del nuevo proceso ante el Tribunal del Jurado. La presente, continuación natural de la citada, se adentra ya en los primeros tramos del procedimiento dejando para futuros aunque próximos, pronunciamientos de esta Fiscalía General, todo lo relativo al juicio oral.

El discurso sobre el recorrido procedimental de la nueva Ley, exige resolver previamente un tema. Aunque estamos ante un proceso de nueva planta inspirado en trámites y principios dispares de los que informan los clásicos procesos penales, no se ha introducido una normativa exhaustiva y autosuficiente. En la Ley se regulan tan sólo las especialidades, confiriéndose expreso carácter supletorio a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según declara el art. 24.2.

Por tanto todas las lagunas u omisiones de la nueva regulación deben integrarse acudiendo a la Ley Procesal Penal Común. Pero, dado que en ésta se regulan varios tipos de procedimientos de los que los más característicos son el ordinario y el abreviado, surge un interrogante de cuya respuesta va a depender que la solución que se dé en puntos específicos sea una u otra. ¿Son aplicables preferentemente las normas del procedimiento ordinario (Libros II y III de la Ley)? O, por contra, ¿hay que acudir primero a las normas del procedimiento abreviado (Título III, del Libro IV, de la Ley) y, sólo en su defecto, aplicar las normas generales (art. 780.12)?.

Las consideraciones que se vertían en la Circular 1/1989 de esta Fiscalía General sobre el carácter «común» del procedimiento abreviado, pese a su etiquetación legal de «especial» podrían llevar a inclinarse por la segunda opción apuntada.

No obstante, dogmáticamente la cuestión es clara: las normas de un procedimiento especial son aplicables cuando se dan los supuestos específicos contemplados. Y, por tanto, cuando la Ley Orgánica 5/1995 se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal hay que entender que lo hace a las normas generales, sin perjuicio de que ante alguna cuestión no contemplada en el procedimiento ordinario pero sí en el abreviado, pueda plantearse la procedencia de acudir a esa regulación específica.

De otra parte, no sería asumible, por el factor de confusionismo que se introduciría, estimar que la supletoriedad de uno u otro procedimiento -ordinario o abreviado- vendría dada por la gravedad del delito objeto de enjuiciamiento, de forma que en aquellos procesos seguidos por delitos comprendidos en el ámbito del procedimiento abreviado por su penalidad (art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), se aplicasen con preferencia las normas del abreviado. Desdoblar de esa forma la regulación del proceso ante el Tribunal del Jurado según la penalidad no es solución que pueda ser aceptada.

La supletoriedad de primer grado de las normas del procedimiento ordinario y sólo de segundo grado de la regulación del abreviado se revela, de otra parte, como la más apta para resolver

problemas específicos. Además, de la lectura completa de la Ley se deduce que ésa es la voluntad del legislador que reiteradamente se remite a preceptos del procedimiento ordinario (arts. 25.2 y 3, 26.1, 29.2, 32.1, 36.1, a), 36.2, 42.1 o 46.2), pese a que en alguno de esos puntos existe una regulación específica en el procedimiento abreviado (por ejemplo, arts. 789.5.1ª o 788.4). Tan sólo cuando se enfrenta a una cuestión que no está regulada expresamente en el procedimiento ordinario pero sí en el abreviado, acude a preceptos de éste (art. 48.2).

En consecuencia, en la interpretación de la Ley, los Sres. Fiscales, ante cuestiones no específicamente reguladas, acudirán con carácter prioritario a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

II. Incoación

a) Presupuestos para la incoación del proceso

La incoación del proceso ante el Tribunal del Jurado exige tres presupuestos, sin los cuales no procederá su iniciación, sin perjuicio de que, ante la ausencia de alguno de esos presupuestos, se pueda tramitar, en su caso alguno de los procesos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esos presupuestos se desprenden del art. 24.1 de la Ley:

Es necesario en primer lugar, en cuanto al aspecto objetivo de la imputación, que aparezcan indicios de la comisión de uno de los delitos cuya competencia viene atribuida al Tribunal del Jurado (art. 1.2 de la Ley). Como ya se decía en la Circular 3/1995, cuando existan dudas sobre los perfiles de la infracción que repercutan en la competencia (por ejemplo, un homicidio en el que no aparece con claridad de momento si estaba acompañado de ánimo de apoderamiento; o unas amenazas cuya condicionalidad aparece muy desvaída), será prudente proseguir la tramitación a través de las normas ordinarias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que han de considerarse preferentes en esos casos de duda, sin perjuicio de instar en el momento en que se disipen tales dudas la incoación el proceso especial de la Ley Orgánica 5/1995.

Por tanto, si los hechos no son delictivos, no será procedente la incoación y habrá que dictar la resolución de archivo procedente según el caso (art. 313 -inadmisión de la querrela-; art. 269 -repulsa de la denuncia-; art. 789.5.1ª -archivo en diligencias previas por no ser los hechos constitutivos de delito-; o sobreseimiento libre del art. 637.2º, previa conclusión del sumario, si se trata de un procedimiento ordinario).

Y si los hechos no son, en principio, competencia del Tribunal del Jurado, como es obvio, habrá que tramitar el proceso que corresponda, sin perjuicio de ulteriores transformaciones.

En lo que respecta al elemento subjetivo de la imputación, es presupuesto indispensable para la incoación del proceso que aparezca, al menos, una persona determinada e identificable como presunto autor de tales hechos delictivos. El proceso de la Ley del Jurado sólo se inicia cuando la imputación delictiva está delimitada pasivamente. Basta con que exista una persona determinada frente a la que se hagan imputaciones, sin que sea exigible que se haya identificado a todos los posibles responsables. En cuanto aparezca un presunto responsable penal, procederá dictar auto de incoación del proceso de la Ley Orgánica 5/1995. Si en el transcurso de la investigación aparecen otros imputados, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 28 de la Ley.

Si no existe esa delimitación subjetiva de la imputación, la investigación -una de cuyas finalidades es precisamente identificar a los posibles responsables (art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)-, habrá de canalizarse a través de las normas generales (procedimiento ordinario o abreviado, según la gravedad de la infracción).

Si en el curso de esa investigación aparecen ya datos que permitan dirigir la imputación frente a una persona determinada, procederá la incoación del procedimiento de la Ley del Jurado.

Si, por contra, no se llegan a alcanzar tales datos procederá dictar el correspondiente auto de sobreseimiento provisional (art. 789.5.1ª, inciso final; o art. 641.22, según se trate de un procedimiento abreviado u ordinario).

Por fin, en lo atinente al aspecto valorativo de la imputación es preciso que la misma sea verosímil, tal y como se desprende del inciso previa valoración de su verosimilitud» que recoge el art. 24.1 de la Ley. La verosimilitud ha de alcanzar no sólo al aspecto objetivo de la imputación -credibilidad de la comisión de un delito-, sino también a su aspecto subjetivo -que igualmente sea creíble que tal conducta ha sido realizada por el sujeto pasivo de la imputación-. Así se deriva de la situación sintáctica del inciso legal referente a la verosimilitud.

Qué deba entenderse por «verosímil» no es cuestión fácil de precisar pues estamos ante un nuevo término procesal. La cuestión ha de resolverse atendiendo al caso concreto, procurando mantener un equilibrio entre lo que sería la precipitada incoación del proceso ante el Tribunal del Jurado y la indebida postergación de esa incoación a un momento avanzado de la investigación.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define lo verosímil como «lo que tiene apariencia de verdadero, lo que es creíble por no ofrecer carácter alguno de falsedad».

En principio habrá que estar a esos conceptos para graduar la verosimilitud de una imputación y, en consecuencia, para decidir la incoación del Proceso especial de la Ley Orgánica 5/1995.

A la vista de esas definiciones es patente que lo «inverosímil» es un concepto más amplio que lo «manifiestamente falso» a que alude el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para autorizar el rechazo de una denuncia. Por tanto no siempre que la imputación no sea verosímil se deberá rechazar la incoación de todo proceso. Tan sólo cuando lo inverosímil sea a la vez manifiestamente falso, se procederá en la forma dispuesta en el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuando, por contra, aun no reuniendo la imputación el suficiente carácter de verosimilitud -ya sea en cuanto al hecho mismo, ya en cuanto a la persona a la que se imputa su realización-, no pueda ser tildada tampoco de manifiestamente falsa, deberá incoarse el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que corresponda (diligencias previas o sumario) en el que se practicarán las diligencias de investigación procedentes. Si tales diligencias consiguen conferir visos de verosimilitud a la inicial imputación procederá la incoación del Proceso de la Ley del Jurado. En otro caso, se impondrá el archivo en la forma que sea procedente según el tipo de procedimiento.

b) Peculiaridades según el origen y forma de la imputación

Los presupuestos que acaban de ser desarrollados pueden surgir de formas diversas según explicita la Ley al inicio del art. 24:

A través de una denuncia, en cuyo concepto hay que incluir tanto los atestados policiales (art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), como aquellos casos en que el Fiscal remite, sin formulación de querrela, unas diligencias de investigación solicitando la incoación del correspondiente proceso judicial (Consulta 2/1995 de esta Fiscalía General).

En virtud de una querrela, sea interpuesta por el Fiscal o por cualquier ciudadano o persona jurídica legitimada.

Por los indicios aparecidos en otro procedimiento penal en curso, ya se siguiese éste por un delito competencia del Tribunal del Jurado en el que no existían hasta ese momento datos que permitiesen imputar la infracción a persona determinada; ya se siguiese por otro tipo de infracción y surjan indicios fundados bien de que el hecho es uno de los delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado, bien de que existe otra infracción de las comprendidas en el art. 1.2 de la Ley. En todos estos supuestos procederá bien la incoación del proceso especial de la Ley del Jurado, bien la deducción de testimonios para incoar ese tipo de proceso, según los casos y en aplicación de las reglas especiales sobre conexión analizadas ya en otra Circular.

A los casos de transformación se refieren los arts. 309 bis, 780 3º, y 789.3, 2º y 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que conceden a todas las partes la posibilidad de realizar la solicitud de conversión del procedimiento ordinario o abreviado en el especial de la Ley del Jurado. El Juez ha de resolver sobre la petición en el plazo de una audiencia y contra su resolución cabe

recurso de queja, sin necesidad de previa reforma. Igualmente es factible acudir en queja a la Audiencia Provincial, solicitando la incoación del proceso ante el Tribunal del Jurado, cuando el Juez no resuelva en el plazo indicado.

En los casos de transformación no será preciso retroceder en el procedimiento (es aplicable analógicamente la previsión contenida en el art. 780.2º), sin perjuicio de que cuando resulte necesario deberán practicarse las actuaciones peculiares del proceso especial de la Ley Orgánica 5/1995 (singularmente, la comparecencia inicial). Pero todas las diligencias de investigación que hayan podido llevarse a cabo a través de los cauces procesales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ya sea procedimiento ordinario, ya sea procedimiento abreviado), mantendrán su plena validez, sin que sea preciso reiterarlas.

