

**LA TRAMITACIÓN DE LAS DILIGENCIAS URGENTES ANTE EL JUZGADO
DE INSTRUCCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONFORMIDAD
PRIVILEGIADA**

Juan José Pereña Muñoz

Fiscal. Fiscalía Provincial de Salamanca

El presente trabajo trata de abordar los presupuestos y requisitos necesarios, a un nivel práctico desde el punto de vista del fiscal de guardia del llamado Procedimiento Para el Enjuiciamiento Rápido de Determinados Delitos, también conocido como juicios rápidos.

En él se trata de explicar, dejando al margen algunos aspectos que son objeto de estudio en otras ponencias del curso, la obligatoriedad de la incoación de las Diligencias Urgentes, los requisitos del atestado, su ámbito penológico, la práctica de las diligencias en el servicio de guardia y, especialmente, por la mayor participación del fiscal, la fase intermedia a partir de la comparecencia del artículo 798, en función de la coexistencia o no de otras acusaciones, las consecuencias de la no presentación de escrito de acusación en el plazo fijado, problemas derivados de la responsabilidad civil y la suspensión de la ejecución de la pena.

Mención aparte, como requiere el título de la ponencia, es para la conformidad del artículo 801LECr y las soluciones a su ámbito de aplicación penológico en supuesto concreto en los que la pena en abstracto puede superar parcialmente los límites exigidos por la LECr. y por último la posibilidad y requisitos del pase de las diligencias previas a la diligencias urgentes del art 779 LECr.

1.INTRODUCCION

El Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas que regula el Título Tercero del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 795 a 803) es fruto de la reforma de la citada ley operada por la Ley 38/2002 y la Ley Organica 2/2002 ambas de 24 de octubre (B.O.E. nº 258, de 28 de octubre de 2002) que introduce en nuestro ordenamiento los que se han venido conociendo en el usus fori como juicios rápidos, expresión que, por otra parte también usa el legislador en la exposición de motivos de la ley¹.

Conforme a esa exposición de motivos la reforma obedece al *“fruto destacado del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia. Entre los muchos objetivos de dicho Pacto está el de que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal consiga «la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas». Este objetivo no admite demora y debe ser acometido con prontitud a través de una reforma parcial de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal.”*²

En este punto puede decirse que si se examina el mencionado punto 17 del pacto, que hace referencia a la jurisdicción penal, puede decirse que es el único después de diez años ha visto la luz.

Continua el legislador diciendo *“Lo cierto es que en la práctica la eficacia de los denominados «juicios rápidos» ha sido muy desigual, lo que debe en buena parte atribuirse a la configuración y limitaciones legales: su regulación como diversas especialidades dentro del procedimiento abreviado tipo y no como un procedimiento especial; la ausencia de plazos máximos de la actividad preparatoria e instructora, así como para la celebración de juicio oral cuando, al contrario, para este último se fija un plazo mínimo de diez días; la marginación de los principios de concentración y oralidad; la insuficiente concreción de las circunstancias y los delitos que podrían dar lugar a la incoación de este procedimiento, algunas limitaciones impuestas a la policía judicial, etc. De ahí que se considere necesaria una reforma legal que regule más detalladamente los mecanismos de aceleración de los procesos por delitos y que al tiempo cree nuevos expedientes procesales de aceleración de la Justicia penal. Esta nueva regulación legal, que irá acompañada de los recursos humanos y de los medios materiales necesarios, nace con vocación de producir un giro en los hábitos de nuestra Administración de Justicia, en la percepción que tiene la ciudadanía respecto de la lentitud de la persecución penal y en la aparente impunidad de los delincuentes.”*

¹ Se trata de profundizar en la vía abierta por lo que en el lenguaje forense y hasta en el lenguaje coloquial se conocen como «juicios rápidos», dando lugar en algunos casos a una justicia realmente inmediata. (entre otras)

² El punto 17 del Pacto de Estado Para la Reforma de la Justicia firmado por el PP y PSOE el 28 de mayo de 2001 recogía entre otros “Se elaborará una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoja la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que culmine el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales. La nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal abordará:

- La agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas.

Ciertamente la eficacia de los llamados juicios rápidos, que en realidad no suponían un proceso en sí mismo, sino la modificación de los artículos 790 y 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habría de tener una aplicación muy desigual, básicamente porque no existía un sistema de guardias de los juzgados regulados como hasta ahora, en especial lo referente al llamado octavo día en las guardias semanales y porque la rapidez en la tramitación de procedimientos se ve afectada por otros factores exógenos al procedimiento en sí, mismo como la carga de trabajo de los juzgados en las distintas ciudades, medios materiales, personal del juzgado etc., hasta el punto de poder afirmarse que si bien era necesaria una agilización de los procedimientos en las grandes ciudades no ocurría lo mismo en las pequeñas donde la instrucción, enjuiciamiento y fallo de los delitos dentro del Procedimiento Abreviado se realizaba en un plazo más que razonable, viéndose abocadas las fiscalías pequeñas a una reorganización innecesaria y en muchos casos causantes a los fiscales jefes de verdaderos quebraderos de cabeza en atención a los numerosos servicios de guardia a los que atender junto con los señalamientos, y presencia de fiscales en otros órganos jurisdiccionales, por no hablar de los destacamento o fiscalías de área que cuentan con un número muy pequeño de fiscales en su plantilla y sin embargo deben de atender la guardia de cada uno de los partidos judiciales de su jurisdicción.

En definitiva como señala MAGRO SERVET *“¿cuáles son las principales razones que han motivado una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando existía ya una regulación introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril? Para responder a esta pregunta debemos recordar que la implantación de los juicios rápidos se ha puesto de manifiesto en algunas localidades españolas, pero más bien por el espíritu voluntarista y comprometido de los profesionales que por otras razones, habida cuenta que la parquedad en la regulación legal del año 1992 (Ley 10/1992, de 30 de abril) conllevaba que en la práctica fueran muy pocos los partidos judiciales que estuvieran aplicando el art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a derogar ahora con la presente reforma.”*³

Por su parte el preceptivo informe del Consejo General del Poder Judicial a la ley de reforma señalaba *“Sin embargo, la reforma procesal penal proyectada, entiende este Consejo General del Poder Judicial, debe ir encaminada, no sólo a una mayor eficacia represiva, sino además: a) conseguir un plazo razonable sin dilaciones indebidas (art. 24 CE) en el enjuiciamiento de los delitos, que es un derecho fundamental del acusado y reviste especial trascendencia en el proceso penal; b) dotar de mayor eficacia a la respuesta penal ante nuevas formas de delincuencia, especialmente en medios urbanos, y en general ante las manifestaciones primarias o de gravedad intermedia, a menudo preludio de conductas delictivas de mucha mayor gravedad; c) atender mejor a los intereses de las víctimas y mejorar la prevención especial ante la reproducción hacia éstas de las conductas infractoras. Todo ello con expresa mención de que la regulación de una nueva Ley que persiga la loable aspiración de lograr una justicia más inmediata, no puede ir en detrimento de las garantías procesales ni del principio acusatorio.”*

Este va a ser sin duda uno de los equilibrios más difíciles del Procedimiento Urgente para el Enjuiciamiento de Determinados Delitos la rapidez, se podía decir que inmediatez, y el derecho de defensa de los imputados y en este punto no pude olvidarse

³ Análisis de la reforma procesal penal para la implantación de los nuevos juicios rápidos. Revista La Ley nº 3-2002

que corresponde también al Ministerio Fiscal, en un ejercicio casi esquizofrénico, velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales de todas las partes del proceso y entre ellos el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva.

En definitiva como señala la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado La preocupación por una Administración de Justicia que haga de la celeridad uno de sus principios informadores representa una constante histórica. La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción originaria (hace más de 120 años) ya incorporaba preceptos que acogían mecanismos jurídicos de aceleración, encaminados a impedir la injustificada lentitud de los procedimientos. La realidad -sin embargo- parece empeñada en transmitir la falsa idea de que la falta de celeridad es nota definitoria e inseparable del ejercicio de la actividad jurisdiccional, habiendo llegado a convertir en inaplicables algunos de aquellos enunciados legales (cfr. art. 324)

2.AMBITO DE APLICACIÓN

Como ya hemos señalado, el Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido de determinados delitos supone la introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de un nuevo proceso cuyo ámbito de aplicación lo define el artículo 795:

1. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.ª Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

2.ª Que se trate de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

b) Delitos de hurto.

- c) *Delitos de robo.*
- d) *Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.*
- e) *Delitos contra la seguridad del tráfico.*
- f) *Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.*
- g) *Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.*
- h) *Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.*

3.^a *Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.*

Comienza el precepto diciendo "sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales". Con esta expresión el legislador ha pretendido excluir, pese a que se cumplan los requisitos que se establecen a continuación en el precepto aquellos supuestos que deben sujetarse a un proceso especial. Cabe recordar aquí siguiendo a MONTÓN REDONDO⁴ entre procesos ordinarios, especiales y especialidades procesales. Los primeros son aquéllos previstos para todo tipo de hechos delictivos y se determinan atendiendo a su naturaleza o a la pena solicitada. Especiales serán aquéllos previstos para delitos muy concretos y que tienen una regulación distinta a la prevista en la LECR para los ordinarios. Finalmente, hay especialidad procedimental cuando en consideración a la persona a enjuiciar, el tipo de delito o la forma de su comisión, se regulan peculiaridades a tener en cuenta en la tramitación por el procedimiento ordinario, estas peculiaridades afectarán fundamentalmente a la fase preliminar.

Así, procesos ordinarios serían el conocido como sumario y el procedimiento abreviado, procesos especiales englobaría el procedimiento ante el Tribunal de Jurado y el proceso penal militar, en tanto que como especialidades procedimentales puede considerarse referentes al modo de proceder cuando fuere procesado un Senador o Diputado a Cortes, procedimiento por delitos de injuria y calumnia contra particulares, procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio de publicación, en la medida en la que pese a su denominación dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el Tribunal Supremo ha considerado que es de aplicación el procedimiento abreviado con las especialidades previstas en el Título Primero del Libro Cuarto.

Como dice la circular 1/2003 Estamos ante un verdadero proceso especial, lo que se deduce de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, al indicar que "...se crea un *proceso especial* para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos..."

⁴ MONTÓN REDONDO, Derecho jurisdiccional III, Proceso Penal, 11ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 497.

Por el contrario en la doctrina existen también opiniones contrarias como la de BARONA VILAR quien se plantea la cuestión y después de afirmar que existe una falta de claridad en la naturaleza de esta normativa procesal, parece inclinarse a concluir que más bien se trata de especialidades procedimentales que se complementan supletoriamente con las normas reguladoras del procedimiento abreviado, clara estaría la naturaleza de proceso especial “si se exigiera, en todo caso, que el delito que se persigue con del juicio rápido deba ser necesariamente alguno de los que se enumeran en el art. 795.1,2ª LECRIM.

Lo cierto es que su calificación como proceso o especialidad procedimental carece de trascendencia práctica.

2.1 LA DELIMITACIÓN PENOLÓGICA

El artículo 795 establece una primera delimitación en lo que se refiere a los supuestos de hecho que pueden ser enjuiciado a través de este proceso. Los mismos han de referirse a presuntos delitos cuyas penas se hallen incardinadas en los siguientes límites “ *delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía* ”.

Si comparamos este límite con establecido para el enjuiciamiento de otros delitos a través del procedimiento abreviado en el artículo 757⁵, podríamos decir que los juicios rápidos se reservan a algunos de los delitos cuyas penas están en la parte inferior del ámbito de aplicación de aquel procedimiento. Ello es consecuencia de enmiendas en su tramitación parlamentaria, pues el proyecto original preveía un tope máximo coincidente con los límites del procedimiento abreviado. Por otra parte el límite fijado coincide con el establecido en el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento de delito por parte de los Juzgado de lo Penal, dato este que no puede atribuirse a la mera casualidad.

Fijado el límite cuantitativo de la pena, ha de resolverse si esta ha de ser considerada en abstracto, es decir la que establece el tipo penal con independencia de las circunstancias que puedan concurrir y el grado de participación o ha de ser en concreto, es decir la solicitada para el caso concreto a la vista de esas circunstancias.

La Fiscalía General del Estado ya se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la consideración para delimitar la aplicación o no de los distintos procesos penal por la consideración de la pena en abstracto. Así la Circular 1/1989 sobre el Procedimiento Abreviado decía : “*La fijación de la pena que determina la competencia ha de hacerse atendiendo a la pena del tipo y no a la que resulte del juego de las reglas de la aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, i sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes. Así debe deducirse de los términos de la ley que, tanto en el artículo 14.3º como en el 779, utiliza la expresión “delitos castigados con pena”. La pena abstracta es la que sanciona el tipo, mientras que la concreta es la que castiga al responsable del mismo,*

⁵ Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

en función de las circunstancias concurrentes, por lo que ha de ser aquélla y no ésta la determinante de la competencia.”

La circular 1/2003 sobre la Reforma del Procedimiento Abreviado Y del Proceso para el Enjuiciamiento Rápido Determinados Delitos mantiene este mismo criterio *La pena a que se refiere el precepto es la **pena en abstracto**, es decir la señalada por la Ley al delito de que se trate, con independencia de la que pudiera ser solicitada por la acusación en atención a las circunstancias concurrentes (pena en concreto). En este sentido se pronunció la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 respecto del procedimiento abreviado y se ha expresado el Tribunal Supremo, creando un cuerpo de doctrina pacífico actualmente, en numerosas sentencias que han seguido el acuerdo plasmado en Junta General de 2 de octubre de 1992 (así SSTS 1044/1997, de 10 de julio y 1616/1998, de 21 de diciembre).*

En efecto, como señala la circular la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reiterada en el tiempo y se puede decir que sin fisuras.

STS de 1 de diciembre de 1997

ÚNICO.— Con amparo en el art. 849.1º de la LECRIM, formaliza el Ministerio Fiscal un único motivo de casación frente al Auto de la Audiencia Provincial en el que se inhibe en favor del Juzgado de lo Penal, por considerarse incompetente para el enjuiciamiento al encontrarse la pena concreta solicitada por la acusación dentro de los límites de las penas menos graves que contempla el art. 33 del vigente Código Penal, citándose por indebida aplicación los arts. 13, p. 1 y 4, y 33 del CP. de 1995, en relación con los arts. 14.3º y 4º de la LECRIM y 24.2 de la Constitución, en cuanto al derecho fundamental al juez predeterminado por la ley. En sentencias de 10-11-1992, 4-5, 25-10 y 12-6-1993, 8-2-1995, entre otras, esta Sala abordó y resolvió una cuestión similar a la ahora planteada —y que había motivado resoluciones contradictorias— relativa a la atribución de competencia objetiva para el enjuiciamiento por razón de la gravedad del delito en aquellos casos en los que la pena abstracta aparejada a la infracción se encontraba en dos escalas de distinta gravedad que determinaban, a su vez, la competencia de diferentes órganos jurisdiccionales —Audiencias Provinciales o Juzgados de lo Penal—, optándose en su momento por el criterio de atribuir dicha competencia a las primeras cuando la pena asociada al delito, en toda su extensión y con independencia de su grado de perfeccionamiento, grado en participación y circunstancias concurrentes, excedía de seis años. Así se decía que «para fijar la competencia, ha de estarse a la pena abstracta fijada por el tipo, y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes», llegándose a esta solución con el fin de «obtener una mayor certeza y seguridad desde el primer momento, al tiempo que se refuerza el principio de juez ordinario predeterminado por la Ley». En tal sentido, se acordó que así la competencia quedaría fijada «ab initio», con lo que se ganaría en estabilidad y certeza. Dicha doctrina jurisprudencial, elaborada en el marco del anterior Código Penal, se reiteró por idénticos fundamentos en la sentencia de 10-7-1997 a la hora de plantearse la competencia objetiva de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados de lo Penal —contemplada en el art. 14.3 y 4 de la LECRIM, en relación con los art. 13 y 33 del vigente Código Penal —, cuando la pena abstracta con la que se castiga al autor del delito —y con independencia de la petición concreta de pena formulada por la acusación— viene

comprendida tanto en la relación de penas menos graves como en la de las graves, correspondiendo la competencia para el enjuiciamiento a las Audiencias Provinciales en los casos en que la pena abstracta aparejada al delito tenga la calificación legal de grave.

STS de 23 de octubre de 1997

El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal plantea nuevamente ante esta Sala el principio constitucional del juez predeterminado por la ley. Frente a la interpretación sostenida por el auto impugnado, determinando la competencia para el enjuiciamiento por la pena concretamente solicitada por la acusación, el Ministerio Fiscal mantiene que la determinación de esa competencia objetiva deberá deducirse de la penalidad abstractamente señalada en el tipo penal objeto de la acusación sin tener en cuenta el grado de participación o de ejecución del hecho delictivo y las circunstancias personales concurrentes en el acusado determinantes de una atenuación de la responsabilidad criminal. Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el motivo de oposición en una reiterada jurisprudencia (STS 8 febrero 1995, 16 febrero 1996... y, recientemente tras la promulgación del nuevo Código penal, en STS 10 julio 1997) integrando un criterio jurisprudencial firme y consolidado que en esta sentencia se ratifica con los mismos argumentos que los mantenidos en la S 10 julio 1997: «Esta Sala ya se ha pronunciado en numerosas ocasiones a favor de la penal abstracta fijada por el tipo, y no a la que resulte del juego de las reglas de la aplicación de la pena, sea por el grado de perfeccionamiento, sea por el grado de participación atribuible, sea por la naturaleza o el número de las circunstancias concurrentes (cfr. SS 10 noviembre 1992, 4 mayo 1993, 25 octubre 1993, 8 febrero 1995, 19 febrero 1996, 19 septiembre 1996, entre otras muchas). Solución que de acuerdo con las numerosas sentencias mencionadas, otorga un mayor grado de seguridad y un mejor cumplimiento del principio del juez predeterminado por la ley, principios constitucionales que esta Sala ha de respetar y potenciar en su función unificadora del ordenamiento jurídico, opción que se estima más correcta en cuanto la competencia «ab initio», y, por consiguiente, se eliminarían las posibles maniobras fraudulentas encaminadas a forzar la repetición de la vista oral ante otro órgano jurisdiccional distinto, lo que se produciría lamentablemente, con frecuencia si se deja en manos de las partes acusadoras tan amplio margen de discrecionalidad. Y esta doctrina en modo alguno queda desvirtuada por la nueva redacción del art. 14. 3 LECRIM. Tanto en la redacción precedente como en la vigente del citado precepto, el punto de referencia sigue siendo el delito cometido, es decir, hay que atender a la pena señalada al delito para decidir si se trata de un delito grave o menos grave y tras la reforma la competencia de la Audiencia Provincial o del Juzgado de lo penal se determina en función de si el delito está castigado en la correspondiente figura delictiva con pena superior o no a 3 años».

