

JUICIO POR DELITO LEVE Y GARANTÍAS PROCESALES

**JOSÉ VICENTE GUILLAMÓN SENENT
FISCAL DE LA FISCALÍA PROVINCIAL DE VALENCIA**

**Los delitos leves: aspectos sustantivos y procesales.
23 y 24 de marzo de 2017**



Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

- 1. EL DEBILITAMIENTO DE LAS GARANTÍAS EN EL JUICIO POR DELITO LEVE.**
- 2. DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL, INSTRUCCIÓN Y DELITO LEVE.**
- 3. LA RELATIVA INDETERMINACION DEL OBJETO DEL PROCESO.**
- 4. DERECHO DE DEFENSA Y CITACIÓN EN EL JUICIO ORAL.**
- 5. EL NUEVO RÉGIMEN DE POSTULACIÓN PROCESAL.**
- 6. LA PRESCRIPCIÓN EN LOS DELITOS LEVES**
- 7. LA DETENCIÓN POR DELITO LEVE.**
- 8. EL RÉGIMEN DE PROPOSICIÓN DE PRUEBAS.**
- 9. LA CONFORMIDAD EN EL JUICIO POR DELITO LEVE.**
- 10. EL RECURSO DE APELACION DE LAS ACUSACIONES.**

Resumen

La pretensión del presente trabajo es la de abordar desde el punto de vista de las garantías esenciales del enjuiciamiento penal de algunas cuestiones procesales que suscita la aplicación práctica del juicio por delito leve particularmente tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal desde la perspectiva del Ministerio Fiscal.

No pretende la presente exposición ser un estudio exegético y omnicompreensivo de la normativa del juicio por delito leve ni abordar la totalidad de problemas procesales que dicho juicio suscita.

En primer lugar se abordan los problemas actuales que se plantean en la regulación y en la práctica con relación al derecho a un juez imparcial, el derecho a conocer la acusación así como con relación al derecho de defensa y la asistencia letrada.

A continuación, se analizan otras cuestiones como el régimen de prescripción de las infracciones, la posibilidad de detención por delito leve, el régimen de proposición de la prueba en el procedimiento o la conveniencia de introducir un régimen de conformidad en el juicio por delito leve.

Por último se exponen las actuales posibilidades de las acusaciones para combatir por vía de recurso los pronunciamientos absolutorios de la sentencia del juicio por delito leve.

1. EL DEBILITAMIENTO DE LAS GARANTÍAS EN EL JUICIO POR DELITO LEVE.

Pese a las reiteradas demandas de la Fiscalía General del Estado (FGE) y la carrera Fiscal¹ en pos de la efectiva despenalización de las faltas el legislador en la LO 1/2015 de 30

¹ En el año 2012 el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal preveía suprimir el Libro Tercero del Código Penal reconduciendo algunas faltas a delitos leves, otras quedaban reducidas a infracciones administrativas y las restantes se remitían a la vía civil. La disposición transitoria cuarta establecía que en tanto no entrara en vigor la nueva ley de enjuiciamiento criminal los delitos leves se tramitarían por el procedimiento del juicio de faltas. El Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 a dicho anteproyecto de reforma del CP de 2012 criticó esta solución manifestando que “esta solución es manifiestamente errónea, pues no tiene sentido suprimir, al menos nominalmente, el Libro III del Código Penal, para conservar el procedimiento vigente y lo que es más grave, para acabar dejando subsistentes la mayor parte de las faltas bajo el ropaje de “delitos leves” que serán enjuiciados por los mismos

de marzo por la que se modifica la LO 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal(CP) y la Ley 41/2015 de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal(LECrím) para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales optó por la peor de las soluciones posibles: el mantenimiento de gran parte del catálogo de las faltas, su conversión en delitos leves, su dispersión por el libro II del Código Penal y el mantenimiento del mismo procedimiento para su enjuiciamiento. Ello ha supuesto que los problemas que generaba el enjuiciamiento de las faltas se mantienen, añadiéndose nuevos como la gran inseguridad jurídica creada al dispersar las infracciones por el articulado del Código Penal así como los derivados de la ampliación del catálogo de infracciones a enjuiciar por el procedimiento de delitos leves por mor del actual artículo 13.4 del Código Penal². Dicho precepto en caso de que la pena por su extensión pueda considerarse leve y menos graves opta por la solución contraria a la recogida para las penas graves y menos graves por cuanto el delito se considera leve y por tanto se enjuiciará como leve.

Desde mi punto de vista, y en la práctica diaria, el primer y gran problema del juicio por delito leve es la debilidad o falta de garantías en muchos aspectos de su enjuiciamiento en especial para el denunciado que debe conducir a la introducción de un procedimiento nuevo basado en el antiformalismo, sencillez e inmediatez pero con un pleno respecto a los principios esenciales del proceso penal. Dicha falta de garantías no solo se produce en su aplicación práctica sino también en ocasiones aparece propiciada por la propia regulación legal.

Creo indiscutible la menor importancia cualitativa de los delitos leves frente al resto de delitos pero lo que no se puede obviar es su importancia cuantitativa en la labor del Ministerio Fiscal y su repercusión en la vida de los ciudadanos. Aun así, en ocasiones en el juicio por delito leve se pueden dilucidar intereses mucho más trascendentes para los ciudadanos que en un juicio por delito menos grave bien sea por la cuantía de la responsabilidad civil (accidentes de tráfico) bien sea por las repercusiones personales en su vida diaria (coacciones o amenazas vecinales). Sea como sea lo cierto es que el legislador ha optado por su mantenimiento y por

órganos judiciales –los jueces de instrucción- en el mismo cauce procesal –de faltas-. Esta solución no solo es insatisfactoria sino que encierra un auténtico fraude de etiquetas. El Consejo Fiscal propugna, por ello, una solución más radical, pero también más simple: las únicas faltas que tiene sentido conservar en la nueva regulación como delitos leves son las de lesiones (147.2), hurto (234.2), estafa (249, in fine) y apropiación indebida (253.2). El resto de los que aparecen en el Anteproyecto caracterizados como delitos leves deberían ser plena y completamente despenalizados, remitiendo su punición al ámbito sancionador administrativo. En cuanto al procedimiento que ha de seguirse para el enjuiciamiento de estos delitos leves, el Consejo Fiscal propugna que sea el trámite de los juicios rápidos actualmente recogido en el Título III del Libro IV de la LECrím por resultar de mayor garantía que el de juicio de faltas”.

Volvió a pronunciarse el Consejo Fiscal en su informe de 23 de enero de 2015 sobre la cuestión manifestando que “redenominar tales faltas delitos leves no añade sino posibles complicaciones. Con ello no se despenaliza la conducta, por más que pueda afirmarse que ya no existen las faltas... La FGE plantea despenalizar algunas faltas, dejar las restantes en el Libro III como faltas (no pasarlas a delitos leves), exigir para su persecución denuncia (salvo las faltas contra menores, personas desvalidas o violencia de género o familiar), tramitarlas por el procedimiento del juicio de faltas, y que el Fiscal al amparo del art. 969.2 LECrím pueda en virtud de Instrucción de la FGE decidir el ámbito de las faltas a cuyo juicio oral asiste o no”.

² Dicho art. 13 dispone:

...

4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

dotar de naturaleza delictiva a las infracciones lo que no justifica un menor nivel de garantías en su enjuiciamiento.

El establecimiento de un procedimiento como el juicio por delito leve basado en la inmediatez, antiformalismo y oralidad tiene sus ventajas pero también importantes riesgos como señala MAZA MARTÍN³ pues “en aras de esa búsqueda de la mayor sencillez, se traspasan los límites de las exigencias derivadas del respeto a las garantías constitucionales propias de un procedimiento penal”.

En el juicio por delito leve se aprecia sin lugar a dudas una rebaja en las garantías esenciales del enjuiciamiento para el denunciado. De entrada podemos afirmar que el standard jurídico que manejan los jueces del concepto de mínima actividad probatoria de cargo en el proceso penal es claramente inferior en el juicio por delito leve que en el resto de procesos por delito. Dicha realidad la considero sumamente criticable por cuanto no es admisible entender o no probado un hecho por la trascendencia de las consecuencias jurídicas que el legislador haya optado por asignar al mismo en un determinado tiempo. Especialmente evidente es en las conductas de amenazas leves, coacciones leves y maltrato de obra entre cónyuges o parejas, que tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género cambiaron su naturaleza de falta a delito menos grave, lo que ha permitido ver en la práctica una tendencia de los juzgados de lo penal a absolver cuando la prueba de cargo es la sola declaración de la denunciante a diferencia del actuar judicial realizado por los jueces de instrucción con la legislación anterior.

2. DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL, INSTRUCCIÓN Y DELITO LEVE.

Entrando ya en el análisis procesal el primer aspecto criticable viene del ya citado artículo 13 del Código Penal. Al clasificar los delitos como graves, menos graves y leves en función de la pena el legislador, cuando la pena por su extensión sea grave y menos grave, opta por considerar el delito grave pero respecto a la concurrencia del carácter menos grave y leve de la pena en lugar de optar por la opción más acorde con un sistema garantista considera el delito leve. Dado que el carácter leve o menos grave del delito tiene consecuencias en este caso sobre el sistema de enjuiciamiento (procedimiento abreviado o juicio por delito leve) ello provoca que se puedan castigar infracciones con pena menos grave necesariamente por procedimiento abreviado (verbigracia art 457 CP castiga con pena de multa de 6 a 12 meses) e igualmente se pueda sancionar con una pena en gran parte similar una infracción por juicio de delito leve (art 255.1 CP castiga con pena de multa de 3 a 12 meses). En ambas infracciones podrían ser condenados los acusados a penas entre 6 y 12 meses de multa pero el sistema de enjuiciamiento y las garantías anejas al mismo son radicalmente distintas.

Como señala la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo se ha producido con dicho art. 13.4 una degradación sobrevenida de diversos delitos que antes eran menos graves y se enjuiciaban por los trámites de las diligencias previas y procedimiento abreviado y que, sin mutar su pena ahora, a

³ MAZA MARTÍN, José Manuel “Breves apuntes para una reforma del juicio de faltas” Revista del Poder Judicial 9/2006.

consecuencia de la reforma y, al comenzar su arco de pena en 3 meses de multa pasan a ser delitos leves con un sistema de enjuiciamiento distinto. Estas conductas son las siguientes:

- 163.4: detención ilegal por particular atenuada, pena única multa de 3 a 6 meses,
- 209 in fine: injurias graves sin publicidad, pena única de 3 a 7 meses,
- 236.1: sustracción de cosa propia de más de 400 € de quién la tenga legítimamente en su poder castigada con pena única multa de 3 a 12 meses,
- 245.2: ocupación inmueble ajeno, pena única multa de 3 a 6 meses,
- 246.1: alteración de lindes de más de 400 €, pena única multa de 3 a 18 meses,
- 247.1: distracción de aguas de más de 400 €, pena única multa de 3 a 6 meses,
- 254.1: apropiación indebida de cosa mueble ajena, pena única multa de 3 a 6 meses,
- 255.1: defraudación de fluidos de más de 400 €, pena única multa de 3 a 12 meses,
- 256.1: defraudación telecomunicaciones de más de 400 €, pena única multa de 3 a 12 meses,
- 267: daños por imprudencia grave, pena única multa de 3 a 9 meses,
- 324: daños por imprudencia grave en patrimonio histórico, pena única multa de 3 a 18 meses,
- 397: emisión certificado falso por facultativo, pena única multa de 3 a 12 meses,
- 399.1: falsificación de certificación, pena única multa de 3 a 6 meses,
- 399.2: uso de certificado falso, pena única multa de 3 a 6 meses,
- 456.1.3º: denuncia falsa de delito leve, pena única de 3 a 6 meses,
- 465.2: destrucción documentos o actuaciones judiciales por particular, pena de multa de 3 a 6 meses,
- 470.3: tipo atenuado ayuda a evasión de presos, pena de multa de 3 a 6 meses.

En relación con la ampliación del catálogo de delitos enjuiciables por el procedimiento de delitos leves surge una segunda cuestión que no es sino un problema que ya existía en ocasiones con el enjuiciamiento de algunas faltas y que el legislador no ha dado solución. Este no es sino la necesidad de una fase de instrucción mínima o al menos la práctica de diligencias instructoras en algunos delitos leves. La memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2016⁴ recoge la preocupación de algunas fiscalías sobre esta cuestión. Expone la Fiscalía de Huelva que en la práctica judicial, con frecuencia, es preciso llevar a efecto una actividad instructora para calificar los hechos –tasaciones periciales, informes forenses–, o para averiguar la identidad de la persona denunciada, o cuando la incoación es subsiguiente a la tramitación de las diligencias previas. Se suscita la concurrencia en estos casos de la causa de recusación –artículo 54.12 LECrim: haber sido instructor de la causa–, por la vulneración del derecho al juez imparcial –artículo 24.2 CE. El supuesto que mayores problemas está presentando en la práctica es el de aquellos delitos que por estar castigados con pena leve y menos grave (normalmente multas entre uno y seis meses) tengan la consideración «sobrevvenida» de leves. Además del muy frecuente delito de usurpación de inmuebles –artículo 245.2 CP–, en esta categoría nos encontramos con dos delitos de especial incidencia en Huelva: la usurpación –extracción ilegal de aguas del artículo 247 CP y los casos menos graves de maltrato-abandono animal de los artículos 337.4 y 337 bis CP. Ha habido procedimientos que por estar ya transformados en procedimiento abreviado y calificados por el Ministerio Fiscal, están pendientes de juicio oral ante los Juzgados de lo Penal y a la

⁴ Memoria FGE 2016. Capítulo V sobre algunas cuestiones de interés con tratamiento específico dedicado a los delitos leves, consecuencias procesales e incidencia en la actividad del Ministerio Fiscal con especial referencia al principio de oportunidad. Madrid 2016. Págs. 822 y 823.

inversa con una mayoría de casos en que al estar todavía en fase de diligencias previas, se ha solicitado, una vez finalizada la investigación, su transformación en delito leve y su enjuiciamiento por el Juzgado de Instrucción. Esta petición obliga a examinar la concreta labor de instrucción realizada para determinar si ha sido de tal contenido e intensidad que lleve a solicitar la abstención del titular del Juzgado para que con la debida garantía de imparcialidad subjetiva, el juicio sea celebrado por su sustituto legal.

En teoría, el juicio de faltas carecía de fase de instrucción, al menos en la ley, y así lo había declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (TC)⁵. Eso era sobre el papel, por cuanto en la práctica en muchas ocasiones el juicio de faltas y hoy el de delitos leves se incoa tras la tramitación de diligencias previas y por transformación de las mismas tras un amplio periodo de instrucción tal y como prevé el art 779.1.2ª LECrim⁶. En escasas ocasiones las partes plantean en dicho trámite la recusación del juez de instrucción consintiendo la situación de posible afectación de la imparcialidad del juez. El AAP Barcelona, sec. 3ª, de 15 de febrero de 2007 EDJ 2007/115598 estimó la recusación formulada por el abogado del Estado en unas diligencias previas seguidas por un posible delito de tortura que posteriormente fueron transformadas en juicio de faltas. Esta resolución es ciertamente una excepción. Pero el problema no solo surge en los supuestos de juicio por delito leve por transformación de diligencias previas sino que incluso en los casos de incoación directa del juicio por delito leve (el único sistema que contempla el Libro VI de la LECrim a diferencia de otros artículos de la LECrim como el 639) también en ocasiones será necesario preparar el acto de juicio con la práctica de diligencias que por su naturaleza son propiamente instructoras como la emisión de informes médico forenses sobre sanidad de lesiones, informes periciales de tasación de efectos hurtados o incluso la incorporación de la hoja histórico penal que la circular 1/2015 de la FGE exige que los Fiscales tengamos a la vista para emitir el informe sobre la oportunidad o no de ejercicio de la acción penal del art 963.1 LECrim. También se suscita el problema cuando la persona del denunciado puede padecer algún tipo de anomalía que dé lugar la concurrencia de una circunstancia eximente completa o incompleta y surge la necesidad de complejas periciales de imputabilidad. Ahora con el amplio catálogo de nuevo delitos leves el problema se agrava por cuanto hay delitos leves que por su naturaleza indudablemente van a requerir práctica de diligencias de instrucción. Pensemos en los delitos de falsificación de certificados de los artículos 397 y 399.1 CP que requerirán periciales caligráficas o de documentoscopia o el delito de usurpación de bien inmueble del 245.2 CP que requerirá que requerirá nota simple del registro de la propiedad para acreditar el propietario del inmueble o incluso el delito de defraudación de fluido eléctrico que en función de la cuantía determinará el régimen de postulación de las partes en especial del denunciado. El problema de la instrucción como señala DE LA ROSA CORTINA⁷ conlleva también el tema de la posible contaminación del juez instructor que obligaría al juez a la abstención y habilitaría para la

⁵ La STC nº 220/2007 de 8 de octubre EDL 2007/188724 en su FJ 2º declara que “la doctrina constitucional ha puesto de relieve que en el juicio de faltas, a diferencia del proceso por delitos, no existe una fase de instrucción o sumario ni una fase intermedia” (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 5; también SSTC 34/1985, de 7 de marzo, FJ 2; 54/1987, de 13 de mayo, FJ 1) de manera que “una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas” (SSTC 34/1985, FJ 2; 54/1987, FJ 1; 52/2001, FJ 5; también, SSTC 72/1991, de 8 de abril, FJ 4; 283/1993, de 24 de febrero, FJ 2; 56/1994, de 24 de febrero, FJ 7)”.

⁶ Art 779.1.2ª Si se reputa falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento.

⁷ DE LA ROSA CORTINA, JOSE MIGUEL. El juicio por delito leve CEJ Madrid 2016.

recusación. Señala éste autor que el TC ha resuelto la cuestión respecto a las causas por delito marcando claramente los siguientes parámetros:

1) No basta con constatar el hecho de que el Juez sentenciador hubiese realizado actos de naturaleza instructora (...) sino que es preciso además acreditar, siquiera sea indiciariamente, que la actividad instructora llevada a cabo por el Juez para averiguar el delito y sus posibles responsables pudo provocar en su ánimo prejuicios (STC n° 136/1992, de 13 de octubre EDJ 1992/9917, STC n° 372/1993, de 13 de diciembre EDJ 1993/11312).

2) En cuanto a diligencias concretas que suponen pérdida de la imparcialidad, en relación con causas por delito pueden señalarse: la decisión sobre la situación personal del encausado (STC n° 145/1988 de 12 de julio EDJ 1988/461), la celebración anticipada de las pruebas que no puedan practicarse en el juicio oral (STC n° 145/1988 de 12 de julio EDJ 1988/461), el auto de procesamiento (ATC n° 220/1989).