La Ley no menciona una posible incoación de oficio que, por tanto, en principio, está excluida. Sin embargo, en el fondo la cuestión carece de trascendencia práctica, por contra de lo que pudiera parecer en una primera aproximación. De un lado, por lo infrecuente en la práctica de una incoación de oficio. Pero sobre todo porque el Instructor sí estará obligado a la incoación de oficio de un proceso penal de los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 308.1º) y ya iniciado, habrá de proceder a la transformación en el proceso especial de la Ley del Jurado por aplicación del art. 24.

c) La resolución de incoación

El acuerdo de incoación ha de adoptar la forma de auto que será recurrible en reforma y queja (arts. 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Los señores Fiscales recurrirán esta resolución siempre que se haya incoado el proceso especial del Tribunal del Jurado sin que concurran cumplidamente los presupuestos necesarios para su iniciación que antes han quedado expuestos. Aunque no se haya recurrido tal auto, nada impide solicitar en cualquier otro momento del proceso, y en particular en los específicamente previstos a tal fin (arts. 29.5 y 36.1.a) la transformación del proceso a otro de los generales previstos en la Ley (al igual que se establece en el art. 780.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El auto de incoación ha de ser inmediatamente puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal (arts. 306.3º y 781, párrafo último).

En el auto de incoación normalmente habrá de procederse a la convocatoria para la comparecencia regulada en el art. 25 que se analizará después, y se ordenará igualmente la realización de «aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar» (inciso final del art. 24.1).

d) Las actuaciones inaplazables

El concepto de «inaplazabilidad» se obtiene no sólo con criterios materiales, sino también con criterios jurídicos. Han de considerarse inaplazables todas aquellas actuaciones que sea preciso practicar inmediatamente para no frustrar los fines de la investigación, o no vulnerar la Ley y, entre ellas, todas las diligencias que no puedan esperar al inicio formal de la investigación tras la comparecencia, al existir el riesgo de convertirse en impracticables, o cuando la dilación pueda ofrecer graves inconvenientes (art. 318, inciso final de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Sin ánimo exhaustivo, pueden aparecer como actuaciones inaplazables:

Las contempladas en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Todas las que la Ley Procesal Penal regula bajo la rúbrica general «De la Inspección ocular» (arts. 326 a 333).

La recogida del cuerpo del delito y piezas de convicción (arts. 334 y siguientes de la Ley).

El levantamiento del cadáver y la realización de la autopsia (arts. 343 y 353).

Todas aquellas diligencias, incluso las personales, cuya postergación a un momento posterior pueda hacer temer que no podrán llevarse a cabo (en especial, los casos a que se refieren los arts. 448 y 449 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado.

La decisión sobre la situación personal del imputado detenido y actuaciones previas inexcusables -comparecencia del art. 504 bis.2 y declaración del mismo antes de decidir sobre situación-, actuaciones que son inaplazables jurídicamente pues el plazo para resolver sobre esa situación es sensiblemente inferior al previsto para la comparecencia del art. 25. Igualmente puede ser inaplazable, cuando exista riesgo de fuga, y aunque no esté detenido el imputado, dictar auto de prisión en la forma prevista en el art. 539.42. En todos estos supuestos, además, resultará también inaplazable proceder al traslado de la imputación por imposición legal (arts. 118 y 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Todas estas actuaciones inaplazables pueden y deben ser acordadas por el Instructor de oficio, sin perjuicio de que igualmente puedan ser propuestas por cualquier parte y también por el Ministerio Fiscal en el momento en que se le notifica el auto de incoación, o al solicitar por iniciativa propia la incoación.

III. La comparecencia inicial

Tras el auto de incoación y práctica, en su caso, de las diligencias que resulten inaplazables y que ya se han examinado, la actuación inmediata insoslayable es la celebración de una comparecencia con diversas finalidades, como se verá, aunque la Ley destaca una de ellas: La concreción de la imputación. De esa forma se pretende que la fase de investigación que se va a abrir a continuación tenga ya un objeto fáctico delimitado y unos perfiles más o menos nítidos, sin perjuicio de ulteriores ampliaciones o variaciones que, en su caso, determinarán la necesidad de celebrar una nueva comparecencia (art. 28).

No será posible una variación sustancial del objeto del proceso y, por tanto, del marco de la investigación, sin que se amplíe éste formalmente a través de la celebración de otra comparecencia. Y sólo podrán practicarse aquellas diligencias que sean pertinentes en relación con esa imputación delimitada en la comparecencia regulada en el art. 25 de la Ley.

a) El traslado de la imputación

Es importante, no obstante, destacar que, en la redacción actual del art. 25, reformado por la Ley Orgánica 8/1995 el traslado de la imputación no se hace en la comparecencia tal y como sucedía en la regulación inicial del precepto. El cambio es más significativo de lo que pudiera parecer en una primera aproximación. El traslado formal de la imputación se adelanta en el tiempo, al obligarse a entregar copia de la querrela o denuncia al querrellado o denunciado al ser citado para la comparecencia, lo que acerca en este punto el nuevo régimen al general establecido en el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En la comparecencia se tratará tan sólo de concretar la imputación: el traslado de la misma se ha hecho previamente.

Incluso ese traslado no es necesario cuando se haya efectuado ya por aplicación general del art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (inciso penúltimo del art. 25.1). Así puede suceder en los casos en que se trate de la conversión de un procedimiento ordinario o abreviado; o en los supuestos en que por haberse procedido a la detención se haya dado ya traslado de la imputación y oído en declaración al detenido en los primeros momentos como actuaciones inaplazables.

b) Plazo para celebrar la comparecencia

Aunque literalmente entendida la Ley sólo obliga a que la convocatoria para la comparecencia se haga en los cinco días siguientes sin fijar plazo para su celebración, parece que lo que se ha querido decir es que la convocatoria se realice normalmente en el auto de incoación y que se señale como fecha para la comparecencia una de las comprendidas en los cinco días siguientes.

Ese plazo puede ser demasiado breve y hasta exiguo en algunos casos por la necesidad de cursar las citaciones con la suficiente antelación y ante la eventualidad de que el imputado pueda tener su residencia en un lugar alejado de aquel donde se tramita el proceso. Máxime si se tiene en cuenta que por la fase en que nos encontramos han de computarse todos los días

naturales (sentencia del Tribunal Constitucional 1/1989, de 16 de enero y art. 184 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

El incumplimiento del plazo, desde luego, será una irregularidad pero en modo alguno motivo de nulidad (art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Sí es, sin embargo, más trascendente que sin dilación alguna se proceda a dar traslado de la denuncia o querrela. El adverbio «inmediatamente», que utiliza el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y reitera el art. 25 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado es suficientemente elocuente a este respecto.

c) Personas y partes que deben ser citadas

Para la comparecencia han de ser citados el Ministerio Fiscal, el imputado, el querellante, si lo hubiere, y los ofendidos o perjudicados por el delito. En la citación al imputado debe hacerse la advertencia de que en caso de no concurrir asistido de letrado, le será nombrado por el turno de oficio. La citación del imputado podrá hacerse en cualquiera de las formas previstas en los arts. 166 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La citación a los perjudicados u ofendidos por el delito (art. 25.2) debe contener igualmente el ofrecimiento de acciones que previene el art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con las especificaciones a que se refiere el art. 25.2 y en particular la instrucción de que podrán personarse en forma en el acto de la comparecencia. La designación de los profesionales puede hacerse, como en cualquier otro proceso, del modo previsto en el art. 281.3 de la Ley Orgánica del Poder. La posibilidad de personarse como acusación en ese acto no supone sin embargo un término preclusivo, y el perjudicado u ofendido que no se haya personado en ese momento podrá hacerlo posteriormente siempre que no se haya llegado al trámite de calificación del Fiscal (art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La aplicación supletoria preferente de las normas del procedimiento ordinario sobre las especiales del abreviado, obliga a entender que la personación exige la representación a través de Procurador (arts. 118 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Sin embargo no es necesaria la presencia del Procurador ni en la comparecencia, ni en la audiencia preliminar, ni en el juicio u otras vistas que pueden celebrarse a lo largo del procedimiento. Ciertamente alguna reciente resolución del Tribunal Constitucional podría alentar el entendimiento opuesto (sentencia 11/1995, de 16 de enero) pero el examen detenido de la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal lleva con claridad a concluir, sin que sea preciso ahora extenderse en la argumentación, que no es preceptiva la presencia del Procurador en tales actos (piénsese, por ejemplo, en el art. 746 que no previene la suspensión por enfermedad del Procurador).

d) La suspensión de la comparecencia

Una cuestión crucial y que la Ley mantiene en la penumbra consiste en dilucidar en qué casos podrá celebrarse la comparecencia sin la presencia de alguno de los convocados. O, dicho con otras palabras, cuándo la incomparecencia de alguna de las personas que deben ser citadas para el acto determinará su suspensión.

Siempre que la incomparecencia sea justificada (bien por falta de citación en forma; bien por un motivo de entidad -como la enfermedad o imposibilidad de desplazamiento- que haya impedido la presencia), habrá de llegarse a la suspensión y a una nueva convocatoria. Las dudas surgen cuando se trata de incomparecencias injustificadas.

El art. 306 de la Ley y los principios generales del proceso penal, permiten entender que es necesaria la presencia del Ministerio Fiscal para la celebración del acto. La asistencia de, al menos, una acusación es además esencial para que pueda llevarse a cabo la concreción de la imputación. En cualquier caso, la fungibilidad de los miembros del Ministerio Fiscal convertirá en algo absolutamente insólito y que desde luego habrá de evitarse, que se llegue a la suspensión del acto por incomparecencia del Fiscal.

Igualmente debe considerarse preceptiva la asistencia del letrado defensor por imponerlo así expresamente el inciso final del art. 25.1, sin perjuicio de la posibilidad de designar un letrado de oficio en el caso de que el imputado no haya procedido previamente al nombramiento de un letrado de su confianza. Esta previsión debe ser completada con lo que se dirá más adelante

para los casos de rebeldía de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias 87/1984, de 27 de julio o 146/1986, de 26 de noviembre).

Distintos son los términos de la cuestión para el resto de las personas que deben ser citadas, pero cuya presencia no debe considerarse indispensable para la celebración de la comparecencia al no imponerlo así expresamente la Ley a diferencia de lo que se hace en otros casos (art. 44 de la Ley Orgánica 5/1995; o arts. 504 bis 2, 230.2º, o 793.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). De forma que la inasistencia por causa no justificada del imputado, de los perjudicados u ofendidos, o de alguna de las partes personadas como acusación no debe determinar necesariamente la suspensión, sin perjuicio de que el Instructor pueda acordarla.

Lo básico es resaltar que la comparecencia puede celebrarse pese a la inasistencia de alguna de esas personas. Esta solución, aparte de ser la más acorde con la literalidad de la Ley, evita que el inicio de la investigación quede a expensas de la voluntad de las partes que con su contumacia pueden provocar dilaciones nunca deseables y menos en la fase de instrucción en que la celeridad es muchas veces esencial para llegar al esclarecimiento de los hechos. Se aleja así, de otra parte, el peligro de las dilaciones ocasionadas por suspensiones encadenadas ante la incomparecencia de una u otra parte. Además, tal y como aparece diseñada esa comparecencia en la regulación actual de la Ley, la ausencia de alguna de las personas cuya presencia no es preceptiva, no contradice en modo alguno su finalidad, pues para ellas la asistencia, más que como una obligación, ha de configurarse como una carga procesal.