Para la fijación de la competencia se atenderá al límite superior de la pena, de suerte que si parte de esta queda fuera de los cinco años, v gr. art. 368 para sustancias que causan grave daño a la salud, prisión de tres a seis años, no le será de aplicación este procedimiento. Tampoco lo será en los supuestos en que la pena de prisión sea inferior a los cinco años y sin embargo las penas no privativas de libertad excedan los límites de los 10 años.

Es también pacífico en doctrina y jurisprudencia que para la aplicación del procedimiento de los juicios rápidos en ningún caso han de sumarse las penas, bien porque hubiere varias o bien porque fuera más de uno los delitos cometidos.

Problema distinto son aquellos supuestos que se hallan comprendidos dentro de los límites del artículo 795, pero facultativamente se puede solicitar o imponer una pena superior con la consecuencia de exceder esos límites. En estos caso la circular 1/1989 establecía el siguiente criterio *“Por el contrario, cuando se trate de modificación facultativa de la pena tipo, elevándola o disminuyéndola en grado a criterio de la acusación o del Tribunal, esto es, siempre que la Ley utiliza el término «podrá» u otro análogo (así artículos 344 bis último párrafo o 506, último párrafo, para la potestad agravatoria; o la del 318 en relación con los delitos de falsedad, para la degradatoria) ello no modifica sin más las reglas de la competencia objetiva, fijada estrictamente en función de la pena del tipo y no de las facultades que pueda o no ejercer el Tribunal, sin merma del derecho de las acusaciones para hacer uso de la facultad de pedir otra pena cuya cuantía debe determinar el cambio de la competencia por cuanto el último párrafo del art. 790.7 dispone que si la pena a solicitar definitivamente excediera de la competencia del órgano que está conociendo, se dictará auto acordando la inhibición con remisión del proceso al Tribunal competente y norma análoga contiene, ya dentro del juicio oral el art. 793.8; y de la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga pena de menor gravedad, haciendo uso de la potestad legal de rebajarla en grado; aunque sí le estará vedado hacer uso de la potestad legal de elevarla, si previamente no lo han hecho las acusaciones en su calificación definitiva En suma, cuando es la ley la que fija una pena agravada construyendo un subtipo, es esa pena la determinante de la competencia, pero cuando la imposición de la pena agravada sea una mera facultad del juzgador, éste no puede, utilizando esa facultad, alterar los términos de la competencia objetivamente determinada si previamente las acusaciones no han hecho a su vez uso de dicha facultad. Solicitando pena que exceda de la competencia de aquél.”*

Es decir, si la elevación de pena es preceptiva necesariamente el delito ha de quedar fuera del ámbito del procedimiento abreviado, en tanto que si esta elevación es facultativa no lo excluye.

Sin embargo esta tesis no es aplicable al Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido de Determinados Delitos y ello porque el criterio que establece la circular 1/1989 hace referencia a la competencia del juzgado de lo Penal o de la audiencia Provincial para el enjuiciamiento de los hechos, pero en cualquier caso éstos quedarían dentro del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, variando únicamente el órgano del enjuiciamiento.

No ocurre así el supuesto de los juicios rápidos, puesto que si hemos sostenido que se trata de un verdadero proceso, la mera posibilidad de imponer una pena que excede de los límites establecidos en el artículo 795 conllevaría necesariamente no sólo una posible modificación en el órgano de enjuiciamiento, sino también un cambio en el proceso que obligaría normalmente a la incoación de diligencias previas. Por tanto en evitación de estas consecuencias ha de considerarse ab initio, que en los casos en que exista una posibilidad que aunque sea facultativa de elevación de la pena que exceda de

esos límites quedará excluido del juicio. Así lo entiende también la circular 1/2003⁶ al no seguir el mismo criterio de la 1/1989.

El mismo criterio habrá de tenerse en cuenta en los supuestos de disminución de la pena, si partimos de una pena que excede de lo establecido en el artículo 795 y facultativamente puede ser rebajada en uno o dos grados hasta quedar dentro de este ámbito, el delito ha de quedar fuera del ámbito de los juicios rápidos. Por el contrario si la rebaja es preceptiva no existiría impedimento legal para la aplicación del procedimiento de juicio rápido.

En cualquier caso es más una discusión teórica que práctica, puesto que este tipo de delitos difícilmente pueden considerarse de fácil tramitación o finalizarse su instrucción durante el período de guardia, si bien no le impediría una hipotética aplicación de lo dispuesto en el artículo 779.5 de la ley de Enjuiciamiento Criminal⁷

3. EL MODO DE INCOACION DE LOS JUICIOS RAPIDOS

3.1 EL ATESTADO

De las diferentes formas de llegar la noticia criminal al juzgado de instrucción, véase a través de querrela, denuncia ya sea de persona agraviada, de tercero o del ministerio fiscal, el artículo 795 solamente admite como posibilidad para incoar las diligencias urgentes que el conocimiento del hecho delictivo llegue al juzgado de instrucción a través del atestado policial.⁸

Llama la atención no tanto que se exija que las diligencias urgentes sean consecuencia de un atestado, sino que se excluya de la posibilidad de las mismas la denuncia del Ministerio Fiscal y las diligencias de investigación del mismo, máxime cuando gozan de presunción de veracidad y estando el Ministerio Fiscal obligado a respetar los principios de legalidad e imparcialidad y si bien es cierto que en la actualidad la actividad de investigación de los miembros del Ministerio Fiscal es escasa, creemos que eso no es óbice para su exclusión de la posibilidad de la incoación de las diligencias urgentes, máxime cuando gran parte de esa actividad investigadora estaría ya realizada, siendo ágil y rápida su tramitación en el juzgado y teniendo El Ministerio Fiscal la posibilidad de ordenar a la policía judicial la detención de una persona para su comparecencia en el juzgado al tiempo que se remite la denuncia, llenándose así los requisitos que veremos a continuación y ciertamente resulta contradictoria esta exclusión cuando en la exposición de motivos de la ley orgánica 38/2002 viene a anunciarse «la participación activa del Ministerio Fiscal, que cobra un destacado

⁶ En concreto, el caso señalado -agravación facultativa de la pena- puede presentarse en la práctica en el delito masa (art. 74.2 CP) en la medida en que es preceptiva la imposición de una pena superior, siendo sin embargo facultativo que el incremento sea de uno o dos grados. Si la pena superior en un grado entra dentro del límite del art. 795, pero la superior en dos grados la desborda, no será procedente la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido.

⁷ Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.

⁸ siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial

protagonismo y, por tanto, asumirá, junto con los Juzgados de instrucción, una particular responsabilidad en la eficacia de la reforma».

La exigencia de que las diligencias urgentes se inicien en virtud de atestado policial no se colma con la llegada al juzgado de cualquier atestado, sino que es necesario que junto con el atestado se lleve a la persona detenida como presunto autor de los hechos contenidos en el mismo o al menos que haya sido citada por la propia policía para su comparecencia durante la guardia ante el juez instructor, ello excluye de la incubación de las diligencias urgentes todos los supuestos de autor desconocido, pudiendo plantearse la posibilidad de incoarlas en los supuestos en los que pese a que en un primer momento cuando se entrega el atestado en el juzgado no se conoce o no se ha detenido al autor de los hechos, sin embargo se logra hacerlo durante el período de la guardia, especialmente en aquellos juzgados en los que la guardia es de periodicidad semanal, si bien ello supondría la transformación del procedimiento, puesto que nada más llegar el atestado al juzgado existe el deber de registrarlo e incoar las diligencias previas.

La reforma de los juicios rápidos operada por la ley 38/2002 no introdujo ninguna particularidad sobre los requisitos y supuestos de detención por lo que habrá que estar a las reglas generales que se establecen en el capítulo segundo del título sexto del libro segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin poder olvidar que, como veremos más adelante, en la mayoría de los casos la detención o la citación para su comparecencia el juzgado vendrá ligada a la flagrancia del hecho.

Por último el atestado ha de colmar las exigencias que para la policía judicial establece el art. 796 de la LECR. en materia de citaciones, informes periciales, etc que consideramos de naturaleza preprocesal y sobre los que no vamos a detenernos al no ser objeto de estudio en el tema de esta ponencia.⁹

⁹ En relación al valor probatorio del atestado la doctrina constitucional se resume en los siguientes puntos:

1) Solo puede concederse al atestado valor de autentico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de Policía firmantes del mismo (SSTC. 100/85, 101/85, 173/85, 49/86, 145/87, 5/89, 182/89, 24/91, 138/92, 301/93, 51/95 y 157/95). En consecuencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia la sentencia condenatoria que se dicte sobre la única base del atestado policial no ratificado (SSTC. 173/85, 182/89, 303/93).

2) No obstante lo anterior, el atestado tiene virtualidad probatoria propia cuando contiene datos objetivos y verificables, pues hay partes del atestado, como pueden ser planos, croquis, huellas, fotografías que, sin estar dentro del perímetro de las pruebas preconstituidas o anticipadas, pueden ser utilizadas como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes (SSTC. 132/92, 157/95). Asimismo cuando los atestados contienen determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes policiales -por ejemplo, el test alcoholímetro- y que no pueden ser reproducidas en el acto del juicio oral, es posible considerar dichas pericias como actividad probatoria, a título de prueba pericial preconstituida, siempre y cuando el atestado se incorpore al proceso y sea debidamente ratificado (SSTC. 100/85, 145/85 y 5/89).

3) Por último, en cuanto al carácter de prueba documental del atestado policial cabe precisar que el atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en los supuestos en los que los agentes policiales que intervinieron en el atestado presten declaración en el juicio oral, las declaraciones tienen la consideración de prueba testifical (STC. 217/89, SSTs. 2.4.96, 2.12.98, 10.10.2005, 27.9.2006). Sólo en los casos antes citados -planos, croquis, fotografías, etc.... el atestado policial puede tener la

Únicamente señalar que ese catalogo de diligencias no puede considerarse como cerrado y así lo hace la circular 1/2003 , “la enumeración que el art. 796 LECrim contiene, referido a aquellas actuaciones que han de practicarse en sede policial, no puede concebirse como una enumeración cerrada. El legislador se ha ocupado tan sólo de aquellas diligencias que aconsejan una adaptación de su formato tradicional al principio de celeridad que impregna la nueva regulación. Sin embargo, no afecta al régimen general previsto para otras diligencias que no han sido objeto de tratamiento específico en aquel precepto. Así lo indica con claridad el propio texto legal cuando anuncia que tales diligencias habrán de ser practicadas "...sin perjuicio de cuanto se establece en el Título III del Libro II y de las previsiones del capítulo II del Título II de este libro..." (art. 796.1)”.

3.2 QUE SE TRATE DE DELITOS FLAGRANTES.

Una vez remitido el atestado al juzgado el artículo 795 de la ley de enjuiciamiento criminal recoge, con carácter alternativo, para incoar El Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido de Determinados Delitos tres requisitos, siendo el primero de ellos que se trate de delitos flagrantes.

Este es, sin duda, uno de los aspectos que menos problemas plantea, habiendo tenido además la ley la brillante idea de incorporar una interpretación auténtica del término fragancia *“A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”*

Tradicionalmente, se ha venido considerando el término fragancia o delito flagrante no como una clase de delitos determinados, sino aquel en que el delincuente es sorprendido en el momento de la comisión del mismo, dicho en términos coloquiales "con las manos en la masa". El diccionario de la Real Academia de la Lengua en sus acepciones define flagrante como “Que se está ejecutando actualmente” y también " En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir". No cabe duda de que el concepto jurídico es más amplio que el concepto gramatical en la medida en que la fragancia no se circunscribe sólo al momento en que el delincuente es sorprendido en el acto sino también a aquel que después de ser sorprendido intenta huir y es perseguido inmediatamente después del hecho y sin ser perdido de vista.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 noviembre 1993, porque se declaraba inconstitucional el artículo 22.1 de la ley de seguridad ciudadana, conocida en este aspecto coloquialmente como la patada en la puerta, hace un estudio del concepto de fragancia en nuestro derecho *“a los efectos constitucionales que aquí importan no procede asumir o reconocer como definitiva ninguna de las varias formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales, que de la fragancia se han dado en nuestro ordenamiento, pero lo que sí resulta inexcusable -y suficiente, a nuestro propósito-*

consideración de prueba documental, siempre y cuando, como hemos subrayado, se incorpore al proceso respetando en la medida de lo posible los principios de inmediación, oralidad y contradicción (STC. 173/97 de 14.10).

reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es "sorprendido" -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito"

El artículo 795 da la definición de delito flagrante "a estos efectos", lo que en principio debe ser interpretado como que el concepto de flagrancia que aquí se da es solamente de aplicación a los efectos de la incoación de las diligencias urgentes, sin embargo esta definición ha sido también reconocida por el Tribunal Supremo para la flagrancia en otro tipo de procedimientos y delitos, en este sentido STS el 30 junio 2010 " *Teniendo en cuenta la definición legal de delito flagrante incorporada por el artículo 795.1.1ª LECrim. (Reforma llevada a cabo por la Ley 38/02, que entró en vigor el 28/04/03), la Jurisprudencia viene exigiendo las siguientes notas para estimar su presencia: en primer lugar, la inmediatez de la acción que se esté cometiendo o se haya cometido instantes antes, es decir, la actualidad en la comisión del delito o su inmediatez temporal, lo que equivale a que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo, aunque también se ha considerado cumplido este requisito cuando el delincuente sea sorprendido en el momento de ir a cometerlo o en un momento posterior a su comisión; en segundo lugar, la inmediatez personal, que equivale a la presencia de un delincuente en relación con el objeto o instrumento del delito, lo que supone la evidencia de éste y de que el sujeto sorprendido ha tenido participación en el mismo, de forma que aquélla puede resultar de la percepción directa del delincuente en el lugar del hecho o bien a través de apreciaciones de otras personas que advierten a la policía que el delito se está cometiendo, en todo caso, la evidencia solo puede afirmarse cuando el juicio permite relacionar las percepciones de los agentes con la comisión del delito y/o la participación de un sujeto determinado prácticamente de forma instantánea, y si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente no puede considerarse un supuesto de flagrancia; y en tercer lugar, la necesidad urgente de la intervención policial, de tal modo que por las circunstancias concurrentes se vea impelida la policía a intervenir inmediatamente para evitar la progresión delictiva o la propagación del mal que la infracción acarrea, la detención del delincuente y/o la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial (recientes S.S.T.S., además de los precedentes citados en las mismas, 181/07 o 111/10).*

En definitiva, se exige para la concurrencia la flagrancia:

Inmediatez temporal, ser sorprendido en el momento de la comisión.

Inmediatez personal, presencia del delincuente.

Necesidad urgente de intervención policial o de terceros para evitar la consumación del delito

Del tenor literal de la definición de flagrancia parece exigirse que el delincuente no se ha perdido de vista en ningún momento, por lo que hemos de plantearnos qué sucede en los puestos en que en la huida es perdido temporalmente de vista pero posteriormente y sin duda alguna vuelve a ser avistado por los agentes de policía intervinientes en la persecución. Aun cuando pueda considerarse que no se reúnen los requisitos de la definición de flagrancia, sin embargo dado el carácter alternativo de los tres requisitos que se contemplan en el citado artículo 795, nada impediría incluirlo en los supuestos en los que se presume una tramitación sencilla del procedimiento.

3.3 LOS DELITOS ESPECÍFICOS.

El número dos del artículo 795 prevé la aplicación del procedimiento para el cemento rápido de determinados delitos. En este catálogo de delitos no se exige ni la flagrancia ni la presunción de una instrucción sencilla. Sin embargo este último caso ha de darse necesariamente en la medida en que las diligencias urgentes han de estar finalizadas antes de acabar el período guardia en el mejor de los casos será de una semana.

Se trata de un catalogo de delitos que pueden clasificarse en delitos de lesiones, contra la propiedad incluida la propiedad intelectual e industrial y delitos contra la seguridad del tráfico, hoy seguridad vial.

En su primera redacción el artículo 795 contemplaba los siguientes delitos:

- a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 153 del Código Penal.
- b) Delitos de hurto.
- c) Delitos de robo.
- d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.
- e) Delitos contra la seguridad del tráfico.

El catalogo fue ampliado posteriormente en la reforma del Código Penal de la LO 15/2003 que incluyó las letras f) g) y h).

- f) Delitos de daños referidos en el art. 263 CP.
- g) Delitos contra la salud pública previstos en el art. 368.2 CP.
- h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los arts. 270, 273, 274 y 275 CP.

Como señala FLORES PRADAS¹⁰En conjunto, podemos calificar este presupuesto como claramente desacertado por dos razones: en primer lugar porque, concurriendo cualquiera de los otros dos presupuestos del art. 795.1, estos delitos, y otros, pueden tramitarse conforme al procedimiento de juicios rápidos sin necesidad de especificación tipológica. En segundo lugar, porque de no concurrir alguno de los otros dos presupuestos (flagrancia o previsión de instrucción sencilla) difícilmente podrá tramitarse el enjuiciamiento de estos delitos por los trámites de los juicios rápidos. En suma, lo que viene a sentar este presupuesto es que, presentando atestado policial por cualquiera de los delitos señalados, y estando detenido o citado el presunto responsable, podrán incoarse diligencias urgentes aunque tales delitos no sean flagrantes o la instrucción no sea presumiblemente sencilla, lo que es en sí mismo contradictorio con el objetivo y estructura del juicio rápido. Tal efecto es el producto de una inadecuada

¹⁰ LOS NUEVOS PROCESOS PENALES. EL JUICIO RAPIDO

ordenación de los presupuestos, habiéndose configurado como alternativo un requisito necesario y general como es la sencillez de la investigación.

La inutilidad del presupuesto parece, pues, evidente ya que, en la práctica, sólo serán objeto de enjuiciamiento rápido aquellas conductas en las que, con independencia de la selección contenida en la circunstancia segunda del art. 795.1, concurren efectivamente la flagrancia o sencillez de la investigación. De ahí que la inclusión de una lista de tipos pueda resultar engañosa, o peor aún perturbadora si lo que se pretende es promover el juicio rápido por todos los delitos específicamente previstos con independencia de la previsible sencillez de la investigación.