3) En cuanto al interrogatorio judicial, "si bien no todo interrogatorio judicial ha de originar necesariamente la presunción de pérdida de imparcialidad del Juez instructor y así sucede, por ejemplo en la declaración del imputado "para ser oído" de los arts. 486 y 488 LECrim en la que, como su nombre indica, el Juez ha de limitarse a escuchar la declaración del imputado sobre los cargos con carácter previo a adoptar, en su caso, su procesamiento, dicha pérdida de imparcialidad objetiva ha de estimarse concurrente en el interrogatorio judicial del detenido (art. 386), en el que, siendo de aplicación inmediata o supletoria, las normas relativas a las "declaraciones indagatorias", las preguntas del Juez han de ser directas y dirigirse "a la averiguación de los hechos y la participación en ellos del procesado" (art. 389), por lo que al término de dicho interrogatorio el Juez puede haberse formado una determinada convicción acerca de la participación del imputado en el hecho punible, que hace obligada su exclusión en la fase de conocimiento del juicio oral" (STC n° 106/1989, de 8 de junio EDJ 1989/5849).

4) No reúnen tal carácter instructorio o de investigación directa, la reclamación de antecedentes penales e informes de conducta o el señalamiento del juicio oral (STC n° 145/1988 de 12 de julio EDJ 1988/461) o el señalamiento del acto de juicio oral con admisión de pruebas que son meros actos de ordenación del proceso (STC n° 164/1988 de 26 de septiembre EDJ 1988/480)

5) Es la actividad de investigación directa de los hechos dirigida frente a determinada persona la que puede considerarse integrante de una verdadera actividad instructora (STC 164/1988 de 26 de septiembre EDJ 1988/480)

El artículo 219.11 de la LO 6/1985 de 1 de julio, del poder judicial (LOPJ) y 54.12 LECrim establecen como causa de abstención y recusación la de haber participado el juez en la instrucción de la causa. Al respecto al STC Pleno n° 60/1995 de 17 de marzo EDJ 1995/668 STC en su FJ 3º declaró sobre dicha garantía que "Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que la imparcialidad del juzgador encuentra su protección constitucional en el derecho fundamental a "un proceso con todas las garantías" (SSTC 37/82, 44/85 y 137/94), pues la primera de ellas, sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado "supra partes" y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad.

Por esta razón, hemos declarado que las causas de abstención y de recusación, en la actualidad contenidas en los arts. 219 LOPJ, 188 a 233 LEC y 58 a 83 LECrim., al estar

dirigidas a tutelar la imparcialidad del juzgador, integran este derecho fundamental proclamado por el art. 24,2 CE.

Una de las tales causas de abstención y de recusación consiste precisamente en "haber actuado como instructor de la causa penal" (art. 219,10 LOPJ), la cual se erige además en la principal exigencia del principio acusatorio, con respecto al cual también hemos afirmado que se encuentra implícito en el referido derecho fundamental a un "proceso con todas las garantías" (SSTC 145/88, 164/88, 106/89, 55/90, 98/90 y 151/91).

En relación con este derecho fundamental a no ser juzgado por quien ha sido previamente instructor de la causa, tiene declarado este Tribunal que, debido a que su finalidad consiste exclusivamente en evitar, por parte del órgano jurisdiccional encargado de conocer del juicio oral y de dictar sentencia de determinados prejuicios acerca de la culpabilidad del acusado (SSTC 145 y 164/88, 11 y 106/89, 55/90, 113/92), bien sea en la 1ª o en la 2ª instancia (STC 320/93), dicho derecho lo es de la exclusiva titularidad de la defensa, por lo que carece de legitimación activa la acusación particular para pedir su eventual restablecimiento (STC 136/92).

Asimismo, y desde un punto de vista objetivo, también hemos dicho que, al enmarcarse dentro de las garantías esenciales del proceso penal acusatorio, no es necesariamente extensible a otros procesos de similar naturaleza como es el caso del procedimiento administrativo sancionador (STC 22/90).

En cualquier caso, la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador (STC 98/90), debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan solo aquellos que, por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral (SSTC 106/89, 151/91, 136/92, 170 y 320/93).

En estas últimas decisiones se ha resumido la jurisprudencia de este Tribunal en los siguientes términos: "Dicha doctrina se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora (por todas, STC 145/88, antes citada); de otro, será en cada caso concreto donde habrá que determinar si se da o no la apariencia de imparcialidad, pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar". (STC 136/92, f. j. 2)."

Por el juzgado de instrucción nº 3 de Córdoba se planteó cuestión de inconstitucionalidad contra el artículo 14 LECrim por atribuir competencia para la instrucción, enjuiciamiento y fallo de los juicios de faltas al juzgado de instrucción. La cuestión fue aparentemente resuelta por ATC Pleno nº 371/1990 de 16 octubre EDJ

1990/19385 el cual inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad alegando que “El art. 14 de la LECrim establece en sus apartados 1 y 2, de forma abstracta, la competencia propia de los Jueces de Instrucción, reiterando y precisando lo ya disponía al respecto el art. 87.1.º de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Esta definición abstracta no acumula, en efecto, por sí sola en el mismo Juez las funciones de instrucción y decisión, pues en los juicios de faltas, cuyo conocimiento y fallo corresponde a los Jueces de Instrucción, no hay labor instructoria previa (arts. 962 y ss. LECrim) y en aquellos procesos en los que ésta existe y ha de ser realizada precisamente por el Juez de Instrucción, no es a éste a quien corresponde el conocimiento y fallo, según lo dispuesto en los apartados 3.º y 4.º del mismo art. 14 L.E.Crim. Tampoco impide, desde luego, que, en virtud de una determinada concatenación de circunstancias (fundamentalmente la de que, iniciada una instrucción, los hechos que la han originado sean calificados como falta) en la realidad sea el mismo Juez que ha instruido el que en principio ha de fallar.

Esta acumulación de funciones más o menos frecuente no será nunca, sin embargo, consecuencia obligada de la norma a la que, por ello, no hay razón alguna para considerar, desde este punto de vista, contraria al art. 24.2 C.E. Cuando tal acumulación de funciones cree, a juicio del Juez, un conflicto entre su deber de absoluta imparcialidad y la existencia de un prejuicio originado en el curso de la instrucción, el propio Juez o las partes habrán de resolverlo utilizando los instrumentos que ofrecen, entre otros, los arts. 219 LOPJ y 54, 55 LECrim.”.

Así pues rechazada la posible inconstitucionalidad de la norma el TC recoge en STC de Sala 1ª nº 52/2001 de 26 de febrero EDJ 2001/1362 FJ 5ª la doctrina concreta sobre imparcialidad, instrucción y juicio de faltas declarando que “Por lo que respecta al juicio de faltas, si bien este Tribunal ha declarado la plena aplicación al mismo del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (SSTC 54/1985, de 18 de abril, 57/1987, de 18 de mayo, 56/1994, de 24 de febrero, y ATC 371/1990, de 16 de octubre), ha subrayado la necesidad de distinguirlo de los procesos penales por delito, por su carácter menos formalista y "por versar en ocasiones sobre hechos que por su propia naturaleza presuponen confluencia de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que intervengan en ellos" (STC 56/1994).

Asimismo, la doctrina constitucional ha puesto de relieve que en el juicio de faltas, a diferencia del proceso por delitos, no existe una fase de instrucción o sumario ni una fase intermedia, de manera que, "una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas" (SSTC 34/1985, de 7 de marzo, y 54/1987, de 13 de mayo).

Habida cuenta de lo expuesto, "cuando se trata de examinar si se ha producido una vulneración del derecho al Juez imparcial en el ámbito del juicio de faltas, no puede olvidarse en este aspecto la especial configuración legal de este proceso, caracterizada por la informalidad y por la concentración de sus trámites, así como, en muchos casos, por la indeterminación del sujeto pasivo del proceso hasta el momento mismo del juicio oral y, en definitiva, por la menor intensidad de los actos de investigación previos al juicio que de estas notas se deriva" (ATC 137/1996, de 28 de mayo). Por ello, como precisa esta última resolución, las referidas características del juicio de faltas determinan que "en muchos casos, los actos de investigación realizados por el Juez de Instrucción tengan por exclusiva finalidad

la preparación del juicio oral, sin compromiso alguno de su imparcialidad objetiva, en la medida en que en algunos casos no están dirigidos frente a persona determinada alguna, y, con carácter general, no revisten la intensidad que caracteriza a los actos propiamente instructorios que puede el Juez realizar en el proceso por delito, tales como decidir sobre la situación personal del encausado o el interrogatorio del detenido en el proceso por delito previsto en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Creo que esta doctrina del TC no da respuesta satisfactoria a la cuestión. Por un lado ya no estamos ante un tipo de infracción distinta (falta) sino ante un enjuiciamiento de una conducta legalmente constitutiva de delito. Si bien es cierto que con carácter general no se vulnera el derecho a un juez imparcial en los casos en que no existe auténtica instrucción sino meramente diligencias preparatorias tales como informes forenses o tasaciones periciales, el sistema de la LECrim permite y frecuente en la práctica podemos observar la tramitación de diligencias previas con detenido, declaraciones de investigado, declaraciones de testigos, resolución sobre medidas cautelares que finalmente son transformadas en juicio por delito leve y enjuiciadas por el mismo juez. En estos supuestos del art 779.1.2º LECrim sin duda la imparcialidad del juzgador queda en entredicho y no debe intervenir en el juicio oral y dictar sentencia. La regulación legal no puede obviar dicha realidad que debería obligar en dichos supuestos a un enjuiciamiento por parte de un juez de instrucción distinto del mismo partido por un turno de reparto preestablecido que garantizara el derecho a un juez imparcial y al juez natural predeterminado por la ley. Siendo la solución definitiva la reforma del procesal penal asumiendo la instrucción el Ministerio Fiscal.

3. LA RELATIVA INDETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO

El siguiente problema procesal en relación con las garantías del enjuiciamiento es la relativa indeterminación del objeto del proceso. El sistema antiformalista basado en la celeridad del juicio por delito leve prevé que tan pronto como se tenga conocimiento de la comisión de un delito leve bien por la policía judicial bien en los casos que no se posible por el juez de instrucción se señale para el acto de enjuiciamiento. En los casos de señalamiento por la policía el art 962.2 LECrim dispone que al denunciado “se le informará sucintamente de los hechos en que consista la denuncia” información que se hará por escrito. En los casos de señalamiento por el juzgado dispone que al investigado se le dará copia de la querella o de la denuncia. A diferencia del proceso ordinario por delitos graves (auto de procesamiento) y el procedimiento abreviado (auto de incoación de procedimiento abreviado) que tienen una resolución judicial que formaliza con carácter previo a la acusación los hechos por los que se puede seguir al procedimiento no existe alternativa en el juicio por delitos leves. En la práctica en ocasiones se incoaban juicios de falta por remisión de testimonio de la declaración del investigado por ejemplo en causas por violencia de género siendo complejo determinar dentro de una extensa declaración judicial cual o cuales son los hechos que pueden constituir falta y por los que se iba a seguir el enjuiciamiento. No es infrecuente observar como letrados que asisten a un acto de juicio por delito leve preguntan al juez de instrucción por cual o cuales son los hechos en concreto sobre los que se va a proceder al enjuiciamiento. El problema se ve agravado por el habitual incumplimiento en el acto de juicio oral de la obligación legal de comenzar el mismo con la lectura de la denuncia o querella como exige el art 969.1 LECrim. Todo ello puede dar lugar a acusaciones sorpresivas en el acto de juicio. Sería conveniente articular una obligación legal en el auto de incoación de juicio por delito leve donde el juez de instrucción, sin perjuicio del traslado de la denuncia, atestado o querella,

recogiera como exige para el procedimiento abreviado el art 779.1.4 LECrim los hechos por los que se sigue el procedimiento y la persona o personas posiblemente responsables amén de cumplir escrupulosamente con la obligación lectura del art 969.1 LECrim. Bien es cierto que tras la reforma del año 2015 y la exigencia de denuncia para proceder por ciertos delitos leves de frecuente aparición como lesiones, malos tratos la posibilidad de incoación del juicio en base a testimonio de declaraciones practicadas en otra causa se ha visto notoriamente recortada con lo que la iniciación del procedimiento se deberá efectuar habitualmente por medio de denuncia que deberá recoger el hecho con una mínima precisión.

4. DERECHO DE DEFENSA Y CITACIÓN EN EL JUICIO ORAL.

Una de las novedades especialmente llamativa de la reforma del año 2015 es la posibilidad de realizar citaciones en el juicio por delitos leves por teléfono o correo electrónico introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo en los artículos 962.1, 964.1 y 966 LECrim. Dicha posibilidad entiendo se enmarca en la actual fase de digitalización de la administración de justicia y en el marco más amplio de uso de medios electrónicos en las relaciones de los ciudadanos con las administraciones públicas⁸ que la actual legislación trata de implantar y promover. La memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2016 en su capítulo V sobre algunas cuestiones de interés con tratamiento específico dedicado a los delitos leves, consecuencias procesales e incidencia en la actividad del Ministerio Fiscal con especial referencia al principio de oportunidad aborda esta cuestión⁹ expresándose el criterio de dos Fiscalías favorables a dicho cauce de citación. Apunta la Fiscalía de Pontevedra que es una medida razonable desde una perspectiva económica y de agilización procesal, pero precisa de un extremo cuidado para garantizar, no solo que la citación ha sido efectivamente recibida por su destinatario, sino su propio contenido, de modo que debe quedar constancia fehaciente del envío, de la recepción, y del contenido del envío, que debe incluir la información necesaria según la condición en que sea citada la persona en cuestión. Para la Fiscalía de Albacete su uso debe ir acompañado de una serie de precauciones para no lesionar el principio de defensa. Así, debe apercibirse expresamente al ciudadano de que se utilizará el medio de comunicación designado y que es su responsabilidad estar pendiente de él. El contenido del correo que se remita ha de ser el propio de una cédula de notificación, aunque de manera informal en el supuesto de la notificación telefónica. Con este sistema de notificaciones, parece que la reforma abandona el criterio paternalista propio de nuestra Justicia penal, para adoptar otro de índole liberal: que el implicado se preocupe de su procedimiento y esté pendiente de las notificaciones, esto es, compruebe con frecuencia su correo electrónico o esté pendiente o avise a sus allegados de una posible llamada telefónica para ser notificado. Se plantea esta Fiscalía qué requisitos debieran concurrir para tener la notificación como bien hecha. En el caso de la telefónica se considera que basta la diligencia del Secretario haciendo constar que se ha realizado la llamada al teléfono designado, con identificación de la persona a la que se hace la notificación, el contenido de ésta y el apercibimiento de que debe trasladarla al sujeto que se ha de notificar, aunque se debe excepcionar aquellas resoluciones que requieren la notificación en la persona del sujeto, como las sentencias, que deberá hacerse en aquélla por la imposibilidad de fehaciente identificación telefónica.

⁸ Arts 14 y 43 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁹ Memoria Fiscalía General del Estado 2016. Madrid 2016. Págs. 802 y 803.

Ahora bien, en mi opinión, dicha previsión legal para el juicio por delito leve es papel mojado y escasa o nula eficacia debe producir por falta de garantías. Lo primero que llama la atención es por qué no introduce el legislador dicha posibilidad con carácter general en el resto de procedimientos penales limitándose a recogerla para la notificación a la víctima del delito en los arts. 636 y 779.1.1ª LECrim en la que se prevé la notificación por correo electrónico a la víctima del auto de sobreseimiento¹⁰. Es más, en la regulación del juicio de delito leve el legislador establece la notificación por correo ordinaria con carácter subsidiario frente a la notificación por correo electrónico o teléfono en los casos en los que el denunciado no los pueda facilitar o solicite expresamente su notificación por correo ordinario. Una cosa es el empleo de sistemas de notificación que garantizan el envío y recepción de las resoluciones así como la identidad, día y hora del receptor como el sistema LEXNET, y cuestión distinta es el empleo de medios que permiten comunicar pero no dejan constancia fehaciente de la recepción ni del destinatario. El empleo de dichos medios choca frontalmente con las exigencias del art 271 LOPJ el cual dispone que “Las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las leyes procesales.”

El correo electrónico emite una confirmación de entrega en el buzón del destinatario pero la lectura del mismo es comunicada en función de la voluntad del destinatario. No puede quedar el acto de notificación a criterio o no del notificado. Por otro lado, el conocimiento de una clave de correo electrónico no tiene la certeza de identificación de un certificado expedido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Así la comunicación por correo electrónico o vía telefónica es un sistema de comunicación pero no de citación válido para el acto de juicio oral. Nada obsta a que el juzgado trate de comunicar la celebración del acto de juicio oral por dichos medios pero si el citado no comparece la celebración del acto de juicio sin su presencia no ofrece garantía alguna. La situación es la misma con el envío de mensajería instantánea (whatsapp, telegram, line...) los cuales acreditan que el mensaje se ha mostrado en el terminal del destinatario pero no quién es la persona que lo ha visto. Las citaciones telefónicas o por correo electrónico serán válidas si el así notificado efectivamente comparece y no pone traba alguna a la celebración, en cambio, si el receptor niega haberla recibido no puede ser tenida por válida. La STC nº 97/2012 de 7 de mayo EDJ 2012/109748 ha declarado que “La exigencia legal de que el medio técnico utilizado permita dejar constancia fehaciente en autos de su envío y recepción se corresponde, como hemos anticipado, con la ineludible necesidad, al entablar y proseguir los procesos judiciales, de una plena observancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), para lo cual se hace necesaria una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal en cada una de las instancias del proceso, erigiéndose el régimen procesal de emplazamientos como un instrumento de capital importancia, ya que sólo mediante unas correctas citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos que tienen lugar en el seno del procedimiento judicial cabrá garantizar los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes en litigio.”. En diversas ocasiones ha llegado la cuestión

¹⁰ Es muy llamativa la regla introducida en los arts. 636 y 779.1.1ª LECrim en la que se prevé la notificación por correo electrónico a la víctima del auto de sobreseimiento pues dispone el artículo que “transcurridos cinco días desde la comunicación, se entenderá que ha sido efectuada válidamente y desplegará todos sus efectos. Se exceptuarán de este régimen aquellos supuestos en los que la víctima acredite justa causa de la imposibilidad de acceso al contenido de la comunicación” con lo cual invierte la carga de la prueba para determinar la eficacia de la notificación. Es el “notificado” el que debe demostrar que no pudo acceder al contenido de la comunicación para que ésta no despliegue sus efectos propios.

al TC de la validez de la citación a juicio de faltas realizada por teléfono. Ya en la STC n° 105/1993 de 22 de marzo el demandante de amparo alegaba vulnerado su derecho de defensa al no haber sido citado a la vista de la apelación en el juicio de faltas por la Audiencia Provincial (AP) tratando de justificar que en la fecha el teléfono en el que se había realizado la citación no era suyo. En realidad dicha alegación resultaba intrascendente dado que el propio TC en su FJ 4º declara:

“CUARTO.- La aplicación de la anterior doctrina al caso que nos ocupa ha de llevarnos a la estimación del presente recurso de amparo. En efecto, de la lectura de las actuaciones se deduce que, una vez apelada la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Sabadell, el demandante se personó como apelante ante la AP Barcelona. Mas, a pesar de que tal personación tuvo lugar en el plazo y forma legales, por la Sección de la Audiencia donde se tramitó la apelación no se le citó en la forma legalmente establecida para la vista de dicha 2ª instancia, como consecuencia de lo cual, no pudo comparecer en ella, dictándose sentencia que, confirmando la apelada, condenó al hoy recurrente de amparo.