En cuanto a los perjudicados u ofendidos, porque la comparecencia no se configura con el carácter de término preclusivo para su personación que, por otra parte, en modo alguno es preceptiva. Advertidos de su derecho a personarse con tal carácter, podrán hacer uso o no del mismo.

En cuanto al imputado, porque, como ya se ha visto, el traslado de la imputación ha debido hacerse en un momento anterior. En la comparecencia tan sólo se van a concretar los términos de tal imputación y siempre ante la presencia de su letrado. La presencia del imputado no es indispensable. En la comparecencia, como se verá enseguida, no se practican diligencias de instrucción y por tanto, tampoco la declaración del imputado. Cosa distinta es que el imputado pueda y deba ser luego citado, si no ha asistido a la comparecencia y no ha declarado con anterioridad, para ser oído en los términos que previenen los arts. 385 y 486 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y para ese supuesto su presencia sí es necesaria, obviamente, aunque a diferencia de la comparecencia, esa declaración sí podrá verificarse a través del auxilio judicial y, por tanto, evitando engorrosos y, a veces, innecesarios desplazamientos.

En cuanto al querellante, porque, estando debidamente citado, habrá de asumir las consecuencias de su incomparecencia para el caso de que la imputación no esté debidamente concretada en el escrito inicial de querrela; o el Ministerio Fiscal realice una concreción que vaya por cauces distintos a los por ella pretendidos o, incluso, solicite el sobreseimiento. Pero en ningún caso la incomparecencia del querellante habrá de considerarse como un supuesto de desistimiento tácito al modo del previsto en el art. 275 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el establecido jurisprudencialmente para los supuestos de incomparecencia al acto del juicio (sentencias de 23 de marzo de 1971 o 92/1994, de 21 de enero de la Sala 2ª del Tribunal Supremo).

Cosa distinta es que el Instructor ante la incomparecencia de alguna de las partes considere *in casu* necesaria su presencia y acuerde la suspensión, suspensión, que, de cualquier forma, no será preceptiva.

Cuando sean varios los imputados y sólo alguno haya podido ser citado, nada impide que se divida la comparecencia y se celebre para el citado, sin perjuicio de que se deba proceder a una nueva convocatoria respecto de aquellos para los que por cualquier causa hubo de suspenderse la comparecencia (argumento: art. 28). La investigación podrá iniciarse ya respecto de ese imputado a partir de la comparecencia, practicando las diligencias que le afecten, aunque no aquellas otras que vayan encaminadas a acreditar la participación de otros imputados para los que no se haya llevado a cabo el trámite.

Si la comparecencia tiene que suspenderse por algún motivo, hay que entender que cabrá realizar otras actuaciones que no se hayan acordado todavía pero cuya inaplazabilidad aparezca ahora. Así si, suspendida la comparecencia y pendiente de celebrarse, surge la necesidad de practicar una entrada o registro o un testigo comunica que se va al extranjero, podrá decidir el Instructor la realización de tales diligencias.

Si se ha celebrado la comparecencia indebidamente por falta de convocatoria de alguna parte cuya citación fuese imprescindible (no lo será, por ejemplo, la del ofendido, pero sí la del querellante o la del acusado), deberá celebrarse de nuevo. Ahora bien, habrá que tener en consideración, a efectos de posibles nulidades, el principio de conservación de los actos judiciales proclamado en el art. 242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la consideración de que la nulidad procederá cuando efectivamente se haya causado indefensión (art. 238.3º), lo que significa que no siempre será la nulidad la solución procedente para las diligencias que hayan podido practicarse tras la comparecencia.

e) Contenido de la comparecencia

El desarrollo de la comparecencia viene recogido en el art. 25.3, de la Ley: se oye a todas las partes, comenzando por el Ministerio Fiscal y finalizando por los defensores de los imputados. Dado que el Fiscal ha de ser el primero en intervenir, antes por tanto de haber oído las alegaciones de las otras posibles partes, resultará conveniente en algunos casos, especialmente en aquellos en que el procedimiento se haya iniciado en virtud de querrela interpuesta por un particular, que pueda abrirse un segundo turno de intervenciones en las que el Fiscal pueda matizar e incluso rectificar su intervención inicial a la vista de las alegaciones realizadas por el resto de las partes.

Es preciso igualmente oír a los perjudicados u ofendidos, aunque no se personen en forma, a los efectos previstos en el art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (posibilidad de renuncia a las indemnizaciones). Cuando el perjudicado reúna a la vez la condición de testigo de los hechos, no es este momento procesal apto para prestar declaración, aunque el Ministerio Fiscal para evitar que deba comparecer nuevamente, interesará en esos casos tal diligencia y que por el Instructor se resuelva inmediatamente sobre su procedencia para que pueda ser practicada a continuación de la comparecencia.

Las intervenciones de las partes podrán tener un contenido múltiple:

a) En cuanto a las partes acusadoras, deberán concretar la imputación. Se trata de delimitar lo que ha de ser objeto de investigación, despojando de la imputación inicial aquellos hechos que, por no ser relevantes penalmente, no han de ser merecedores de atención en la fase de investigación. Se pone así una barrera a la proscrita «inquisitio generalis». Habrá ocasiones en que los perfiles de la imputación estén tan nítidos en la querrela o denuncia inicial que no será precisa una concreción ulterior y bastará remitirse a los términos de la denuncia o querrela.

En otras ocasiones sí será necesario delimitar, en el bien entendido de que esa concreción se refiere a hechos con relevancia penal, pero no a calificaciones jurídicas que sólo deberán hacerse formalmente en un momento posterior. Particularmente importante es esta concreción, que debe ser exigida por el Ministerio Fiscal, para los casos de extensas y farragosas querrelas que se conocen en la práctica procesal en la que se agolpan desordenadamente multitud de hechos, muchos de los cuales carecen de relevancia penal. Esta concreción, lejos de ser un trámite superfluo, resulta importante en la medida en que la investigación habrá de ceñirse luego a la imputación concretada y no al conjunto de hechos, a veces más amplios, de la querrela o denuncia inicial, delimitándose así provisionalmente el objeto del proceso, sin perjuicio de ulteriores ampliaciones (art. 28).

b) Solicitud de diligencias de investigación, tal y como reza el inciso final del art. 25.3. Aunque tampoco se cierra con la comparecencia la posibilidad de pedir diligencias de investigación, pues durante los cinco días siguientes también podrán pedirse diligencias (art. 27.2).

c) Petición de sobreseimiento que podrá ser evacuada tanto por la defensa como por el Ministerio Fiscal. tal y como confirma el art. 26.2.

d) Solicitud de conversión del procedimiento en alguno de los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aunque la Ley no se refiere expresamente a esa eventualidad más que en momentos posteriores, nada obsta a que si el Fiscal u otra parte a la vista de la comparecencia considera que el hecho objeto de investigación no es de los enmarcados en la competencia del Tribunal del Jurado puedan formular la solicitud de que se transforme el procedimiento. Debe considerarse, por aplicación supletoria y analógica del art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ese tipo de solicitud es factible en cualquier momento del procedimiento, siempre que no se haya entrado en el acto del juicio oral.

IV. Resolución del instructor tras la comparecencia

Tras la celebración de la comparecencia el Instructor ha de dictar un auto acordando bien el sobreseimiento, bien la continuación del procedimiento.

a) Auto de sobreseimiento

El sobreseimiento será obligado para el Instructor cuando ninguna de las partes haya solicitado la continuación del procedimiento sin perjuicio de la facultad de que goza el Instructor de acudir previamente a los mecanismos regulados en los arts. 642 y 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En otro orden de cosas, el auto de sobreseimiento podrá ser total o parcial: libre o provisional: y referirse a todos o a algunos de los hechos.

En todos esos casos cabrá interponer recurso de apelación a resolver por la Audiencia Provincial. Por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 24.2) este recurso de apelación tendrá las siguientes características:

Deberá ir precedido de la preceptiva reforma a interponer en el plazo de tres días (arts. 211 y 222).

El plazo para entablar la apelación cuando no se ha interpuesto simultáneamente con el recurso de reforma previo será de cinco días (art. 212).

El recurso es admisible en un solo efecto (arts. 217 y 223), lo que es especialmente operativo cuando se trata de un sobreseimiento parcial pero no tiene sentido cuando estamos ante un sobreseimiento total.

La tramitación se ajustará a lo dispuesto en los arts. 225 y siguientes de la Ley; aunque cuando el sobreseimiento sea total resultará preferible acogerse a la fórmula del art. 224 por obvias razones prácticas.

b) Continuación del proceso

La alternativa al sobreseimiento viene representada por una resolución acordando la continuación del proceso. Para el buen orden procesal y para que la concreción de la imputación que se ha verificado en la comparecencia no quede exclusivamente en las manos de las acusaciones y corra el peligro de convertirse en una pura fórmula rituaría, es especialmente importante que en esta resolución se recoja esa concreción ya tamizada por la apreciación judicial, expulsándose del procedimiento, mediante la fórmula del sobreseimiento parcial si fuera preciso, aquellos hechos que carezcan de trascendencia penal.

Al mismo tiempo el Instructor habrá de resolver sobre la práctica de las diligencias a practicar, cuestión sobre la que procede hacer diversas precisiones:

Nada obsta a que el Juez se pronuncie escalonadamente sobre tales diligencias, es decir, que respecto de algunas diligencias acuerde su práctica o las deniegue y respecto de otras difiera la resolución sobre las mismas a un momento ulterior a la vista del resultado de las primeramente practicadas. En todo caso es exigible que el Instructor se pronuncie específicamente sobre cada una de las diligencias solicitadas, admitiéndolas o denegándolas, aunque lo haga en momentos posteriores. Por esa vía se puede conseguir, tal y como antes se apuntaba, que el Instructor decida inmediatamente en el mismo acto sobre la práctica de algunas diligencias -declaración de los perjudicados y del propio imputado, en su caso-,

evitándose que tales personas tengan que comparecer luego nuevamente y de forma absurda ante el Juzgado para tal diligencia, que podrá hacerse así en el mismo día de la comparecencia en un acto procesal conceptualmente distinto, aunque no exista solución de continuidad.

Además de pronunciarse sobre las diligencias solicitadas por las partes en la comparecencia o en los cinco días siguientes (art. 27.1), el Juez de Instrucción puede ordenar de oficio la práctica de otras diligencias, pero siempre ceñidas a la averiguación del hecho o hechos en que la imputación aparece concretada tras la comparecencia y a la persona o personas que tengan la condición de imputados (art. 27.3).

Si transcurridos cinco días desde la comparecencia ninguna de las partes ha solicitado diligencia alguna y se acordó ya la continuación rechazándose la posibilidad de sobreseimiento, el Instructor no puede más que acordar el traslado de las actuaciones a las acusaciones a efectos de apertura del juicio oral (art. 27.4). El Instructor sólo puede acordar de oficio, diligencias complementarias a las instadas por las partes. Pero si éstas no solicitan ninguna, no puede suplir su inactividad. Sí es posible, en cambio, como se deduce del inciso inicial del art. 27.4 que el Juez acuerde diligencias de oficio, aunque haya denegado la práctica de todas las interesadas por las partes.