3.4 LA SENCILLEZ EN LA INVESTIGACIÓN.

El tercer requisito alternativo es la sencillez en la investigación, que el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recoge como una previsión de futuro *Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.*

Se trata de un requisito que permite incluir en la tramitación de los juicios rápidos cualquier tipo de delito, sea flagrante o no, esté incluido en la lista del artículo 795 o no, siempre que no supere el límite cronológico establecido para la incoación de este procedimiento. En cualquier caso, conviene no olvidar que no todo tipo de delitos por el hecho de presumir una instrucción sencilla será incluíble en los juicios rápidos, sino que deberá tratarse de delitos recogidos en un atestado y con la detención del culpable por su citación para comparecer ante el jurado de guardia.

Será por tanto juez de guardia, quien a la vista del atestado que le remita la policía judicial hará una primera valoración sobre la sencillez en la investigación y en virtud de esta incoará diligencias previas o diligencias urgentes. Si tal previsión resultare errónea, siempre queda la facultad prevista en el artículo 798.2 ¹¹

En definitiva, la clave para determinar cuando la instrucción puede ser sencilla la da el artículo 799.1 LECR *Las diligencias y resoluciones señaladas en los artículos anteriores deberán ser practicadas y adoptadas durante el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción.* Serán, en definitiva delitos cuya instrucción se prevea sencillos aquellos cuyas diligencias necesarias para formular acusación puedan ser tramitadas durante el servicio de guardia.

4. EXCLUSIONES AL ÁMBITO DE APLICACIÓN.

¹¹ En el caso de que considere insuficientes las diligencias practicadas, ordenará que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado. El Juez deberá señalar motivadamente cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible.

4.1 DELITOS CONEXOS.

2. El procedimiento regulado en este Título no será de aplicación a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que fueren conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior.

Pese a que la redacción pueda inducir a error la consecuencia de la conexidad con un delito que quede fuera del ámbito de los juicios rápidos ha de ser, no la ruptura de la conexidad, sino la tramitación por el procedimiento ordinario que corresponda de todos los delitos. Por el contrario será de aplicación el procedimiento de juicios rápidos a aquellos supuestos en que todos los delitos y/o faltas conexas tengan cabida en este procedimiento.

4.2 SECRETO DE LAS ACTUACIONES

3. No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302 .

Parece obvio que la tramitación de aquellos procedimientos en que se decrete el secreto de las actuaciones se va a tratar de delitos graves, en muchos casos por encima de los límites penológicos del artículo 795 LECR y en todos ellos de una tramitación complicada e imposible de completar en el curso de una guardia y, desde luego resulta difícil entender que se dé un secreto de sumario para una semana o que el atestado reúna los requisitos del mencionado artículo.

5. LA TRAMITACION DE DILIGENCIAS EN EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

5.1 LA COMPETENCIA DEL JUZGADO DE GUARDIA.

El artículo 797 LECR atribuye la competencia para la incoación de las diligencias urgentes al juzgado de guardia que reciba el atestado con los requisitos del artículo 795 independientemente del momento o día en que se cometieron los hechos

Tras un regular el artículo 796 de la LECR las actuaciones de la policía judicial, en el artículo 797 se recoge el inicio de las actuaciones puramente procesales ante el juzgado de guardia. Como ya hemos dicho anteriormente el Procedimiento Para El Enjuiciamiento Rápido Determinados Delitos, tiene la naturaleza de un verdadero proceso penal y en consecuencia habrá de ser obligatorio si se dan los presupuestos y requisitos que recoge el artículo 795, es por ello que el artículo 797 establece con carácter preceptivo que el juez " incoará" si procede las diligencias urgentes. Ha de entenderse como obligatorio la incoación y el término si procede relativo al cumplimiento de los presupuestos necesarios. Esta obligatoriedad contrasta con lo establecido por la ley 10/1992 de medidas urgentes de reforma procesal, que estableció los juicios rápidos con un carácter facultativo en su artículo 790 al disponer que «tan pronto como el juez de Instrucción considere que existen elementos suficientes para formular la acusación por haberse practicado, en su caso, las diligencias a que se refiere el apartado 3 del art. 789, el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y partes

acusadoras podrá efectuarse de manera inmediata, incluso en el propio servicio de guardia»

Contra tal auto no se dará recurso alguno. Esta es la pauta que va a seguirse a lo largo de todo el procedimiento, el sacrificio de la posibilidad de recurso en aras de la celeridad del procedimiento. Cabe preguntarnos cuál sería la respuesta en el caso de que se dictara un auto incoando diligencias urgentes y éstas estuvieran fuera del ámbito previsto por el artículo 795 de la LECR. Dada la ausencia de la posibilidad de interponer el recurso ordinario de reforma o apelación, entendemos que la única posibilidad es la interposición de un recurso de nulidad por quebrantamiento de las garantías esenciales del procedimiento, a los efectos de proceder en su caso a la interposición del recurso de amparo ante el tribunal constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial.

Por otra parte la peculiaridad de que las diligencias urgentes han de tramitarse durante el periodo de la guardia (art. 799 LECR) hace que estemos ante un tipo de procedimiento que puede tener diversos plazos, siendo en este punto fundamental el sistema de distribución de las funciones de guardias que hace el acuerdo reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a los servicios de guardia¹². «Artículo 48

1. En los partidos judiciales con cuarenta y cinco o más Juzgados de Instrucción el servicio de guardia se prestará con periodicidad diaria, y estará atendido por cinco Juzgados de Instrucción en servicio de guardia ordinaria de veinticuatro horas, con las funciones que establezcan las normas de reparto, y por un Juzgado de Instrucción constituido en servicio de guardia de enjuiciamiento de faltas, en horario de nueve a veintiuna horas, de lunes a viernes, exclusivamente para el enjuiciamiento inmediato de faltas. Las Salas de Gobierno, a propuesta de las Juntas de Jueces, aprobarán las normas que permitan la recuperación de los señalamientos que corresponderían a los sábados y domingos.

2. En los partidos judiciales con treinta y tres o más Juzgados de Instrucción, hasta cuarenta y cuatro, el servicio de guardia se prestará por cuatro Juzgados de Instrucción en servicio de guardia ordinaria de veinticuatro horas, con las funciones que establezcan las normas de reparto, y por un Juzgado de Instrucción constituido en servicio de guardia de enjuiciamiento de faltas, en horario de nueve a veintiuna horas, de lunes a viernes, exclusivamente para el enjuiciamiento inmediato de faltas. Las Salas de Gobierno, a propuesta de las Juntas de Jueces, aprobarán las normas que permitan la recuperación de los señalamientos que corresponderían a los sábados y domingos.

¹² En palabras de Ángel Juanes Peces El Acuerdo reglamentario del que estamos hablando participa de las siguientes características:

- a) Es un Reglamento general, con suficiente abstracción, con la finalidad de ser válido para cualquier partido judicial, aunque en ocasiones resulta casuístico.
- b) Es supletorio, en el sentido de que, como regla general, remite al autogobierno de juntas de jueces y salas de gobierno de los correspondientes TSJ, con la finalidad de atender las especificidades que en cada caso se presenten.
- c) Es provisional, toda vez que el propio Reglamento contempla su propia revisión después de dos años y la posibilidad de adaptaciones singulares (art. 46)

En estos casos, el plazo para la realización de las diligencias urgentes será pues de 24 horas y, sin duda será de vital importancia para la práctica de diligencias la hora del día a la que se reciba el atestado.

Artículo 49

3. Los Juzgados que presten servicio de guardia ordinaria, además de las funciones propias de dicho servicio, tramitarán los procedimientos de enjuiciamiento urgente de determinados delitos, regulados en el título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y dictarán las sentencias de conformidad a que hace referencia el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«Artículo 53

1. En los partidos judiciales con trece o más Juzgados de Instrucción el servicio de guardia estará atendido por dos Juzgados de Instrucción en funciones de guardia ordinaria, con periodicidad de cuarenta y ocho horas, y por un Juzgado de Instrucción constituido en servicio de guardia de enjuiciamiento de faltas, con periodicidad diaria, exclusivamente para el enjuiciamiento inmediato de faltas, en horario de nueve a diecinueve horas, de lunes a viernes.

2. Los dos Juzgados de guardia ordinaria entrarán en servicio en días sucesivos, de manera que cada uno de ellos prestará una primera guardia de detenidos, de nueve a veintiuna horas, y el día siguiente prestará servicio de guardia de diligencias, de veinticuatro horas, de nueve a nueve horas. La distribución de funciones se determinará en las normas de reparto.

Estos Juzgados atenderán la guardia ordinaria, tramitarán los procedimientos de enjuiciamiento urgente de determinados delitos que se incoen durante la guardia ordinaria y dictarán las sentencias de conformidad a que hace referencia el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este supuesto no resulta claro si el plazo para la práctica de las diligencias urgentes es de 24 horas, periodo de práctica de diligencias o de 48 horas, periodo de guardia. Parece más acorde con el tenor literal del artículo 799, así como con la posibilidad real de realización de juicios rápidos el considerar que el plazo será de 48 horas, pero sin embargo choca con el hecho de que en el art. 55 del referenciado acuerdo establece claramente 24 horas en los supuestos de partidos con diez o más juzgados de instrucción, si bien habrá que estar al usus fori.

«Artículo 55

1. En los partidos judiciales con diez o más Juzgados de Instrucción el servicio de guardia se prestará por un Juzgado de Instrucción en servicio de guardia ordinaria de veinticuatro horas, y por un Juzgado de Instrucción constituido en servicio de guardia de enjuiciamiento de faltas, exclusivamente para el enjuiciamiento inmediato de faltas, con periodicidad diaria, en horario de nueve a diecinueve horas, de lunes a viernes.

2. El Juzgado de guardia de veinticuatro horas atenderá la guardia ordinaria, tramitará los procedimientos de enjuiciamiento inmediato de determinados delitos que se incoen durante el servicio y dictará las sentencias de conformidad a que hace referencia el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

«Artículo 57

1. En los partidos judiciales con ocho o más Juzgados de Instrucción el servicio de guardia se prestará por un Juzgado de Instrucción, con periodicidad semanal, para la atención de la guardia ordinaria, la tramitación de los procedimientos de juicios rápidos y el pronunciamiento de las sentencias de conformidad a que hace referencia el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por un Juzgado de Instrucción constituido en servicio de guardia de enjuiciamiento de faltas, con periodicidad diaria, de lunes a viernes, en horario de nueve a diecinueve horas, para el enjuiciamiento inmediato de faltas y, en su caso, para aquellas funciones que se le atribuyan en las normas de reparto.

En estos supuestos las diligencias urgentes tendrán un plazo de siete días para su tramitación y resolución.

«Artículo 58

1. En los partidos judiciales con Juzgados de Instrucción, distintos de los mencionados en las secciones anteriores, y en los partidos judiciales con jurisdicción mixta que cuenten con dos o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, el servicio de guardia se prestará por un Juzgado en servicio de guardia durante ocho días. Durante los primeros siete días este Juzgado atenderá la guardia ordinaria, tramitará los procedimientos de enjuiciamiento urgente con puesta a disposición de detenido que se incoen durante la guardia ordinaria y dictará las sentencias de conformidad a que hace referencia el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El octavo día se dedicará al enjuiciamiento inmediato de las faltas y a la realización de las audiencias de las partes previstas en los artículos 798 y 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en causas sin detenido seguidas por las normas del procedimiento de enjuiciamiento rápido, a cuyo efecto la Policía Judicial realizará las citaciones que la Ley le atribuye en estos supuestos para esta fecha. Ese mismo día entrará en servicio de guardia ordinaria el siguiente Juzgado de Instrucción al que corresponda, con idéntico régimen al descrito respecto de los ocho días siguientes.

Cuando el octavo día sea festivo, por razones de servicio público, las actuaciones judiciales a las que se ha hecho referencia podrán realizarse, previa comunicación a la Sala de Gobierno respectiva, en el noveno día, si bien esto no afectará al relevo en el servicio de guardia ordinaria previsto en el párrafo anterior.

Se crea así, el llamado octavo día, de tal modo que el juzgado de guardia estarán durante una semana tramitando las diligencias urgentes, dejando para el octavo día la finalización del procedimiento mediante la presentación, en su caso, de los escritos de acusación y la celebración de las comparencias y sentencias de conformidad, así como el enjuiciamiento de las faltas inmediatas

Sin embargo la práctica puede decirse que cada uno de los juzgados de guardia establece su propio sistema en la medida en que dejar todo para resolver en el octavo día hace necesario que en ocasiones este tenga bastante más de 24 horas, por lo que en la práctica se ha venido a utilizar todos los días de la guardia para ir resolviendo las diligencias urgentes que puedan culminarse en ese mismo día, en especial cuando después de hablar el letrado y el ministerio fiscal se vea que va a llegarse a una solución de conformidad inconsecuencia a la sentencia prevista en el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Otros juzgados condensan en dos los días de celebración de las comparecencias del artículo 798 y sentencias del artículo 801.

Puede apreciarse en la redacción de este artículo que el Acuerdo para la regulación de las guardias distingue dos supuestos, aquellos en los que el atestado viene acompañado con una puesta a disposición del detenido ante el juzgado de guardia, en cuyo caso habilita cualquiera de los días de guardia para la tramitación de los juicios rápidos, aunque de una primera lectura pudiera parecer que únicamente se podrán tramitar en ese mismo día aquellos supuestos en los que se fuera a dictar una sentencia de conformidad, dejando para el octavo día el resto de supuestos. Esto llevaría al absurdo de hacer una proyección de futuro sobre el resultado de las diligencias urgentes y escritos de acusación y defensa. El segundo supuesto que parece distinguir es el de aquellos atestados que no vienen con la puesta a disposición del presunto autor de los mismos, pero que no debemos de olvidar que conforme al artículo 795 habrá de estar identificado y citado para comparecer ante el juzgado de guardia. En estos casos parece que el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial reserva exclusivamente el octavo día para la celebración de estos juicios, sin embargo la práctica tiende más a lo que hemos apuntado anteriormente sin distinción de que el atestado venga acompañado del detenido o simplemente el denunciado haya sido citado para declarar.

«Artículo 59

1. En aquellos partidos judiciales en que exista un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción el servicio de guardia será permanente y se prestará durante la jornada ordinaria de trabajo, sin que la misma experimente alteración alguna. Si bien, fuera de dicha jornada, el Juez y el Secretario del Juzgado, así como el funcionario o funcionarios de su Secretaría a los que por turno corresponda, permanecerán en situación de disponibilidad y en condiciones de continua localización para atender puntualmente a cualesquiera incidencias propias del servicio de guardia que pudieren suscitarse, en cuyo caso se incorporarán al mismo de forma inmediata.

2. En los juicios de faltas en que no sea preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal el Juez procederá a su señalamiento inmediato.

En los juicios de faltas en que sea preceptiva la intervención del Fiscal el señalamiento se realizará con arreglo a un calendario mensual, elaborado con antelación de acuerdo a los criterios establecidos por la Sala de Gobierno correspondiente, debiendo concentrarse en unas mismas fechas todas aquellas actuaciones que requieran la presencia del Ministerio Fiscal. Estas fechas preestablecidas serán distintas, en la medida de lo posible, para los distintos Juzgados

de la provincia. A tal fin, la Sala de Gobierno oirá a los Jueces afectados y se coordinará con la Fiscalía de la Audiencia Provincial correspondiente.

En estos supuestos, si bien se establece la tramitación de los dirigentes urgentes en el horario normal de oficina, éstas sólo podrán hacerse hasta la comparecencia del artículo 798 y a partir de ahí deberán reunirse en los días en que esté prevista la asistencia del Ministerio Fiscal, conforme al calendario mensual que se establezca en general teniendo cuenta la atención de todos los juzgados de de los partidos judiciales de la fiscalía Provincial o de área.

Por su parte la competencia territorial vendrá determinada por las reglas generales establecidas en los arts. 14 y 15 de la LECR, es decir el del lugar de comisión de los hechos y en el caso de que durante su breve tramitación resultase ser otro el juzgado competente territorialmente entendemos que debe procederse a la inhibición al juzgado que corresponda, lo que llevará en la mayoría de los casos a la tramitación de las diligencias urgentes en diligencias previas.

6. LAS DILIGENCIAS DEL ARTÍCULO 797

Las diligencias urgentes son actos de investigación, cuya práctica inspira de nuevo el principio de celeridad, y que resultan fundamentales para fijar el verdadero relieve jurídico de los hechos denunciados. La actividad jurisdiccional a desplegar tendrá como objetivo determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento (cfr. art. 777 LECrim). El resultado de esas diligencias será clave a la hora de configurar objetiva y subjetivamente la pretensión del Fiscal. De ahí la importancia de una proximidad en la práctica de tales actos con el fin de enriquecer la ponderación que el propio Fiscal ha de llevar a cabo en las subsiguientes fases del procedimiento.¹³

El artículo 797 recoge un catálogo de diligencias a practicar el juzgado de guardia y manifiesta que se harán "con la participación activa del Ministerio Fiscal". En la primera redacción del proyecto de ley se contemplaba que tales diligencias se practicarían "en todo caso con la presencia del ministerio fiscal" afortunadamente se cambió la relación por la actual o resulta de todo inviable dada la necesidad de los servicios la presencia continua del ministerio fiscal el juzgado de guardia a los efectos de practicar todas las diligencias, no sirviendo como excusa el hacerlo como una especie de experimento en orden a una futura atribución de la instrucción a los fiscales.

El concepto de participación activa variará en cada tipo de diligencia y en cada tipo de fiscalía, e incluso me atrevería a decir que en cada juzgado de guardia y así lo anticipa en cierta medida la circular 1/2003 *Ello no debe entenderse como una regla general, sobre todo en capitales de provincia o en ciudades dotadas de adscripción permanente de la Fiscalía. No obstante, en partidos judiciales en los que no existe deber de residencia del Fiscal, la utilización de medios tecnológicos puede en ocasiones llegar a convertirse en la única forma de conseguir la participación activa requerida por la Ley.*

¹³ Circular de la FGE 1/2003

Tal circunstancia obligará a extremar el celo de los Sres. Fiscales para que tal actuación distinta de la presencia física no desvirtúe la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, ni sirva de excusa a posibles corruptelas basadas en un esfuerzo y dedicación menores. Por tanto, los Fiscales Jefes velarán por que toda participación del Ministerio Público en estos procesos resulte lo más activa posible.