A la afirmación anterior no cabe objetar la existencia de una comunicación telefónica, a través de la cual la Audiencia hubiera podido poner en conocimiento del recurrente el señalamiento de la celebración de la vista. Como señala el Fiscal, produce extrañeza esta forma de notificar existiendo un representante procesal del apelante, con quien se debió entender la notificación. El acto de comunicación, es decir, la citación, tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales cuya finalidad estriba en que, no sólo el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte, sino también que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales en orden a asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario (SSTC 99/1991 y 141/1991).

Esta forma de notificación utilizada "por teléfono", no es, desde luego, medio idóneo para emplazamientos y citaciones a juicio oral del acusado o del condenado a la vista en 2ª instancia. La diligencia en la que se dice que se ha practicado la notificación sólo afirma que se ha citado telefónicamente al apelante, pero, como señala el Fiscal, no se acredita la realidad de su personalidad ni con quien se ha entendido la notificación si ha sido con el mismo apelante o con una tercera persona, familiar o extraña, ni tampoco las circunstancias o cautelas tomadas para determinar y acreditar su identidad.

No existe constancia alguna del cumplimiento de las exigencias legales y procesales del acto de comunicación, al no especificarse cómo se ha notificado y el contenido de la notificación. La fe pública judicial, en este expeditivo medio de comunicación, no abarca más allá del hecho de telefonar y de la citación realizada a una persona cuya identidad no aparece contrastada ni determinada y, de aquí, que en los autos no exista constancia de la recepción por el recurrente de la citación.”

Más recientemente en la STC n° 97/2012 de 7 de mayo¹¹ EDJ 2012/109748, el TC rechazaba igualmente la validez de la citación a juicio de faltas por la policía por telefonema.

¹¹ FJ 3º “Para dilucidar la primera de las cuestiones -esto es, la validez de la citación realizada mediante telefonema- debemos partir de lo preceptuado por el art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando establece que "las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio

técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las Leyes procesales". Ello nos remite directamente al art. 962 LECrim, que atribuye a la Policía judicial la citación ante el Juzgado de las partes en los procedimientos para el enjuiciamiento de faltas, preceptuando su apartado 2 que la información a la persona denunciada "se practicará en todo caso por escrito", si bien el art. 796.3 del mismo texto permite, en caso de urgencia, practicar las citaciones "por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta". Sin embargo, esta posibilidad, que aparece prevista únicamente para casos de urgencia dentro de la dinámica propia del juicio rápido, en ningún caso puede implicar una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de los así citados, como sucedería en el supuesto de que las citaciones realizadas por medios técnicos no permitiesen dejar constancia fehaciente en autos de su envío y recepción. Este parece ser, por lo demás, el sentido del art. 152 de la Ley de enjuiciamiento civil -aplicable por mor de lo dispuesto en el art. 166 LECrim - cuando establece, en su apartado 1, que se tendrán por válidamente realizados los actos de comunicación "cuando quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario"; y al prever, en su apartado 2, la posibilidad de que dichos actos se efectúen mediante cualquier medio técnico "que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado".

La exigencia legal de que el medio técnico utilizado permita dejar constancia fehaciente en autos de su envío y recepción se corresponde, como hemos anticipado, con la ineludible necesidad, al entablar y proseguir los procesos judiciales, de una plena observancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), para lo cual se hace necesaria una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal en cada una de las instancias del proceso, erigiéndose el régimen procesal de emplazamientos como un instrumento de capital importancia, ya que sólo mediante unas correctas citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos que tienen lugar en el seno del procedimiento judicial cabrá garantizar los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes en litigio.

En este sentido la STC 58/2010, de 4 de octubre, FJ 3, dejó sentado que el incumplimiento o deficiente realización de las prescripciones legales establecidas al respecto "comportará la ineficacia del acto de comunicación procesal en la medida en que se coloque al interesado en una situación de indefensión proscrita por el art. 24.1 CE, esto es, salvo que hubiese tenido conocimiento extraprocesal de su contenido o el incumplimiento fuese imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso (STC 268/2000, de 13 de noviembre, FJ 4, y las allí citadas). Pero, inversamente, cabe que los efectos ordinarios del acto de comunicación procesal puedan ser enervados cuando, pese a haber sido realizado conforme a las prescripciones legales, sin embargo el destinatario no haya llegado a tener conocimiento real del mismo.

En este sentido, al igual que hemos afirmado en relación con las notificaciones realizadas a través de terceras personas (STC 3/2010, de 17 de marzo, FJ 2; y las que en ella se citan), debemos ahora señalar, respecto de las comunicaciones procesales realizadas a través de medios técnicos, que los órganos judiciales no pueden presumir, sin lesionar el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, que hayan llegado al conocimiento de la parte interesada cuando la misma cuestione fundadamente la recepción del acto de comunicación procesal o la fecha en que se produjo, supuesto en el cual, a la vista de las circunstancias del caso, de las alegaciones formuladas y de la prueba que pudiera eventualmente practicarse, están obligados a emitir un pronunciamiento expreso sobre la posibilidad o no de que el acto de comunicación procesal haya llegado a su destinatario".

Más concretamente, en la STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 4, dijimos que "además de que la citación telefónica no esté prevista en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal en los preceptos que regulan ésta (art. 175 en relación con el art. 166), respecto de tal forma de comunicar la doctrina de este Tribunal no se plantea su eventual imperfección (como no es inhabitual que ocurra en los supuestos de notificación, citación o emplazamiento mediante Oficial o Agente judicial, o mediante correo o telegrama, cuando -como no es infrecuente- los mismos dan pie a discutir la recepción o no de lo notificado por el destinatario en atención a si la dirección en la que tiene lugar la comunicación fue correcta o incorrecta o si fue recibida por persona idónea o no en atención a su relación o proximidad con quien es objeto de citación o notificación, etc.), sino que afirma su idoneidad en sí misma considerada para lograr el fin que se persigue con las comunicaciones procesales, a saber: la constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de lo que se ha procedido hasta ese momento y de lo que se va a proceder a continuación, en orden a que adopte las medidas que estime más convenientes para la defensa de

sus intereses en sede jurisdiccional: en el caso de imputado, posición que correspondía al aquí recurrente, fundamentalmente para darle opción a preparar las medidas para su defensa.

El legislador es perfectamente consciente de ello, como demuestra el art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando dispone que las notificaciones podrán practicarse por medio del correo, del telégrafo o de cualquier medio técnico "que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las leyes procesales" o, más recientemente, el art. 162 de la Ley de enjuiciamiento civil, cuando determina en la regulación dedicada a los actos de comunicación judicial que, caso de disponer los órganos judiciales y los destinatarios de sus comunicaciones de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante, podrán utilizarlos siempre que los mismos "permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron". No cumple tales exigencias, evidentemente, la comunicación telefónica sin más, por lo que tal medio en sí, reiterando lo que ya dijimos en las Sentencias antes aludidas al respecto, no puede considerarse idóneo para efectuar citaciones. Naturalmente ello sin perjuicio alguno de que, respecto del citado por tal vía que comparezca ante el órgano judicial, tal comparecencia conlleve las obligaciones y derechos subsiguientes a una citación correcta, en tanto en cuanto la comparecencia en sí comporta haberse dado por enterado de la comunicación que con él se pretendía".

Finalmente, la STC 175/2009, de 16 de julio, FJ 2, en un supuesto de citación por teléfono a un juicio de faltas de uno de los denunciados, reiteró que entre las garantías contenidas en el art. 24.1 CE se sitúa "la necesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida", matizando, en cuanto a la diligencia exigible a los órganos judiciales cuando realizan los emplazamientos, "que la citación tiene que practicarse en forma legal mediante el cumplimiento de los requisitos procesales con el fin de que el acto o resolución llegue a conocimiento de la parte y de que el Juzgado tenga la seguridad o certeza del cumplimiento de los requisitos legales para asegurar la recepción de dicha comunicación por su destinatario. Así, se ha destacado que la notificación telefónica no es un medio idóneo para emplazamientos y citaciones a un juicio oral, no sólo por no estar previsto en la Ley de enjuiciamiento criminal como medio de comunicación procesal, sino especialmente porque en sí mismo considerado no es apto para cumplir el fin perseguido de dejar constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de ella (por todas, STC 94/2005, de 18 de abril, FJ 2)".

Descendiendo al presente caso, el examen de las actuaciones judiciales pone de manifiesto que el medio utilizado para la citación para el acto de juicio de faltas, según se desprende de la anotación manuscrita en la cedula de citación, fue el telefonema. Sin embargo, la recurrente, como antes se ha señalado, en su recurso de apelación negó haber recibido citación personal alguna para comparecer al juicio que se iba a celebrar. Resulta, en definitiva, que existe una cédula que señalaba el juicio en la que se indica que la actora fue citada mediante telefonema; que en la declaración de la denunciada y aquí solicitante de amparo se determinó una dirección detallada a efectos de notificaciones (identificando igualmente número telefónico); que pese a todo ello se procedió a una citación telefónica de la que no queda otra constancia que la mención "citada a juicio telefonema 2759/10 C.P. 56238" -sin que, por lo demás, conste acreditado en el atestado el motivo por el que la demandante de amparo no fue citada personalmente, a diferencia de la citación personal realizada a las otras dos denunciadas-denunciadas, ni la concurrencia de una situación de urgencia que justificará la utilización del telefonema para su citación-.

Aunque el número 2759-2010 pudiera corresponderse con el asignado en el libro registro de telefonemas de la respectiva comisaría, y la referencia "C.P. 56238" igualmente pudiera corresponderse con el número de agente que realizó la comunicación, sin embargo, lo cierto es que tales extremos no constan en el testimonio remitido, al no haberse acompañado copia del asiento del libro registro de telefonemas donde figuren más datos relativos a la comunicación de la citación realizada y sus posibles incidencias. De esta manera, lo practicado y aportado, por sí solo, no acredita de manera suficiente que realmente se realizase la citación en la persona indicada, ni que tal comunicación cumpliera las exigencias de contenido que determina la ley procesal aplicable, sobre todo, porque no queda una constancia indubitada en la misma que permita desvirtuar la rotunda negativa de su recepción por la destinataria de la comunicación con el indeseado resultado de que el juicio se celebrase sin su asistencia. En otras palabras, los únicos datos de constancia de la transmisión y recepción que aparecen manuscritos en el testimonio de la cédula de citación no sirven para acreditar de modo fehaciente la recepción de

La STC n° 175/2009 de 16 de julio EDJ 2009/171591 al conocer de la demanda de amparo por vulneración del derecho de defensa en un juicio de faltas rechaza la validez de la notificación realizada a la madre del denunciado con el compromiso de ponerlo en conocimiento de su hijo dado que ellos permite “conjeturar” el conocimiento del acto de juicio en condiciones normales, pero nunca considerar que haya quedado acreditado fehacientemente dicho conocimiento.

Por tanto, tras la reforma, se salva una de las objeciones a la notificación telefónica (no estar previsto en la LECrim como medio de comunicación procesal) pero no la que el TC considera principal (en sí mismo considerada no es apto para cumplir el fin perseguido de dejar constancia o acreditación de que el sujeto a quien se pretende comunicar la decisión judicial tenga conocimiento de ella).

5. EL NUEVO RÉGIMEN DE POSTULACIÓN PROCESAL.

La nueva regulación del juicio por delito leve ha modificado las reglas de postulación de las partes lo que generó problemas aplicativos debido sin duda a la inercia y costumbre de los juzgados de instrucción. Frente al juicio de faltas en el que las partes podían ser asistidas o no, a su voluntad, por letrado, en el juicio por delito leve tras mantener la inicial regulación en el art 967 LECrim se añade un párrafo 2° en el que dispone el legislador “sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para el enjuiciamiento de los delitos leves que lleven aparejada pena de multa cuyo límite máximo sea al menos de seis meses, se aplicaran las reglas generales de defensa y representación”. La conclusión es clara todo delito leve que su arco penológico alcance los 6 meses sigue el régimen general de exigencia de abogado y procurador. Debe llamarse la atención que el artículo no lo reduce al denunciado como se está aplicando en la práctica sino que habla de partes por lo que el denunciado en cualquier caso y el denunciante en aquellos casos que quiera personarse en el procedimiento deben tener abogado y procurador. Ello supone una cierta confusión sobre el anterior sistema de enjuiciamiento de faltas. En el juicio de faltas no se distinguía entre partes personadas o no. Denunciante y denunciado comparecían al acto de juicio pudiendo estar asistidos de letrado o no pero en cualquier caso y conforme a SSTC Sala 2ª n° 143/2001 de 18 de junio EDJ 2001/13845, Sala 1ª n° 93/2005 de 18 de abril EDJ 2005/61639 referidas al denunciado y Sala 1ª n° 65/2007 de 27 de marzo EDJ 2007/19467 y Sala 1ª n° 12/2006 de 16 de enero EDJ

la misma por su destinataria ni el contenido de lo comunicado, lo que determina que la comunicación telefónica realizada no pueda considerarse como un medio idóneo para transmitir el contenido íntegro de la citación al juicio de faltas.

En estas condiciones, la conclusión, por tanto, no puede ser otra que la de que tal forma de proceder, aunque el telefonema fuera recibido efectivamente por la demandante en amparo, como parece en cédula, comportó la vulneración de las garantías del proceso e, inmediatamente derivado de ello, la de la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues entre las garantías propias del proceso ocupa un lugar esencial la citación. Por decirlo con términos ya utilizados en ocasión similar, en la STC 327/1993, de 8 de noviembre, FJ 2: "por lo que se refiere, más en concreto, al juicio de faltas, este Tribunal ha subrayado en distintas resoluciones -SSTC 22/1987 y 141/1991 - que la finalidad esencial de la citación para la celebración del juicio es la de garantizar el acceso al proceso y la efectividad del derecho de defensa, por lo que no puede reducirse a un mero requisito formal para la realización de los siguientes actos procesales, sino que es necesario que la forma en que se realice la citación garantice en la mayor medida posible que aquélla ha llegado efectivamente a poder del destinatario, siendo esencial la recepción de la cédula por el destinatario y la constancia en las actuaciones".

2006/3388 referidas al denunciante pueden interrogar y formular alegaciones finales aunque no comparezcan con letrados. En la actualidad con la dicción legal cuando la pena no alcance los 6 meses de multa cabrá aplicar el mismo régimen. Pero en caso contrario surge la duda por cuanto con la regulación legal parece que sí que debe distinguirse entre partes personadas o no y ello obviamente variaría las posibilidades de intervención.

Los delitos leves que precisaran la asistencia letrada del denunciado en el acto de juicio oral, salvo error u omisión, son los siguientes:

- 152.2: lesiones con imprudencia menos grave y con resultado art 149 y 150, pena de multa de 3 a 12 meses,
- 163.4: detención ilegal por particular atenuada, pena de multa de 3 a 6 meses,
- 209 in fine: injurias graves sin publicidad, pena de 3 a 7 meses,
- 236.1: hurto de cosa propia de más de 400 €, pena de multa de 3 a 12 meses,
- 245.2: ocupación inmueble ajeno, pena de multa de 3 a 6 meses,
- 246.1: alteración de lindes de más de 400 €, pena de multa de 3 a 18 meses,
- 247.1: distracción de aguas de más de 400 €, pena de multa de 3 a 6 meses,
- 254.1: apropiación indebida de cosa mueble ajena fuera de los supuestos del art 253, pena única multa de 3 a 6 meses,
- 255.1: defraudación de fluidos de más de 400 €, pena de multa de 3 a 12 meses,
- 256.1: defraudación telecomunicaciones de más de 400 €, pena de multa de 3 a 12 meses.
- 267: daños por imprudencia grave, pena de multa de 3 a 9 meses,
- 324: daños por imprudencia grave en patrimonio histórico, pena de multa de 3 a 18 meses,
- 337.2: maltrato de animales domésticos o en espectáculos no autorizados legalmente, pena de multa de 1 a 6 meses,
- 337 bis: abandono de animales domésticos, pena de multa de 1 a 6 meses,
- 397: emisión certificado falso por facultativo, pena de multa de 3 a 12 meses,
- 399.1: falsificación de certificación, pena de multa de 3 a 6 meses,
- 399.2: uso de certificado falso, pena de multa de 3 a 6 meses,
- 456.1.3º: denuncia falsa de delito leve, pena de 3 a 6 meses,
- 465.2: destrucción documentos o actuaciones judiciales por particular, pena de multa de 3 a 6 meses,
- 470.3: tipo atenuado ayuda a evasión de presos, pena de multa de 3 a 6 meses.

No fueron pocos los juzgados de instrucción que al no apercebirse de la reforma han celebrado los juicios por delito leve sin asistencia letrada en todo caso, lo que ha conllevado a la declaración de nulidad del acto de juicio y la sentencia por las Audiencias al conocer del recurso de apelación incluso sin que las partes recurrieran por dicho motivo.¹² De igual modo algunos juzgados de instrucción se han mostrado reacios a la suspensión del acto de juicio oral ante la inasistencia a la vista de letrado defensor. El acto de juicio puede celebrarse sin la presencia del acusado pero en ningún caso sin la presencia de su letrado.

¹² Los magistrados de las secciones penales de la Audiencia Provincial de Valencia en acuerdo para la unificación de criterios el día 7 de junio de 2012 acordaron por unanimidad que “cuando se apela una sentencia absolutoria y se estima que concurren razones para poder acordar su nulidad, esta se acordara aunque no se pida expresamente, siempre que en el escrito de recurso se ofrezcan las causas que pueden determinarla.”

Dicho nuevo régimen de postulación es una exigencia lógica de la agravación de las conductas enjuiciables por el procedimiento para los delitos leves por cuanto algunos delitos por la sanción así como por la propia complejidad es imprescindible la asistencia letrada para garantizar en todo caso un derecho a la defensa efectivo.

En relación con la asistencia letrada surge en la ejecución con frecuencia el problema de la tasación de costas que debe abonar el condenado y si éste debe o no incluir la minuta del letrado y los derechos del procurador en los casos en los que el denunciante haya sido asistido por dichos profesionales.

No es un criterio pacífico¹³ pero el criterio jurisprudencial mayoritario¹⁴ rechaza la inclusión en la tasación de costas de un juicio de faltas de los honorarios del abogado de la acusación, pues no siendo preceptiva su intervención, el coste de la defensa voluntaria no tiene porqué asumirlo el condenado en costas.

La SAP Valencia Secc. 2ª nº 525/2003 de 7 de octubre EDJ 2003/155365 dice: “Debe recordarse que es doctrina pacífica que no cabe cuestionar el derecho de las partes a usar de Abogado de su confianza para la defensa de sus intereses, y si debiera rechazarse la inclusión de sus honorarios en la tasación de costas como deuda del vencido, ello es predicable únicamente de la primera instancia. Ciertamente, el art. 241,1 LECrim incluye dentro de las costas los honorarios devengados por los Abogados, y claro está que ha de entenderse que lo hace, dando por supuesta la exigencia de su intervención dentro del proceso penal y no cuando la parte de forma voluntaria opta por la defensa técnica.