V. Diligencias de investigación

a) Limitación de las diligencias de investigación procedentes

La Ley pretende imprimir celeridad a la tradicional fase de instrucción a través de diversos mecanismos que se centran básicamente en la reducción de las diligencias a practicar en los primeros tramos del proceso, propugnando como principio general que esas actuaciones se realicen en la audiencia preliminar. Para que sea procedente la práctica de diligencias en esta fase inicial no basta con que estemos ante diligencias pertinentes que no sean ni inútiles, ni perjudiciales (art. 311 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino que además es necesario a tenor del art. 27.1 de la Ley:

Que se trate de diligencias imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral.

Que no puedan practicarse directamente en la audiencia preliminar.

La Ley repudia la práctica tan extendida de convertir la fase de instrucción en un dilatado y exhaustivo acopio de datos, agotando todas las vías probatorias y, desplazando, en contra de lo que quería la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el centro de gravedad del proceso penal del juicio oral a esa desnaturalizada fase de instrucción a la que, en lo relativo a la sumariedad, sólo le queda el nombre. El legislador, tal y como hizo ya al introducirse el procedimiento abreviado, quiere salir al paso de esa praxis, lo que explica la contundencia de las expresiones utilizadas por el art. 27.1.

Ahora bien los términos literales de tal precepto han de ser objeto de una interpretación razonable que, aun permaneciendo fiel a la filosofía que lo inspira, no pierda de vista todas las finalidades de la fase de instrucción.

En efecto en esta fase no se trata tan sólo de recabar los elementos imprescindibles para decidir sobre la apertura del juicio oral, sino también de preparar tal juicio oral con actuaciones que resultan indispensables a tal fin; y, especialmente, evitar la apertura de juicios innecesarios.

Por eso la interpretación del art. 27.1 no puede ser tan rigurosa y estricta que impida en esta inicial fase la realización de diligencias tales como un dictamen pericial sobre la salud psíquica del imputado (particularmente cuando no hay dudas sobre la imputabilidad y tan sólo se discute si ésta es plena o está parcialmente mermada), o declaraciones testimoniales cuya práctica sea indispensable para fijar los perfiles de la acusación, por más que materialmente pudieran llevarse a cabo en la audiencia preliminar. Ha de resaltarse que, en rigor, el dictamen pericial psíquico no es indispensable y ni siquiera necesario ni útil para decretar la apertura del juicio oral que procederá, sea cual sea el resultado de la pericia. Sin embargo es una diligencia

indispensable para que posteriormente pueda llegarse a un enjuiciamiento correcto y aquilatado y, por tanto, es practicable en esta fase.

Por lo mismo resultaría absurdo procesalmente que mientras se están practicando en esta fase, por ejemplo, pericias complicadas y cuya finalización puede dilatarse mucho en el tiempo, no se aprovechase ese tiempo para ir practicando declaraciones testificales aduciéndose que son diligencias que pueden realizarse directamente en la audiencia preliminar para la cual, todavía puede faltar mucho tiempo, con la consiguiente pérdida de valor de esas testificales ante el transcurso del tiempo y progresivo desvanecimiento de los hechos en la memoria del testigo. Como sería igualmente absurdo que el Fiscal deba pronunciarse sobre la apertura o no del juicio oral, calificando los hechos, sin contar previamente con el resultado de los más elementales medios de prueba (declaración de los testigos presenciales). O que no se recabase la hoja histórico-penal en estos momentos, por no ser «imprescindible» para resolver sobre la apertura del juicio oral o que se dejaran para la audiencia preliminar declaraciones testificales de las que es fácil aventurar que va a derivarse la necesidad de nuevas diligencias, determinando por tanto la suspensión de tal acto procesal y la reapertura de la investigación.

Por eso, aun con el norte claro de evitar toda diligencia que tenga un mero carácter dilatorio y no sea necesaria a los fines de la instrucción, el art. 27.1 de la Ley debe merecer una interpretación que ensanche su ámbito literal excesivamente estrecho:

Por una parte, entendiendo que también pueden practicarse en estos momentos todas aquellas diligencias que, aun no siendo absolutamente imprescindibles para decidir sobre la apertura del juicio oral, son necesarias para que luego pueda procederse a un correcto enjuiciamiento (dictamen sobre imputabilidad; recabar la hoja histórico-penal; diligencias tendentes a cuantificar los perjuicios...).

De otra parte, sosteniendo que cuando la Ley habla de que sólo se practicarán en esta fase las diligencias que no puedan realizarse directamente en la audiencia preliminar, se está refiriendo más que a una imposibilidad física (a tenor de la cual cualquier declaración testifical e incluso la declaración del imputado, deberían postergarse a ese momento), a una imposibilidad jurídica, que exige una valoración caso por caso que atienda fundamentalmente a un criterio teleológico: se evitarán las diligencias cuya práctica en estos momentos y no en la audiencia preliminar vayan a suponer una dilación y retraso inútil e injustificado. Pero no habrá inconveniente legal alguno para solicitar la realización de diligencias, que aun pudiendo físicamente llevarse a cabo en la audiencia preliminar, resultan indispensables para no formular casi en el vacío los escritos de calificación. Y también aquellas otras cuya práctica en este momento no vaya a suponer dilación alguna, por poder simultanearse con la realización de otras diligencias acordadas y pendientes de practicarse. Igualmente se entenderá que son practicable en esta fase procesal aquellas diligencias que, aun pudiendo idealmente llevarse a cabo en la audiencia preliminar, es previsible que de su realización se derive la necesidad de otras diligencias. En todo caso resulta imposible formular criterios apriorísticos y habrá que estar a cada supuesto, como es lógico, para decidir cuándo es procedente practicar una determinada diligencia en estos momentos y cuándo resulta más ajustado a la ley diferirla para el acto de la audiencia preliminar.

b) Legitimación y momentos idóneos para solicitar diligencias de investigación

Aunque son temas que ya se han abordado fragmentariamente, no sobra ahora una recapitulación ordenada y ya completa de estas cuestiones.

Tanto el Ministerio Fiscal como todas las partes personadas, activas y pasivas, están legitimadas para solicitar diligencias de investigación. Y también las partes pasivas civiles, que no son expresamente mencionadas en la Ley, aunque en este caso con las limitaciones y en la forma que previenen los arts. 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 24.2).

Por prescripción del art. 27.3, el Instructor también puede acordar de oficio la práctica de otras diligencias de investigación no solicitadas por las partes si las considera necesarias y siempre que se limiten «a la comprobación del hecho justiciable y respecto de las personas objeto de imputación por las partes acusadoras».

En cuanto a los momentos aptos para la solicitud y realización de tales diligencias son los siguientes:

Al incoarse el proceso y antes de la comparecencia si se trata de diligencias inaplazables.

En la comparecencia inicial regulada en el art. 25 de la Ley.

En los cinco días siguientes a esa comparecencia (art. 27.2). El inicio del cómputo de esos cinco días se fija precisamente en el siguiente a aquel en que se llevó a cabo la comparecencia y no en la fecha de la resolución que el Instructor ha de dictar tras la comparecencia. Esos cinco días se contarán incluyendo todos los días pues en la fase de investigación, todos son hábiles.

Abierta la fase de investigación por haberse acordado la práctica de diligencias, pueden solicitarse nuevas diligencias en cualquier momento. Sería absurdo entender que los dos plazos de cinco días establecidos en la Ley son preclusivos, de forma que excluyen la posibilidad de pedir diligencias mientras vaya avanzándose en la investigación. Tales plazos tienen una finalidad bien diversa: Permitir a las partes en dos momentos distintos (el inicio de la investigación y su final) meditar sobre la necesidad de diligencias, de forma que si, transcurridos esos plazos, no se solicita ninguna, el Instructor queda obligado a clausurar la investigación.

En los cinco días (también naturales) siguientes a la práctica de la última de las diligencias ordenadas, a cuyo fin el Instructor deberá notificar a todas las partes tal circunstancia (art. 27.2). La Ley se refiere exclusivamente a la notificación pero nada impide que se efectúe aquí un traslado a las partes a efectos de solicitar o no nuevas diligencias. Es más el art. 27.4 al hablar de «nuevo traslado» da a entender que también en este trámite se puede producir una entrega material de las actuaciones (traslado que cuando existan varias partes deberá hacerse mediante copia pues ha de ser simultáneo), para que las partes se pronuncien sobre nuevas diligencias.

Si en esos cinco días alguna de las partes solicita nuevas diligencias, el Instructor deberá resolver sobre su admisibilidad y en su caso practicarlas. Si se resuelve realizar nuevas diligencias de investigación, una vez finalizadas éstas deberá notificarse nuevamente (en su caso, mediante traslado) a las partes su culminación y conferirles un nuevo plazo de cinco días para pedir nuevas diligencias o solicitar lo que a su derecho convenga.

Si en el curso de la investigación aparecen nuevas imputaciones delictivas o indicios de responsabilidad frente a otras personas no incluidas hasta ese momento en la investigación, deberá solicitarse la celebración de una nueva comparecencia en los términos previstos en el art. 28 de la Ley, en la que, lógicamente, cabrá realizar la petición de nuevas diligencias encaminadas a esclarecer esas nuevas imputaciones en la forma que ya se ha visto. Ahora bien antes de esa nueva comparecencia podrán practicarse igualmente por aplicación del art. 24.1 antes examinado las diligencias, relativas a esos nuevos hechos o imputados, cuya realización sea inaplazable.

c) Recurribilidad de las resoluciones del Instructor denegando la práctica de diligencias

Es este otro de los puntos oscuros de la Ley que merece un comentario particularizado para integrar la laguna ocasionada por la imprevisión del legislador.

Una primera vía de solución vendría dada por entender que tales resoluciones no son susceptibles de recurso por exigirlo la celeridad del procedimiento y existir ya un cauce impugnatorio específico: el planteamiento de la cuestión previa prevista en el art. 36,1, b) (vulneración del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes). Pero tales argumentos no son suficientes para negar, sin contarse con una expresa declaración legal, la impugnabilidad de una resolución judicial: el derecho a los recursos es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, y el principio del *favor actionis* impone, según ha declarado reiterada jurisprudencia constitucional. La interpretación más favorable a la posibilidad del recurso. También en el procedimiento abreviado existe un cauce específico al inicio del juicio oral para alegar la vulneración de derechos fundamentales y no por ello se

niega la posibilidad de recurrir las resoluciones del Instructor denegando la práctica de diligencias.

Por tanto, dado que la Ley no afirma expresamente la irrecurribilidad de esas resoluciones, hay que acudir al art. 24.2 de la Ley e integrar la laguna mediante la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en particular de su art. 311 (y 384.2º) que permite la interposición de apelación, tras la preceptiva reforma previa (art. 222). La apelación se admitirá tan sólo en un efecto y para su tramitación habrá que estar a lo estatuido en los arts. 225 y siguientes, resolviendo la Audiencia Provincial.