Una de las novedades de la reforma de la ley 38/2002 es la concentración en el juzgado de instrucción, en funciones de guardia, de la fase de instrucción y de la fase intermedia en su totalidad, de modo que quedará para el juzgado de lo penal el enjuiciamiento, en su caso, y la ejecución de la sentencia en cualquier caso. Esta concentración de las fases ante un órgano judicial es sin duda una de las claves para conseguir la anhelada celeridad

Finalizadas las diligencias de investigación realizadas por la policía judicial, ésta habrá de presentarlas como parte del atestado y dada la naturaleza de los tipos delictivos, flagrancia, y sencillez en la tramitación gran parte de ellas será la base para formular el escrito de acusación. De la redacción del atestado dependerá en gran medida el juicio de probabilidad de instrucción sencilla que la causa y junto a este habrá de acompañarse los objetos, instrumentos y efectos del delito (art. 770.3), además de los documentos, informes y tasaciones practicadas en sede policial, incluidas fotografías o soportes magnéticos o de reproducción de la imagen (art. 770.2ª y 3ª), los requerimientos para la realización de informes periciales, las citaciones pertinentes, junto, en su caso, con la puesta a disposición judicial del imputado detenido.

El catálogo de diligencias del artículo 797 no puede considerarse como un catálogo cerrado y desde luego obligatorio en todos y cada uno de los casos, sino que dependerá de cada tipo delictivo y nada impide que durante la instrucción de las diligencias urgentes al fiscal aporte las diligencias de prueba que considere necesarias o de órdenes a la policía judicial. Desde luego será obligatorio en todos los procedimientos la toma de declaración a la persona o personas que resulten imputadas, el ofrecimiento de acciones a los perjudicados de los arts. 109 y 110, en relación con los arts. 776 y 797.1.4º LECRIM, siempre que previamente no se haya practicado en sede policial y la solicitud de los antecedentes penales.

La redacción del artículo 797 determina que el juzgado de guardia *sin perjuicio de las demás funciones que tiene encomendadas, practicará, cuando resulten pertinentes, las siguientes diligencias, en el orden que considere más conveniente o aconsejen las circunstancias*. Es decir lo prevé como diligencias a practicar de oficio, sin contemplar la posibilidad de solicitud por las partes de diligencias de prueba en este momento procesal. Cabe preguntarse si podrían solicitarse en este momento por las partes, acusación y defensa, la práctica de pruebas.

En principio nada parece oponerse a esta posibilidad, incluso oralmente, siempre que las diligencias puedan practicarse dentro del periodo de guardia del juzgado, siendo más factible a efectos prácticos en las guardias semanales que en las de 24 horas. Ahora bien lo cierto es que la redacción de la ley no da mucho margen a la solicitud de pruebas, pero si solicitada alguna fuere denegada, ¿cabría recurso alguno contra la denegación de prueba? Entendemos que la respuesta ha de ser negativa por varias razones. 1. Una interpretación sistemática hace ver que la práctica totalidad de los

autos dictados por el juzgado de guardia en este procedimiento no son susceptibles de recurso.2. La comparecencia del artículo 798 LECR permite, una vez practicadas las diligencias de prueba del artículo 797 por el juez de guardia, solicitar a cualquiera de las partes, incluida la defensa la práctica de nuevas diligencias, como veremos más adelante. 3. Siendo el procedimiento supletorio el Procedimiento Abreviado, le será de aplicación el régimen previsto en el artículo 785 de la LECR¹⁴

En función del tipo de diligencia de la que se trate será más o menos conveniente la presencia del ministerio fiscal, sin olvidar nunca y así lo recuerda la circular 1/2003, que la no comparecencia del fiscal no comporta la nulidad de la diligencia, *Conviene dejar claro que la presencia física del Fiscal no constituye un presupuesto para la validez del acto procesal de que se trate. Quiere ello decir que en aquellas ocasiones en que el Fiscal no pueda comparecer personalmente a la práctica de alguna de las diligencias urgentes a tramitar en el Juzgado de guardia, habrá que tomar conocimiento de lo actuado de una forma distinta a la deseable con carácter general. Es aquí donde el valor de las nuevas tecnologías en el proceso penal puede llegar a desempeñar un papel clave para hacer realidad las previsiones del legislador.*

En un principio parece lógica la no necesidad de la presencia del fiscal en aquellas pruebas de carácter documental, como periciales, informes del médico forense, antecedentes penales, etc. y si, en la medida de lo posible, será conveniente su presencia dada la brevedad de los plazos procesales para la comparecencia del artículo 798, que veremos más adelante, y que ayudarán al fiscal a hacerse una idea general del procedimiento y la necesaria o no de más diligencias, sin olvidarse que las diligencias en el juzgado guardia aparecen configuradas por el legislador como un complemento a las diligencias de policía judicial que aparecen en el artículo 796.

Lo mismo puede predicarse de la defensa de los imputados, en aquellos supuestos en los que su presencia no esté específicamente prevista en la ley de Enjuiciamiento Criminal, como es el caso de la declaración del imputado. No ocurre lo mismo en relación a las declaraciones testificales, que podrán realizarse, aun siendo aconsejable lo contrario sin la presencia del letrado defensor, sin que ello suponga la nulidad del procedimiento en la medida que podrá someterlas al principio de contradicción en la vista oral, así SAP Murcia de 28 septiembre 2012¹⁵

¹⁴ Contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan

¹⁵ En cuanto al alegato inicial de nulidad por no estar presente la Defensa de los denunciados (y después acusados) el mismo día 9 de julio de 2011 en las declaraciones formularias de los agentes policiales, fecha en que se le tomó declaración como imputados a los dos denunciados/detenidos, aunque es lo cierto que se omitió una presencia que no se aprecia por la Sala dificultosa o inviable, dado que todo se hizo ese mismo día 9 de julio de 2011, tampoco se infiere que se haya ocasionado conculcación relevante del derecho de defensa de los denunciados, por cuanto éstos, con presencia Letrada, manifestaron lo que consideraron oportuno en su declaración judicial (dado que policialmente no prestaron declaración), y expresamente la denunciada/detenida expresó su voluntad de presentar denuncia contra los agentes policiales por las lesiones sufridas (folio 62 de la causa), lo que determinó que el Juzgado de Instrucción dictase providencia de esa misma fecha, 9 de julio de 2011 (folio 68 de la causa), acordando deducir testimonio de particulares para incoar diligencias previas por la formulación de esa denuncia.

Las partes fueron convocada para el juicio rápido el 11 de julio de 2011, y la Defensa de los imputados no planteó objeción alguna, mostrando su conformidad con la solicitud del Ministerio Fiscal para la

En definitiva, han de practicarse únicamente aquellas diligencias que sean imprescindibles para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, las personas que hayan participado en los mismos y el órgano competente para el enjuiciamiento

Ahora bien, caso distinto es el previsto en el número dos del artículo 797 donde se recoge un supuesto de prueba anticipada. En estos casos la presencia tanto del fiscal como del resto de las partes es absolutamente necesario so pena de nulidad de la diligencia de prueba, ya que al ser una prueba anticipada debe reunir los mismos requisitos que tendría si pudiera practicarse en el juicio oral. No obstante su virtualidad práctica será más bien escasa dada la brevedad de los plazos que se establecen en el procedimiento.¹⁶

“2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de guardia practicará inmediatamente la misma asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes.

A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730¹⁷”

Por tanto, tratándose de declaraciones testificales que se prevea que qué no van a poder realizarse el juicio oral será necesaria su grabación en soporte magnético a los efectos de su reproducción en la vista oral. Ha de entenderse que en aquellos juzgados en que por cualquier circunstancia no puedan ser grabada este tipo de declaraciones,

continuación de las actuaciones como juicio rápido, se formuló escrito de acusación por parte del Ministerio Fiscal fechado el 11 de julio de 2011, concediéndosele a la Defensa de los denunciados un plazo de cinco días para presentar su escrito de defensa (folios 89 a 96 de la causa), convocándose para el juicio oral el 20 de julio de 2011. Y no consta que la Defensa presentase en el plazo concedido el escrito de defensa, dictándose el 19 de julio de 2011 por el Juzgado de lo Penal núm. 1 el auto de admisión de las pruebas propuestas.

Es el 20 de julio de 2011 que se debe suspender la vista oral por haber renunciado los acusados a la Defensa de oficio, designándose como Letrado defensor por los acusados a D. José Roldán Murcia, y convocándose para nueva vista oral a celebrar el 22 de julio de 2011 (folio 108 de la causa).

Por lo tanto, de la secuencia descrita se aprecia que no se ha producido indefensión alguna, por cuanto la Defensa ha tenido la oportunidad en la vista oral de someter a efectiva y plena contradicción los testimonios incriminatorios de los agentes policiales, y sin que se haya visto limitada en cuanto a la formulación de denuncia por parte de sus patrocinados contra los agentes policiales (dado que así se acordó por el propio Juzgado de Instrucción el 9 de julio de 2011), por lo que en este sentido procede desestimar el alegato de nulidad planteado.

¹⁶ Circular de la FGE 1/2003 Por el contrario, las diligencias de prueba anticipada que el art. 797.2 reserva para aquellos casos en que -por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo- fuere de temer que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, imponen de modo especial esa participación del Ministerio Fiscal, en los términos antedichos. Así lo exige el art. 448 LECrim cuando regula con carácter general la prueba anticipada y así lo imponen las razones antes apuntadas, relacionadas con el significado del principio de celeridad en el procedimiento rápido.

¹⁷ Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral

habrán de ser recogidos en acta por el secretario judicial y firmada por todos los intervinientes, siendo válida lectura en el juicio. Así lo ha recogido v.gr. la STS Sala 2ª de 3 abril 2012.

“Concretamente en lo que se refiere a las declaraciones testificales, los artículos 448, 449, 777.2 y 797.2 de la LECrim contemplan supuestos de prueba preconstituida, y los artículos 714 y 730 de la LECrim permiten incorporar al plenario el resultado de diligencias sumariales cuando se aprecie contradicción entre lo declarado ante el Juez y lo declarado en el juicio oral o cuando resulte imposible o de extrema dificultad la presencia del testigo en el acto del juicio. La jurisprudencia ha entendido que el tribunal puede atender razonadamente a una u otra declaración para establecer el relato fáctico. Se trata, por lo tanto de la incorporación al plenario, como pruebas, del resultado de diligencias sumariales para que el Tribunal pueda proceder válidamente a su valoración” Vid. también STS 18 de octubre de 2011

Un supuesto especial que debe recogerse aparte, si bien por la naturaleza de los hechos es prácticamente imposible que se dé en los juicios rápidos, son las declaraciones de menores en especial en lo que se refiere a delitos de índole sexual en nuestra jurisprudencia se recogen con los siguientes requisitos. STS Sala 2ª de 10 febrero 2012 *“El ejercicio del principio de contradicción se ajustó de forma escrupulosa a las exigencias impuestas por la jurisprudencia constitucional, de esta Sala y del TEDH en los casos de menores de edad que han sido objeto de ataque sexual. En efecto, la reciente STC 174/2011, 7 de noviembre, precisa que atendiendo a los compromisos internacionales contraídos (Convención de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989, sobre los Derechos del Niño y Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal), nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia que lo interpreta no son ajenas a estas necesidades. Así, a través de los arts. 433, 448, 455, 707, 731 bis, 777.2 y 797.2 LECrim, es posible, ya desde la fase de instrucción, dar protección a los intereses de la víctima sin desatender el derecho de defensa, acordando que la exploración de los menores se realice ante expertos, en presencia del Ministerio Fiscal, acordando su grabación para una posterior utilización y asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes; como es legítimo que la exploración se realice, en todo caso, evitando la confrontación visual con el inculpado, a cuyo fin se utilizará cualquier medio técnico que lo haga posible, previéndose expresamente la utilización de la videoconferencia como procedimiento de realización del interrogatorio.*

Como quiera que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad (SSTEDH caso P. S. contra Alemania § 30; caso W. contra Finlandia, § 47; caso D. contra Finlandia, § 44), el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar un juicio con todas las garantías, resulta esclarecedor y relevante el canon fijado en la reciente STEDH de 28 de septiembre de 2010, caso A. S. contra Finlandia, § 56 , en la que señala «... quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha

exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior ». Son estas las garantías mínimas que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, han de observarse.

Conviene también traer a colación la reciente STC 9/2011, 28 de febrero, en la que se recuerda que el testimonio de las víctimas, practicado con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4; 64/1994, de 28 de febrero, FJ 5.)" (STC 195/2002, de 28 de octubre, FJ 4"

Por su parte el Tribunal Constitucional otorgó el amparo en la sentencia del 7 noviembre 2011, por entender que no se había cumplido el principio de contradicción en el siguiente supuesto: *“El análisis de las actuaciones pone de relieve que el mismo día en que la Guardia Civil recibió declaración a la madre de la menor (23 de mayo de 2006), tras prestar su consentimiento al efecto, la niña fue explorada sin su presencia por un Teniente de la Guardia Civil, Doctor en Psicología, perteneciente a la unidad Técnica de Policía Judicial de Madrid, acompañado de otra agente policial. La entrevista, claramente inculminatoria, fue grabada en soporte audiovisual. A la misma tampoco asistió el Ministerio Fiscal ni, como es obvio, representante alguno del denunciado. Pocos días después, el 13 de junio siguiente, la Juez de Instrucción exploró de nuevo a la menor. Para esta segunda exploración, a la que sí asistió la madre de la menor, tampoco fueron convocados el Ministerio Fiscal ni el denunciado, pese a que ya había sido identificado policialmente y citado por el Juzgado para ser oído en declaración diez días después. En la misma sesión, tras la exploración judicial, la menor fue entrevistada en sede judicial por la médico forense en presencia de sus padres. Durante la entrevista la menor reiteró su relato.*

La investigación se dio por concluida un mes después, el 13 de julio de 2006, sin llegar a recibir nueva declaración a la menor. La decisión de conclusión fue recurrida en reforma y apelación por el demandante de amparo, que solicitó la práctica de diligencias complementarias de investigación, entre ellas, la exploración judicial de la menor en presencia de un psicólogo infantil. Los recursos fueron desestimados.

El Ministerio Fiscal, la acusación particular y el acusado propusieron como prueba el interrogatorio de la menor en el juicio oral. La acusación particular pidió que, en atención al interés de la menor, su declaración en el juicio oral fuera sustituida por la reproducción de la grabación de la entrevista policial o, en su caso, se practicara mediante videoconferencia. La defensa se opuso en su escrito de defensa a la sustitución del interrogatorio por la grabación audiovisual. Aun cuando la Juez de lo Penal admitió, para su práctica en el juicio oral, la prueba de interrogatorio de la menor que había sido propuesta en los escritos de calificación provisional, en el acto del juicio oral celebrado en junio de 2008 accedió a la solicitud del Fiscal de sustituir el interrogatorio de la menor por la reproducción de la grabación de la exploración policial, la cual fue considerada suficiente por la Juzgadora para formar convicción junto con el resto de pruebas que, sobre las manifestaciones inculminatorias, se practicaron en el juicio oral: el acusado negó los hechos; la madre narró el relato que su hija le hizo; la médico-forense narró su exploración y formuló un juicio de

credibilidad sobre su relato; la pediatra que atendía a la niña desde antes de ser denunciados los hechos explicó los síntomas apreciados en el comportamiento de la menor a partir de la denuncia y el agente de la Guardia Civil que protagonizó la exploración, dio cuenta de su desarrollo emitiendo, también, un juicio sobre la credibilidad que las imputaciones le merecían; por último declaró otra psicóloga que ratificó el informe que había realizado sobre la personalidad del acusado.

Por tanto, el acusado, que había solicitado reiteradamente el interrogatorio de la menor ofreciendo que éste se practicara adoptando las medidas procesales de protección de la misma previstas en la ley, no pudo en ningún momento, ni directa ni indirectamente, dirigirle pregunta alguna durante el proceso penal previo, sino sólo formular alegaciones sobre el desarrollo y contenido de su exploración policial. Pese a la limitada intervención que tuvo en fase de investigación, pues no se le convocó a la exploración policial ni a la judicial, no se utilizó ninguno de los mecanismos de interrogatorio en el juicio oral previstos en la ley que, evitando la confrontación visual, e incluso la presencia personal de la menor en el juicio, hubieran podido reequilibrar los déficits de defensa que se han descrito. Lo expuesto lleva a concluir con evidencia que en el proceso penal previo en el que fue juzgado y condenado el demandante no se respetaron sus derechos mínimos de defensa, es decir, no disfrutó de un proceso con todas las garantías, por lo que, conforme a su solicitud, debe estimarse el amparo pretendido a fin de que por un Tribunal imparcial se repita el juicio oral con pleno respeto de sus garantías procesales, sin perjuicio de la adopción de las medidas legales de protección que se consideren necesarias en beneficio de la menor de edad que aparece como víctima de los hechos, de conformidad con lo expuesto en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de esta resolución”.

7. LA COMPARECENCIA DEL ARTÍCULO 798

Con el artículo 798 de la LECR comienza una fase intermedia del procedimiento, que como ya hemos dicho se concentra en su integridad en el juez de instrucción de guardia.

Llama la atención el inicio del precepto “*A continuación el juez...*” ya que la ley no contempla, a diferencia del Procedimiento abreviado, que se dicte una resolución En virtud de la cual considere que se han practicado las diligencias suficientes para pasar a la siguiente fase del procedimiento, sino que se hace sin solución de continuidad, es decir en cuanto se practiquen las diligencias imprescindibles previstas en el artículo 797 se oirá a las partes acerca de la suficiencia o no de estas diligencias

La primera de las cuestiones a resolver en esta comparecencia será si procede o no la continuación de la causa por el Trámite para el Enjuiciamiento Rápido de Determinados Delitos así como sobre la solicitud de medidas cautelares frente al imputado y al responsable civil.

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento abreviado, en los juicios rápidos se da trámite a la defensa para que manifieste si solicita o no la práctica de más diligencias en aras de la salvaguarda del derecho de defensa, que traerá como consecuencia la transformación del procedimiento de juicios rápidos en diligencias previas para la tramitación de las diligencias solicitadas, en el frecuente supuesto de que estas no puedan ser practicadas durante el periodo de guardia, en los casos de

veinticuatro horas por su brevedad y en los de guardia semanal si se ha dejado este trámite para el octavo día. Así mismo manifestará también si interesa en este momento el sobreseimiento de las actuaciones.

El trámite de audiencia comenzará por el ministerio fiscal que se pronunciará sobre la suficiencia o no de las diligencias practicadas, en definitiva sobre si tiene suficientes elementos de prueba para formular escrito de acusación oyéndose a continuación al resto de las partes sobre este particular.