Ciertamente, la no preceptividad de la defensa técnica no excluye que la parte pueda optar por ella, incluso que tenga derecho a que el Estado le provea de abogado caso de

¹³ Mantienen un criterio distinto al defendido en el presente trabajo la AP Lleida, sec. 1ª, S 13-1-2004, nº 15/2004 EDJ 2004/3906 y AP Lleida, sec. 1ª, A 19-8-2004, nº 316/2004 EDJ 2004/154592 que entiende que deben incluirse conforme la doctrina del resarcimiento. Y dice que tanto el Código Penal --artículo 123 -- como la propia L.E.Cr. artículo 239 -- imponen el pago de las costas procesales al condenado por una infracción penal, sin distinguir entre delitos o faltas. Y en los preceptos concordantes se determina su contenido, que vendrá conformado por los derechos de arancel y los honorarios devengados por los abogados y peritos (art. 241 de la L.E.Cr.). De lo que puede concluirse que la condena en costas participara de la misma naturaleza tanto si se trata de procedimientos por delitos o de procedimiento por simples faltas, a pesar de lo dispuesto en el artículo 124 del C.P., ya que «tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia (SSTS de 21 Feb. 1995, 2 Feb. 1996, 9 Oct. 1997 y 29 Jul. 1998, entre otras), coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de los gastos ocasionados» (STS 30 Oct. 2000) o como dice la sentencia de 21 Feb. 1995 «la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como mero resarcimiento de gastos procesales». «El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses». (STS 30 Oct. 2000 antes citada).

¹⁴ Esta es la postura mayoritaria en el ámbito de las Audiencias Provinciales pudiendo mencionarse la AP de Huesca de 30 de abril de 2001, 4 y 13 May. y 30 Nov. 1994 y 8 de marzo de dos mil dos, A. de la Audiencia Provincial de Cuenca de 2 Mar. 2000, S. de la Sección 3ª de Tarragona de 4 May y 9 de octubre de 1998, y AAP de Albacete de 26 de julio de dos mil y 31 de marzo de dos mil tres, Baleares de 12 de marzo de dos mil uno, Málaga 8 de enero de dos mil tres, AP de Valencia de 9 de abril de dos mil dos, 14 y 18 enero de 2002 y 27 de febrero de dos mil tres, Gerona 25 de marzo de dos mil dos, AAP. de Toledo de 20 de marzo de dos mil dos, La Rioja de 18 de marzo de dos mil dos, Las Palmas de 27 de enero de dos mil, Huelva de 20 de marzo de dos mil, Madrid de 28 de marzo de dos mil y Cantabria de 15 de junio de dos mil uno y las más recientes de Navarra de 22 de marzo de 2004, Barcelona de 13 de enero de dos mil cuatro y Albacete de 4 de febrero de dos mil cinco..

insuficiencia económica, como declaró el Tribunal Constitucional en Sentencia de 208/1992 de 30 noviembre; pero de ello no se sigue que el coste de esa defensa letrada voluntaria deba ser sufragado por el condenado en costas, tal como entendió el Tribunal Supremo en sentencia de 9 marzo 1991 y vienen entendiendo la mayoría de las Audiencias Provinciales.”

El AAP Vizcaya Secc. 1ª nº 775/2004 de 10 de noviembre EDJ 2004/234267 señala: Las costas procesales son especie del género de los gastos que se originan dentro del proceso, las cuales se caracterizan por resultar necesarios. Así es la doctrina inveterada, y actualmente está positivado en art. 241,1 LEC, que establece el elenco de conceptos necesarios, y en su ordinal 1º "los honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas".

Y no lo son los derechos de Procurador u honorarios de Letrado cuando su intervención resulta prescindible en el juicio de faltas, conforme al art. 967 LECrim, pudiendo optar el perjudicado entre la autodefensa o la defensa técnica. Tal es el criterio del legislador, sin que éste establezca ningún distingo en caso de faltas perseguibles previa denuncia del perjudicado y ante un juicio donde no ha comparecido el Ministerio Fiscal, o argumentos de complejidad de hecho o de Derecho.

En la doctrina de la inmensa mayoría de las Audiencias se considera correctamente que una cosa es la necesidad real de la asistencia de abogado, dependiendo de la complejidad de la causa, y que puede venir exigido por la efectiva tutela judicial nombrar de oficio Letrado a la parte, a fin de no vulnerar el principio de igualdad de armas procesales -que no de la defensión en sentido propio-, y otra muy distinta que deban ser reintegrados sus honorarios por la parte condenada en costas.

El art. 240 LECrim, fija los dos criterios que han de seguirse en materia de imposición de costas en el proceso penal y, en concreto, cuándo no han de imponerse nunca al acusado y han de imponerse al querellante particular o al actor civil, pero nada indica dicho precepto sobre cuáles son las partidas que han de integrar las costas, y comoquiera que en un juicio de faltas no es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador, sin hacer distinción alguna de complejidad o de otras razones, si bien los órganos judiciales deben salvaguardar la defensa técnica a fin de garantizar la no vulneración del art. 24,1 CE, con independencia de que sea o no preceptiva la dicha intervención, no puede imponerse reembolsar los honorarios del mismo a la otra parte cuando ésta sea la condenada en los juicios de faltas.”

La AAP Las Palmas Secc. 1ª nº 354/2005 de 29 de julio EDJ 2005/151957 recuerda: “El recurso de apelación se fundamenta en que en virtud del principio de procedencia intrínseca en las costas deben de incluirse los honorarios de la Acusación Particular, siendo irrelevante que sea o no preceptivo la asistencia de Letrado, citando entre otras la SAP de Sevilla de 11 de noviembre de 2003, alegándose que el procedimiento se inició como diligencias previas.

Por el juez de instancia, no estima que deban incluirse en las costas los honorarios del abogado ni los derechos del procurador de la parte denunciante, porque en los juicios de faltas no es preceptiva la intervención de dichos profesionales.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 969.1, referido a los juicios de faltas, menciona expresamente como modo de iniciación a la querrela, que habrá de reunir los

requisitos del art. 277, "salvo que no necesite firma de abogado ni de procurador", estableciendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 38/89 EDJ1989/1608) que "la intervención de Letrado en el juicio de faltas es potestativa, y no constituye requisito legal cuyo cumplimiento incumba a los Tribunales".

Asimismo en la STS Sala 2ª de 9 de marzo de 1991 EDJ 1991/2582 se determina que como en el juicio de faltas no es necesaria la intervención de Abogado ni de Procurador ni aún para formular la querrela "no procede" cargar las costas de la acusación particular.

A mayor abundamiento la SAP Barcelona Secc. 9ª nº 285/2007 de 31 de julio EDJ 2007/213676 recuerda: "Por último y en cuanto a la supuesta infracción de los arts. 967 y 962 de la L. E. Criminal en materia de imposición de costas en el seno del juicio verbal de faltas, debe decirse que la sentencia ni en el fundamento jurídico último ni en el fallo se pronuncia acerca de la inclusión de las costas devengadas por la Acusación Particular, sino que se limita a imponer las costas al acusado responsable criminalmente de la meritada falta de imprudencia, ex art. 123 del C. Penal y arts. 239 y 240 de la L.E.Criminal, por imperativo legal, en el bien entendido que la asistencia técnica de Letrado no resulta preceptiva, sino que es facultativa o potestativa en el juicio de faltas, y, en consecuencia a título meramente informativo y aclaratorio, si se quiere, debe señalarse que no cabe incluir los honorarios del letrado de la acusación particular, primero porque no es preceptiva su actuación, y, segundo, porque no se efectúa expresamente tal condena en la referida sentencia. En el juicio de faltas no es preceptiva la asistencia Letrada y así la STS de 31 de octubre de 2002 considera que «en general no es susceptible de acarrear la condena en costas procesales, puesto que la asistencia letrada, para estas leves infracciones, es meramente potestativa». Por ello el art. 124 del CP se refiere a la inclusión de los honorarios de la acusación particular en las costas únicamente si la condena lo fuera por delito y si este fuera perseguible a instancia de parte. Ahora bien en ocasiones podemos encontrarnos ante supuestos en los que concurren circunstancias que lleven aparejada la inclusión de los Honorarios del Letrado de la acusación particular en la tasación de costas y así el Auto del TC de fecha 25 de enero de 1993 considera que «es un dato real e innegable que en ocasiones estos procesos simplificados (juicios de faltas) sirven para decidir conflictos de gran complejidad, por lo que la solución adoptada por la sentencia impugnada no sólo no es arbitraria, sino que, además, resulta adecuada para garantizar el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y sin indefensión que ordena el art. 24.1 C.E., en la línea que marca la S TC 47/1987 ». Es decir, son las circunstancias de complejidad del asunto y la proscripción de la indefensión las que van a determinar la idoneidad de la intervención del Letrado y la inclusión de la minuta en la tasación de costas siendo de destacar que las normas por las que se rige el proceso penal son distintas a las que rigen el proceso civil y por ello que el denunciante no resida en el lugar del juicio no afecta a la necesidad de comparecer asistido de Letrado.

Sentadas las directrices del supremo intérprete de la Constitución en cuanto al derecho de ser asistido por Letrado aun en los supuestos, como acontece en el Juicio de Faltas, en que no es preceptiva la intervención de Abogado, no puede aceptarse la imposición al condenado de las costas procesales correspondientes al perjudicado que, para mejor defensa de sus derechos, se ha valido de un profesional jurídico sin ser precisa la intervención de éste, porque esta elección de defensa técnica no puede correr a cargo del condenado al pago de las costas procesales en un juicio de faltas en el que no es obligatoria la postulación y defensa por medio

de Abogado y Procurador, según se desprende de los artículos 962 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

En la misma línea la SAP de Sevilla, sec. 1ª de 18-11-2008 EDJ 2008/288959, establece como: “Pues bien, llegados a este punto sobre la procedencia o no de incluir los honorarios de Letrado en la tasación de costas de un juicio de faltas, hemos de dar aquí por reproducidos lo ya dicho en resoluciones anteriores por ésta y otras Secciones de esta Audiencia Provincial de Sevilla, según la cual, en virtud de lo dispuesto en los artículos 123 y 124 del Código Penal las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, y comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales. La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula esa materia en los artículos 239 a 246, aplicables en principio a toda clase de procesos penales al pertenecer a su libro primero cuya rúbrica es "disposiciones generales". Las normas que regulan los juicios de faltas (artículos 962 a 977 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no contienen ninguna regulación específica de las costas, por lo que en principio, les son aplicables estas normas generales.

El art. 241 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que las costas comprenden, entre otros conceptos, los honorarios de los procuradores y las minutas de los abogados. Sin embargo, en los juicios de faltas, según los artículos 962.1 y 969.1 de la misma Ley, no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, razón por la cual se ha mantenido que sus honorarios no deben ser incluidos entre las costas que tiene que abonar el condenado, por aplicación analógica de lo que, para el proceso civil y con carácter supletorio de otros órdenes, establece el art. 241.1.1º en relación con el 32.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ciertamente, el hecho de que la intervención de abogado no sea preceptiva no implica la exclusión radical de toda posibilidad de incluir sus honorarios en la condena en costas cuando el perjudicado ha requerido legítimamente su intervención.

Todas las personas tienen derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (artículos 24.1 de la Constitución Española y 7º.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). De modo correlativo, el mismo art. 24 de la Constitución, en su apartado 2, reconoce el derecho a la defensa.

El ejercicio de este derecho a la defensa no exige necesariamente y en todos los casos la intervención de un abogado, ni se agota en esta intervención, sino que puede consistir también en la autodefensa por el propio acusado o imputado, tal como se deduce de la redacción del citado artículo 24.2 de la Constitución cuando habla de derecho "a la defensa y a la asistencia de letrado", como términos no coextensos ni equivalente. En los mismos términos se pronuncia el art. 6.3.c) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales cuando señala que toda persona acusada de una infracción penal tiene derecho "a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección".

El derecho a la defensa puede satisfacerse, pues, en principio, en un juicio de faltas sin necesidad de que la parte acuda a la intervención de profesionales, en los términos ya señalados del art. 962.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que configura la asistencia de abogado a las partes en estos procesos como meramente facultativa.

Sin embargo, en un proceso de esa naturaleza, la tutela judicial efectiva puede hacer precisa la intervención de abogado y de procurador por determinadas circunstancias. El mismo art. 6.3.c) del Convenio Europeo, tras reconocer la alternativa posible de autodefensa y defensa profesional por abogado, incluye de modo expreso el derecho de la parte a valerse de éste, incluso designado de oficio si no tiene medios para pagarlo, "cuando los intereses de la justicia lo exijan".

Este supuesto de intervención de abogado exigida por los intereses de la justicia puede darse, a título de ejemplo, cuando venga demandada por la complejidad jurídica de las cuestiones a debatir, ya que en tal caso la sola autodefensa de la parte podría generarle indefensión por su desconocimiento de las leyes sustantivas y procesales; y en este punto, conviene recordar que no es raro que en los juicios de faltas se resuelvan conflictos de considerable complejidad. El legislador español se hace eco de tales situaciones en el art. 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita cuando prevé que ésta pueda tener como contenido la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador, incluso en procesos en que su intervención no es preceptiva, cuando "sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes".

Cuando se producen situaciones de este tipo, por el objeto del proceso y por la naturaleza de las cuestiones que en él se debaten, el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes no quedaría debidamente salvaguardado sin acudir a la asistencia de un abogado, las mismas razones que avalan que pueda demandar la gratuidad de tal asistencia, si cumplió los requisitos para tal derecho, avalan que puedan incluirse en la condena en costas los honorarios y derechos derivados de su intervención. La excepción que contempla el art. 32.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los supuestos de necesidad de intervención y de temeridad de la parte contraria, aporta un argumento adicional".

Igualmente la SAP de Sevilla, sec. 4ª, de 23-10-2008 EDJ 2008/281450, declara: "Solicita finalmente la parte apelante que no se incluyan en la tasación de costas los honorarios del Letrado y los derechos del Procurador de la perjudicada aduciendo que no es preceptiva la intervención de tales profesionales en el juicio de faltas. El recurso en este punto, no puede prosperar.

Como ya apuntaba este mismo Tribunal en la sentencia 352/2003, de 11-11-03, en su composición colegiada, ponente el Magistrado Sr. De Paúl Velasco, y quien ahora resuelve en la Sentencia de 22-07-08 dictada en el Rollo de apelación 1454/08, entre otras resoluciones, ciertamente la inclusión en la condena en costas del culpable, de los honorarios devengados por el Procurador y Abogado de la acusación particular en los procesos seguidos por los trámites del juicio de faltas resulta controvertida en la praxis judicial; aunque no cabe negar que la tesis negativa es la mayoritaria en los pronunciamientos de las Audiencias. El Tribunal Supremo, por las limitaciones inherentes al recurso de casación, ha tenido escasas ocasiones de pronunciarse sobre el problema que nos ocupa, y siempre partiendo de supuestos en que, seguida la causa por delito, concluyó con sentencia condenatoria por falta, lo que se aparta de los presupuestos de nuestro caso. No obstante, es cierto que la sentencia de 9 de marzo de 1991 se muestra contraria con carácter general a la inclusión de honorarios profesionales en los juicios de faltas, con el argumento fundamental de la no preceptividad de la intervención de Abogado y Procurador en este tipo de procesos. Pero no lo es menos que, posteriormente, la sentencia 1046/2000, de 30 de octubre, establece una posición mucho más matizada y

flexible. Tras desarrollar ampliamente la actual concepción de la condena en costas como mero resarcimiento de gastos procesales más que como sanción adicional, y recordando la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 47/1987, de 22 de abril, acerca del derecho fundamental a obtener asistencia jurídica gratuita, incluso en procesos en que no es preceptiva la intervención de procurador y abogado, proyecta dicha doctrina en su fundamento jurídico cuarto sobre los supuestos que nos ocupan, en los términos siguientes: "El derecho a la asistencia letrada, en estos supuestos, permanece incólume, debiendo valorarse en cada caso, para sopesar la concurrencia del derecho a la asistencia gratuita (-o en el caso presente, a la inclusión en las costas que no deben ser abonadas por la propia parte perjudicada-), la necesidad de la intervención letrada a los efectos de mantener el principio de igualdad de armas y no situar al perjudicado en situación de inferioridad o indefensión."

El problema de la inclusión en la condena en costas de los honorarios devengados por la asistencia letrada de la acusación particular en un juicio de faltas ha llegado incluso, al menos en una ocasión, a conocimiento del Tribunal Constitucional. En un juicio de faltas seguido a raíz de las gravísimas lesiones sufridas por un menor al caer de un autobús urbano y ser atropellado, la Audiencia Provincial condenó al conductor del autobús como autor de una falta de imprudencia y le impuso las costas de primera instancia, declarando de oficio las del recurso y especificando en el último fundamento jurídico que en la condena en costas se incluían las causadas por la asistencia letrada de los denunciantes, con el argumento de que, aunque no sea preceptiva la intervención de abogado en los juicios de faltas la complejidad del caso enjuiciado requería tal asistencia técnica para obtener la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional señaló que: "Resulta indiferente que la Ley no imponga de manera preceptiva la intervención de Abogado o Procurador en los juicios de faltas, pues es un dato real e innegable que en ocasiones estos procesos simplificados sirven para decidir conflictos de gran complejidad, por lo que la solución adoptada por la Sentencia impugnada no sólo no es arbitraria, sino que, además, resulta adecuada para garantizar el acceso de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y sin indefensión que ordena el art. 24.1 CE, en la línea que marca la STC 47/1987."

Señala así la sentencia del Tribunal Supremo 175/2001, de 12 de febrero (FJ.5) que "Pese a la confusa regulación de las costas en el proceso penal, tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia (SSTS de 21 de febrero de 1995, 2 de febrero de 1996, 9 de octubre de 1997 29 de julio de 1998, entre otras), coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado, bien el condenado absuelto en caso de acusaciones infundadas o temerarias (art. 240.3 de la LECrim). Como señala expresamente la sentencia de 21 de febrero de 1995 la condena en costas no se concibe ya como sanción, sino como mero resarcimiento de gastos procesales".

Sobre estas bases de partida, el tenor literal del artículo 123 del Código Penal vigente es suficientemente claro al señalar que las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, al tiempo que el artículo 241 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con carácter general e indiferenciado, incluye entre las costas procesales el pago de los derechos de arancel (limitados hoy a los de los Procuradores) y de los honorarios devengados por los Abogados; de manera que la no preceptividad de la

intervención de dichos profesionales en los juicios de faltas no aparece en principio como obstáculo normativo para la inclusión de sus honorarios en la condena en costas cuando hayan intervenido en un proceso de tal clase y siempre que tal intervención, por la complejidad del caso concretamente debatido se juzgue necesaria.