Estas observaciones conducen a otro problema sin solución expresa en la Ley. Dado que la apelación se admite en un solo efecto, lo que es lógico y natural, la tramitación del procedimiento ha de proseguir. No surgirá problema cuando el recurso de apelación sea desestimado o cuando su resolución llegue antes de que finalice esta inicial fase de investigación.

Pero sí aparecerán distorsiones si el procedimiento avanza hasta otras fases y la resolución por la que se estima la apelación llega, lo que en modo alguno es descartable según demuestra la experiencia, cuando se ha celebrado la audiencia preliminar, se ha decretado la apertura del juicio oral, se han remitido ya las actuaciones a la Audiencia Provincial o incluso ha comenzado la celebración del juicio oral.

Resulta palmario que cuando existan apelaciones pendientes de resolver se impone suspender en algún momento la tramitación del procedimiento. La aplicación analógica de la previsión del párrafo final del art. 622 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede servir de soporte a este entendimiento sin el cual el desorden procesal podría llevar a situaciones de caos procedimental que han de evitarse.

La perplejidad emerge, sin embargo, en trance de decidir cuál será el momento en que procederá esa suspensión del trámite ante la existencia de recursos de apelación pendientes de resolver. Buscar la analogía con el art. 622 de la Ley para decidir cuál debe ser ese momento no lleva a conclusiones claras ante la falta de homologación entre el procedimiento ordinario y el del Tribunal del Jurado. En aquél la suspensión se acuerda al finalizar la fase de instrucción y elevarse las actuaciones a la Audiencia Provincial y antes de que se formulen los escritos de calificación. Según resaltemos uno u otro aspecto obtendremos soluciones distintas:

Si se pone el acento en que la suspensión se acuerda antes de la formulación de los escritos de calificación, en el procedimiento de la Ley del Jurado, el trámite habrá de paralizarse hasta que se resuelvan las apelaciones pendientes, en el momento en que el Instructor debe dar traslado para calificar (art. 27.4). Esta es la solución en principio más lógica pues es la única que permite que la estimación de la apelación nunca suponga la necesidad de retrotraer las actuaciones para reiterar luego actos procesales (en este caso, los escritos de calificación).

Si se busca la semejanza en el cambio de órgano judicial competente, la suspensión habría de acordarse al llegar las actuaciones a la Audiencia Provincial (art. 34), de forma que sólo se reanudase la tramitación una vez decididos los recursos de apelación pendientes. Pero en este caso no se alcanza eficazmente la finalidad pretendida con la suspensión, pues en caso de estimación de la apelación habrá que retroceder de nuevo a la primera fase de investigación y recorrer de nuevo todos los trámites hasta la apertura del juicio oral.

Si se considera, por contra, que el punto de referencia ha de ser el auto de apertura del juicio oral, de forma que lo decisivo es que se suspenda antes de decidir sobre la apertura del juicio, tendremos que será bien después de la audiencia preliminar, bien inmediatamente antes de la misma cuando hay que decretar la suspensión de la tramitación en tanto no se resuelvan los recursos de apelación pendientes.

Todas las posiciones expuestas cuentan a su favor con argumentos y también con inconvenientes y será preciso esperar para comprobar qué solución se impone en la práctica. Desde luego lo que no es asumible es que el procedimiento entre en el acto del juicio oral con la espada de Damocles de un recurso de apelación pendiente de resolución, cuya estimación va a provocar la necesidad de retrotraer las actuaciones con anulación de diversos actos

procesales. Precisamente por ello en principio, y sin desdeñar las razones que pueden militar en favor de otros momentos, para evitar toda retroacción en el procedimiento se entenderá que cuando existan recursos de apelación pendientes habrá de suspenderse la tramitación en el momento inmediatamente anterior al trámite de calificación, suspensión que deberá acordarse por aplicación analógica del párrafo final del art. 622 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (igualmente el art. 202 de la Ley servirá para apoyar tal solicitud). Resuelta la apelación se levantará la suspensión acordando la continuación del procedimiento, si el recurso se ha desestimado, o la retroacción de las actuaciones a la fase de investigación si la resolución de la Audiencia impone la práctica de alguna diligencia de investigación por estimar que fue indebidamente denegada por el Instructor.

d) La intervención del Fiscal en las diligencias de investigación

La Ley Orgánica 5/1995 ha querido potenciar el protagonismo del Fiscal en el proceso, subrayando su presencia en el procedimiento tal y como ya había efectuado en 1988 el art. 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Fiscal ha de ser citado para todas las diligencias y actuaciones que se celebren. Esto no significa que las diligencias de investigación no puedan practicarse sin la intervención del Fiscal. Los nuevos párrafos finales de los arts. 306 y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refieren a su preceptiva intervención en las actuaciones ante el Tribunal del Jurado, pero no en las anteriores, por lo que la ausencia del Fiscal, a salvo los supuestos previstos en el inciso final del art. 646 de la Ley, no determinará en modo alguno la suspensión de la diligencia. No obstante, aun no siendo indispensable, se procurará la presencia del Fiscal en todas aquellas diligencias en que se considere conveniente (art. 319 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

VI. El trámite de calificación

a) El Traslado para la solicitud de apertura del juicio oral

El Instructor procederá a dar traslado a las acusaciones según el art. 27.4 de la Ley, en los siguientes casos:

- Cuando ninguna de las partes haya solicitado diligencia alguna de investigación ni en la comparecencia ni en los cinco días siguientes a la misma.
- Cuando haya denegado la práctica de las diligencias instadas por las partes y no haya acordado ninguna de oficio.
- Cuando hayan transcurrido cinco días desde la notificación a las partes de la práctica de la última diligencia y no se haya solicitado ninguna otra.
- Cuando el Instructor considere innecesaria la práctica de más diligencias, aun ya acordadas, a la vista del resultado de las llevadas a cabo.

El último de los supuestos es el más problemático de todos pues comporta prescindir de diligencias cuya pertinencia y necesidad se apreció judicialmente en un momento anterior. Representa por tanto una revocación tácita de un acuerdo judicial anterior.

A diferencia de lo que sucede en el procedimiento abreviado, aquí la resolución del Instructor ordenando el traslado de las actuaciones aparece como obligada y no como una alternativa al sobreseimiento. El Instructor no puede sobreseer en este momento. Tan sólo está facultado para proceder a ese traslado obligado a las acusaciones a efectos de solicitud de apertura del juicio oral. No obstante hay que afirmar la recurribilidad de este auto en reforma y queja, por más que difícilmente vayan a poder encontrarse motivos para impugnarlo dado su carácter automático, no siendo aquí trasladable en modo alguno la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en torno al auto previsto en el art. 789.5 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ahora bien, cuando por tratarse del último de los supuestos antes apuntados el auto suponga prescindir de la práctica de diligencias propuestas por las partes y admitidas, hay que sostener que estamos ante una auténtica denegación de diligencias por lo que el recurso procedente será el de apelación precedido de reforma. Especialmente si se trata de diligencias propuestas por una acusación, en la medida en que las propuestas por la defensa van a llevarse a cabo en todo caso (art. 30.1).

b) Los escritos de calificación

El traslado a las partes acusadoras para evacuar el escrito de calificación será sucesivo (art. 24.2 de la Ley Orgánica 5/1995 en relación con el art. 651 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Tras la calificación de las acusaciones, se dará traslado a las partes pasivas, comenzando por las defensas y finalizando por los terceros responsables civiles.

El escrito de calificación se ajustará a la forma descrita en el art. 650, con la salvedad de que debe ir encabezado con la solicitud de apertura del juicio oral, al modo del procedimiento abreviado.

Es importante llamar la atención sobre la necesidad de adecuar la primera de las conclusiones al enjuiciamiento por jurado, de forma que se establezcan proposiciones sencillas que puedan servir en alguna forma y con las necesarias variaciones de proyecto para la redacción del objeto del veredicto. Igualmente será indispensable que en la primera conclusión se incluyan todos aquellos fácticos que se considera indispensable debatir en el juicio oral para que el Tribunal del Jurado delibere y dictamine sobre ellos. No sólo aquellos que determinen y justifiquen la calificación jurídica realizada por el Fiscal, sino también aquellos otros secundarios que puedan servir para fundamentar posibles calificaciones más beneficiosas, previendo la eventualidad de que el jurado rechace los hechos determinantes de la calificación del Fiscal pero pueda, sin embargo, aceptar otros que determinarían también una condena, aunque por un delito distinto.

Los escritos de calificación han de contener la petición de prueba para el juicio oral, en la que es importante designar específicamente los documentos unidos al procedimiento que, deberán recibir el tratamiento de piezas de convicción (art. 34).

Igualmente y en solicitud distinta de la anterior pueden solicitarse otras diligencias para practicar en la audiencia preliminar con el fin de justificar la procedencia de apertura del juicio oral, siempre y cuando no supongan reiteración de diligencias anteriores (art. 29.4). Una interpretación conforme a la Constitución de esa limitación impone entender que no será reiteración de diligencias anteriores la solicitud de una testifical cuando se justifique cumplidamente que la declaración versará sobre extremos distintos de aquellos contenidos en su declaración anterior.

c) Solicitud de sobreseimiento del Fiscal

Si el Fiscal solicita el sobreseimiento y existen otras partes acusadoras personadas, el escrito del Fiscal deberá incluir la petición de diligencias complementarias para la audiencia preliminar: Si alguna de las partes acusadoras interesa la apertura del juicio oral se tendrá que celebrar inexcusablemente tal audiencia, debiendo prever el Fiscal tal eventualidad solicitando ya esas diligencias.

Si en esos supuestos se llega a abrir el juicio oral a solicitud de una acusación distinta del Fiscal, éste inexcusablemente, por exigirlo así su posición en el proceso penal, deberá evacuar escrito de calificación proponiendo pruebas para el acto del juicio oral. La Ley no ha previsto ningún momento para ello pero es inexcusable introducirlo pues no se puede privar al Fiscal de la posibilidad de proponer pruebas, ni se puede entrar en el juicio oral sin que el Fiscal haya fijado su posición, en este caso solicitando la absolución, plasmándola en el correspondiente escrito de calificación. Tampoco en el procedimiento ordinario se contempla ese nuevo traslado, y esa omisión nunca ha sido óbice para introducir ese trámite inevitable en estos casos.

Para esos casos el momento idóneo para realizar esa calificación es el posterior a la apertura del juicio oral.

d) La petición de acomodación del procedimiento

El art. 29.5 prevé como posible contenido accesorio de los escritos de calificación la solicitud de transformación del procedimiento. En sintonía con lo desarrollado en la Circular 3/1995 hay que tener en cuenta al respecto:

- En principio y como regla general lo deseable es que ese incidente se haya promovido ya en un momento anterior y llegue ya resuelto a esta fase del procedimiento. Por eso los señores Fiscales, atentos a la legalidad y corrección del procedimiento, en cuanto detecten que los hechos delictivos que son objeto de investigación escapan al ámbito de aplicación de este proceso especial instarán inmediatamente la transformación del procedimiento al que corresponda, entablado en su caso los pertinentes recursos de reforma y queja. En esta línea en el trámite último para pedir diligencias (los cinco días contemplados en el art. 27.4), además de comprobar si son necesarias nuevas diligencias de prueba y, en su caso, instar su realización, comprobarán si efectivamente la calificación jurídica respecto de los hechos encaja dentro de este proceso. Si no fuere así y la investigación hubiese determinado una variación en ese sentido que motive la necesidad de adecuar el proceso, harán la oportuna petición de conversión procedimental o de deducción de los correspondientes testimonios para incoar otro proceso por separado, sin esperar al trámite del escrito de calificación.