Si el fiscal considera suficiente las diligencias practicadas y el juez de guardia así lo estima, dictará auto en forma oral ordenando la continuación del procedimiento por los trámites previstos para el enjuiciamiento rápido que determinados delitos. Contra este auto no se dará recurso alguno.

Si alguna de las partes considera que no son suficientes las diligencias practicadas, bien para formular escrito de acusación, bien por necesitar más pruebas para su defensa, y el juez de guardia así también lo entiende, traerá como consecuencia que se dicte auto ordenando la transformación del procedimiento en diligencias previas, si bien la ley advierte que esta petición de diligencias no puede hacerse de una manera genérica y sin motivación, sino que han de señalarse cuáles son las diligencias que se consideran necesarias para la transformación del procedimiento a fin de que puedan ser valoradas por el juez que a dictar un auto motivado señalando, artículo 798.2 LECR

El artículo 798 contempla la posibilidad de cierre del procedimiento por otros supuestos salvo que estime procedente alguna de las decisiones previstas en las reglas 1ª y 3ª del apartado 1 del artículo 779, en cuyo caso dictará el correspondiente auto. Si el juez de guardia reputa falta el hecho que hubiera dado lugar a la formación de las diligencias, procederá a su enjuiciamiento inmediato conforme a lo previsto en el artículo 963.

La redacción del artículo no puede considerarse muy afortunada, ya que da lugar a una serie de dudas. De su tenor literal parece que es el juez, con independencia del criterio de las partes, quien determinará la concurrencia de alguno de los tres supuestos dando lugar a la finalización del procedimiento. Por otra parte ha de entenderse que en el caso de adoptar alguna de estas resoluciones, sobreseimiento por no ser hecho constitutivo de infracción penal, inhibición en favor de la jurisdicción militar o de la fiscalía de menores, en su caso, o enjuiciamiento inmediato de falta, éste auto ha de entenderse excluido de la imposibilidad de presentar recurso contra el mismo, quedando sometido al régimen ordinario de impugnación.

Otra interpretación posible es vincular el número uno del artículo 798 con el inciso primero del citado artículo el Juez oirá a las partes personadas y al Ministerio Fiscal sobre cuál de las resoluciones previstas en el apartado siguiente procede adoptar. Es decir, cuando el juez considere que puede darse cualquiera de los supuestos mencionados solicitará a las partes personadas y al ministerio fiscal que, además o con independencia de que se pronuncien sobre la suficiencia o insuficiencia de las diligencias practicadas, le informen sobre la pertinencia de dictar el auto de sobreseimiento o de inhibición que se prevé. Así parece entenderlo implícitamente la circular 1/2003 de la FGE *Como es lógico, el examen y ponderación por el Fiscal de las diligencias practicadas condicionará el sentido de su informe. Si estima que el*

hecho no es constitutivo de delito, no aparece suficientemente justificada su perpetración o, aun estimando que el hecho es constitutivo de delito no hubiere autor conocido, habrá de postular una resolución de cierre de las previstas en el art. 779.1 LECrim. Si estima que el hecho integra una falta, se pronunciará en favor de la remisión de lo actuado al Juez competente, cuando no corresponda su enjuiciamiento al propio Juez de Instrucción. Si el conocimiento del hecho punible está atribuido a la Jurisdicción militar, dictaminará en favor de la correspondiente inhibición. Asimismo solicitará el traslado de lo actuado al Fiscal de Menores en aquellas otras ocasiones en que todos los imputados fueran menores de edad (cfr. art. 779.2 y 3).

Volviendo a la finalidad principal de esta comparecencia, el pronunciamiento sobre la suficiencia o insuficiencia de las diligencias practicadas, hay que decir que la literalidad del artículo 798 supone un aparente cambio de modelo en relación a lo establecido para el artículo 780 en el procedimiento abreviado, en el cual la solicitud de diligencias por parte del fiscal que considere imprescindibles para formular escrito de acusación, vincula al juez al establecer que "acordará". Sin embargo en este procedimiento no aparece recogida esa vinculación y en cuando en la mayoría de los casos se dará una coincidencia entre lo solicitado por el ministerio fiscal y lo acordado por el juez, no necesariamente ha de ser así, con la particularidad que el auto que en este sentido de que el juez no es susceptible de recurso, dándose la paradoja de que quien ha de ejercer la acusación puede verse obligado a ello pese a haber hecho constar que carece de elementos suficientes de prueba para formularla. En tales casos lo primero que hace el fiscal intervinientes es asegurarse de que consta fehacientemente en el acta que se levante de la comparecencia del artículo 798 las diligencias que ha solicitado.

En tales casos, la oportuna protesta del Fiscal por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 de la Constitución), permitirá, bien en el turno de intervenciones (art. 786.2), bien en el momento de la impugnación de la sentencia (art. 790.2), reproducir sus alegaciones acerca de la quiebra de las garantías que asisten al Fiscal en el momento de hacer valer sus pretensiones.¹⁸ Olvida sin embargo la circular que la petición de pruebas del fiscal no necesariamente ha de ir dirigida a reunir elementos para formular acusación, sino al esclarecimiento de los hechos en virtud del principio de imparcialidad¹⁹, estando la redacción de la circular encaminada únicamente al supuesto de que el juicio rápido termine sin conformidad ante el juzgado de lo penal.

8. LA PREPARACION DEL JUCIO ORAL

Prácticamente, sin solución de continuidad, hasta el punto que puede decirse que será una unidad de acto si el juez de guardia considera suficiente las diligencias practicadas conforme a lo solicitado en la comparecencia del artículo 798, procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 800, dando comienzo a lo que es propiamente la fase intermedia del procedimiento, donde se solicitará la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa y se presentarán los escritos de acusación, y potestativamente como veremos los de defensa.

¹⁸ Circular 1/2003 de la FGE

¹⁹ Artículo séptimo EOMF Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados.

La novedad frente al procedimiento abreviado es que todo ello se da en audiencia oral, "en el mismo acto", donde han de estar presentes todas las partes y con la particularidad que las resoluciones que aquí se dediquen están ausentes de la posibilidad de ser recurridas.

Artículo 800.I. Cuando el Juez de guardia hubiere acordado continuar este procedimiento, en el mismo acto oirá al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para que, en su caso, soliciten o se ratifiquen en lo solicitado respecto de la adopción de medidas cautelares

Dado que lo previsto en el artículo 800 se realiza habitualmente inmediatamente después del artículo 798 donde se han manifestado, para llegar a este punto, que hay suficientes diligencias de prueba para formular escrito de acusación y que en el artículo 798 se prevé la posibilidad de sobreseimiento de la causa, lo normal será que en este caso el ministerio fiscal se posicione a favor de la apertura del juicio oral, dándose únicamente la posibilidad de solicitar el sobreseimiento en el caso de haberlo hecho anteriormente en el artículo 798 y que existiendo acusación particular ésta hubiera solicitado la continuación del procedimiento en contra de la opinión del ministerio fiscal en cuyo caso por coherencia lo normal será que el fiscal vuelva a pedir el sobreseimiento de la causa.

Puede darse también la posibilidad de la existencia de acusación particular que haya considerado suficientes las diligencias practicadas y no así el ministerio fiscal que haya considerado necesarias más diligencias y sin embargo el juez haya optado por la posición de la acusación particular en tal caso, habrá de procederse conforme a lo manifestado anteriormente, tienen cuenta que en cualquier caso habrá un escrito de acusación, el formulado por la acusación particular.

Si en este momento procesal todas las partes acusadoras solicitaran el sobreseimiento, el juez vendrá obligado a ello si quienes lo han solicitado son el ministerio fiscal y la acusación particular, si la hubiere, finalizando en este momento el procedimiento. No ocurre necesariamente así si quien solicita el sobreseimiento es el ministerio fiscal y no hay acusación particular que el artículo 800 se remite a lo previsto en el artículo 782, que prevé la posibilidad de que el juez instructor inicie una desahogada búsqueda de alguien que sostenga la acusación, bien comunicándoles la petición de sobreseimiento a los ofendidos o perjudicados no personados en la causa, bien comunicándose lo al fiscal inmediatamente superior a aquel que ha solicitado el sobreseimiento a fin de que manifieste si ratifica esa petición o si va a formular acusación. Ni que decir tiene que esta opción judicial traerá como consecuencia la transformación del juicio rápido en diligencias previas, al exceder el periodo de guardia.

La remisión al artículo 782 también supone que no se dará el sobreseimiento en los supuestos de la concurrencia números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 del Código Penal (anomalía o alteración psíquica en el momento de cometer el delito; intoxicación por consumo de bebidas alcohólicas o estupefacientes en la comisión; alteraciones de la percepción con alteración grave de la conciencia de la realidad; estado de necesidad y miedo insuperable), sino que ordenará la continuación del mismo a los efectos de la adopción de medidas de seguridad y resolver lo relativo a la responsabilidad civil. El artículo 782 prevé que el juez de instrucción devuelva la causa para su calificación.

Entendemos que en este caso no procede la devolución sino la continuación de los trámites previstos en el artículo 800, con la salvedad de que no podrá dar lugar a la sentencia de conformidad prevista en el mismo por mor de lo dispuesto en el artículo 787.5 LECR²⁰

Caso de que el juez considere a la vista de las solicitudes de las partes acusadoras la apertura del juicio oral, lo hará mediante auto motivado que se documentará y contra el que no habrá recurso. Dada la celeridad de este proceso lo cierto es que la motivación de los autos ha quedado reducida a la utilización del formulario que existe en las diversas aplicaciones informáticas que existen en el territorio del estado, en función de las transferencias de justicia. No obstante la solicitud no es vinculante ya que el artículo 800 se remite al artículo 783.1 . *Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641.* En caso de que el juez decrete el sobreseimiento el auto estará sujeto al régimen ordinario de recursos de reforma y apelación.

Cabe preguntarse si en el caso de estimarse alguno de los recursos, reforma o apelación y como consecuencia decretarse la reapertura se volvería al juicio rápido o por el contrario habría de transformarse el procedimiento en diligencias previas. Entendemos que en este punto debe volverse el procedimiento al momento en que se encontraba, la comparecencia del artículo 800, pues aunque se haya terminado el servicio de guardia la referencia a ese periodo temporal que hace el artículo 799 es referido a lo dispuesto en los artículos anteriores, pero no al artículo 800, por lo que nada impide retomar el procedimiento en ese momento procesal por el juez de instrucción con independencia de que esté o no de guardia.

Una vez abierto el juicio oral el artículo 800 hace una serie de combinaciones y cambalaches en función de las partes personadas en el procedimiento y que conviene estudiar sistemáticamente.

8.1 EL FISCAL ES LA ÚNICA PARTE ACUSADORA.

La práctica normal en estos casos es hablar previamente con el abogado a los efectos de saber si va a haber o no conformidad. No obstante, la ley prevé que el fiscal presentara inmediatamente su acusación por escrito o la formulará oralmente.

Cierto es que en la práctica la comunicación entre juez y fiscal de guardia hace que sea previsible saber qué procedimientos van a continuar con el trámite previsto para el enjuiciamiento rápido determinados delitos cuales van a ser sobreseídos o transformados en diligencias previas, todo ello con anterioridad a la comparecencia del artículo 800. Pero no lo es menos que del tenor literal de este artículo hace suponer que el fiscal es una suerte de adivino de lo que va a ocurrir con el procedimiento o un ser precavido que habrá de tener preparado todos los escritos de acusación de los procedimientos incoados como diligencias urgentes por si acaso culminarán con el auto

²⁰ No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal

de apertura de juicio oral, pues de otro modo no puede entenderse el término inmediatamente.

Como novedad este procedimiento prevé la posibilidad de que el fiscal formule el escrito oralmente en que habrá de recogerse en el acta de la comparecencia del artículo 800, aunque lo cierto es que la ley se ha olvidado de prever la constancia documental del escrito formulado oralmente, pues es evidente que si el acusado no presta su conformidad a la acusación formulada oralmente ésta habrá de constar en algún sitio para la continuación del procedimiento ante el juzgado de lo penal.

Conocidos por la defensa los términos de la acusación esta tiene dos posibilidades formular su conformidad, que estudiaremos más adelante, o no conformarse con el escrito del fiscal. En este último caso la ley prevé que formule inmediatamente su escrito de defensa en las mismas condiciones que el fiscal, es decir por escrito que aportan ese acto y que quedará unido a la causa u oralmente recogiendo también en el acta, aunque al igual que en el caso anterior nada prevé la ley. En este caso sin más trámite procederá el secretario a la citación de las partes para la celebración del juicio oral ante el juzgado de lo penal, en el plazo más breve posible y, en cualquier caso, en un plazo no superior a 15 días. Vista la celeridad y casi inmediatez con el que se ha desarrollado todo el procedimiento, este plazo supone un brusco frenazo en la agilidad del procedimiento que podría haberse solventado con el establecimiento de unos turnos de guardia entre los juzgados de lo penal que no ha sido contemplado por el legislador.

La segunda posibilidad el artículo 800 conceda la defensa es la solicitud de un plazo para formular su escrito de defensa, que podrá ser de hasta cinco días²¹. Aunque la ley prevé que el plazo habrá de ponderarse en función de las circunstancias del hecho y otros que resulten de la investigación, lo cierto es que la tónica general es conceder el máximo previsto. Llama la atención un plazo tan amplio, en comparación con el de 10 días dado para cualquier procedimiento abreviado, teniendo en cuenta que uno de los requisitos para establecer este procedimiento es su sencillez en la instrucción que preveía el artículo 795 de la LECR. Este plazo no es sino otra de las manifestaciones de la desconsideración con la que el legislador tanto al ministerio fiscal en la ley 38/2002, pues si con arreglo al artículo 797.3²² de la citada ley el abogado defensor tendrá el mismo conocimiento de las actuaciones que el ministerio fiscal no puede entenderse de otra manera el hecho de que al ministerio fiscal se le obligue a presentar el escrito de acusación inmediatamente y a la defensa se le otorgue un plazo distinto, salvo que el ministro de justicia de entonces considerarse a los fiscales como seres de una inteligencia y capacidad jurídica superior, que no creo que fuera el caso. Lo cierto es que este plazo se viene utilizando de una manera fraudulenta, no dejando de llamarme la atención el hecho de que tras solicitarlo y transcurrir los cinco días los letrados se limiten a hacer lo que se viene conociendo como una calificación negativa, es decir que

²¹ Si el acusado solicitara la concesión de un plazo para la presentación de escrito de defensa, el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los cinco días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación, procediendo en el acto el Secretario judicial a la citación de las partes para la celebración del juicio oral y al emplazamiento del acusado y, en su caso, del responsable civil para que presenten sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento.

²² Para garantizar el ejercicio del derecho de defensa, el Juez, una vez incoadas diligencias urgentes, dispondrá que se le dé traslado de copia del atestado y de cuantas actuaciones se hayan realizado o se realicen en el Juzgado de Guardia

sea utilizado cada uno de los días de plazo para decir simplemente no a cada una de las conclusiones provisionales.

La concesión de este plazo implica además la finalización del procedimiento ante el juzgado de guardia ya que el escrito de defensa se presentará ante el órgano enjuiciador.

8.2 CONCURRENCIA LA CAUSA DE ACUSACIÓN PARTICULAR Y MINISTERIO FISCAL.

La regulación de la acusación particular en este procedimiento carece de lógica y además es una muestra de una mala técnica legislativa. Comienza el artículo 801.1º pareciendo excluir de la posibilidad de conformidad los supuestos en que exista acusación particular al establecer como requisito "Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación." En este sentido una interpretación literal la hace

Haciendo un paréntesis, hay que decir que la regulación del procedimiento rápido para el enjuiciamiento determinados delitos no menciona el supuesto de la acción popular, por lo que podría pensarse que esto no cabe en este procedimiento. Sin embargo lo cierto es que tampoco la excluye expresamente, por lo que, aun cuando es difícil que en la práctica se dé el supuesto por la brevedad del procedimiento, hay que entender que lo establecido para la acusación particular es extensible también a la acción popular, pues no tendría sentido la prohibición de esta al incoarse diligencias urgentes y luego permitir la en cualquier supuesto en que se transformarían en diligencias previas y en sentido contrario que existiera en los supuestos de diligencias previas y luego expulsarla en el caso del artículo 779.5 LECR.²³

Volviendo al tema que nos ocupa, resulta sumamente extraña la regulación de la acusación particular. Establece el artículo 800.4 Que en el caso de esta "Si se hubiere constituido acusación particular que hubiere solicitado la apertura del juicio oral y así lo hubiere acordado el Juez de guardia, éste emplazará en el acto a aquélla y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días. Presentados dichos escritos ante el mismo Juzgado, procederá éste de inmediato conforme a lo dispuesto en el apartado 2." La concesión de este plazo de hasta dos días resulta incomprensible, máxime cuando supone una ampliación del plazo del ministerio fiscal que, como hemos visto, sin la concurrencia de la acusación particular venía obligado a presentar la acusación de manera inmediata.

Como dice Flores Prada y González Cano²⁴ "Por un lado, dicha personación excluye la conformidad inmediata, sin que termine de entenderse bien la razón por la cual la conformidad ni siquiera puede intentarse en estos casos. Por otra parte, la

²³ Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.

²⁴ Los nuevos procesos penales. El juicio Rápido

intervención del acusador particular hace prácticamente imposible concluir la preparación del juicio durante las primeras veinticuatro horas del servicio de guardia, debido a las dificultades prácticas que surgen para la presentación inmediata del escrito de la acusación particular. Por tal razón, la LECRIM permite al juez de guardia abrir un plazo improrrogable y no superior a dos días para la presentación de los escritos de la acusación particular y del Ministerio Fiscal, lo que supondrá, al menos en las grandes capitales, proseguir la preparación del juicio en los días siguientes a la guardia con el fin de recibir los escritos de las acusaciones, dar traslado de los mismos a la defensa, abrir, en su caso, el plazo de cinco días para la presentación del escrito de defensa ante el Juzgado de lo Penal, y evacuar las citaciones de peritos y testigos interesadas por las partes. Todo ello debería realizarlo el Juzgado de Instrucción que inició las diligencias urgentes en un plazo no superior al concedido a la defensa para calificar, de modo que las actuaciones se encuentren a disposición del órgano de enjuiciamiento en el momento en que se presente el escrito de la defensa.”