No puede oponerse a esta conclusión que el artículo 124 del Código Penal sólo incluya expresamente en las costas los honorarios de la acusación particular cuando se trate de procesos seguidos por delitos sólo perseguibles a instancia de parte; pues existe unanimidad jurisprudencial en que dicho precepto sólo tiene el sentido de imponer la inclusión de los honorarios de la acusación particular tratándose de la referida clase de delitos, pero sin prejuzgar cuál sea la decisión procedente al respecto cuando el objeto del proceso se refiera a los demás hechos delictivos, sean graves o leves. En este sentido, y por citar sólo las más recientes, se pronuncian las sentencias 357/2002, de 4 de marzo (FJ.5), 634/2002, de 15 de abril (FJ.1), 830/2002, de 9 de mayo (FJ.2), 1351/2002, de 19 de julio (FJ.3), 1583/2002, de 3 de octubre (FJ.3) y 361/2003, de 6 de marzo (FJ.7).

Por otra parte, no puede olvidarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a cuyo tenor "el derecho a la defensa y a la asistencia letrada consagrado en el art. 24.2 CE tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios procesales de igualdad y contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios ante las respectivas posiciones de las partes en el proceso o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión constitucionalmente prohibido por el art. 24.1 CE, sin que el hecho de poder comparecer personalmente ante un Juez o Tribunal sea causa que haga decaer el derecho a la asistencia letrada", pues "el carácter no preceptivo de la intervención de Abogado en ciertos procedimientos, no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes, lo cual conlleva, en principio, el derecho del litigante que carece de recursos económicos para sufragar un Letrado de su elección, a que se le provea de Abogado de oficio, si así lo considera conveniente a la mejor defensa de sus derechos, siendo procedente el nombramiento de Abogado de oficio cuando se solicite y resulte necesario" (sentencias 47/1987, de 22 de abril, 216/1988, de 14 de noviembre, 208/1992, de 30 de noviembre, 92/1996, de 27 de mayo, y 212/ 1998, de 27 de octubre).

De esta doctrina constitucional no puede sino inferirse una conclusión, que viene abonada por el auto del propio Tribunal Constitucional citado anteriormente, a saber: que si, en determinados supuestos, la complejidad, dificultad o cuantía del asunto litigioso, la dificultad de acceso del interesado a la sede del órgano judicial o la circunstancia de que la parte contraria cuente con asistencia letrada justifican que, en aras de los derechos fundamentales a la defensa, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad de armas en el proceso, haya de reconocerse el derecho a la asistencia letrada de oficio de quienes reúnan las condiciones económicas para ello, aunque la normativa procesal aplicable permita su autodefensa, por las mismas razones quien, en supuestos de tal índole, se ve obligado a servirse de procurador y abogado de su designación para hacer valer en juicio su fundada pretensión, tiene derecho a quedar indemne del coste de tal representación y defensa por vía de la condena en costas.

Sentado lo que antecede, resulta que en el supuesto de autos concurrían circunstancias de dificultad, sino de la vertiente penal del asunto, si de la civil, en lo relativo a la cuantía de la pretensión indemnizatoria ventilada en el presente juicio de faltas, que justifican suficientemente, y en contra de la regla general de no inclusión en las costas en este tipo de procesos de los honorarios devengados por la representación y defensa técnica del acusador particular perjudicado, aunque el proceso se siguiera por un hecho constitutivo de falta, máxime en un proceso en el que no intervino el Ministerio Fiscal, siendo la falta del artículo 621 del C.P. por la que se condena al acusado perseguible sólo previa denuncia del perjudicado.

Lo cierto es que el objeto civil incorporado al proceso penal distaba de ser sencillo, dadas las controversias existentes acerca del alcance de las secuelas, lesiones e incapacidades de la perjudicada, de modo que los intereses pecuniarios discutidos eran importantes y su resolución no era fácil. De otro lado, la conductora causante del daño y su aseguradora contaron con asistencia letrada, por abogado especializado en la materia, que solicitó que no se considerara acreditado que a la lesionada le restaran todos los puntos de secuelas que se indican en el informe forense, como tampoco que a la perjudicada le haya quedado a consecuencia del accidente una incapacidad permanente total para su ocupación habitual, habiendo presentado la representación procesal de la perjudicada nuevo informe médico de parte acerca del estado de la perjudicada, como también la compañía aseguradora apelante presentó informe médico elaborado por perito médico a su instancia acerca de las lesiones y secuelas de la perjudicada. En estas condiciones, sin intervención en la causa del Ministerio Fiscal, si la perjudicada hubiera prescindido de representación y defensas técnicas se hubiera visto abocada a una situación de desigualdad en el proceso, no deseable. Por tanto, procederá incluir en las costas los honorarios del Letrado y los derechos del Procurador de la acusadora particular Sra. María Inmaculada, como se hace en la resolución impugnada, con desestimación del correlativo motivo del recurso formulado por PSN AMA.”

En conclusión, puede sintetizarse la doctrina judicial mayoritaria incluyendo la doctrina del Tribunal Constitucional concluyendo que en el juicio de faltas, hoy por delito leve no procede incluir en las costas la minuta de abogado del denunciante en aquellos supuestos en que su intervención no es preceptiva admitiéndose la excepción de aquellos supuestos que, no por la ausencia del acto de juicio del Ministerio Fiscal, sino por la complejidad de la cuestión a dilucidar en el juicio de faltas la asistencia en el acto de juicio oral asistido de letrado del denunciante sea necesaria para garantizar adecuadamente su derecho de defensa. No obstante si conforme al art 967 párrafo 2º LECrim exigimos al denunciante el régimen de general de defensa y postulación como parece deducirse del tenor literal las costas al ser preceptiva la intervención con letrado y procurador deberán incluir sus partidas. Ello puede suponer por un lado una discriminación para el denunciante que en unos casos si que tendrá derecho a resarcirse y en otros no y por otro en los casos en los que no tendrá derecho a resarcirse una auto restricción para solicitar con letrado la defensa de sus intereses.

Respecto a la imposición de costas en el recurso de apelación la SAP Valencia Sección 3ª de 16 de noviembre de 2016 EDJ 2016/245346 declara que no existiendo precepto que regule el pronunciamiento a efectuar sobre las costas de la segunda instancia en los juicios de faltas, es práctica forense habitual en esta Audiencia el declararlas, con carácter general, de oficio, y sólo proceder a su imposición a la parte apelante, no meramente cuando ve ésta rechazados sus pedimentos, sino cuando además de ello se aprecia mala fe o manifiesta y acendrada

temeridad en la interposición del recurso.

6. LA PRESCRIPCIÓN EN LOS DELITOS LEVES

Otra de las cuestiones que se suscitan con frecuencia en el enjuiciamiento de los delitos leves es la prescripción de los mismos, cuestión en íntima conexión con el principio de seguridad jurídica. Sin duda es el juicio por delitos leves el ámbito de más fácil prescripción de las infracciones por lo exiguo de dicho plazo. En la actualidad el tema de la prescripción ha quedado por vía legal y jurisprudencial perfilado con suficiente precisión tras la polémica suscitada hasta el año 2010. La LO 1/2015 elevó de 6 meses (plazo de prescripción para las antiguas faltas) a 1 año (plazo para los delitos leves) el plazo de prescripción.

La prescripción del delito supone el fin de la responsabilidad criminal por el hecho por el transcurso del tiempo y tiene su fundamento en el principio de seguridad jurídica. Si transcurrido un cierto tiempo el Estado, por medio de sus órganos competentes, no ha procedido a perseguir la infracción no puede estar una persona indefinidamente pendiente de una posible responsabilidad penal y además se entiende que el Estado ha perdido interés en la persecución y castigo de dicha infracción.

La prescripción, esto a veces se olvida, es algo que debe controlar y aplicar el juez o tribunal de oficio, por tanto sin necesidad de alegación de parte, en cualquier fase del procedimiento y por tanto también en el momento inicial.

Respecto a la posible prescripción de la infracción antes del inicio del procedimiento se suscitó antes del año 2010 una importante controversia sobre la fecha de interrupción de la prescripción en los supuestos de presentación de denuncias y querellas en fechas muy próximas a la finalización del plazo de la prescripción y retrasos considerables en su admisión entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. El problema radicaba en los supuestos de presentación de la denuncia antes del transcurso del plazo de prescripción pero en que el procedimiento se incoaba después del transcurso de dicho plazo.

Antes de la reforma operada por LO 5/2010 de 22 de junio el art. 132 del CP se limitaba a decir que:

“La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.”

Es decir que el plazo de prescripción se paralizaba cuando el “procedimiento se dirija contra el culpable”. Pero no aclaraba el código penal cuando se dirigía el procedimiento contra el culpable si con la presentación de una denuncia o con su incoación.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo venía considerando que la presentación de una denuncia o querrela contra persona determinada interrumpía la prescripción debiendo reiniciarse el cómputo del plazo si se producía tras la mera interposición una nueva paralización. Bastaba la presentación sin necesidad de actuación judicial alguna por lo que

para la interrupción del plazo de prescripción había que estar a la fecha del cuño de entrada en el registro único de entrada o en el juzgado de instrucción.

No obstante la STC Sala 2ª, nº 63/2005 de 14 de marzo EDJ 2005/29886 rompió dicho criterio. En dicho recurso se promovió amparo frente a sentencia que había condenado a los recurrentes por un delito de alzamiento de bienes sobre la base de entender que para estimar interrumpido el plazo de prescripción bastaba con la simple presentación de querrela sin necesidad de mediar actuación judicial. El TC declara vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, pues, entre otros, considera irrazonable que dicho efecto interruptor se produzca con la simple interposición de denuncia, pues dados los derechos en juego, se requiere una expresa motivación judicial. Asimismo considera irrazonable extender el plazo de prescripción del citado delito de modo que cubra la demora de casi dos años en que se tardó en admitir a trámite la querrela, dada la consiguiente indefensión e inseguridad jurídica que ello ocasiona a los querrelados al no tener noticia alguna del "procedimiento" supuestamente seguido contra ellos. Formularon voto particular los Magistrados D. Vicente Conde Martín de Hijas y D. Ramón Rodríguez Arribas no porque no estuvieran de acuerdo con el fallo sino porque entendía que el TC había invadido funciones del TS al establecer en la sentencia una doctrina de modo general que era una cuestión de legalidad ordinaria.”

El Tribunal Supremo ante dicho pronunciamiento reaccionó con un acuerdo de la Sala 2ª de 12 de mayo de 2005 en los siguientes términos:

“La Sala Penal del Tribunal Supremo ha examinado la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005 y considera que la misma insiste en la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva que, prácticamente, vacía de contenido el art. 123 de la Constitución Española que establece que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales.”

El Tribunal Supremo igual que los votos particulares de la sentencia del TC entendió que el TC había invadido funciones que no le correspondían e hizo caso omiso a la doctrina del TC.

La reforma por LO 5/2010 zanjó dicha controversia acogiendo la postura del Tribunal Supremo con matizaciones.

Dicha reforma dejó el 132 CP con la siguiente regulación:

Artículo 132

1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento .

2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1ª Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2ª No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3ª A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.

Presentada una denuncia o querrela el cómputo del plazo se “suspende”. Es decir no se interrumpía la prescripción sino que únicamente se paraliza su cómputo durante 6 meses para el caso de delito y 2 para las faltas. Tras la LO 1/2015 ha reformado el precepto para suprimir la referencia a las faltas y su plazo de suspensión de 2 meses dejando indemne y el plazo de 6 meses para todo tipo de delitos. Así pues una vez presentada una denuncia por delito leve antes del trascurso del plazo de 1 año de prescripción se pueden dar dos posibilidades:

1.- Que el juez durante dicho plazo de 6 meses inadmita a trámite la denuncia, o no dicte una resolución judicial en la que acuerde dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada esto es que dicte resolución por la que acuerde incoar juicio por delito leve y citarlo a juicio, o simplemente no haga nada. En estos casos, transcurrido el plazo de suspensión la prescripción se computa como si dicha suspensión no hubiera existido. Por lo que si transcurren los 6 meses sin hacerse nada en el juzgado finalizará el plazo de prescripción.

2.- Que el juez dicte una resolución judicial motivada en la que admita dirigir el procedimiento contra el denunciado o querellado. Sobre la resolución que cumpla dichos requisitos la STS Sala 2ª de 29 de diciembre de 2014 EDJ 2014/240322 en su FJ 30 declaró al respecto que “La interpretación sistemática de la norma pone manifiestamente de relieve, que " entre las resoluciones previstas en este artículo", que tienen la virtualidad de ratificar la suspensión de la prescripción producida por la presentación de la querrela o denuncia en la que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, la más caracterizada es precisamente el auto de admisión de dicha querrela o denuncia. Resolución que necesariamente tiene que ser motivada por su naturaleza de auto, y que determina la incoación de un procedimiento penal contra el querrellado, precisamente porque le atribuye su presunta participación en los hechos objeto de la querrela o denuncia, y se considera judicialmente que éstos hechos pueden revestir los caracteres de delito o falta. En consecuencia, admitida judicialmente la querrela, e incoada una causa penal contra el querrellado, por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal. Cuando se trate de una persona que no figure expresamente en la querrela como querrellado, el acto de interposición judicial que dirige el procedimiento contra una determinada persona e interrumpe el plazo de prescripción es la decisión judicial de citarle en calidad de imputado.”

Pero siendo la resolución más característica para interrumpir la prescripción el auto que admite la denuncia o la querrela no es la única. La STS Sala 2ª de 22 de octubre de 2014 EDJ 2014/269290 declaró en su FJ 4º “entre las resoluciones previstas en este artículo”, que tienen la virtualidad para interrumpir la prescripción o ratificar la suspensión producida por la presentación de la querrela o denuncia en la que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, la más caracterizada es precisamente el auto de admisión de dicha querrela o denuncia. Resolución que necesariamente tiene que ser motivada por su naturaleza de auto, y que determina la incoación de un procedimiento penal contra el querrellado, precisamente porque le atribuye su presunta participación en los hechos objeto de la querrela o denuncia, y se considera judicialmente que éstos hechos pueden revestir los caracteres de delito o falta.

En consecuencia, admitida judicialmente la querrela, e incoada una causa penal contra el querrellado, por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal, así lo afirma entre otras la STS nº 832/2013 de 24 de octubre EDJ 2013/244410.

Ahora bien, no solo gozan de esa cualidad los autos que admiten a trámite una denuncia o querrela a los que se refiere el artículo 132 del CP en otros apartados, sino otras resoluciones judiciales diversas que por su propia naturaleza exigen una ponderación de los

motivos que permiten sostener que se ha cometido un hecho delictivo y atribuir a una persona determinada participación en el mismo. En este sentido, la STS nº 885/2012 de 12 de noviembre EDJ 2012/256835, que afirmó que resoluciones tales como el un auto de intervención telefónica, o el que autoriza un registro domiciliario, o el que ordena una detención, entre otros, son actos judiciales potencialmente aptos para interrumpir la prescripción, en tanto que manifiestan una resolución judicial motivada en la que se atribuye a un sospechoso su presunta participación en el hecho delictivo que se encuentra siendo investigado o que va a serlo.

En definitiva lo que ha de entenderse por dirección del procedimiento no es un acto judicial estricto de imputación, o lo que es lo mismo la atribución de la condición de sujeto pasivo de una pretensión punitiva, que aún no se ha ejercitado formalmente, sino que basta con la atribución indiciaria de su presunta participación en un hecho, que se está investigando o que se comienza a investigar en tal momento.

Respecto a la necesidad de motivación de esa resolución que implique la dirección del procedimiento a los fines de tener por integradas las exigencias del artículo. 132.2. 1ª del CP en su actual redacción, viene necesariamente delimitada por el momento procesal en el que se dicta esa resolución. Generalmente será la que dé comienzo a las investigaciones, por lo que solo contará como elementos de contraste con los que la correspondiente denuncia o querella incorporen. De ahí que lo exigible es un juicio de verosimilitud sobre la apariencia delictiva de los hechos denunciados y su presunta atribución al querellado o denunciado. Como dijo la STS nº 885/2012 de 12 de noviembre EDJ 2012/256835, no es posible "que en tal momento procesal puedan llevarse a cabo mayores explicaciones ni probanzas, en tanto dicha resolución judicial es precisamente la que abre la investigación judicial; carecería de sentido, en consecuencia, exigir mayor motivación que la expuesta."

Ni siquiera es necesaria una toma de postura respecto a la adecuada calificación jurídica de los hechos. Como recordó la STS nº 832/2013 de 24 de octubre EDJ 2013/244410 lo que interrumpe la prescripción es la imputación de unos determinados hechos (debe entenderse los relatados en la denuncia o querella), no la calificación formal de los mismos. Y esta interrupción operará respecto a cualquier calificación jurídica que se sustente sobre hechos que se imputan en la denuncia o querella, a no ser que el Instructor, al admitir aquellas o incoar el procedimiento penal, excluya expresamente algún apartado fáctico, y siempre que el querellado haya tenido conocimiento de la totalidad de los hechos que se le imputan.

Así pues el auto por el que se incoa juicio por delito leve o inicialmente diligencias previas tras la interposición de una denuncia en la cual se encuentra identificado nominalmente o por su pertenencia a una organización o grupo un denunciado satisface las exigencias legales e interrumpe la prescripción.

La consecuencia legal de la interrupción de la prescripción es que el tiempo transcurrido quedará sin efecto y deberá a empezar a contar de nuevo el plazo para la misma, conforme a lo dispuesto en el artículo 132.2 del Código Penal; debiendo tenerse en cuenta, que no cabe sumar entre sí los diferentes plazos de paralización procedimental para el cómputo del plazo legal correspondiente, sino que ha de existir una paralización continuada de la actividad procesal durante el plazo de 1 año. Una vez iniciado el juicio por delito leve e interrumpido la

prescripción conforme al art 132.2 CP el plazo vuelve a contar de nuevo cuando el procedimiento se paralice. (STS Sala 2ª de 1 de marzo de 2005 EDJ 2005/23881).

Debe tenerse en cuenta que tras el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 26 de octubre de 2010 el criterio a seguir para aplicar las reglas de la prescripción de la responsabilidad criminal será el que corresponda a los hechos definitivamente valorados en la sentencia, de forma tal que aun cuando se comience una instrucción por unos hechos que inicialmente pudieran ser constitutivos de delito, si, posteriormente, son degradados a falta, el plazo de prescripción es el que corresponde a las faltas. Dicho acuerdo presenta dos excepciones: el supuesto de delitos conexos¹⁵ y el concurso de infracciones.

El problema radica en la determinación de que actividad jurisdiccional interrumpe la prescripción. Para apreciar la interrupción de la prescripción prevista en el artículo 132.2 del C. Penal es necesaria una actividad jurisdiccional de naturaleza sustantiva, que implique auténtica acción procesal, por lo que únicamente tienen virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones judiciales que ofrezcan un contenido material propio de la puesta en marcha del procedimiento y reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza, superando la inactividad y la parálisis. Las decisiones o diligencias puramente formales, inocuas o intrascendentes que no afecten al avance del procedimiento, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos interruptivos. (STS Sala 2ª de 13 diciembre 2004 EDJ 2004/219329).