- En los casos en que, pese a la previsión anterior, sea en el trámite de calificación cuando el Fiscal constata la necesidad de acomodar el procedimiento, hay que distinguir según los casos:

a) Si el Fiscal entiende que lo procedente es la transformación a abreviado, evacuará el correspondiente escrito de calificación, solicitando por «Otrosí» la conversión, de forma que tras la audiencia preliminar se pueda actuar en la manera prevista en el art. 32.4 de la Ley.

b) Si considera que lo procedente es continuar el proceso ante el Tribunal del Jurado sólo por alguna(s) de las infracciones y deducir testimonio por otras, se limitará a calificar por aquella infracción que sea idónea para ser enjuiciada en este procedimiento (art. 29.5, párrafo último), solicitando por «Otrosí» que en el caso de que, ante la solicitud de otra parte, el Instructor acuerde la apertura del juicio oral también por los hechos por los que se ha solicitado la deducción de testimonio, se le dé nuevo traslado después del auto de apertura del juicio oral, para evacuar el escrito de calificación por tales hechos. Nuevo traslado, que será preceptivo, pese a no estar previsto en la Ley, dada la condición de parte necesaria del Ministerio Fiscal, y en la forma que se ha visto antes para los casos de apertura del juicio oral a instancia de otra acusación, habiendo solicitado el Fiscal el sobreseimiento. De nuevo hay que insistir en que la ausencia de previsión en la Ley no es obstáculo para este trámite, como no lo ha sido en el procedimiento ordinario.

c) Por fin, si el Fiscal estima que el proceso adecuado para enjuiciar los hechos es el ordinario, lo solicitará así razonadamente, sin necesidad de evacuar el escrito de calificación y sin perjuicio, en el caso de que haya otras partes acusadoras, de solicitar diligencias para la audiencia preliminar y recabar un nuevo traslado en la forma vista para el caso de que se acuerde la continuación por los trámites del procedimiento especial.

e) Tratamiento de las causas de exención del art. 8 del Código Penal

En el procedimiento abreviado (art. 790.3) está expresamente previsto el seguimiento de todos los trámites hasta sentencia a efectos de fijar la medida de seguridad o declarar la responsabilidad civil (art. 20, párrafo último del Código Penal) en los casos de las eximentes previstas en los números 1º, 3º, 7º y 10º del Código Penal (enajenación y trastorno mental transitorio, alteración en la percepción, estado de necesidad y miedo insuperable). ¿Es trasladable esta especialidad al ámbito del procedimiento del Jurado?

La respuesta exige distinciones.

- Cuando se trate de las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable, el seguimiento de todos los trámites ante el Tribunal del Jurado para decidir sobre la responsabilidad civil no tiene sentido, dado que ese Tribunal no ha de decidir sobre tal cuestión (art. 4 de la Ley) que queda residenciada en el Magistrado-Presidente. La especialidad del procedimiento abreviado no es acomodada a este proceso especial. Por tanto el Fiscal solicitará el correspondiente auto de sobreseimiento (art. 637.3º) sin necesidad de formular calificación y, de ser la única parte acusadora, el Instructor quedará vinculado a esa petición, quedando las cuestiones sobre responsabilidad civil abiertas para que puedan ser resueltas en un posterior procedimiento civil y ante la jurisdicción de tal orden. El párrafo final del art. 20 del Código Penal operará tan sólo en aquellos casos en que el juicio se abra a instancia de una

parte acusadora y la apreciación de esas eximentes se realiza en la sentencia, en contra de lo solicitado por la acusación.

- Si estamos ante alguna de las eximentes 1ª ó 3ª del art. 8, será aplicable la clásica doctrina del Tribunal Supremo a tenor de la cual la imposición de medidas de seguridad, especialmente la del internamiento, exige un previo debate en el juicio oral para dar oportunidad de defensa a la parte pasiva del proceso. En virtud de ello el Fiscal tendrá que calificar, formulando en su caso una petición alternativa, y la medida no podrá imponerse más que tras la celebración del juicio oral.

f) Resolución del Instructor tras los escritos de calificación

Después de los escritos de calificación el Instructor habrá de adoptar algunas de las resoluciones siguientes:

- Si todas las partes acusadoras han solicitado el sobreseimiento queda vinculado por tal petición, sin perjuicio de que también aquí pueda acudir a los mecanismos previstos en los arts. 642 y 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En estos supuestos es obvio que no será preciso dar traslado para calificación a las defensas dictándose con carácter previo el sobreseimiento que corresponda.

- Puede también el Instructor, a la vista de los escritos de calificación o peticiones formuladas por las partes, acordar la transformación del procedimiento sin esperar al final de la audiencia preliminar. Aunque la Ley no prevea esta resolución en este momento y si al final de la audiencia preliminar, ha de regir el criterio general (art. 780) de que la modificación del procedimiento puede hacerse en cualquier momento en que conste su procedencia, sin perjuicio de la posibilidad de los pertinentes recursos.

- Si todas las defensas de los acusados han renunciado a la audiencia preliminar (art. 30.2), decretará la apertura del juicio oral. Cuando existan terceros responsables civiles no es exigible que también esas defensas se aquieten a la apertura del juicio oral. La Ley se refiere expresamente a «la defensa de todos *los acusados*». Y la audiencia preliminar es un filtro frente a acusaciones injustificadas y no frente a peticiones de responsabilidad civil improcedentes. Los terceros responsables civiles para oponerse a esa declaración en los casos en que las defensas de los acusados hayan renunciado a la audiencia preliminar, disponen de un incidente específico que está regulado en los arts. 616 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable supletoriamente al proceso ante el Jurado.

- Por fin, cuando alguna de las acusaciones haya solicitado la apertura del juicio oral y alguna de las defensas no haya renunciado a la audiencia preliminar, procederá necesariamente la convocatoria para la audiencia preliminar.

VII. La audiencia preliminar

a) Convocatoria para la audiencia preliminar

Ha de llevarse a cabo al recibirse el escrito de calificación de la defensa, salvo que existan pendientes diligencias ya admitidas y solicitadas por la defensa, por haber adelantado el Instructor el momento del traslado para calificación (art. 27.4). Sólo en esos supuestos quedará pendiente la convocatoria hasta el momento en que se practique la última de las diligencias instadas por la defensa (art. 30.1, párrafo 1º, inciso penúltimo).

El señalamiento ha de fijarse para «el día más próximo posible» (art. 30.1).

Para la audiencia preliminar ha de citarse a las partes personadas. En cuanto al imputado bastará la citación a través de su procurador (art. 182 de La Ley de Enjuiciamiento Criminal), al no ser obligatoria su comparecencia. Cuestión distinta es que se haya propuesto como diligencia complementaria la declaración del imputado, lo que será desde luego muy infrecuente a la vista del art. 29.4.

Igualmente deben ser citados los testigos y peritos cuya declaración o informe haya sido solicitada y acordada como diligencia complementaria.

b) Resolución sobre las diligencias propuestas para la audiencia preliminar

En el mismo auto de señalamiento el Instructor deberá resolver sobre la admisión de las diligencias complementarias propuestas por las partes, siendo admisibles tan sólo las diligencias que se consideren «imprescindibles para la adecuada decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral» (art. 31.2). En consecuencia diligencias que tiendan exclusivamente a acreditar una causa de atenuación, por ejemplo, deberán ser rechazadas.

Problemático es de nuevo en este punto el régimen de recurribilidad del acuerdo del Instructor rechazando diligencias complementarias. La solución más operativa pasa por entender que dado que se trata de prueba propuesta para que sirva de base a una decisión inmediata (la apertura o no del juicio oral) hay que integrar la laguna, no acudiendo al art. 311 de la Ley que permitiría la impugnación autónoma de ese acuerdo y provocaría disfunciones procesales (con la necesidad de nueva suspensión del trámite hasta que se resuelva la apelación pendiente: art. 622, párrafo final de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la dificultad de llevar este régimen a las diligencias propuestas en la misma audiencia: art. 31.2), sino aplicando analógicamente el régimen establecido para la denegación de pruebas en fase de juicio oral (arts. 659 y 792.1, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y art. 37 d), 2º de la Ley Orgánica 5/1995): la denegación que se considera improcedente de la prueba propuesta, ha de atacarse conjuntamente con el auto de sobreseimiento o apertura del juicio oral finalmente dictado y no es recurrible autónomamente.

Esta solución es perfectamente aplicable para el caso de que se deniegue una prueba propuesta por las acusaciones, pues podrán recurrir en su momento contra el auto de sobreseimiento invocando precisamente la denegación de la diligencia propuesta para la audiencia preliminar.

Pero no encaja totalmente para los supuestos en que la diligencia denegada fue propuesta por una defensa, dado que el auto de apertura del juicio oral es irrecurrible (art. 32.2). Sin embargo la objeción se sortea si se considera que las defensas cuentan con un medio específico de ataque frente a esa denegación de diligencias complementarias, en el caso de apertura del juicio oral: el planteamiento como cuestión previa de la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 36.1 c) en relación con el art. 24 de la Constitución). De forma que en ese trámite podrán solicitar la retroacción de las actuaciones al momento de la audiencia preliminar para la práctica de esa diligencia complementaria que consideran indebidamente denegada, lo que conllevará la revocación del auto de apertura del juicio oral y la necesidad de repetir la audiencia preliminar.

No obstante la solución propuesta no es la única posible y admisible y cabe entender recurribles autónomamente tales acuerdos rechazando diligencias. Cuando el Instructor lo entienda así poniéndolo de manifiesto en la correspondiente notificación (art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), el Fiscal, dejando constancia de su posición, utilizará los recursos que se hayan indicado.

El Instructor puede acordar también de oficio la práctica de algunas diligencias complementarias. Aunque la Ley no lo dice, se deduce esa solución tanto del art. 27.3, como de la previsión del art. 32.3, a tenor de la cual, aun después de la audiencia preliminar podrá acordar diligencias de oficio. Se opondría a la lógica que no pueda adelantarse el uso de esa facultad a la misma audiencia preliminar.

c) La celebración de la audiencia preliminar

A su inicio las partes pueden proponer nuevas diligencias, siempre que sean susceptibles de ser practicadas en el acto (art. 31.2), resolviendo el Instructor en ese mismo momento.

La comparecencia comienza con la práctica de las diligencias acordadas.

A continuación se producirá un trámite de informe de todas las partes comparecidas, informe que versará sobre la procedencia o no de la apertura del juicio oral y, en su caso, sobre la adecuación del procedimiento (art. 31.3).