Lo cierto es que a nivel práctico estas disfunciones se solventan adhiriéndose de forma oral la acusación particular al fiscal en los casos de conformidad inmediata, aunque ello no esté previsto por la ley que parece decir exactamente lo contrario y así lo ha entendido también la circular 1/2003 *Pese a todo, en aquellas ocasiones en que el titular del órgano judicial así lo admita, basándose en una interpretación favorable a la oralidad como complemento del principio de celeridad, y el Fiscal se halle en condiciones de formular su acusación, ésta podría presentarse en el momento mismo del emplazamiento, sin necesidad de agotar el plazo de dos días que la ley confiere. Ello, claro es, con independencia de la administración que de ese plazo pueda hacer la acusación particular*

Por algunos autores se ha planteado que este plazo en las guardias de 24 horas, así como en aquellos atestados entregados en los últimos días de la guardias semanales hace que se salga del período procesal previsto para los juicios rápidos. Sin embargo, como ya dijimos anteriormente el artículo 799 establece el plazo de la guardia para la instrucción de las diligencias urgentes, pero no para la fase intermedia y el juicio oral que puede quedar fuera de este plazo, siendo competente el juzgado de instrucción que abrió las diligencias urgentes aun cuando no esté de guardia.

Presentados los escritos de acusación en tiempo y forma el artículo 800.4 ordena continuar el procedimiento del mismo modo que el previsto para cuando estuviera solamente el fiscal.

En relación a la personación de la acusación particular se han suscitados algunos problemas, más en su personación ante el juzgado de lo penal que en el juzgado de guardia, no siendo unánime la jurisprudencia a este respecto Así la SAP Cádiz de 18 marzo 2010 “ si bien es cierto que una vez presentado el escrito de acusación por el Ministerio Fiscal, ha precluido el trámite para personarse la acusación particular, también lo es que la ley permite la presentación de los escritos de defensa en el plazo de dos días, por lo que estaríamos hablando ya de un plazo de cuatro días desde que ocurrieron los hechos, y lo que en una interpretación flexible y ajustada a derecho de los párrafos 2 y 4 del artículo 800, hubiera podido admitirse la personación de la acusación particular en esos plazos”

SAP Cantabria de 24 junio 2009

El trámite de calificación del delito, en el juicio Rápido, se inicia en el momento previsto en el artículo 800.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Hasta ese concreto momento había tenido el acusado recurrente la posibilidad de constituirse en forma como Acusación Particular, incluso pidiendo la suspensión para que se le nombrara Procurador de oficio de forma inmediata. Pero tampoco lo hizo.

SAP Madrid de 3 octubre 2008

Resultó por tanto, cuanto menos, muy precipitado para la perjudicada la personación con abogado y procurador en el juzgado de guardia, habiéndolo hecho no obstante ante el juzgado de lo penal, siendo evidente por ello que la denegación de su intervención en el acto del Juicio Oral le hubiera ocasionado indefensión, lo cual no acontece con el acusado, quien desde un principio ha contado con asistencia letrada y le han sido notificadas todas cuantas resoluciones se han dictado en la causa. Además, el Letrado de la defensa, salvo un breve comentario que efectuó al margen del desarrollo del Juicio Oral a la Letrada que asumía la defensa de la perjudicada, tal y como puede apreciarse en la grabación del juicio, no planteó cuestión alguna al respecto ante la juzgadora de instancia, habiendo asumido la Acusación Particular la calificación de los hechos y pena solicitada por el Ministerio Fiscal y habiéndole sido denegada, aunque por otros motivos, la prueba documental que trató de presentar en aquel acto. No parece por tanto que el acusado haya sufrido indefensión alguna que aconseje declarar la nulidad solicitada. Sí por el contrario podría haberse ocasionado indefensión a la perjudicada si se le hubiera impedido estar presente en el acto del Juicio Oral a través de la Letrada que en el mismo intervino en su representación y defensa.

Otra cuestión a tener en cuenta en relación a las acusaciones particulares es que en el procedimiento de juicios rápidos, a diferencia del procedimiento abreviado, es que los escritos de acusación se presentan una vez abierto el juicio oral, art. 800.2 LECR, ello implica que en cualquier caso la acusación particular habrá de estar representada por procurador ya asistida por letrado. SAP Cantabria de 24 junio 2009²⁵

²⁵ "Así las cosas, cuando califica el Ministerio Fiscal (folio 88, penúltimo párrafo), el acusado no había solicitado nombramiento de Procurador; el escrito de acusación provisional presentado por la Letrada Sra. Alonso Sinovas no venía suscrito por Procurador, como era obligado, sino por la Letrada, que, sabido es, carece de capacidad de representación de su cliente (los Letrados sólo representan a sus clientes cuando éstos ostentan la condición procesal de imputados, y exclusivamente hasta un determinado momento del procedimiento, vide artículos 768, 784.1 y 797.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con el agravante, además, de que en el mentado escrito ni siquiera se solicitaba mediante Otrosí el nombramiento de Procurador al efecto.

La Letrada del hoy recurrente sólo solicitó el nombramiento del Procurador al terminar el acto de la comparecencia (folio 89, párrafo cuarto), y no tanto como parte acusadora particular sino como defensora ("por la defensa letrado Sra. Eva Alonso Sinovas se interesa la concesión de plazo de 5 días para presentar escrito de defensa y nombramiento de procurador de oficio" - sic-). A tenor de ello, su constitución como Acusación Particular fue defectuosa, el escrito de acusación provisional no venía suscrito por Procurador en ejercicio y cuando se pretendió subsanar el defecto, en el Juzgado de lo Penal, ya era tarde.

También en el procedimiento Rápido es preciso que la Acusación Particular se constituya en forma, con arreglo a la normativa general. Alusión a ello hacen diversos preceptos de la ley rituarial (artículos 800.1, cuando alude a las "partes personadas" y a "el acusador particular, si lo hubiera"; 800.2, cuando alude a "si no se hubiere constituido acusación particular"; 800.4, cuando alude a "se se hubiere constituido acusación particular"; o las menciones contenidas en el artículo 801.1-1º ó 801.5).

La cuestión no es baladí y presenta especiales problemas en los supuestos de violencia contra la mujer, donde los colegios de abogados presentan servicios jurídicos de asistencia a la víctimas y sin embargo no se ven acompañados de una asistencia por los colegios de procuradores, que hace que en algunos casos pueda ser rechazada la acusación particular por falta de procurador.

9 LOS ESCRITOS DE CALIFICACIÓN.

Nada dice el procedimiento de juicios rápidos acerca del contenido de los escritos de acusación, por lo que será igual que el establecido para los demás procedimientos ordinario y abreviado, al menos en lo que al contenido de sus conclusiones se refiere, ya que encabezamiento variará en el sentido ya apuntado de que mientras en el procedimiento abreviado al tiempo que se presenta el escrito se solicita la apertura del juicio oral, en el de juicios rápidos el juicio oral ya está abierto, por lo que nos ratificaremos en su solicitud, formulando las conclusiones provisionales.

Por ello habrá que remitirse a lo expuesto en el artículo 781 LECR para el procedimiento abreviado, que tiene aquí carácter supletorio, y por tanto habrá de contener la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación, los extremos a que se refiere el artículo 650, es decir, descripción de los hechos, calificación jurídica, grado de participación, circunstancias modificativas y pena y responsabilidad civil solicitadas.²⁶

En el citado escrito se propondrán las pruebas cuya práctica se interese en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos deben realizarse por medio de la oficina judicial. No debe olvidarse que aun cuando la regulación procesal no puede disimular que va encaminada a intentar lograr una conformidad inmediata, en caso de no conseguirse la causa acabará en un juicio oral en el juzgado de lo penal, que se tramitará conforme a las reglas del procedimiento abreviado, salvo algún matiz como el acortamiento del plazo para dictar sentencia, que pasa a ser de tres días.

Conviene por ello aquilatar y hacer constar todos los medios de prueba que se van utilizar en la vista oral, con independencia de una posible conformidad. En este sentido la AP de Pontevedra decretó la absolución del acusado porque se presentó el certificado de verificación del etilometro por un agente de la guardia civil en la vista

²⁶ En ambos casos, pero singularmente en aquellos en los que la acusación se ajuste a un criterio de oralidad, resulta indispensable no olvidar su genuino significado jurídico-procesal. De ahí que, por más que se flexibilice el formato, esa acusación habrá de contener las exigencias que -con carácter general- imponen los artículos 650 y 781 LECrim. El escrito del Ministerio Fiscal (o el acta en el que se recoge su petición oral) sirven de vehículo formal para la pretensión pública. Con ella se avanza en la formalización progresiva del objeto del proceso y se contribuye a su delimitación objetiva y subjetiva. De ahí la necesidad de que los Sres. Fiscales precisen con claridad los hechos punibles respecto de los que se formula acusación, califiquen su alcance jurídico, fijen las formas de participación, expresen la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y precisen la pena que estimen adecuada a los hechos imputados. Tales extremos habrán de ir acompañados de las demás menciones -responsabilidad civil, propuesta probatoria y medidas cautelares- que se derivan de los preceptos antes mencionados. Circular 1/2003

oral al no constar este en el atestado pese a que así se decía, al considerar que nadie había solicitado la prueba y esta resultaba ya extemporánea.²⁷

Sin embargo pese a que la prueba se propone en los escritos de acusación presentados ante el juez de instrucción de guardia, la competencia sobre su admisibilidad es del órgano enjuiciador, el juez de lo penal. Por otra parte, como es lógico ya que existe la posibilidad de que el escrito de defensa acogido al plazo del art. 800 se presente directamente ante ese juzgado. SAP Madrid de 30 septiembre 2008

Tratándose de un procedimiento que ha sido tramitado conforme a las normas establecidas en el artículo 795 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, y al amparo de lo establecido en el artículo 800 de la Ley Procesal, los Letrados de las defensas formularon oralmente sus respectivos escritos de defensa al no prestar su conformidad los acusados, proponiendo cada uno de ellos los medios de prueba que estimaron oportunos. Alega el recurrente que en ese momento el Juez Instructor no objetó nada al respecto, por lo que todas las pruebas deberían haberse practicado, cuando lo cierto es que de conformidad con lo establecido en el indicado artículo la decisión sobre la admisión de pruebas habrá de adoptarla el órgano de enjuiciamiento, sin perjuicio de que en el servicio de guardia se practiquen las citaciones de testigos y peritos siempre que sea posible. En consecuencia, las pruebas forense y dactiloscópica propuestas por el apelante fueron correctamente denegadas por el Juez a quien correspondía, como Juez de lo Penal, mediante auto de fecha 12 de marzo de 2007.

Una de las principales novedades de la reforma introducida por la ley 38/2002 es la consecuencia que atribuye a la no presentación en plazo del escrito por parte del fiscal. *Si el Ministerio Fiscal no presentare su escrito de acusación en el momento*

²⁷ Según resulta de la causa, en el atestado instruido en su día por agentes de la Guardia civil (f. 6) se dice que el etilómetro de precisión empleado en la prueba de detección alcohólica, marca drager modelo 7110 ARKL-0019 se encontraba verificado por organismo oficial por un periodo de un año, finalizando el 25-02-2009 y en el folio 16 (14 del atestado) se dice que se remite con el mismo fotocopia del certificado de verificación periódica del etilómetro de precisión. Sin embargo dicha copia no fue aportada con el atestado.

Para subsanar esa omisión, con fecha 17-03-2008 (f. 38) agentes de la Guardia civil, comparecen en el juzgado aportando unas ampliatorias con copia del referido certificado. (f 39). Previamente a esta comparecencia había mediado ya escrito de calificación del Ministerio Fiscal en la audiencia del artículo 798 de la L.E.Cr practicada el 11-03-2008. En dicho escrito de acusación tras interesar la apertura del juicio oral, proponía, entre otras pruebas la "3.- documental: lectura del atestado de la guardia civil de tráfico de Lalín 48/2008 de 08-03-2008..". Es decir, nada se proponía respecto a la reproducción o introducción en plenario del referido certificado como medio probatorio de la verificación del etilómetro.

La juzgadora por auto de 24-03-2008 consideró pertinente y admitió la práctica de las pruebas propuestas en los escritos de acusación del Ministerio Fiscal y por la defensa. En el acto del juicio oral y en cuanto a la documental, ambas partes interesan dar por reproducida la propuesta en sus respectivas conclusiones provisionales.

En definitiva, como acertadamente afirma la defensa, el certificado de verificación aportado por los agentes de la guardia civil, con posterioridad a la práctica de la audiencia del artículo 798 L.E.Cr, nunca fue propuesto como prueba en los escritos de calificación para el acto del juicio oral, ni lo fue en el acto del juicio oral, ni tampoco se interesó su reproducción en plenario por el cauce del artículo 730 L.E.Cr Lógicamente tampoco lo propuso la defensa, a cuyos intereses no convenía tal prueba documental.

establecido en el apartado 2 o en el plazo establecido en el apartado 4, respectivamente, el Juez, sin perjuicio de emplazar en todo caso a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 782, requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura de juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

Evidentemente esta maquiavélica consecuencia se entiende solo en los casos en los que el fiscal sea la única parte acusadora y supone un total desconocimiento de lo que es el *ius puniendi* y la condición del fiscal como parte necesaria del proceso penal. Como ha señalado Hernández García, «sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de establecer mecanismos de alcance similar a los “astraintes” y de responsabilidad disciplinaria para los supuestos de incumplimiento grave de las cargas de alegación o de pretensión de las partes, especialmente las acusadoras, lo cierto es que la sanción de caducidad de la acción con efectos de sobreseimiento libre (*sic*) supone una suerte de privatización de la acción penal pública que puede contradecir el principio constitucional de oficialidad que configura la actuación del Ministerio Público. Además, la disociación entre plazos de prescripción y supuestos de caducidad en el tratamiento temporal de la acción y en las consecuencias de crisis, de difícil justificación sistemática», amen de tener una lamentable técnica legislativa pues olvida que la solicitud de juicio oral ya se ha producido con anterioridad por lo que difícilmente puede entenderse que el fiscal no pide la apertura del juicio oral y un desconocimiento de la jurisprudencia existente en ese momento. Así STS 1236/1999, de 21 de julio, señalaba que la no presentación en plazo del escrito de acusación por el fiscal tendría efectos disciplinarios en su caso, pero no en el proceso : *"...de un lado, el ius puniendi del Estado sólo se extingue, por razón del transcurso del tiempo, como consecuencia de la prescripción del delito -o de la acción penal para perseguirlo- y de la prescripción de la pena -o de la acción para ejecutar la pena impuesta-, lo cual ocurre cuando transcurren los plazos establecidos legalmente, mucho más extensos que el tiempo que en este caso tardó en calificar el Fiscal, y, de otro lado, porque siendo el Ministerio Público una parte necesaria de nuestro proceso penal (salvo que se proceda por los llamados "delitos privados", lo que no es el caso de autos), en la fase intermedia, tanto del procedimiento abreviado como del ordinario, es imprescindible que exista su petición de apertura del juicio oral o de sobreseimiento para que el Juez o Tribunal pueda decidir la continuación o no del procedimiento (artículos 632 y 790 LECrim, lo que no quiere decir que el Juez o Tribunal quede vinculado por la petición que haga el Fiscal), y si éste no presenta su escrito en el plazo concedido al efecto podrá apreciársele, corregírsele disciplinariamente, e incluso pedirse a su superior que designe otro funcionario para que despache el asunto, pero no seguir adelante sin petición del Fiscal..."* En el mismo sentido se pronuncia la SAP Barcelona, sec. 5ª, A 16-1-2002 con cita de la anterior.

Las consecuencias de esta acción serían las mismas que en el aberrante caso de que se dispusiera que las sentencias dictadas fuera de los plazos establecidos por la ley habrían de ser necesariamente absolutorias, lo que no se le pasaría a nadie por la cabeza, aunque nunca se puede decir de esta agua no beberé.

La circular 1/2003 trata el tema y atribuye la no presentación del escrito de acusación del fiscal a varias causas posibles, la no presentación de ese escrito puede

obedecer a muy diferentes causas, cada una de las cuales habría aconsejado un tratamiento jurídico diferenciado. Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que la omisión del Fiscal obedezca a que estima pertinente una resolución de sobreseimiento en cualquiera de sus dos modalidades, con independencia del criterio que suscriba la acusación particular. Pero también es posible que la falta de aportación de aquel escrito tenga su origen en alguna disfunción que ha de ser solventada, con el fin de no perjudicar los fines del proceso. El precepto no sólo unifica el tratamiento jurídico de situaciones diferenciadas, sino que parece no dar alternativa al Juez que -cumplida la hipótesis del primer inciso del art. 800.5- vendría obligado a proceder del modo que ese mismo apartado le impone.

Como bien señala la ley unifica las consecuencias de los dos supuestos. Sin embargo no podemos compartir el primero de ellos, primero porque si hay acusación particular carece de sentido citar a todos los perjudicados al procedimiento, salvo que fueren varios y solo alguno se hubiere personado y en segundo lugar porque dado que nada contempla el artículo 800 respecto al caso de seguirse el juicio solo a instancias del acusador particular, debe aplicarse la legislación supletoria de los juicios rápido, y en consecuencia proceder conforme al art. 783.1 LECR, es decir dará nuevo traslado al fiscal para que formule conclusiones que, en su caso, serán absolutorias.

Otra solución que evite la indeseable consecuencia del art. 800.5 la da la circular 1/2003 remitiéndose al art. 202 de la LECR. los términos judiciales "...serán improrrogables (...) cuando la Ley no disponga expresamente lo contrario. Pero podrán suspenderse o abrirse de nuevo, si fuere posible sin retroceder el juicio del estado en que se halle cuando hubiere causa justa y probada. Se reputará causa justa la que hubiere hecho imposible dictar la resolución o practicar la diligencia judicial, independientemente de la voluntad de quienes hubiesen debido hacerlo".

En la misma línea de razonamiento, resulta necesario tener presente que, en aquellas ocasiones en que el Juez de Instrucción actúe en la forma prevista en el art. 782.2 y emplaze a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos -así se lo impone el art. 800.5-, habrá de conceder a aquéllos un término máximo de 15 días para que "...comparezcan a defender su acción". No parece que exista inconveniente legal alguno para que el Fiscal, mientras ese término concedido a la acusación particular se halle vigente, pueda aportar su escrito de acusación. De un lado, por cuanto que la preclusión como principio procesal de carácter ordenador no debiera desplegar un efecto extintivo en el ejercicio del ius puniendi. Además, porque la detenida lectura del art. 800.5 no precipita de forma necesaria la resolución de sobreseimiento libre por parte del Juez, sino que establece una presunción ope legis que -por razón de su significado y redacción- debe estimarse iuris tantum. En definitiva, del silencio del superior jerárquico del Fiscal se entenderá que considera procedente el sobreseimiento libre, a menos que -todavía sin extinguir el plazo legal conferido a la acusación particular- aporte la correspondiente acusación. A esa conclusión conduce, además, el contenido del art. 783.1 párrafo 2, aplicable a aquellos supuestos en que el Juez de Instrucción decreta la apertura del juicio oral sólo a instancia de la acusación particular. En tal caso, "...dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, a menos que hubiere renunciado a ello". Como puede apreciarse, es la renuncia expresa, no la deducida del silencio como actitud procesal, la que conlleva el verdadero efecto preclusivo.