A las diligencias que tienen efectos interruptivos se refirió la STS Sala 2ª de 25 de junio de 2015 EDJ 2015/111139 al declarar que “En efecto respecto a los actos interruptivos de la prescripción, hemos dicho en STS. 583/2013 de 10.6, con cita SS. 66/2009 de 4.2, 1559/2003 de 19.11, 1604/98 de 16.12, que las diligencias de investigación tienen eficacia interruptora de la prescripción, pero no así las dirigidas a la localización física del responsable ya identificado, pues lo que impide la prescripción son los actos procesales encaminados del descubrimiento del delito o averiguación de la identidad de los culpables (primera de las finalidades que asigna al sumario el art. 299 LECrim (STS 973/1998, de 3 de julio); pero no los dirigidos a aprehender a los culpables, tales como órdenes de busca y captura, requisitorias (STS 1520/2011 de 22.11). En estos casos el inicio de la prescripción comienza desde que se dicta una resolución de contenido sustancial a partir de la cual queda verdaderamente paralizado el procedimiento, como ocurre en la fecha del auto decretando el sobreseimiento provisional de la causa hasta que sea habido el rebelde, o en el caso de auto de busca y captura ante la falta de comparecencia que determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción (SSTS. 1959/2002 de 22.11, 1559/2003 de 19.11, 1097/2004 de 7.9, 1485/2004 de 13.12). Consecuentemente en este punto es correcto el pronunciamiento de la sentencia recurrida de entender paralizado el procedimiento desde los autos de busca y captura del imputado /7.6.2007) y rebeldía (22.6.2007), hasta su detención (5.3.2013) y puesta a disposición judicial.”

Dicho en otras palabras, aquellas decisiones judiciales que no constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra los culpables, no producirán efecto interruptor alguno.

¹⁵ STS Sala 2ª de 10 noviembre 2015 EDJ 2015/230605 declara que la falta de lesiones conexas con un delito de resistencia del artículo 556 del CP en la medida que no éste prescrito el delito por no haber transcurrido el plazo legal tampoco ha prescrito la falta de lesiones conexas al mismo.

Lo que la ley exige no es cualquier movimiento del procedimiento, sino actos procesales dirigidos contra la persona investigada de manera concreta e individualizada (STS Sala 2ª de 28 de octubre de 1997 EDJ 1997/8154).

Conforme a la STS Sala 2ª de 29 de junio de 2015 EDJ 2015/128726 la declaración de rebeldía interrumpe prescripción.

La STS Sala 2ª de 22 de julio de 1993 EDJ 1993/7552 en su FJ 4º declaró que “Así, por ejemplo, se hace preciso diferenciar, a los efectos de interrupción del plazo prescriptorio, aquellas resoluciones, normalmente providencias, sin contenido real ni justificación procesal, destinadas a crear apariencia de actividad procesal o que resulten intrascendentes, a estos fines, en cuanto en modo alguno representan actividad procesal dirigida contra el presunto culpable de los hechos delictivos, de aquellas otras, bien distintas, que entrañen una actividad procesal claramente dirigida a materializar la relación acusación o defensa respecto de quien aparece como sujeto pasivo del proceso penal en trámite.”

No producen efectos interruptores las resoluciones intrascendentes como expedición de testimonios o certificaciones. Tampoco podrá reconocerse relevancia jurídica, a los efectos de interrumpir la prescripción delictiva, a las diligencias de ratificación de un informe pericial a presencia judicial; ni a las providencias acordando que, cumplido el trámite de instrucción, quede la causa pendiente de señalamiento, ni las providencias ordenando librar oficios a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a fin de que se averigüe el domicilio de la persona investigada y/o encausada sin que en los autos conste antecedente alguno que justifique tal resolución; ni a las providencias la que se reitere que, habiendo sido localizado el domicilio de la persona investigada o encausada, quede la causa pendiente de señalamiento; ni actuaciones procesales como el ofrecimiento de acciones o las actuaciones obrantes en la pieza de responsabilidad civil (STS Sala 2ª de 22 de noviembre de 2006 EDJ 2006/319088)

No interrumpe la prescripción la diligencia de traslado a Fiscalía conforme a la STS Sala 2ª de 7 de junio de 2016 EDJ 2016/82147¹⁶.

7. LA DETENCION POR DELITO LEVE

El artículo 495 LECrim establece al respecto que “*no se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle*”. Como puede verse la regla general ha sido respecto a a las faltas la imposibilidad de detener al autor de una infracción tipificada como tal. La razón de ser de dicha medida es que resulta desproporcionada ante el carácter leve de la infracción. Además la falta puede llegar a ser castigada en la mayor parte de ocasiones con pena más liviana incluso que la propia detención. A pesar de ello la LECrim admite una excepción

¹⁶ En dicha sentencia fue condenado el acusado como autor de una falta del art 617 del CP_vigente al tiempo de los hechos. La tramitación del procedimiento habría estado paralizada, en la tesis del recurrente, diez meses. Lo que superaba los seis que originan en aquella regulación la prescripción. El recurrente acotaba el periodo de paralización al respecto el periodo que iba de 6/02/2012 (en que se decide continuar por los trámites del procedimiento abreviado), hasta el 4/12/2012 (en que el Ministerio Fiscal formula la acusación).

El Ministerio Fiscal en su impugnación del recurso alegó que, la supuesta paralización fue finalizada por un traslado de la causa al Ministerio Fiscal para que subsanara un error en escrito de acusación. Tal actuación, entendiéndola, por su contenido "real" tendría fuerza interruptora. Fuerza interruptora que el Alto Tribunal rechazó.

cuando en reo no tuviese domicilio conocido, o sin tenerlo, no de fianza bastante a juicio de la autoridad o agente.

Esta regulación entiendo debía de ser matizada tras la Ley 38/2002 de 24 de octubre de reforma parcial de la LECrim sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Dicha ley otorgó facultades a los agentes de policía judicial para proceder a citar al acto de juicio oral a todas las partes, incluido el denunciado, cuando se trate de faltas de los artículos 617, 623.1 CP cuando sea flagrante, o 620 CP cuando el ofendido entre dentro del círculo de parientes del artículo 173.2 CP. En dichos casos aun cuando el denunciado, posible autor de la falta, no tenga domicilio conocido ni de fianza bastante, no podrá ser detenido dado que la finalidad de la detención no es otra que garantizar las posibilidades de que fuera citado por el juzgado, diligencia ésta ya innecesaria por ser obligación de los propios agentes la citación para el acto de juicio oral.

Tras la reforma de 2015 surge la duda sobre la posibilidad de detención ante la comisión de un delito leve. Se nos presentan dos opciones interpretativas. La primera considerar que el art. 495 LECrim deviene inaplicable dado que las conductas ya no son “faltas” sino legalmente han pasado a ser delitos. Ello supone legalmente que el régimen de detención de los delitos leves es el de los artículos 490 y 492 LECrim por lo que los agentes de la autoridad podrán detener al autor de un delito leve cuando tengan racionalmente bastantes motivos para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito leve, motivos para creer que la persona que se detiene tuvo participación en él y que haya razones para pensar que no comparecerá ante el juez cuando sea citado.¹⁷ Obviamente ello deja fuera los supuestos de posibilidad de citación inmediata a juicio de delito leve. La segunda opción interpretativa según FARALDO CABANA¹⁸ conlleva que según la disposición adicional 2ª de la LO 1/2015 que señala que “La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves” la mención del art. 495 hay que entenderla referida a los delitos leves por lo que la detención no sería posible. Pero no deja de ser menos cierto que esa Disposición Adicional tiene por objeto y se circunscribe a la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves y por lo tanto no a esta cuestión relativa a la detención como medida cautelar. Por otra parte, no podemos olvidar que existen conductas que antes eran delitos menos graves y en los que por lo tanto era en principio posible la detención y ahora han pasado a ser delitos leves por aplicación del artículo 13.4 LECrim con lo que no cabría la detención. Ello puede llevar a confusión por parte de los agentes de los cuerpos de seguridad del Estado.¹⁹ Creo que la solución pasa por continuar aplicando el mismo régimen legal de las extintas faltas. Solución ésta más acorde con un principio de proporcionalidad y el derecho a la libertad. La cuestión no es simplemente teórica sino que

¹⁷ En la Memoria FGE 2016. Madrid 2016 págs. 805 y 806 se aborda esta cuestión exponiéndose como en alguna provincia como Albacete los cuerpos de seguridad estimaban que si que cabía la detención al pasar a ser delitos habiéndose mantenido jornadas donde se hizo hincapié en el criterio contrario.

¹⁸ FARALDO CABANA, Patricia, Los delitos leves causas y consecuencias de las desaparición de las faltas, Valencia 2016 pag 200.

¹⁹ En la Memoria FGE 2016. Madrid 2016 pags 805 Entiende la Fiscalía de Navarra que si bien se debe considerar aplicable la regulación de la detención en las faltas a los delitos leves, se hace necesaria una reforma estableciendo los supuestos concretos en los que quepa la detención policial en el caso de los delitos leves.

tiene importante trascendencia jurídica y práctica ante la hipotética solicitud de habeas corpus. Entiendo que los supuestos de aplicación de una medida cautelar privativa de libertad deben estar recogidos legalmente de forma precisa y taxativa y no quedar al albur de la interpretación por lo que es sin duda muy necesaria una clarificación legal al respecto.

8. EL RÉGIMEN DE PROPOSICIÓN DE PRUEBAS.

La proposición y práctica de la prueba en el juicio por delito leve difiere de forma notable respecto al resto de procedimientos por delitos. En el resto de procesos por delito la regla general es que la carga de la prueba incumbe a las partes que son las que han de proponer los medios de prueba y el tribunal admitirlo o no²⁰. Es cierto que el art 729 LECrim todavía mantiene intactas facultades probatorias de oficio sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado el TC así como el TS (STS n° 315/16 de 14 de abril EDJ 2016/44918). Dichas facultades deben aplicarse con carácter excepcional y sin quiebra de la imparcialidad.

Como declara la STC Sala 2ª n° 188/2000 de 10 de julio EDJ 2000/20474²¹ es reiterada jurisprudencia que el derecho a un proceso con todas las garantías integra, entre otros contenidos, la garantía de la imparcialidad del juzgador que, en el ámbito del proceso penal, se presenta indisolublemente anudada a la preservación del principio acusatorio (STC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2).

Mediante la exigencia de imparcialidad objetiva se asegura el enjuiciamiento por parte de un Juzgador no prevenido (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, 47/1998, de 2 de marzo, por otras) en la medida en que ni ha sido instructor de la causa (SSTC 145/1988, de 12 de julio, 106/1989, de 8 de junio, 136/1992, de 13 de octubre, por otras), ni ha ejercitado en algún momento anterior la acusación (SSTC 180/1991, de 23 de septiembre, 157/1993, de 6 de mayo, por otras), ni ha intervenido en otra instancia del proceso (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, 157/1993, de 6 de mayo, por otras).

La garantía de la imparcialidad objetiva no impide la iniciativa probatoria de oficio pero como advierte el TC exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. El Juez no tiene constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE).

²⁰ Art 728 LECrim No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

²¹ En el mismo sentido STC Sala 1ª n° 130/2002 de 3 de junio (EDJ 2002/19772) y STC Pleno n° 229/2003 de 18 de diciembre (EDJ 2003/163272).

Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria "*ex officio judicis*" prevista en el art. 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto.

El Anteproyecto de nueva ley de enjuiciamiento criminal de 2010 suprimía la iniciativa probatoria de parte en su art. 566 que transcribimos:

Artículo 566. Principio de aportación de parte. Facultades probatorias del tribunal

1. No se practicarán otras pruebas que las propuestas por las partes.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior:

a) Los careos de los testigos que el Presidente acuerde cuando concurran los requisitos del artículo 582 de esta ley y sea necesario para el esclarecimiento de los hechos.

b) Cualquier otra prueba que, por considerarla absolutamente imprescindible para la comprobación de los hechos, someta el tribunal a la consideración de las partes, siempre que alguna de ellas haga suya la propuesta.

c) Las diligencias de prueba que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el tribunal las considera admisibles.

Por su parte la propuesta de Anteproyecto de Código Procesal Penal en su art 446 también suprimía las facultades probatorias del Tribunal. Así el artículo declaraba como pruebas practicables las siguientes:

1.- El Magistrado o Presidente del Tribunal ordenará comenzar la práctica de la prueba, con arreglo a lo establecido en los artículos siguientes.

2.- No se practicarán otras pruebas que las propuestas por el Ministerio Fiscal y las demás partes en sus escritos de conclusiones provisionales.

3.- Excepcionalmente, el Tribunal podrá acordar la práctica de las siguientes diligencias:

a) Los careos de los testigos entre sí o con los encausados o entre éstos, que las partes soliciten a la vista del desarrollo de las pruebas practicadas en el plenario.

b) Las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.

c) Las pruebas propuestas por las partes y cuya pertinencia resulte sobrevenida como consecuencia de revelaciones inesperadas y que resulten absolutamente indispensables para el enjuiciamiento del hecho.

Lo cuestionable no es la constitucionalidad o no de la iniciativa probatoria de oficio sino que en el juicio por delito leve la regla general es la contraria al resto de procedimientos. Ello puede suponer una quiebra de la imparcialidad del juzgador. En el juicio por delito leve la policía judicial cita a los testigos en los casos de juicio inmediato sin que exista previsión

legal de pronunciamiento judicial de admisión o no de las pruebas. En otros supuestos conforme al art 966 LECrim es el juez el que cita los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos. Además se les informa a las partes del derecho a acudir al juicio con los medios de prueba de que intenten valerse.

¿Puede llegado el acto de juicio oral solicitar el Ministerio Fiscal la suspensión del acto de juicio oral para la práctica de algún medio de prueba? En la práctica los juzgados de instrucción la admiten pero supone una quiebra el principio de igualdad de armas en la medida que al resto de partes (denunciantes y denunciados) se les deniega la suspensión para la práctica de medios de prueba al haber sido informados de su derecho a acudir al acto de juicio oral con las pruebas que a su derecho convengan.

9. LA CONFORMIDAD EN EL JUICIO POR DELITO LEVE.

El procedimiento por delito leve no prevé legalmente posibilidad alguna de conformidad. No es infrecuente en el acto de juicio oral que la defensa del denunciado manifieste su voluntad de llegar a un acuerdo con el Ministerio Fiscal y solicitar una condena de conformidad. Sobre la ausencia de previsión expone la Fiscalía de Albacete²² que la regulación de la conformidad, tanto en las diligencias urgentes como en el abreviado parte de la existencia de una instrucción, en la que se produce esa conformidad que, además, facilita el fin de las diligencias y que recaiga sentencia. Es la economía procesal la que provoca la introducción de esa modalidad del proceso. Sin embargo en delitos leves el juicio o se sobresee o se celebra de inmediato, sin instrucción. No existe la economía como justificación, ni un trámite que lo permita, como no existía para las faltas. De hecho, el propio artículo 798 dice que si el juez considera que es falta (ahora delito leve) así se declara con transformación del procedimiento. El problema tras la introducción de los delitos leves es que se plantea una cuestión nueva: en algunos supuestos las penas son muy similares a las de los delitos menos graves y se pregunta por qué entonces sí se tenía acceso a la conformidad privilegiada y ahora no. Considera esta Fiscalía que la cuestión no es baladí, pues puede provocar la vulneración del principio de igualdad con el consiguiente planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Para la Fiscalía de Huelva²³ no es lógico ni razonable que no se haya aprovechado la reforma procesal penal para introducir la posibilidad de la conformidad en los Juicios por delitos leves, lo que obliga en muchos casos a celebrarlos aun en los casos en que el denunciado y su letrado manifiestan su intención de reconocer los hechos y obtener así una pena atenuada. Esta realidad, muy frecuente en los casos de hurtos y usurpaciones, obliga a conformidades encubiertas pero con la desventaja de que por el esquema legal del juicio debe oírse al denunciante, antes de que el denunciado pueda reconocer los hechos y además debe dictarse sentencia analizando la prueba practicada y por ello susceptible de recurso. Se entiende que sería fácil y eficaz regular una conformidad muy simple que partiendo del reconocimiento de los hechos del denunciado, permitiera al Fiscal sin más solicitar oralmente la pena pactada y el inmediato dictado de sentencia de conformidad.

No parece comprensible que las partes puedan llegar a un acuerdo en lo más grave (delito menos grave) que cumpliendo los requisitos legales vinculará al juez en dicho sentido

²² Memoria FGE 2016. Madrid 2016. Pág. 807.

²³ Memoria FGE 2016. Madrid 2016. Pág. 807.

y no puedan en lo más leve (delito leve) donde en última instancia es el juez de instrucción el que dictará sentencia normalmente conforme a lo solicitado por todas las partes pero no legalmente vinculado a ello.

10. EL RECURSO DE APELACION DE LAS ACUSACIONES.

Pese al clamor tanto en la carrera Fiscal como en la judicial en pos de la desaparición o de la drástica reducción de las faltas la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal optó por su mantenimiento como delitos leves de la mayor parte de las antiguas falta. En dicha ley a pesar de cambiar la naturaleza de la infracción no opta por crear un procedimiento específico para el enjuiciamiento de los delitos leves sino que se mantiene el tradicional juicio de faltas con alguna modificación. A pesar de la invariabilidad de la regulación del tradicional juicio de faltas, hoy juicio por delitos leves, uno de los puntos en los cuales se han producido importantes modificaciones por vía jurisprudencial y finalmente legal con la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo es en la posibilidades de revisión del pronunciamiento judicial contenido en la sentencia por parte de las acusaciones. Las acusaciones en los últimos 15 años han ido viendo recortadas sus posibilidades de impugnación de la sentencia a través del recurso de apelación. Circunstancia ésta que afecta profundamente la labor del Fiscal.