Es posible en la audiencia efectuar ya una primera modificación de las conclusiones provisionales con los límites que fija el art. 31.3: no caben mutaciones sustanciales del hecho justiciable ni la introducción de nuevos acusados. Ese momento puede ser especialmente apto para propiciar una calificación de conformidad por parte de la defensa, mediante la alteración, dentro de los límites legales, de la petición de penalidad. Esto determinará, siempre que estemos dentro de los límites del art. 50 de la Ley, que vengan en aplicación en el momento de remisión de las actuaciones a la Audiencia Provincial los arts. 655 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, previa ratificación del acusado, se dicte sentencia sin más trámites por el Magistrado-Presidente sin necesidad de convocar al Jurado.

Igualmente es admisible que las acusaciones a la vista del resultado de las diligencias practicadas en la audiencia preliminar retiren su acusación. Si la retiran todas las acusaciones el Instructor vendrá obligado a dictar auto de sobreseimiento, sin perjuicio, igualmente aquí, de poder hacer uso de lo establecido en los arts. 642 y 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si todas las defensas en este acto de la audiencia manifestasen su conformidad con la apertura del juicio oral, el Instructor deberá decretar ésta necesariamente (argumento: art. 30.2).

c) Suspensión de la audiencia preliminar

Mutatis mutandi son aplicables aquí las causas generales de suspensión del juicio oral contempladas en el art. 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque evidentemente pueden hacerse importantes matizaciones.

En primer lugar no es necesaria la comparecencia del imputado, por lo que su ausencia no determinará la suspensión de la audiencia.

Sí procederá la suspensión cuando no se haya logrado citar en tiempo a alguna de las partes. Sin embargo si no comparece una parte debidamente citada, no será procedente la suspensión y podrá celebrarse la audiencia. Ni siquiera si la parte incomparecida es la defensa del acusado. La audiencia es un trámite renunciante (art. 30.2) y si se puede renunciar a lo más (celebración de la audiencia), también puede renunciarse a lo menos (realización de alegaciones en la audiencia).

Ahora bien la incomparecencia de la defensa no puede interpretarse como un supuesto de aquietamiento con la apertura del juicio oral, sino únicamente una renuncia a la posibilidad de hacer alegaciones en contra de tal apertura.

Tampoco se suspenderá la audiencia por la incomparecencia de alguna de las acusaciones debidamente citada. Tampoco en ese caso puede ser interpretada esa ausencia como una renuncia a su escrito de acusación, ni como un caso de retirada de acusación o desistimiento tácito. Cuando la jurisprudencia habla de desistimiento tácito ante la incomparecencia injustificada de una acusación al acto del juicio oral (sentencias de 23 de marzo de 1971 o 92/1994, de 21 de enero ya citada), lo hace argumentando en torno a la falta de unas conclusiones definitivas que deben hacerse precisamente en el juicio oral y sin las cuales no se puede mantener la condición de parte. No es trasvasable, por tanto esa jurisprudencia a este supuesto: en la audiencia no es necesario defender la petición de apertura del juicio oral que ya está plasmada formalmente en el escrito de calificación previamente evacuado y tiene plena eficacia mientras no se revoque por la parte. Por tanto ante la incomparecencia de alguna acusación la audiencia se celebrará y el Instructor posteriormente deberá resolver sobre la apertura del juicio oral teniendo en cuenta la petición formulada por esa acusación al evacuar el trámite de calificación (de modo semejante a lo que sucede en las incomparecencias del apelante a las vistas de los recursos, que no suponen desistimiento, salvo que la Ley lo diga expresamente).

La imposibilidad de practicar alguna de las diligencias acordadas por incomparecencia del testigo o perito, sí podrá ser causa de suspensión, aunque no necesariamente: sólo en los casos en que, a la vista del resto de diligencias practicadas, tal diligencia siga apareciendo como imprescindible para decidir sobre la apertura del juicio oral (aplicándose así a este acto lo dispuesto en el art. 746.3º, debidamente modulado).

Si alguna de las partes solicita la suspensión por incomparecencia de algún testigo o perito y no se acuerda, será aplicable el desarrollo antes realizado sobre la denegación de pruebas para la audiencia preliminar: si se trata de la defensa, y se abre el juicio oral, podrá argüir esa indebida continuación como cuestión previa. Y si se trata de alguna acusación, podrá recurrir frente a la decisión de sobreseimiento invocando la no suspensión de la audiencia por incomparecencia de algún testigo.

En todo caso el Instructor podrá denegar la suspensión para acordar esa diligencia posteriormente en el trámite que abre el art. 32.3 de la Ley.

Cuando se suspenda la audiencia por incomparecencia de algún testigo, podrá acordarse su continuación en un día posterior, con declaración de validez de lo actuado, sin que rijan aquí los términos establecidos en los arts. 793.4 ó 749.1º, dado que el principio de concentración no juega aquí en igual medida. Carecería de sentido la declaración de nulidad de lo actuado y necesidad de reiteración, en la medida en que el Instructor al final va a decidir sobre la apertura del juicio oral debiendo tener en cuenta todas las diligencias realizadas, y también las hechas en momentos muy anteriores (diligencias del art. 27).

La aparición de revelaciones inesperadas podrá provocar la necesidad de suspender la audiencia y reabrir la fase de investigación al cobijo del art. 746.6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Será esa la solución que hay que dar a los casos en que las diligencias practicadas en la audiencia supongan la necesidad de introducir nuevas imputaciones, modificar sustancialmente los hechos, o investigar la posible responsabilidad penal de terceras personas no acusadas hasta ese momento (art. 31.3, inciso final).

d) Documentación del acto

La audiencia ha de documentarse por el Secretario Judicial levantando la correspondiente acta (art. 280.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Es importante que en el acta se recojan con la debida extensión y no sólo sucintamente las manifestaciones de los testigos que depongan en esta audiencia, lo que luego podrá ser decisivo a los efectos del art. 46.5 de la Ley.

e) Diligencias complementarias tras la audiencia preliminar

Pueden ser acordadas por el Instructor tal y como prevé el art. 32.3. nada impide, por tanto, que también le puedan ser sugeridas por las partes durante la audiencia preliminar, en virtud del principio a tenor del cual todo lo que el órgano judicial puede hacer de iniciativa propia, puede también serle solicitado por una parte.

El posible resultado de esas diligencias complementarias no podrá plasmarse ya en la calificación hasta el momento de la modificación de conclusiones en el acto del juicio oral.

VIII. Decisión sobre la apertura del juicio oral

En el mismo acto o en los tres días siguientes a la celebración de la audiencia preliminar o a la práctica de las diligencias complementarias que haya podido acordar el Instructor de oficio al amparo del art. 32.3, deberá pronunciarse sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (art. 32.1).

a) El sobreseimiento

Puede ser total o parcial. Igualmente puede referirse a todos los hechos objeto de acusación o solamente a algunos. En todos los casos cabrá recurso de apelación a resolver por la Audiencia Provincial, con necesidad de entablar reforma previamente (art. 32.2).

La admisibilidad del recurso en un solo efecto (arts. 217 y 223) provoca disfunciones cuando el sobreseimiento no alcanza a todos los hechos o a todos los acusados, pues ello supondría que siguiese avanzando la tramitación de la causa sin que esté todavía perfilado el objeto del proceso, que permanece a expensas de lo que se resuelva en la apelación. De nuevo hay que acudir a una interpretación integradora: los arts. 622 párrafo final y 202 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal servirán de soporte para entender que en esos supuestos hay que suspender el curso de la causa hasta que se resuelva la apelación pendiente. Por ello, pese a

que la literalidad de la ley llevaría a otra solución, será preferible acudir a la tramitación prevista para las apelaciones en dos efectos: art. 225 de la Ley Procesal Penal.

b) El auto de apertura del juicio oral

No es recurrible directamente (art. 39.2), sin perjuicio de que puede ser atacado a través de las cuestiones previas reguladas en el art. 36. Su contenido preceptivo viene establecido en el art. 33, del que conviene destacar la necesidad de fundamentación, no sólo jurídica, sino también fáctica, refiriéndose a los indicios que hacen justificable la apertura del juicio oral.

Cuando se acuerde la apertura del juicio oral a instancia de una acusación distinta del Fiscal y éste haya solicitado el sobreseimiento, es imprescindible que se dé nuevo traslado al Fiscal para efectuar la correspondiente calificación que tendrá en esos casos un sentido absolutorio. Igual procederá, tal y como se ha explicado antes, en cualquier supuesto en que el auto de apertura del juicio oral incluya hechos justiciables o personas respecto de las cuales el Fiscal, en discrepancia con otras acusaciones, hubiese solicitado el sobreseimiento. O cuando, por haber solicitado la acomodación a otro procedimiento, no hubiese calificado todos los hechos respecto de los cuales se ha abierto el juicio.

c) La acomodación del procedimiento

Puede ser acordada también por el Instructor en este momento, con la peculiaridad de que en el caso de que considere aplicable el procedimiento abreviado, dictará ya auto de apertura del juicio oral ordenando la remisión de las actuaciones al órgano competente para el enjuiciamiento, al estar ya evacuado el trámite de calificación de las defensas (art. 32.4).

d) Trámites subsiguientes a la apertura del juicio oral

Consisten en la deducción de los testimonios previstos en el art. 34.1, remisión de esos testimonios y piezas de convicción (entre las que están incluidas los documentos en sentido propio y no las diligencias documentadas), así como las piezas separadas (aunque no lo diga la Ley) a la Audiencia Provincial (o en su caso, Tribunal Superior de Justicia o Tribunal Supremo), y el emplazamiento de las partes por término de 15 días (art. 35).

En cuanto a los testimonios a deducir, plantean diversas cuestiones que por razones de coherencia y sistemática es preferible examinar en una Circular posterior al tratar de las diligencias de prueba en el acto del juicio oral.

La ausencia de todas las actuaciones practicadas durante la investigación en el órgano de enjuiciamiento obedece al deseo del legislador de alejar el peligro, ya denunciado en la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que las diligencias semanales sean hipervaloradas frente a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral. Sin embargo se ha olvidado que el examen de esas diligencias sumariales es imprescindible para otras actuaciones que han de llevarse a cabo durante la fase de juicio oral: decisiones sobre libertad o prisión; control de la eventual conformidad (art. 50); declaración de pertinencia o no de las pruebas (art. 37 d), y resolución sobre muchas de las cuestiones previas previstas en el art. 36. El Magistrado-Presidente, llamado por la Ley a decidir sobre todos esos puntos, no podrá hacerlo en la mayoría de las ocasiones sin poder examinar las actuaciones realizadas durante la fase de investigación. El sentido común impone permitir al Magistrado-Presidente reclamar del Instructor testimonios distintos de los específicamente previstos en el art. 34.1, sin perjuicio de los que las partes puedan presentar (art. 34.3) al evacuar cualquier petición.

IX. Modificaciones en la fase de investigación

a) El tratamiento de la rebeldía

La ausencia de previsiones específicas obliga una vez más a acudir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal para abordar esta situación.