En cualquier caso sería deseable que se promoviera desde las instancias que correspondan de la fiscalía una reforma de la ley que impidiese siquiera la posibilidad de que se produzca ese sobreseimiento.

10. LA CONFORMIDAD PRIVILEGIADA

El Siglo XX se ha caracterizado por la lucha de las libertades, por una búsqueda de las garantías en el proceso penal, provocando en ciertas ocasiones un desequilibrio en la balanza a favor de la justicia y en detrimento de la eficacia, en cuanto las garantías han provocado en ocasiones formalismos y éstos, en cierta medida, han contribuido a una mayor lentitud en el desarrollo procesal. En los últimos tiempos se está produciendo, con carácter mundializado, una inclinación de la balanza a favor de la eficacia aún en detrimento de la justicia, argumentándose, en tal sentido, que una justicia formal y lenta puede dejar de ser justicia; y, en esa línea argumentativa se han ido potenciando las fórmulas aceleratorias del proceso, siendo exponente evidente de ellas la conformidad del acusado en el proceso, cuyo régimen jurídico ha sido afectado directamente por la reforma de la LECRIM sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, recientemente aprobada en octubre de 2002.²⁸

Define Gimeno Sendra la conformidad como “un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena y que nunca puede exceder del señalado legalmente, se ocasionará la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada”

Por su parte el Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre la naturaleza y presupuestos de la conformidad, sentencia de la Sala 2ª de 20 marzo 2012

Como decíamos en STS 971/2010 de 12-11, y 778/2006 de 12-7, con independencia de las distintas posturas doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la conformidad, en este sentido recordar que la STS. 17.6.91, consideró la conformidad una institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias o de economía procesal. La conformidad significaría un allanamiento a las pretensiones de la acusación pero sin llegar a su equiparación total y a sus estrictas consecuencias, por cuanto hay que reconocer que en el proceso civil rige el principio dispositivo y la verdad formal, mientras que en el proceso penal prepondera el de legalidad y el indisponibilidad del objeto del proceso, siendo la búsqueda de la verdad material a la que se orienta este proceso, otras opiniones entienden que la debatida figura pugna con el principio conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y defendido, aunque lo cierto es que si pudo defenderse y ser oído, renunciando a ello porque quiso, admitiendo y confesando su culpabilidad; si bien la conformidad supone que el hecho sea "aceptado" como existente ello no implica que se trate de una verdadera confesión y por tanto, de una actividad probatoria como sería el interrogatorio del acusado. También se ha dicho que la conformidad no es un acto de prueba, sino un medio para poner fin al proceso, es decir una situación de crisis del mismo, mediante la cual se llega a la sentencia, sin previo juicio oral y público, y de modo acelerado, consecuente a la escasa gravedad de la pena solicitada por las acusaciones y el convenio o acuerdo habido entre acusadores y acusados, en el que han participado los defensores de estos últimos y finalmente se ha sostenido que la conformidad es una declaración de voluntad de la defensa, que no constituye confesión, porque lo contrario pugnaría con el art. 24.2 CE

²⁸ Prof. Dra. Silvia Barona Vilar. Régimen jurídico de la conformidad en el proceso penal tras la Ley 38/2002, de 24 de octubre y la LO 8/2002, de 24 de octubre

que recoge el derecho a no confesarse culpable, y se considera que la conformidad constituye una clara consecuencia de la admisión del principio de oportunidad que podrá reportar al acusado substanciales ventajas materiales derivadas de una transacción penal, Entendiéndose por ello que no debe hablarse de la existencia de un pacto subyacente entre las partes -dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal- y lo que hay es una concurrencia de voluntades coincidentes. En definitiva, la conformidad no sería una institución que operase sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral.

Y en cuanto a las razones de la existencia de esta institución -que no es nueva en nuestro proceso penal, pues su regulación básica se recoge en los arts. 655 y 688 LECrim, en el sumario ordinario y a esa inicial normativa se han ido superponiendo otros preceptos que disciplinan la conformidad en modo no exactamente coincidente y que han ido introduciéndose sucesivamente por Leyes modificativas, como la LO. 7/1988 creadora del procedimiento abreviado, o complementarias como la LO. 5/1995 del Tribunal de Jurado, proceso que culmina, al menos de momento, con la Ley 38/2002 y la LO. 8/2002, ambas de 24.10, introducen una nueva modalidad de conformidad para los juicios rápidos por delito- que a su vez ya ha sido objeto de una nueva modificación por la Disposición Final primera LO. 15/2003 de 25.11, con la nueva redacción de los arts. 801, 787.6 y 7, y 795.1.2 LECrim. -que ha supuesto una autentica modificación por vía indirecta del Código Penal , al permitir a modo de atenuante privilegiada con una eficacia especial, la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación, lo que determinó la necesidad de conferir al art. 801 el rango de Ley Orgánica del que carecía el inicial Proyecto de Ley, en cuanto además confiere, la competencia al Juez de Instrucción de guardia-, se ha dicho que además de asegurar la celeridad procesal a niveles mínimos para la sociedad, la búsqueda del consenso es un imperativo ético-jurídico que puede venir apoyado por dos parámetros constitucionales:

1º que la obtención del consentimiento del acusado a someterse a una sanción implica una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad proclamada en la Constitución, art. 10.1

2º que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud resocializadora que facilita la reinserción social, proclamada como fin de la pena, art. 25.2 CE. , y que en lo posible no debe ser perturbada por la continuación del proceso y el estigma del juicio oral.”

Es decir el Tribunal Supremo viene a decir que la naturaleza de la conformidad se asemeja, en cuanto acto, en alguna medida dispositivo, allanamiento, aunque sin ser igual a este en la medida en que el proceso penal el objeto no es disponible, estando presidido por la necesidad de la búsqueda de la verdad, lo que hace que este no cese por el mero reconocimiento de hechos por una de las partes cuando existan indicios *de que esto pueda no ser así y manifestación de esa falta de disponibilidad del objeto del proceso es el hecho de que no se permita para los delitos más graves, cuyas consecuencias son mucho más gravosas*. No la considera como medio de prueba ni como confesión, sino como un medio de poner fin al proceso sin juicio oral y público.

Por su parte Angel Juana Peces²⁹ le da una doble naturaleza A) Es un acto procesal que encierra una declaración de voluntad concreta: la de poner fin al proceso, mediante la aceleración de trámites en su caso, o su supresión en otros.

²⁹ La sentencia de conformidad con arreglo a la nueva Ley

B) Respecto a su naturaleza jurídica, tiene un doble carácter, a saber: a) En ocasiones supone un verdadero allanamiento, verbigracia, cuando la defensa muestra su conformidad con la pena más grave. b) En otras, por el contrario, la conformidad entraña una verdadera transacción. Ello ocurre en los casos en que la defensa y la acusación formulan un escrito conjunto.

Por otro lado el Tribunal Supremo la califica como un acto unilateral de la defensa, La conformidad, en trámite y en el juicio oral, es un acto procesal unilateral, sin intervención de la demás partes y, por consiguiente, del Ministerio Fiscal, y no hay nada en la conformidad que pueda asimilarla a una especie de transacción penal, lo que se denomina en los Estados Unidos de Norteamérica el "plee bargaining" aunque produce unos efectos, como ya se ha visto, definitivamente importantes. Por ello la conformidad total o absoluta y la parcial o limitada impiden ya, si el Tribunal actuó correctamente, destruir en casación, o en cualquier otra vía impugnativa, lo que fue objeto de conformidad. Por esta razón, si el Ministerio Fiscal dice que el procesado entró por una ventana y la defensa nada tiene que oponer a este relato, que hace suyo el Tribunal (aunque, sin duda por omisión mecanográfica, la sentencia omita que la penetración lo fue efectivamente por la ventana) no puede ahora alegar este vicio como si con su falta de incorporación al relato fáctico o narración histórica se hubiere producido una indefensión. Las reglas elementales del proceso penal lo impiden³⁰

Las leyes 38/2003 y L O 3/2002 introdujeron en el enjuiciamiento rápido para determinados delitos la posibilidad de una conformidad inmediata, con la novedad de que las consecuencias eran que la sentencia la dictaba el juez de instrucción y que las penas se reducirían en un tercio.

Sin embargo la institución de la conformidad no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, así en el trámite de calificaciones en el procedimiento ordinario, art 655 prevé la posibilidad de conformarse en el caso de pena correccional³¹, que deberá ser ratificada ante el Tribunal. Los artículos 688 y siguientes de la LECR prevén la posibilidad de que el acusado se confiese autor del delito en la vista oral y acepte la pena y la responsabilidad civil.

En el procedimiento abreviado se contemplan también ambas posibilidades, en el trámite de calificación, art. 784.3 y al inicio de la vista oral en el art. 787.3.

Sin embargo una de las diferencias fundamentales es que en las conformidades que hemos visto quien va a dictar sentencia de conformidad en todos los casos es el órgano de enjuiciamiento, distinto del juez instructor, mientras que aquí es el mismo juez de instrucción quien dicta la sentencia. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a plantearse si se dan problemas de objetividad o imparcialidad, en definitiva, si con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional el juez de instrucción puede estar contaminado para dictar sentencia.

³⁰ STS Sala 2ª de 7 mayo 1992

³¹ Se consideraba pena correccional aquella no superior a prisión menor, es decir, hasta seis años. El código penal, en la Disposición Transitoria undécima, señala que "cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas: d. La pena de prisión menor, por la de prisión de seis meses a tres años". Teniendo ésto en cuenta, habría que entender que el artículo 655 se refiere a la pena no superior a tres años, sin embargo, a la vista del artículo 787 de la LECrim - referido al procedimiento abreviado - que establece el límite de la conformidad en seis años de prisión, la doctrina mayoritaria considera que en este punto no debe haber distinción entre el procedimiento ordinario y el abreviado, por lo que hay que entender que la pena correccional a la que se refiere el 655 es la que no supera los seis años.

10.1 POSIBLES PROBLEMAS DE CONTAMINACIÓN DEL JUEZ DE GUARDIA COMO ÓRGANO ENJUICIADOR

Puede argumentarse en favor de la objetividad del juez que la vista que prevén los artículos 800 y 801 no es en realidad un verdadero juicio, sino una mera manifestación de acuerdo entre la acusación y la defensa y en la cual el juez instructor queda vinculado por la descripción de hechos de las partes. Pero no es menos cierto que la ley de enjuiciamiento criminal no le atribuye una actuación meramente pasiva, sino que tiene un control de legalidad sobre la conformidad. Así algunos autores consideran que respecto de la calificación jurídica de los hechos y de la pena solicitada sí corresponde al Juez la función de controlar la corrección de la calificación aceptada y de la procedencia de la pena: ese control se extiende tanto al ajuste de la descripción jurídica de los hechos al tipo, como a la posible concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes tal y como prevé en la actualidad el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y ese control es, sin duda, ejercicio de jurisdicción: la subsunción de los hechos en la norma no es una actividad automática, sino que requiere una valoración de aquéllos, muy especialmente cuando el tipo penal junto a elementos descriptivos contiene elementos normativos culturales o sociales.

Sin embargo, considero que el control que prevé el artículo 787 de la ley de enjuiciamiento criminal es un mero control de legalidad, es decir el juez únicamente podrá oponerse a la conformidad si a partir de los hechos descritos, a los que está necesariamente vinculado, resultare que su tipificación no es correcta o que la pena que le corresponde a ese delito de acuerdo con los artículos del código penal no es la que se contempla en la conformidad, sin que pueda ir más allá. Téngase también en cuenta que ese control sobre la calificación jurídica y la procedencia de la pena, del que emanará una propuesta que si no es aceptada por la acusación ocasiona la continuación del juicio y por lo tanto el enjuiciamiento por un juez distinto.

Por otra parte, basta con contemplar la estructura de la sentencia de conformidad para entender que el juez que la dicta no está contaminado. Si por contaminación entendemos el contacto previo del juez sentenciador con la prueba practicada durante la instrucción de la causa, de tal modo que pueda influir en él a la hora de dictar sentencia con carácter previo a la valoración conjunta de la misma en la vista oral, es evidente que no se da en estos casos. No puede olvidarse que la sentencia de conformidad recoge en primer lugar los hechos probados por conformidad de las partes, es decir, esta descripción de hechos vincula al juez que no puede modificarlos y en segundo lugar carecen de fundamentación jurídica ya que no hacen una valoración de la prueba, limitándose a aceptar la conformidad tras el perceptivo control de legalidad que hemos visto.

En definitiva, la sentencia de conformidad dictada por el juez de instrucción en los términos del artículo 801 de la ley de enjuiciamiento criminal no contraviene indefectiblemente la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 148/1987, 145/1988, 164/1988, 11/1989, 157/1993, 138/1994 60/1995, 98/1997, 142/1997, 47/1998...) y Europeo de Derechos Humanos (Casos Piersack y De Cubber) sobre el «juez imparcial», pues el propio Tribunal Constitucional, a partir de su Sentencia 106/1989, de 8 de junio, doctrina reiterada en las (sentencias del Tribunal Constitucional 106/1989, 151/1992, 170 y 320/1993 y 142/1997, 310/2000), matizó su jurisprudencia en el sentido de que la asunción de actos instructorios por el órgano encargado de dictar sentencia no implica necesariamente su pérdida de imparcialidad objetiva. De este modo, la declaración «para ser oído» de los arts. 486-488 de la LECrim., no supone merma alguna a la imparcialidad del Juez, en tanto que

necesariamente la compromete la declaración indagatoria del art. 386; lo mismo cabe afirmar con respecto a la prisión provisional: si dicha medida cautelar es adoptada de oficio por el Juez se conculca el art. 24.2 de la CE, pero, si la prisión provisional es adoptada a instancia de las partes acusadoras y mediante la instauración de una audiencia previa, de tal suerte que el Juez mantenga su imparcialidad, no se comprometería el referido derecho fundamental. (Cfr. sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 mayo 1989, caso Hauschildt)³².

10.2 PRESUPUESTOS Y ÁMBITO DE LA CONFORMIDAD

10.2.1 a) La no existencia de acusación particular.

De una primera lectura Del artículo 801 de la ley de enjuiciamiento criminal pudiera parecer que exige para que se dé la posibilidad de una sentencia de conformidad que no concurra la causa la acusación particular: "Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación." Sin embargo, como ya hemos visto anteriormente, este aparente requisito no es más que la consecuencia de una defectuosa técnica legislativa y parece que el legislador se arrepiente posteriormente de la necesidad de esta ausencia al recoger en el punto cinco del artículo 801 que Si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores. Llama la atención que la posibilidad de conformidad concurriendo acusación particular se menciona incluso después de hacer referencia a la sentencia en el punto anterior, en definitiva parece una extraña subsanación del absurdo de referir la conformidad a la ausencia de acusación particular, aunque habría sido mucho más fácil eliminar su mención en el apartado 1.

Como apunta Moreno Verdejo en su obra La Conformidad del Juicio Rápido la presencia de la acusación particular puede llegar a tener en la conformidad unos efectos perniciosos, ya que no es posible evitar la personación de una acusación particular que solicite una pena superior a la del fiscal de modo que es edad de los ámbitos objetivos de la conformidad del artículo 801, consiguiendo la continuación del procedimiento hasta el juzgado de lo penal y una vez allí rebaje su pretensión punitiva e incluso se aparte del procedimiento impidiendo que el acusado, que estaba dispuesto a reconocer los hechos en el juzgado de guardia se pueda beneficiar de la reducción de un tercio de la pena, ya que le basta para ello pedir una pena legalmente prevista pero superior a los tres años de prisión. (No debe olvidarse que el límite punitivo para la incoación del procedimiento que estamos estudiando lo establece el art. 795 en cinco años de prisión, mientras que para la sentencia de conformidad el art. 801 lo reduce a tres)

10.2.2 b) La naturaleza del delito

2º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.

³² Vicente Gimeno Sendra La conformidad «premiada» de los juicios rápidos

Este límite supone una reducción respecto al ámbito general del procedimiento para el juzgamiento rápido de determinados delitos que establece el artículo 795 en lo referente a la pena de prisión, estableciéndose el límite en tres años.

Como puede verse el límite es en referencia a delitos sancionados con esa pena y no a la petición de pena en concreto, por lo que el límite, conforme vimos al estudiar el ámbito de aplicación de los juicios rápidos, ha de referirse a la pena señalada en abstracto. En ningún caso se beneficia de la reducción de pena el delito que exceda estos límites, aunque luego, mediante la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena -en función del grado de desarrollo delictivo, forma de participación, concurrencia de eximentes incompletas o circunstancias de atenuación muy calificadas o privilegiadas, error vencible de prohibición, etc.- se venga a fijar la pena en una extensión no superior a los indicados límites.

Esto hace que en principio queden excluidos del ámbito de la conformidad delitos como el robo con violencia o intimidación que el artículo 242 sanciona con pena de prisión de dos a cinco años o los robos en casa habitada del artículo 241.

De nuevo y al igual que ocurría con la determinación del ámbito de aplicación recogido en el artículo 795, se plantea el problema de aquellos supuestos que en principio quedan fuera del ámbito de la conformidad, pero en los que existe la posibilidad de una reducción facultativa de la pena como es el supuesto del número cuatro del artículo 242 del código penal que prevé en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho la imposición de la pena inferior en grado a la prevista en los artículos anteriores. Es decir en este caso la pena tipo sería de uno a dos años y por tanto que entraría dentro del límite del artículo 801.

En este punto la circular 1/2003 guarda silencio, pero si aplicamos la doctrina recogida al referirse al ámbito de aplicación del artículo 795, ésta señala que en el caso de ser la reducción preceptiva sería de aplicación el procedimiento y no sería el caso de ser facultativa. Aplicando esa teoría al supuesto debemos éstos quedarían fuera del ámbito de la conformidad.

Personalmente no estoy de acuerdo con esta aplicación. Si consideramos que la conformidad no deja de ser un reconocimiento de los hechos y en cierta medida una colaboración con la administración de justicia, entendemos que deben darse todas las facilidades posibles para que, con el necesario respeto al principio de legalidad, la conformidad se aplique al mayor número de supuestos posibles, máxime si tenemos en cuenta que en casos como el analizado la reducción de la pena no es caprichosa sino que ha de estar motivada pues el código prevé los criterios para su reducción, especialmente la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas. La solución contraria lleva además al absurdo de que la única consecuencia es la privación de la reducción en un tercio de la pena que se le imponga, pues nada impide que se llegue a una sentencia de conformidad en el juzgado penal por los mismos hechos y con la misma tipificación.