El primer cambio se produjo con la conocida y trascendental STC nº 167/2002 de 18 de septiembre EDJ 2002/35653. Hasta dicha sentencia el TC había venido considerando que en virtud del llamado efecto devolutivo, el órgano *ad quem* asumía a través del recurso de apelación contra la sentencia la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el juez *a quo* y ello no solo respecto a la subsunción de los hechos en la norma sino también respecto a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. Pueden verse al respecto SSTC nº 43/1997 EDJ 1997/487²⁴ y 172/1997 EDJ 1997/6342²⁵. El TC²⁶

²⁴ Así en la STC 43/1997 El recurrente fue condenado por AP en sentencia por un delito de negativa a la prestación del servicio militar, sentencia que revocó la de instancia en lo relativo a la apreciación de la circunstancia atenuante analógica prevenida en el art. 9,10 CP 1973. A juicio del TC la Audiencia estaba facultada para revocar la sentencia de instancia, sobre la base de la nueva valoración de la prueba practicada en esa sede, en lo relativo a la apreciación de la atenuante indicada, así como que al imponer una condena superior a la solicitada por el MF no se vulneró el principio acusatorio, ya que se mantenía dentro de los márgenes penológicos del grado mínimo de la pena prevista en el art. 127 CPM para el hecho que le había sido imputado. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de amparo por el condenado alegando en su demanda que la sentencia dictada en sede de apelación ha vulnerado los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la legalidad penal, respectivamente reconocidos en los arts. 24,1, 24,2 y 25,1 CE, en relación con los arts. 9 y 14 CE. Consideraba el recurrente que se habían vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, por el órgano judicial de apelación al haber sometido a nueva valoración la prueba practicada en instancia, lo que condujo en dicha sede a la no apreciación de la circunstancia atenuante tenida en cuenta por la sentencia apelada; ya que la nueva valoración de la prueba se habría practicado sin las debidas intermediación y contradicción, al no haberse celebrado vista oral del recurso de apelación, infringiéndose así tanto lo establecido en el art. 741 LECr., por el que se adjudica únicamente esa facultad de valoración al Tribunal "a quo" ante el que se han practicado las pruebas con aquellas garantías, cuanto lo dispuesto en el art. 849,1 LECr. en el sentido de que podrá interponerse recurso por infracción de ley (que es la causa por la que recurrió en apelación el Mº Fiscal) siempre y cuando se respeten los hechos probados y, a sensu contrario, no se someta la prueba a nueva valoración. El TC en el FJ 2º de la sentencia declara que "De las actuaciones se infiere que ante la Se. 2ª de la AP Valladolid no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de intermediación y contradicción a que alude el recurrente en su demanda de amparo, sino que la Sala hizo suyas las practicadas en

consideraba que ninguno de los derechos del acusado quedaba en modo alguno afectado si la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación contra una sentencia de juicio de faltas (o de procedimiento abreviado), discrepaba de la valoración de la prueba y corrigiendo dicha valoración llegaba a una conclusión distinta a la del juez de instrucción revocando la sentencia absolutoria y condenando al acusado absuelto en la instancia. Así pues hasta el año 2002 el Fiscal podía formular recurso de apelación contra la sentencia absolutoria del juicio de faltas con total amplitud para provocar que la Audiencia Provincial revisara tanto la determinación de hechos a partir de la prueba practicada como la aplicación de las normas jurídicas a los hechos probados. La única limitación legal era la relativa a los medios de prueba que el Fiscal, al igual que el resto de partes, podían proponer para la práctica en la segunda instancia que estaban limitados a los medios de prueba que quedaban limitadas a las que no se pudieron proponer en la primera instancia, las propuestas indebidamente denegadas y a las propuestas y admitidas que no se pudieron proponer por causas no imputables a la parte que las proponía en la primera instancia.

La STC nº 167/2002 de 18 de septiembre EDJ 2002/35653²⁷ inició una línea doctrinal radicalmente distinta en la doctrina del TC que comenzó a limitar las posibilidades de

instancia, aun cuando la valoración de las mismas resultara distinta de la expresada por el Juez de lo Penal. Descrita la actuación de la Sala en tales términos, no cabe reprocharle lesión alguna de los mencionados derechos puesto que la facultad de libre valoración de la prueba compete en exclusiva a los órganos de la jurisdicción penal, ya sean de instancia o de apelación”

²⁵ En el supuesto de hecho de dicha sentencia la Sección 3ª de la AP de Madrid había condenado por delito de robo con intimidación y uso de armas al acusado absuelto en la instancia y tras recurrir en amparo alegando vulneración de los derechos del actor a la igualdad ante la ley, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia, respectivamente reconocidos en los arts. 14 y 24,1 y 2 CE el TC en su FJ 4º declara que “Con arreglo a nuestra reiterada doctrina, no cabe afirmar que el derecho a la presunción de inocencia quede vulnerado cuando el Tribunal de apelación procede a una nueva valoración de la prueba, sustitutiva de la realizada por el Juez "a quo". A este respecto debe recordarse que tal posibilidad ha sido repetidamente admitida por este Tribunal, quien ha declarado que "el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en 1ª instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez "a que", dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se le planteen" (STC 323/1993, f. j. 4º, que cita las SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990). Y ello por cuanto el recurso de apelación "conlleva, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador "ad quem" asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez "a quo" no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba" (SSTC 102/1994, f. j. 3º; 120/1994, f. j. 2º; 272/1994, f. j. 2º; 157/1995, f. j. 4º; y 176/1995, f. j. 1º). En fin, el argumento relativo a la alegada falta de inmediación del Tribunal "ad quem" debe también rechazarse de acuerdo con maestra doctrina toda vez que, como se ha declarado recientemente en un supuesto muy semejante, no se vulnera tal principio cuando en la apelación "no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción a que alude el recurrente en su demanda de amparo, sino que la Sala hizo suyas las practicadas en instancia, aun cuando su valoración de las mismas resultara distinta de la expresada por el Juez de lo Penal (STC 43/1997, f. j. 2º).”

²⁶ FJ 2º STC 43/1997 “...tal y como ha tenido oportunidad de declarar este Tribunal en otras ocasiones similares, de la discrepante valoración de la prueba efectuada por el Juez "ad quem" respecto de la defendida por el Juzgador "a quo" no cabe deducir vulneración de derecho fundamental alguno ya que "el Juez de apelación tiene el poder necesario para examinar y corregir la valoración de las pruebas realizadas por el inferior, de modo que... resulta acorde con la esencia de la apelación el que sobre un mismo material probatorio puedan producirse apreciaciones dispares conducentes a otras tantas resoluciones judiciales, sin que ello resulte anómalo ni mucho menos contrario a la Constitución" (por todos AATC 636/1987 y 670/1987).”

²⁷ En el supuesto de hecho de dicha sentencia los demandantes de amparo tras ser absueltos en la instancia habían sido condenados por sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, de 30 de

marzo de 1998, como autores responsables de un delito contra los derechos de autor -arts. 534 bis a) y 534 bis b) 1 del Código Penal de 1973 tras estimar la AP sendos recursos del Ministerio Fiscal y de la acusación particular.

Entre otros motivos de impugnación los recurrentes demandan el amparo bajo la invocación del principio de inmediación y de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, denunciando que la Audiencia Provincial en la resolución impugnada ha entrado a valorar diligencias que no se habían practicado en el acto del juicio, en concreto, sus declaraciones prestadas en la fase de instrucción, sin vigencia, por tanto, del principio de inmediación y en detrimento de las prestadas en el acto del juicio, no estándole permitida esta posibilidad al órgano de apelación. Los demandantes de amparo habían sido condenados tras valorar la AP las declaraciones de sentido claramente incriminatorio que los mismos habían prestado ante la policía y posteriormente ratificado ante el juzgado de instrucción privando de valor a las de carácter exculpatario prestadas por los mismos en el acto de juicio oral y tenidas por ciertas por el juzgado de lo penal. En relación con las mencionadas declaraciones, los demandantes de amparo imputan a la Sentencia impugnada la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración motivada y razonada que dichas declaraciones había efectuado en primera instancia el Juzgado de lo Penal, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, confiriendo más verosimilitud a las prestadas en la fase de instrucción en detrimento de las realizadas en el acto del juicio. Ante dicha cuestión el TC declaró "El problema aquí y ahora planteado consiste, pues, en determinar si en este caso el órgano de apelación podía proceder a revisar y corregir la valoración y ponderación que el órgano judicial de instancia había efectuado de las declaraciones de los acusados, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción. O formulando en términos de más directa constitucionalidad, la cuestión es si en el contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), entre las que se integra la exigencia de inmediación y contradicción, puede encontrarse un límite para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación, y si tal posible límite se ha respetado en este caso.

Para la solución de tal problema constitucional no basta sólo con que en la apelación el órgano ad quem haya respetado la literalidad del art. 795 LECrim, en el que se regula el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, sino que es necesario en todo caso partir de una interpretación de dicho precepto conforme con la Constitución, hasta donde su sentido literal lo permita (y dejando aparte en caso contrario la posibilidad de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad) para dar entrada en él a las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

Circunscribiendo el problema constitucional al caso, se debe destacar, como elemento clave de caracterización del mismo, que nos hallamos ante una Sentencia absolutoria en la primera instancia, que es revocada en la apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria, y que es recurrida en amparo por los condenados en la apelación.

La dificultad que puede suscitar en el problema genéricamente enunciado relativo a la interpretación constitucionalmente conforme del art. 795 de la LECrim en relación con el art. 24.2 CE, no es evidentemente la misma en la aplicación de dicho art. 795 LECrim al caso actual, que la que pudiera suscitarse en el caso de sentencias condenatorias en primera instancia y en los recursos de apelación contra ellas, interpuestos, bien por la parte condenada postulando la absolución, bien por la acusadora pretendiendo una condena de mayor gravedad. Mas las dificultades de interpretación conforme en esos últimos casos no deben enturbiar el análisis de la solución a pronunciar en éste, al que debemos ceñirnos estrictamente.

En el enjuiciamiento del problema actual no puede obviamente eludirse que este Tribunal en supuestos si no idénticos, sí, al menos, similares al ahora considerado, ha desestimado denunciadas vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la eventual falta de inmediación en la valoración de la prueba por el órgano de apelación, al considerar que no se lesionaba "tal principio cuando en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción" en la segunda instancia penal, sin que nada se pueda oponer "a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia", pues el Juez ad quem, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el Juez a quo y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo (STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 3, reiterando doctrina recogida en las SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 2; 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4). En

esta línea jurisprudencial, este Tribunal declaró, asimismo, que quien no ha solicitado la práctica de prueba ni la celebración de juicio oral ante el órgano ad quem no puede luego invocar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de inmediación, oralidad y contradicción en la fase de apelación (STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 6).

Una cierta inflexión en la doctrina constitucional reseñada la constituye el ATC 220/1999, de 20 de septiembre, en el que, ante una queja por falta de celebración de vista en el recurso de apelación penal, el Tribunal, tras aludir a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), y resaltar la eficacia y conveniencia de la celebración de vista en el recurso de apelación, declaró que la garantía procesal, al respecto contenida en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, "afecta al sistema legal de recurso establecido cuando hay, como sucede entre nosotros, más de una instancia y en la apelación se pueden ver de nuevo todas las cuestiones", si bien inadmitió en ese caso la demanda de amparo porque la condena de los actores en la segunda instancia, tras haber sido absueltos en la primera, la dedujo el Tribunal ad quem "de la valoración de la prueba documental y no de otras pruebas, testificales o periciales, que exijan inmediación y oralidad".

Pero avanzando en la línea apuntada en ese Auto, es conveniente rectificar la jurisprudencia antes aludida, lo que es facultad del Pleno de este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 13 de su Ley Orgánica, para adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en cuanto a la que ahora nos ocupa, a las exigencias del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas, de 4 de noviembre de 1950, y más en concreto a las del art. 6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el art. 10.2 CE.

Esta ha sido en definitiva nuestra propia pauta jurisprudencial reflejada en múltiples Sentencias (en concreto, y en cuanto a la interpretación del art. 6.1 citado, STC 36/1984, de 14 de marzo, FJ 3, y en el mismo sentido, y por todas, SSTC 113/1987, de 3 de julio, FJ 2; 37/1988, de 3 de marzo, FJ 6; 223/1988, de 24 de noviembre, FJ 2).

DÉCIMO.- La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la cuestión que ahora se plantea aparece inicialmente en su Sentencia de 26 de marzo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia -, y se consolida posteriormente en pronunciamientos más recientes (SSTEDH 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino-; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania-; y 25 de julio de 2000 -caso Tierce y otros contra San Marino).

En relación con demandas promovidas por infracción del art. 6.1 del Convenio como consecuencia de haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiese celebrado en esta fase audiencia o vista pública, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, con carácter general, que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del art. 6.1 CEDH. Más concretamente, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar. Así pues, respecto a la exigencia de aquella garantía en la apelación, debe determinarse si, en atención a las circunstancias del caso, las particularidades del procedimiento nacional, examinado éste en su conjunto, justifican una excepción en la segunda o tercera instancia al principio de audiencia pública (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, §§ 24 y 27-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, §§ 31 y 32-; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumanía, § 53).

No se puede concluir, por lo tanto, que como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a

juzgar. La publicidad, ha declarado en este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye ciertamente uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales; pero desde otras consideraciones, también el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos han de tenerse en cuenta para determinar si los debates públicos son necesarios después del proceso en primera instancia. De modo que la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se hayan celebrado en la primera instancia. Así lo ha admitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los procedimientos para autorizar la interposición de la apelación o consagrados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, en relación con los cuales ha señalado que se cumplirán los requisitos del art. 6.1 del Convenio aunque el Tribunal de apelación o casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, § 36-; 29 de octubre de 1991 -caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 27-; 29 de octubre de 1991 -caso Fejde contra Suecia, § 31-; 22 de febrero de 1991 -caso Bulut contra Austria, §§ 40 y 41-; 8 de febrero de 2000 -caso Cooke contra Austria, § 35-; 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55- ; 8 de febrero de 2000 -caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94 y 95).

Sin embargo, cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 -caso Ekbatani contra Suecia, § 32-; 29 de octubre de 1991 -caso Helmers contra Suecia, §§ 36, 37 y 39-; 29 de octubre de 1991 -caso Jan-Åke Anderson contra Suecia, § 28-; 29 de octubre de 1991 -caso Fejde contra Suecia, § 32). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 -caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59 - que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de junio de 2000 -caso Tierce y otros contra San Marino, §§ 94, 95 y 96-, en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación.

UNDÉCIMO.- La utilización por nuestra parte de esos criterios jurisprudenciales para la solución del problema constitucional que afrontamos aquí, y que antes quedó enunciado (esto es, el de la relación entre la exigencia de inmediación y contradicción como contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la regulación de la apelación en el procedimiento abreviado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puede sin duda suscitar algunas dificultades a la hora de interpretar el art. 795 en el marco de la Constitución.

En realidad de los tres fundamentos posibles del recurso de apelación, según resulta de lo dispuesto en el art. 795.2 LECrim (y habida cuenta que las limitaciones derivadas de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción tienen su genuino campo de proyección cuando en la apelación se plantean cuestiones de hecho), es propiamente el relacionado con la apreciación de la prueba el directamente concernido por esas limitaciones, y no, en principio, los otros dos ("quebrantamiento de las normas y garantías procesales" o "infracción de precepto constitucional o legal").

Ateniéndonos a las circunstancias del caso actual, y en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha quedado expuesta antes en sus líneas esenciales, debe prosperar la queja de los recurrentes, pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo

apelación a las partes acusadoras. En dicha sentencia el TC mantiene la concepción del recurso de apelación como un *novum iudicium*, y por tanto mantiene que el órgano de apelación tiene la facultad de valorar nuevamente las pruebas practicadas en primera instancia, si bien esa evaluación deberá llevarse a cabo con todas las garantías, lo que conlleva la necesidad de que el tribunal de apelación oiga personalmente los testimonios en que se ha basado el pronunciamiento absolutorio de primera instancia. El TC en su FJ nº 11 declara:

“El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* (por todas, SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FFJJ 3 y 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre). Pero en el ejercicio de las facultades que el art. 795

Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de intermediación y contradicción.

El recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* (por todas, SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FFJJ 3 y 5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre). Pero en el ejercicio de las facultades que el art. 795 LECrim otorga al Tribunal *ad quem* deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE.

De acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso, dada la prohibición constitucional de valorar como pruebas de cargo, como ya se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 9, las diligencias de entrada y registro practicadas en el local de la entidad mercantil de uno de los demandantes de amparo y en el domicilio del otro y la pericial llevada a cabo respecto al material intervenido con ocasión de dichos registros, la Audiencia Provincial, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debía valorar y ponderar las declaraciones inculpativas prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpativas que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de intermediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación.

LECrim otorga al Tribunal ad quem deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el art. 24.2 CE.

De acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso, dada la prohibición constitucional de valorar como pruebas de cargo, como ya se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 9, las diligencias de entrada y registro practicadas en el local de la entidad mercantil de uno de los demandantes de amparo y en el domicilio del otro y la pericial llevada a cabo respecto al material intervenido con ocasión de dichos registros, la Audiencia Provincial, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debía valorar y ponderar las declaraciones inculpativas prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpativas que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación”

En palabra de GOMEZ RECIO²⁸, la STC nº 167/2002 de 18 de septiembre EDJ 2002/35653 abrió la caja de Pandora de la apelación penal dejando literalmente temblando toda la regulación legal del recurso de apelación penal contra la sentencia.

Tras la STC nº 167/2002 de 18 de septiembre EDJ 2002/35653 otras sentencias continuaron la misma línea doctrinal suscitándose la duda en la práctica en torno a si el TC negaba radicalmente la posibilidad de revocar el fallo absolutorio cuando ello dependía de la valoración de pruebas personales o si por el contrario estaba facultando a las Audiencias Provinciales a repetir la práctica de la prueba de instancia contra el tenor literal de la LECrim para dar respuesta a la pretensión condenatoria de la acusación. Muy confusa fue la cuestión. Así la SAP Valladolid Sec. 4ª de 24 de mayo de 2007 EDJ 2007/151337 al abordar el recurso de apelación de la acusación particular contra la sentencia dictada en juicio de faltas declara que:

“Esta doctrina del Tribunal Constitucional ha generado una gran incertidumbre entre las Audiencias Provinciales, las cuales no saben cómo afrontar la nueva situación creada mientras el legislador no dé una solución definitiva a la doble instancia penal, adaptándola a esta novedosa doctrina, sucediendo que en cada lugar se está actuando de manera distinta ante el mismo problema.

Las alternativas que se conocen, en tanto en cuanto el legislador no regule de manera específica esta materia, para dar solución a la situación planteada, son las siguientes:

²⁸ GOMEZ RECIO, F. “La sentencia 167/2002 del tribunal constitucional o como abrir la caja de Pandora en el recurso de apelación penal”, La Ley 5766 (2003).

1.- Entender que sólo resulta factible revocar una sentencia absolutoria de la primera instancia cuando se hayan practicado de nuevo en la segunda instancia las pruebas personales que dependan de los principios de inmediación o de contradicción. Más bien sería la "repetición" de las pruebas practicadas en la primera instancia, con los inconvenientes que ello plantea de toda índole.

Implica la introducción de una apelación plena (y no limitada como la que actualmente tenemos); significa inventarse un trámite que no está previsto en la Ley, dado que no se trata de un supuesto de prueba en segunda instancia de los previstos en la Ley, sino repetir todas o algunas de las pruebas que ya fueron practicadas, lo que resulta claramente discutible desde el punto de vista del derecho a un proceso justo, con todas las garantías y con igualdad de armas; y además la inmediación ya está viciada dado que se pierde la espontaneidad de los testigos que ya saben las consecuencias de lo que dijeron en la anterior ocasión.