Cuando el imputado sea citado y no comparezca será aplicable el art. 487 de la Ley y en su caso se desencadenarán las actuaciones necesarias para llegar a la declaración de rebeldía que se establecen en los arts. 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque esos preceptos se refieren reiteradamente al «procesado» tal terminología se explica por la ausencia de una acomodación de estos artículos a las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que fueron haciendo desaparecer el procesamiento en los procesos por delitos menos graves, tendencia que se confirma en el proceso ante el Tribunal del Jurado en el que tampoco existe auto de procesamiento. Pero no obsta esa terminología para considerar aplicable a estos procesos en que no existe procesamiento de la institución de la rebeldía. A esta interpretación se refería expresamente el Tribunal Constitucional en su Auto 291/1993, de 4 de octubre:

«... Existen buenas razones que invitan a interpretar en un sentido amplio el término "procesado" que emplean los arts. 835 y 836 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitiendo al Juzgado de Instrucción llamar y buscar por requisitoria al imputado que se encuentra en paradero ignorado, en fase de diligencias previas ex art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y antes de adoptar la decisión que regula el apartado 5 de dicho precepto».

Igual solución hay que dar a los casos de ilocalización del imputado, aunque en estos supuestos previamente habrá que acreditar el desconocimiento del paradero, librando las oportunas órdenes de averiguación de paradero (art. 178).

El auto del Tribunal Constitucional antes citado es revelador también en este punto:

«No es ocioso destacar -enseña- que la Ley no impone que la requisitoria incorpore siempre una orden de prisión, ni aún de detención, sobre la persona contra quien resultan indicaciones de culpabilidad. Los arts. 837 y 839 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrecen distintas posibilidades al Instructor, entre las que se incluye la simple citación para presentarse ante el Juzgado, bajo apercibimiento de rebeldía, y sin que sea precisa su detención o prisión».

La ausencia del imputado, ya sea por contumacia, ya por estar en ignorado paradero, no impide la celebración de la comparecencia. Sería ilógico hacer depender la apertura de la fase de investigación de la colaboración del imputado.

En la correspondiente pieza separada habrá que realizar los trámites necesarios para llegar, en su caso, a la declaración de rebeldía. pero sin que tal declaración impida continuar la investigación (art. 840 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Sí, sin embargo, deberá suspenderse el procedimiento en algún momento, pues nuestro ordenamiento procesal no consiente el enjuiciamiento en rebeldía (art. 841). La cuestión es decidir cuál será el momento adecuado para esa suspensión.

El art. 840 habla de la finalización de la fase de investigación. Si esto se combina con el criterio jurisprudencial a tenor del cual nadie puede ser acusado sin haber sido oído antes por el Juez de Instrucción (sentencias del Tribunal Constitucional 152/1993, de 3 de mayo, 135/1989, 186/1990 y 128 y 129/1993 tendremos dos posibilidades:

a) Cuando por su ignorado paradero o su ocultación no se haya podido oír al imputado en ningún momento previo, habrá que decretar la suspensión del procedimiento, previa declaración de rebeldía, en el momento en que se da traslado a las acusaciones para calificar. Llegada esa situación, siempre que lo procedente no sea solicitar el sobreseimiento (lo que no es incompatible con que puedan mantenerse vigentes unas órdenes de averiguación de paradero), el Fiscal interesará que se archive provisionalmente el procedimiento previa declaración de rebeldía hasta que el imputado se presente o sea habido de conformidad con lo establecido en el art. 840 de la Ley Procesal Penal.

b) Cuando se haya oído previamente al imputado, se podrá evacuar tal trámite de calificación por las acusaciones y la suspensión por la declaración de rebeldía sólo procederá tras la apertura del juicio oral. Salvo que, ante la no designación de letrado por el imputado, sea preciso interrumpir la marcha del procedimiento precisamente en el momento de calificación por parte de la defensa, trámite que no puede llevarse a cabo si previamente no se ha requerido al imputado para que designe un letrado que asuma su defensa técnica.

En todos los supuestos que han sido contemplados ¿deberá proveerse de letrado de oficio al imputado cuyo paradero se ignora? La cuestión es dudosa. Parece claro que llegada la

declaración formal de rebeldía o cuando conste fehacientemente la voluntad contumaz del imputado, no cabrá esa defensa mediante letrado por haberlo declarado así el Tribunal Constitucional (sentencias 87/1984, de 27 de julio o 146/1986, de 26 de noviembre). Mientras no llegue esa rebeldía, sin embargo, ante la ausencia de elección de letrado por el imputado, podría ser admisible designarle un letrado de oficio para que asista a la comparecencia y sea citado para todas las actuaciones durante la fase de investigación. Ahora bien, no parece que pueda ser exigible y absolutamente necesaria esa designación por el turno de oficio tal y como se desprende del párrafo final del art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que exige, con carácter previo a esa designación, un requerimiento al imputado.

b) El secreto sumarial

El art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es aplicable al proceso ante el Tribunal del Jurado (art. 24.2), si bien esa situación impone algunas modulaciones en la forma de la instrucción.

La declaración de secreto de las actuaciones puede haberse realizado antes de la conversión en el proceso de la Ley del Jurado en cuyo caso no existirá problema alguno. Precisamente puede suceder que sean esas diligencias practicadas con carácter secreto las que determinen la necesidad de incoación del proceso especial de la Ley del Jurado. El hecho de que esté declarada secreta la investigación no elude la necesidad de incoar este proceso en cuanto se den los presupuestos contemplados en el art. 24 de la Ley, aunque sí impone algunas peculiaridades.

Si las diligencias a practicar bajo secreto son inaplazables se realizarán con tal carácter antes de la comparecencia.

Si no tienen esa naturaleza, nada impide que se practiquen en el proceso ante el Tribunal del Jurado. E incluso nada se opone a que ya iniciado el proceso ante el Tribunal del Jurado surja la necesidad de declarar secreta la investigación.

Aquí pueden surgir dos situaciones distintas que merecen un tratamiento diferenciado:

a) Cuando la declaración de secreto sea meramente parcial y no impida el conocimiento por el imputado del objeto del procedimiento, no existirá variación alguna en los trámites interpuestos por la Ley. Sencillamente se abrirá una pieza separada para recoger esas diligencias secretas, practicadas sin intervención de las partes, salvo el Ministerio Fiscal, y a las que sólo éste tendrá acceso mientras permanezca vigente la declaración de secreto.

b) Cuando la declaración de secreto afecte a todas las actuaciones y el traslado de la imputación o la celebración de la comparecencia pueda suponer frustrar la finalidad perseguida con el secreto, hay que entender que el traslado de la imputación y la celebración de la comparecencia quedan en suspenso en tanto no se levante el secreto, al igual que en el procedimiento ordinario la comunicación ordenada en el art. 118 queda suspendida mientras existe una declaración de secreto (sentencia del Tribunal Constitucional 273/1993, de 20 septiembre). Por tanto el traslado de la imputación y la comparecencia quedarán postergados al momento en que se alce el secreto.

No empece esto a que también en estos casos sea necesario mantener los principios de este procedimiento y en particular la exigencia de que la apertura de la investigación se realice a instancia de parte, sin perjuicio de la posibilidad del Juez de practicar de oficio las diligencias inaplazables y las complementarias. Por tanto será necesario que el Fiscal realice las correspondientes peticiones en tal sentido, lo que puede hacerse efectivamente a través de una comparecencia, en la que sólo estaría presente el Fiscal, única parte a la que no afectará el Secreto. No obstante en estos casos en que existe una declaración de secreto puede carecer de sentido una comparecencia -cuya finalidad es la salvaguarda de los principios de contradicción y publicidad interna-, con la sola presencia del fiscal. Por tanto todo aconseja admitir que esas solicitudes del Fiscal se verifiquen por escrito.

Alzado el secreto, habrá en todo caso que proceder a la realización de la comparecencia.

Si, ya celebrada la comparecencia inicial, surge la necesidad de declarar el secreto para una determinada línea de investigación, se puede dictar auto declarándolo así. Ese auto puede estar también abarcado por la declaración de secreto en cuyo caso sólo se notificará al Fiscal, abriéndose pieza separada encabezada por tal auto para la realización de esas diligencias que serán puestas en conocimiento de las demás partes cuando llegue el fin del secreto. Si de esas diligencias surgen nuevas imputaciones (art. 28), la celebración de las comparecencias necesarias se llevará a cabo al levantarse el secreto.

X. Cuestiones de funcionamiento interno de las fiscalías

Resulta especialmente conveniente en los procesos ante el Tribunal del Jurado que sea un mismo miembro del Ministerio Fiscal el que realice el seguimiento completo del proceso desde su incoación hasta el acto del juicio oral, lo que se procurará, siempre que no concurren circunstancias que lo impidan.

La dinámica que informa al proceso ante el Tribunal del Jurado, muy distinta de la característica de los tradicionales procesos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal arrastra también consecuencias en orden a aspectos de organización interna de las Fiscalías, algunos tan prosaicos como el del propio diseño de las carpetillas que regula el Reglamento del Ministerio Fiscal.

En efecto, las carpetillas habituales resultan inservibles para este tipo de proceso en el que se necesitan unas carpetas más amplias que puedan dar cabida a toda la documentación que genera el proceso ante el Tribunal del Jurado (piénsese, por ejemplo, en todo lo relativo a la designación de Jurados). Muy en particular debe existir un apartado específico destinado a guardar los testimonios a que se refiere el art. 34.3 de la Ley, testimonios cuya disponibilidad en el acto del juicio es trascendental (art. 46.5).

En relación con esos testimonios es igualmente importante solicitarlos con un criterio amplio para evitar la ausencia en el acto del juicio oral de alguna diligencia de investigación debidamente testimoniada que pueda ser necesaria para la actuación del Fiscal.

En orden a la calificación, aparece como un sistema operativo, similar al ya imperante en el procedimiento ordinario, la práctica de preparar ya la minuta de calificación en el trámite de cinco días para pedir nuevas diligencias del art. 27 de la Ley. Si el Fiscal encargado del despacho del asunto considera completa la fase de investigación y no va a solicitar nuevas diligencias, deberá ya elaborar la calificación que, previo su visado, quedará en la carpetilla para ser presentada en el trámite posterior.

Esta práctica no supondrá ningún problema en los casos en que el órgano judicial efectivamente dé traslado de todas las actuaciones en el trámite de cinco días del art. 27.2, al concluirse las diligencias ya solicitadas; modalidad, que como antes se examinó, no está excluida por la Ley (art. 27.4 que habla de «nuevo» traslado). En otros casos y para hacer posible la preparación del escrito de calificación en ese momento anterior y a efectos puramente internos, se podrá suplir la ausencia de traslado físico, pidiendo, al amparo del art. 34.3, los testimonios en este trámite o en momentos inmediatamente anteriores, a medida que vayan realizándose las distintas diligencias, de forma que se pueda disponer de todas las actuaciones necesarias para calificar en ese momento. Ello, lógicamente, sin perjuicio de completar los testimonios posteriormente mediante nuevas solicitudes. Esta práctica, de otra parte, no obsta a que se pueda aquilatar en algún extremo la calificación, ya preparada, en el trámite específico para ello (art. 29).