Ninguna duda plantea el supuesto contrario, es decir aquellos en los que la pena tipo se encuentra dentro del límite, pero facultativamente puede ser elevada. Aunque también aquí la circular guarda silencio en relación a la posibilidad de conformidad, es aplicable el criterio establecido para el artículo 795, en la medida en que por la posibilidad de ser excluido del procedimiento al superar el límite penológico no pueden ser incluidos en su ámbito de aplicación.

10.2.3 c) la extensión de la pena solicitada

3º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

Este límite guarda relación con la posible aplicación de los beneficios penales de suspensión condicional de la pena (art. 81.2º) y de sustitución de la pena privativa de libertad (art. 88.1 CP), pues la idea original de la Proposición de Ley era vincular la aplicación de esta modalidad especial de conformidad a la concurrencia de los requisitos legales exigidos en el Código Penal para acceder a alguno de estos beneficios.

En este caso estamos ante un límite de las penas de prisión específicamente solicitadas, que en ningún caso deberá superar los dos años una vez sumadas todas, si hubiere varios delitos y reducidas en un tercio. En ningún caso el artículo 801 se refiere a penas de otra naturaleza, por lo que únicamente deben computarse las sumas de las penas privativas de libertad como literalmente expone el precepto.

El régimen supone una excepción a la regulación de la conformidad en otros procedimientos, donde existe la posibilidad de llegar a ella con independencia de que la suma de las penas de prisión en el caso de varios delitos excedan del límite penológico establecido para el procedimiento, lo que sin duda es como ya hemos apuntado anteriormente, por la vinculación que en el proyecto de ley se hacía de esta conformidad a la suspensión de la ejecución de la pena.

Cabe preguntarse si dentro de este límite se incluían los supuestos de privación de libertad por impago de multa. La respuesta ha de ser necesariamente, en primer lugar porque el precepto habla de "dos años de prisión", mientras que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no puede considerarse como pena de prisión. En segundo lugar porque resulta difícil que en este tipo de procedimientos basados en una gran celeridad pueda ya establecerse la responsabilidad personal subsidiaria de la multa, pues está no es una cuestión voluntaria, sino que conforme al artículo 53 del código penal ha de procederse primero a la vía de apremio y sólo si esta resultara infructuosa se procedería a la responsabilidad personal, tramitación está que resulta difícil de comprender que se produzca en el ámbito temporal de los juicios rápidos. Por último porque el artículo 81.2 del código penal excluye expresamente para el cómputo de la duración de la pena cuya ejecución se va a suspender lo relativo al impago de multa, criterio este que entendemos para aplicarse a la lógicamente al artículo 801 de la ley de enjuiciamiento criminal, máxime vista la vinculación que se pretendía de esta conformidad con la suspensión de la ejecución de la pena.

La posibilidad de conformidad en el supuesto de pluralidad de acusados.

Puede plantearse el supuesto de que siendo varios los acusados en las diligencias urgentes uno de ellos quiera conformarse y otro u otros no. ¿Puede en este caso darse la conformidad respecto uno de ellos y no en relación a los otros? La respuesta de ser necesariamente negativa, los artículos 787-1-2º, 800-2 y 697 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son claros y rotundos; si uno solo de los acusados no se conforma, no se puede dictar Sentencia de conformidad.), ya que lo contrario podría provocar sentencias contradictorias respecto a los mismos hechos, conformados por un inculpado y no acreditados suficientemente frente a otro en el juicio oral, sin perjuicio, claro está, de que quepa la conformidad expresada respecto a hechos distintos de los imputados a otros posibles inculpados. Es cierto que se priva a quien ha querido reconocer los hechos de la facultad de reducir en un tercio la pena, pero la solución puede venir dada en el juicio oral mediante la apreciación de una atenuante analógica muy cualificada de arrepentimiento espontáneo o con una petición de pena inferior al resto de los acusados.

STS de 27 de julio de 1998 (RA 6990)

«En efecto, una sentencia de conformidad viene siempre condicionada por la unánime prestación de la conformidad por todos los acusados de un delito: el artículo 691 exige que, si los procesados fueren varios, se pregunte a cada uno sobre la participación que se le haya atribuido, de modo que únicamente podrá el Tribunal dictar sentencia de conformidad en los términos expresados en el artículo 655 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, no considerando los defensores necesaria la continuación del juicio (artículo 697, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Pero si cualquiera de ellos no se confiesa reo del delito que se le haya imputado -o su defensa considera necesaria la continuación- se procederá a la celebración del juicio (artículo 673, párrafo segundo, y 696 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por su parte Moreno Verdejo op. citada anteriormente propone las siguientes soluciones en el caso de que alguno de los acusados compareciere a juicio y otros no:

– Si el ausente consta citado correctamente o si ha sido declarado en rebeldía, no existe inconveniente alguno para aceptar la conformidad de los restantes acusados comparecidos. Quedará pendiente de celebrar el juicio para el ausente.

– Si el ausente no fue citado a juicio o si citado consta la existencia de una causa justificativa de la incomparecencia, creo que debe impedirse la conformidad de los restantes acusados, por cuanto que la presencia del ausente en el juicio hubiera podido impedir dicha conformidad –que como vimos le afecta– y no siendo imputable a él tal incomparecencia no debe privársele del derecho a impedir tal acuerdo. El Juez debe, a mi modo de ver, en tales casos impedir la conformidad o la celebración del juicio. En apoyo de esta afirmación cabe señalar que la no citación de algún coacusado, cuya rebeldía no haya sido declarada, impide en el sumario ordinario que pueda celebrarse el juicio (art. 746 in fine). Lo mismo cabe decir en el abreviado (art. 786.1). No pudiendo celebrarse juicio debe impedirse igualmente la conformidad entre los presentes que lleva a la misma conclusión, esto es a la sentencia.

11 EL CONTROL DE LA CONFORMIDAD POR EL JUEZ DE INSTRUCCION

Dispone, a tal efecto, el art. 801.2 que “el Juzgado de Guardia (o, en su caso, el de Instrucción) realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787”

Aunque el artículo 787 al que se remite el artículo 801 al regular la conformidad comienza diciendo que ésta es "a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes" no puede entenderse que los hechos escapen totalmente al control judicial, sino que este habrá de comprobar que los hechos mutuamente aceptados por las partes son los mismos que fueron objeto de la denuncia.

El control judicial significa que, no obstante la conformidad de la defensa, puede ordenar el Juez la continuación del juicio oral cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Cuando estime que no concurren los requisitos de la conformidad «premiada» (art. 801.2).

- Cuando considere incorrecta la calificación formulada o entienda que la pena solicitada no procede legalmente (art. 787.3).

- Cuando estime que ha habido error en la calificación del hecho punible, lo que, según Juanes Peces, permite al Juez examinar: a) la atipicidad del hecho y con él a la eventual despenalización de los tipos penales; b) las causas determinantes de la exención de la responsabilidad penal, como lo son las eximentes del art. 20 del CP, el error invencible (art. 14 del CP), las causas de extinción del art. 130 del CP, las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias; c) las causas de atenuación, el grado de ejecución, el concurso de Leyes y el concurso ideal.

Cabe si antes de dictar esta resolución puede plantearse una especie de tesis similar al art. 733 LECR. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, pese a que la redacción del artículo 787 parece referirse a que el control se produzca una vez producida la conformidad, nada impide el dialogo del juez con las partes a los efectos de corregir posibles defectos de la calificación que impidan su aprobación, como puede ser una petición de una pena que no proceda. Lo que en ningún caso puede el juez es echar atrás una conformidad porque, por ejemplo, considere desproporcionada una pena si esta está dentro de los límites legales. De hecho el art. 787 no prevé directamente un rechazo a la conformidad sino una especie de trámite de audiencia 3. *En caso de que el Juez o Tribunal considerare incorrecta la calificación formulada o entienda que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio.*

Si el Juez rechaza la conformidad, cabrá recurso de reforma y apelación (art. 766). Firme la resolución, la competencia para el enjuiciamiento se devuelve al Juzgado de lo Penal y el trámite será distinto según el motivo de la repulsa:

- Si es por no concurrir los presupuestos de la conformidad especial, nada impedirá tener por formulada una conformidad ordinaria (art.784.3) y podrá reanudarse el trámite habitual con remisión de las actuaciones al Juzgado de lo Penal.

- Igual solución hay que dar a los casos en que se haya reputado incorrecta la calificación o improcedente la pena y la acusación no haya rectificado. Aunque aquí podremos encontrarnos con que el Juez de lo Penal discrepe del de Instrucción, coincida con los criterios de la acusación y proceda a dictar sentencia de conformidad aunque ahora con el cobijo del artículo 787 y, por tanto, sin rebaja de penalidad en un tercio. Creo que en este caso se impone una forzada aplicación analógica del artículo 801 que permitiese al Juez de lo Penal dictar sentencia con arreglo a los criterios del artículo 801.

- El supuesto de repulsa de la conformidad por estimarse que no se presta con voluntariedad, debe merecer igual respuesta que el que se acaba de examinar.³³

12 CONFORMIDAD Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Aunque el artículo 801 no habla expresamente que la responsabilidad civil la remisión al artículo 787 hace que la conformidad sea con el escrito de acusación que

³³ MORENO VERDEJO La Conformidad del Juicio Rapido

contenga la pena más grave y conforme a lo dispuesto los artículos 650 y siguientes en el escrito de acusación se deberá contener lo relativo a la responsable civil y personas responsables, por lo que hay que entender que la conformidad debería abarcar también la responsabilidad civil.

Ahora bien no puede olvidarse que el artículo 801 recoge una beneficiosa sentencia para el reo en la medida en que la pena es reducida en un tercio. Puede plantearse, especialmente en los casos de responsable civil derivados de seguro obligatorio, delitos contra la seguridad vial, lesiones como consecuencia de la casa etcétera que el responsable civil no acepte la conformidad y en ese caso se prive a quien confesó los hechos que la posibilidad de reducción del tercio. Esto mismo puede ocurrir en los delitos de lesiones donde el perjudicado no está conforme e incluso se han dado supuestos donde se presiona para que quien estando cubierto por un seguro pague voluntariamente y así poder conformarse con la pena.

El problema que se plantea es si puede haber conformidad en lo relativo a la pena y no en lo relativo a la responsabilidad civil. Entiendo que aquí pueden darse dos soluciones:

Una. Dictar sentencia de conformidad en los términos del artículo 801 dejando para el trámite de ejecución de sentencia la determinación de la misma estableciéndose las bases en la sentencia de conformidad por aplicación de la norma supletoria del artículo 788.2 de la ley de enjuiciamiento criminal

Dos. Entender que no se dan los requisitos de la conformidad y remitir la causa al juzgado penal para su enjuiciamiento. Ahora bien haciendo constar en el acta de la comparecencia del artículo 800 que el acusado reconoce los hechos y se conformó con la pena, de tal manera que al llegar al juzgado de lo penal de manera analógica se le respete este derecho. Esta es la solución que adopta la circular 1/2003³⁴

13. LA SENTENCIA DE CONFORMIDAD

ART. 801.2 Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el juzgado de guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

³⁴La no conformidad con la responsabilidad civil de algún acusado o de algún responsable civil, en los términos establecidos en los artículos 695 y 700 LECrim, obliga a frustrar este tipo de conformidad premiada y a entrar en el trámite ordinario. Es decir, el Juez de Instrucción no dictará sentencia y remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para la celebración de un juicio en el que -como reza el art. 695- la "discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil (...) terminado el acto el tribunal dictará sentencia".

Ahora bien, la pena conformada a imponer por el Juez de lo Penal tras la celebración del juicio para determinar las responsabilidades civiles: ¿irá o no reducida en un tercio? Partiendo de la posibilidad que brinda la ley de disociar conformidad penal y seguimiento del juicio exclusivamente para la responsabilidad civil, ha de permitirse la aplicación analógica de esa rebaja de penalidad al Juez de lo Penal cuando el truncamiento de la sentencia de conformidad por parte del Juez de Instrucción sólo vino motivado por el rechazo de un tercero responsable civil.

Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución

La referencia al ámbito anterior implica que en ningún caso la sentencia podrá contener penas de prisión que sumadas o única exceda de los dos años, una vez ya reducida.

La reducción abarca a la duración de todas las penas con independencia de su naturaleza, ya sean únicas o conjuntas. Se plantean algunos problemas en el cómputo de las penas en los supuestos de que estos sean por años que cada uno será de 365 días o por meses que serán de 30, de modo que no es lo mismo una pena de un año que una de doce meses, para lo cual habrá que estar a lo dispuesto en el Código Penal para la pena en abstracto.

El fallo de la sentencia se recogerá en el acta documentándose posteriormente la misma.

El Juez preguntará a las partes sobre la intención de no recurrir y la declarará firme. Ello implica que no cabe recurso contra ella.

Esta afirmación es sin duda predicable respecto al recurso ordinario de apelación. Pero ¿Qué ocurre si la sentencia contiene algún error o no se corresponden con la conformidad? En estos casos entendemos que procede el recurso de aclaración o de rectificación de errores materiales y en su caso el recurso de nulidad como paso previo al de amparo si persistiere la disconformidad, por falta de tutela efectiva por quebrantamiento de los principios esenciales del procedimiento.

14. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA CONFORMADA Y LA SUSTICION DE LA MISMA.

Una vez dictada sentencia le LECR traslada la ejecución de la misma al juzgado de los penal, pero antes impone al juez de guardia el pronunciamiento sobre la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad.

No se establece ningún requisito nuevo de los establecidos en los artículos 80 y siguientes del código penal para la suspensión de la ejecución de la pena, pero dada la inmediatez en su pronunciamiento si se hace una justificación en lo relativo a tener satisfechas las responsabilidades civiles, al señalar el artículo 801. Tres que basta con el compromiso del acusado de satisfacer la responsabilidad civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el juzgado guardia fije.

Aunque en principio nos exige ningún requisito entendemos que sería conveniente, dado que la suspensión suele ir en él "paquete de la conformidad" asegurase de un mínimo de veracidad sobre el compromiso.

Hay que entender que en el caso de que no se cumplen las responsabilidades civiles en el plazo fijado automáticamente supondrá la revocación de la suspensión.

Puede suceder también que en ese momento se tengan suficientes datos para pronunciarse sobre la suspensión de la ejecución, como puede ser por ejemplo que no se sepa con certeza la fecha de la finalización del cumplimiento de una pena a los efectos de entender cancelado un antecedente penal a los efectos del artículo 81.1 del código penal. Nada impide en estos casos solicitar que se difiera el pronunciamiento de la suspensión de la ejecución a un momento posterior, estando ya la ejecutoria en el juzgado de lo penal.

Lo mismo puede decirse en los casos de deshabitación del penado en relación a la certificación del artículo 87.1. No debe olvidarse que la suspensión en los funcionarios está sujeta a su régimen general y por tanto para este supuesto será necesario que conste en la sentencia que los hechos se realizaron por causa de su dependencia a las drogas, tanto en la descripción de los hechos probados como en la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En relación a la sustitución de las penas privativas de libertad, ningún requisito se recoge en el artículo 801, y en consecuencia habrá que ir al régimen establecido en el artículo 88 del código penal. Aún cuando el artículo 801 está previsto para penas de hasta dos años de privación de libertad, el límite para la suspensión de la ejecución de la pena será de un año que establece el artículo 88.

Hay que tener en cuenta que en la medida de lo posible habrán de valorarse lo dicho en el artículo 88, es decir las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular el esfuerzo para reparar el daño.

En ambos casos hay que tener en cuenta que el requisito de duración de la pena inferior a uno o dos años, según el caso, se refiere siempre a la pena reducida, pues ha de considerarse esta como una nueva pena a todos los efectos, del mismo modo que si por ejemplo hubiera sido reducida en uno o dos grados en función del grado de participación

15. EL RECONOCIMIENTO DE HECHOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y SU RECONDUCCIÓN AL JUICIO RÁPIDO POR DELITO.

5ª Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801

Este artículo se configura como una especie de pasarela entre procedimientos. El supuesto de hecho es distinto, aquí nos encontramos en unas diligencias urgentes, sino en un procedimiento de diligencias previas, es decir fuera del ámbito 795 por cualquier razón.

Ahora bien no todo procedimiento de diligencias previas que es susceptible de ser transformado en virtud este artículo en diligencias urgentes, sino que se exige una serie de requisitos:

a) temporalidad. El artículo 779 está regulando el fin del trámite de las diligencias previas, bien sea por sobreseimiento, transformación en otro procedimiento que los contemplados en el artículo o continuación a los trámites del procedimiento abreviado y establece que el pase a diligencias urgentes sea en cualquier momento anterior. Es decir la posibilidad de reconocimiento de los hechos a los efectos de obtener conformidad del artículo 801 ha de hacerse con anterioridad a dictarse el auto de transformación de diligencias en procedimiento abreviado y se de plazo para calificar.

b) que se den los límites de pena que establece el artículo 801.

En este caso no es necesario la simplicidad en el procedimiento que establece el artículo 795, sino que basta con que se se trate de un delito cuya pena en abstracto no supere los tres años en caso de ser privativa de libertad, 10 años siendo de otra naturaleza o multa cualquiera que sea su cuantía.

El precepto establece que reconoció los hechos el juez convocará inmediatamente al ministerio fiscal. Pese a la redacción del precepto es evidente que su viabilidad literal es imposible, el devenir natural en la práctica es que una vez reconocido los hechos el el juez "mande" al abogado a hablar con el fiscal a los efectos de saber si va a haber una conformidad y en virtud de ello ordenar la transformación de la diligencias previas en diligencias urgentes. No puede olvidarse que este precepto no supone una reducción en los trámites del procedimiento abreviado, que a lo mejor habría sido deseable, sino que implica una transformación de procedimiento siendo lógico asegurar el futuro éxito de la conformidad del artículo 801.

Tampoco es descartable que el abogado plantee al fiscal una posible conformidad si su cliente reconoce los hechos. En definitiva lo deseable es haber llegado a un acuerdo verbal de conformidad antes de proceder a la transformación del procedimiento.

No debe olvidarse que en cualquier caso la solución de conformidad a la que se lleve implica que la pena o la suma de penas privativas de libertad solicitadas no puede exceder los dos años