2.- Entender, como segunda opción, que no cabe revocar en la segunda instancia las sentencias absolutorias dictadas en las causas en las que la práctica de la prueba depende en gran medida de los principios de inmediación y contradicción, (como ocurre en el presente caso y en la mayoría), limitándose así el derecho a los recursos de las partes perjudicadas y del Ministerio Fiscal. Esta solución, ante la falta de regulación específica sobre la materia, es la que en este momento se considera por esta Sala la más adecuada, entendiendo que las Sentencias absolutorias dictadas en la instancia cuyo pronunciamiento está sostenido en pruebas basadas en la inmediación, no son susceptibles de recurso (aun siendo conscientes del inconveniente de que se limita el derecho a la doble instancia en el proceso penal de las partes acusadoras, incluido el Ministerio Fiscal, que de este manera, en este tipo de supuestos, no tendrían derecho a recurrir las citadas Sentencias).

3.- Como última solución, cabría la posibilidad de que en el juicio celebrado en la primera instancia se procediera a filmar el juicio, grabar las imágenes y las declaraciones del juicio, con la posibilidad de que si en la apelación se discute el error en la valoración de las pruebas, el Tribunal de Apelación pueda (al igual que se hace en el proceso civil), visualizar la grabación. Significaría la perpetuación del juicio en soporte audio-videográfico y la reproducción de la grabación ante el Tribunal de la apelación; para ello habría que generalizar la instalación de aparatos de soporte audio-videográfico en los órganos de la Jurisdicción penal, lo que no se ha realizado, careciendo los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de lo Penal de tales soportes, por lo que es una opción que de momento no puede ser atendida.”

Ante la incertidumbre generada dado que las Audiencias no seguían un mismo criterio sumiendo la cuestión en una especie de caos procesal se llegaron a impartir en algunas Fiscalía criterios en torno a la necesidad de proponer la repetición de la prueba en el recurso de apelación.

La primera de las opciones, quizá la menos seguida, fue acogida por la Sección 2ª de la AP de Navarra²⁹, la Sección 2ª de la AP de Málaga³⁰ y también la Sección 17ª de la AP de Madrid³¹. Dicha opción además de carecer en modo alguno de respaldo legal en la LECrim

²⁹ SSAP Navarra Sección 2ª 114/2004 de 10 de junio, 126/2007 de 26 de junio, 11/2008 de 21 de noviembre, 213/2008 de 12 de diciembre.

³⁰ SAP Málaga Sección 2ª 293/2004 de 10 de mayo.

³¹ SAP Madrid Sección 17 485/2006 de 8 de junio.

era totalmente ajena a nuestra tradición jurídica consagrando el modelo de apelación plena seguido en Alemania.

La segunda de las opciones, la mayoritaria³², y la que ha acabado imponiéndose, entendía que a la vista de la nueva doctrina constitucional y al carecer de respaldo legal la posibilidad de celebrar vista con reiteración de pruebas ya practicadas las sentencias absolutorias dictadas en la instancia cuyo pronunciamiento está sostenido en pruebas basadas en la inmediación, no eran susceptibles de recurso.

La tercera de las opciones entendía salvable la garantía de inmediación en los casos en los que el acto de juicio oral se hubiera grabado en soporte audiovisual. Dicha opción fue plasmada en Acuerdo de Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la AP de Madrid el 26 de mayo de 2006.³³ No obstante dicha posibilidad fue cercenada por la STC nº 120/2009 de 18 de mayo EDJ 2009/72632 al declarar que la grabación audiovisual no permitía garantizar la inmediación necesaria para revisar los testimonios.

A pesar de las vacilaciones iniciales el criterio que se acabó imponiendo fue el de rechazar la práctica de cualquier medio de prueba en la apelación fuera de los legalmente admitidos, ya citados *ut supra*, y rechazar igualmente la posibilidad de corregir la valoración de los medios de prueba personales realizada en la instancia.

Lo curioso es que el TC admitió la legalidad constitucional tanto de la primera como de la segunda opción. Así en la STC (Pleno) nº 48/2008 de 11 de marzo EDJ 2008/13535 en su FJ 3º establecía que:

“No forma parte de nuestra competencia la de interpretación de las normas procesales que rigen la prueba ni, en concreto, en lo que ahora importa, qué pruebas deben practicarse en la apelación penal a partir de la dicción de los apartados 2 y 3 del art. 790 LECrim. Nuestra tarea de amparo del derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa se restringe en este punto a velar por que la petición de prueba haya sido objeto de respuesta, de respuesta motivada y de respuesta con una motivación que no sea ni arbitraria ni irrazonable, lo que podrá suponer la validez constitucional de interpretaciones divergentes en torno a las pruebas habilitadas por el Ordenamiento en fase de apelación.”

Consolidó finalmente la segunda de las opciones al Fiscal y al resto de acusaciones le quedaron *prima facie* 4 posibilidades impugnatorias del fallo absolutorio o condenatorio cuando se solicitaba la agravación del mismo en apelación.

La primera era la posibilidad de revisar la calificación jurídica efectuada por el juzgado de instrucción. Esta posibilidad de impugnación y de revisión por la AP del fallo absolutorio

³² SSAP Murcia (Sección 5ª) 59/2007 de 18 junio; Sevilla (Sección 1ª) 305/2007 de 28 mayo; Madrid (Sección 16ª), 420/2007 de 22 mayo; Girona (Sección 3ª) 365/2007 de 21 mayo; Granada (Sección 2ª); 305/2007 de 21 mayo; Guipúzcoa (Sección 2ª) 2032/2007 de 18 mayo; Barcelona (Sección 20ª) 427/2007 de 3 mayo; Pontevedra (Sección 2ª) 97/2007 de 30 abril; Madrid (Sección 17ª) 103/2007 de 22 marzo; Madrid (Sección 23ª) 105/2007 de 27 febrero; Asturias (Sección 2ª) 33/2007 de 8 febrero; Pontevedra (Sección 4ª) 28/2007 de 7 febrero; Madrid (Sección 6ª) 42/2007 de 6 febrero; Murcia (Sección 1ª) 1/2007 de 2 enero; Sevilla (Sección 4ª) 440/2006 de 5 octubre; Cantabria (Sección 3ª) 128/2006 de 4 julio; Madrid (Sección 27ª) 303/2006 de 31 mayo; Madrid (Sección 23ª) 325/2005 de 8 julio

³³ Puede verse la plasmación de dicho acuerdo en la SAP Madrid Sección 16ª 290/2008 de 5 de mayo.

es indudablemente la más clara e incuestionable. Vedada a la AP la posibilidad de revisar la valoración de medios de prueba personales es claro que podrá revisar la aplicación de la norma penal en todos aquellos supuestos en los cuales el recurso de apelación acepte la declaración de hechos probados y únicamente cuestione una errónea interpretación y por ende aplicación del tipo penal. Así la STC n° 170/2002 de 30 de septiembre EDJ 2002/44856³⁴ tras condenar la AP en apelación revocando la inicial sentencia absolutoria declara que dicho proceder por la AP es ajustado a derecho sin vulnerar derecho alguno del demandante de amparo por cuanto el núcleo de la discrepancia entre las dos resoluciones había sido una cuestión estrictamente jurídica, para cuya valoración no era necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal podía decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado y que, por tanto, no se ha producido la denunciada vulneración de la garantía de inmediación, ni del derecho a un proceso justo, ni de la presunción de inocencia.

La segunda posibilidad de impugnación del fallo absolutorio que permitía revisar en segunda instancia era la valoración de la prueba documental. Así el TC en la STC n° 120/2009 de 18 de mayo EDJ 2009/72632 en su FJ 4° declaró:

“En efecto, no será de aplicación cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC 40/2004, de 22 de marzo (FJ 5) cuando afirma que “existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal” (en el mismo sentido, SSTC 198/2002, de 26 de octubre, FJ 5; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1) como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió a su valoración.”

No obstante esta excepción no es absoluta por cuanto en ocasiones la valoración de la prueba documental estará íntimamente ligada con otras pruebas personales valoradas en la instancia y cuando la rectificación del fallo condenatorio modifique la valoración dada a pruebas testificales o a la declaración del acusado no será admisible. Así puede verse en la STC 198/2002 de 28 de octubre EDJ 2002/44865. En el juicio de faltas n° 61/97 del juzgado de primera instancia e instrucción n° 1 de Balmaseda (Vizcaya) se celebra juicio de faltas por lesiones existiendo denuncias cruzadas entre Dolores y Roberto dictándose sentencia por la que se condena a Dolores como autora de una falta de maltrato pero se absuelve a Roberto. La AP al conocer del recurso de apelación declaró que a pesar de no haber presenciado la Magistrada la emisión de las declaraciones de los denunciante-denunciados, esencial para su valoración, existían una serie de datos objetivos que corroboraban la versión de Dolores, no valorados por la Sentencia de instancia, como es el hematoma en sien izquierda y pequeñas erosiones que, según consta en el parte de asistencia médica le fueron diagnosticados a D^a Dolores el mismo día en que tuvo lugar el incidente. Esa valoración del parte de asistencia médica da lugar a la Sala revoque la resolución apelada, absolviendo a la recurrente de la falta

³⁴ El supuesto de hecho de dichos autos fue el habitual supuesto de acuerdo verbal previo para repartirse la mitad del premio de un sorteo de lotería incumpléndose posteriormente dicho pacto una vez agraciado el acusado con el premio y por tanto apropiándose de la mitad del premio que no le pertenecía en virtud del pacto. La AP consideró el hecho constitutivo de un delito de apropiación indebida discrepando del criterio del juzgado de lo penal.

de maltrato de obra y condenando Roberto como autor de una falta de lesiones. La representación de Roberto formuló recurso de amparo ante el TC y el TC en su FJ 4º declara que “en el marco de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expuesta, debe prosperar la queja del recurrente, pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado había efectuado de las declaraciones de las partes, sin respetar los principios de inmediación y contradicción.”

El tercero de los supuestos es próximo al anterior. Se podrá revisar el fallo absolutorio en apelación cuando se trate de revisar una prueba pericial documentada. En ocasiones los informes periciales se introducen en el acto de juicio oral como prueba pericial documentada (art 788.2 LECrim) sin que el perito comparezca ni declare en el acto de juicio oral. En los casos en que haya declaración personal o valoración de la prueba desde el prisma de su credibilidad no será posible la revisión del fallo en apelación³⁵. En aquellos en los que se haya introducido su dictamen como prueba pericial documentada y se limite a proporcionar conocimientos científicos o técnicos para apreciar un hecho y cuya valoración no implique modificar la valoración dada en la instancia de medios de prueba personales sí que será posible revisión³⁶. El supuesto más factible es la revisión del informe médico forense sobre el concepto de tratamiento médico o no sobre el cual no habrán declarado testigos o partes sino que su apreciación dependerá del informe forense y de consideraciones jurídicas.

El cuarto y último supuesto posible de impugnación de la sentencia absolutoria tras la doctrina iniciada por la STC nº 167/2002 de 18 de septiembre EDJ 2002/35653 es la posibilidad de revisar en la apelación el fallo absolutorio cuando el mismo se haya producido sobre la base de prueba indiciaria. A priori la revisión de la inferencia probatoria podrá realizarse por la AP sin revisar el resultado probatorio (indicios) realizado a partir de las pruebas personales. Así lo expone la STC nº 120/2009 de 18 de mayo EDJ 2009/72632 en su FJ 4º:

“Por lo que se refiere a la prueba indiciaria, hemos declarado que cuando el órgano de apelación se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resulten acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación. Si bien, también hemos afirmado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (por todas, SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 3; 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5; y 24/2009, de 26 de enero, FJ 2).

Por último, no siempre la resolución de un recurso de apelación en el que se aduzca un error en la apreciación de las pruebas de carácter personal implica una valoración directa de tales pruebas que precise de la celebración de una audiencia pública contradictoria, si el tribunal se limita a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante; esto es, cuando su intervención no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico

³⁵ STC nº 10/2004 de 9 de febrero

³⁶ STC nº 142/2011 de 26 de septiembre

seguido para llegar hasta él; desde esta perspectiva, el tribunal de apelación puede revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el juez a quo y, en su caso, revocar la sentencia apelada, sin la necesidad del contacto directo con la prueba que proporciona la inmediación, pues el referido control externo no implica por sí mismo una valoración de la prueba llamada a tener reflejo en la fijación del relato de hechos probados. En cualquier caso, el juicio de razonabilidad podrá tomar en consideración datos objetivos de la credibilidad del declarante (su edad, posibles deficiencias psíquicas o sensoriales, circunstancias de visibilidad, distancia con el lugar de los hechos, tiempo transcurrido, relaciones previas del declarante con las personas afectadas por su declaración, etc.) que incidan, no tanto en la sinceridad de la declaración -esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante dice y lo que piensa- como en su carácter fidedigno -esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante piensa y la realidad- pues es en la primera vertiente donde la inmediación cobra toda su importancia.

En definitiva, como señalamos en la STC 123/2005, de 12 de mayo (FJ 7) “la garantía de inmediación, y también las de publicidad y contradicción, son (...) garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena (o de la absolución) cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo (o absolutorio), la declaración de culpabilidad (o de inocencia) y la imposición de la pena (o su no imposición)”.

Ahora bien como declara el TC en aquellos supuestos en los que la revisión por la AP del juicio de inferencia a partir de los indicios declarados probados implique alterar el juicio sobre la fiabilidad de los testimonios prestados en la instancia no será posible la revisión en la apelación respetando las exigencias constitucionales.

Estando ya asentada la nueva doctrina del TC sobre el recurso de apelación en las Audiencias Provinciales a partir del año 2009 se dictan por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo diversos pronunciamientos contra España³⁷ que evidencian que la práctica de los tribunales españoles a la luz de la doctrina del TC seguía sin acomodarse a las garantías establecidas por el TEDH y en concreto a las exigencias derivadas del art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³⁸

³⁷ Asuntos Igual Coll c. España (STEDH de 10 de marzo de 2009), Marcos Barrios c. España (STEDH de 21 de septiembre de 2010), García Hernández c. España (STEDH de 16 de noviembre de 2010), Almenara Álvarez c. España (STEDH de 25 de octubre de 2011), Lacadena Calero c. España (STEDH de 22 de noviembre) y Valbuena Redondo c. España (STEDH de 13 de diciembre de 2011)

³⁸ Art. 6 Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

La razón de tales condenas expone ALCACER GUIRAO³⁹ se ha debido, precisamente, a que, la jurisprudencia del Tribunal europeo no gira, ni ha girado nunca, en torno a la garantía de inmediación como requisito para la correcta valoración probatoria, sino que se proyecta sobre el conjunto de garantías vinculadas al debido proceso y, en concreto, a las posibilidades del acusado de defender su inocencia de modo contradictorio ante el órgano *ad quem*, incluyendo el derecho a ser oído personalmente. No siendo la inmediación sino las posibilidades de defensa contradictoria el criterio nuclear de la doctrina, distinto será, en consecuencia, el ámbito de aplicación de la doctrina del TEDH. La diferencia ya no pasa por la cuestión de si la inmediación era necesaria para valorar la prueba, sino si, por emplear estos términos, el acusado tenía algo que manifestar —o que preguntar a otros testigos— sobre los hechos que se le imputaban que pudiera ser relevante para combatir la acusación y para que los jueces formaran su convicción sobre el asunto. Como se aprecia de la lectura de la jurisprudencia europea, el marco de supuestos contrarios al art. 6 CEDH vendrá dado por la *diferenciación entre hecho y Derecho*: cuando el órgano *ad quem* debe evaluar cuestiones de hecho será necesaria la presencia del acusado y, eventualmente, de otros testigos. *Sensu contrario*, sólo cuando la controversia se proyecte sobre cuestiones de Derecho (*iura novit curia*) podrá el órgano judicial enmendar la absolución sin celebración de vista.

La respuesta por parte de las Audiencia fue la celebración de vista con citación del acusado y del letrado defensor en todos aquellos supuestos en que fueran a revocar el pronunciamiento absolutoria y a dictar sentencia condenatoria permitiendo al acusado del derecho a la última palabra.

Este panorama procesal requería de una respuesta por parte del legislador.

El Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 29/1998 de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil en materia de recurso de casación, de doble instancia y de justicia de proximidad optó por establecer la preceptiva celebración de vista únicamente en el caso de que el recurso de apelación se fundara en la impugnación de pruebas personales y se solicite la revocación de sentencias absolutorias o de agravación de la pena impuesta al condenado. Careciendo el condenado del mismo derecho a la celebración de vista en caso de apelación del pronunciamiento condenatorio. Esta solución si bien acorde con la doctrina del TC y del TEDH rompía con la igualdad de armas y acababa haciendo de peor condición al acusado al aplicar mayores garantías en teoría en su favor en el enjuiciamiento en segunda instancia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

³⁹ ALCACER GUIRAO, Rafael: El derecho a una segunda instancia con plenas garantías. Valencia 2013; pág 32.

Dicho proyecto no fue aprobado y la solución acogida fue rectificada en ulteriores disposiciones. Así el Anteproyecto de LECrim de 2010 ya optó por la solución de limitar el recurso a las acusaciones al establecer en su art 625 que “El Ministerio Fiscal y las acusaciones solo podrán interponer recurso de apelación por motivos de infracción de ley y en ningún caso podrá solicitar la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia dictada en primera instancia”. En los arts, 626 a 628 recogía como motivos del recurso de apelación exclusivamente infracciones de ley sustantiva (relativos a calificación jurídica de los hechos, determinación de la pena y de la responsabilidad civil) e infracción de ley procesal (por quebrantamiento de normas y garantías procesales en el procedimiento o en la sentencia). El art 629 permitía que sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, el condenado pudiera, además, interponer recurso de apelación solicitando la revisión de la valoración de la prueba realizada en primera instancia y del fallo condenatorio. La posibilidad de practicar prueba en apelación quedaba reducida a instancia del condenado.⁴⁰

⁴⁰ La exposición de motivos del Proyecto justificaba su decisión al exponer que “la primera cuestión a decidir es si debe introducirse en nuestro ordenamiento procesal penal un modelo de apelación plena o si debe mantenerse el sistema tradicional de apelación limitada. La doctrina procesal y la propia experiencia del sistema alemán de doble enjuiciamiento ponen de relieve que son mayores los inconvenientes y desventajas del sistema pleno que los derivados del sistema limitado. La apelación plena conduce, por una parte, a que las partes se reserven su verdadera estrategia procesal para la segunda instancia, sirviendo el primer enjuiciamiento para tantear o explorar las posibilidades del contrario. Por otra parte, en el segundo juicio, la dinámica de los testimonios pierde su espontaneidad; los intervinientes tienden a reproducir -o a reconstruir, según sus intereses- lo narrado en el juicio anterior, dejando de tener como referencia principal su percepción directa de los hechos. La virtualidad del acto del juicio oral como medio de esclarecimiento de la verdad se ve, de este modo, reducida en las dos instancias, en un caso por la omisión de las pruebas relevantes y en el otro por la devaluación de su contenido.

En realidad, nada garantiza un mayor acierto del tribunal de apelación en la apreciación directa de la prueba. De hecho, de cara a asegurar una más racional valoración de la prueba practicada, sería más efectivo que todo el enjuiciamiento en primera instancia se atribuyese a un tribunal colegiado, lo que exigiría una inversión económica menor que la instauración de un sistema generalizado de apelación plena. Por este motivo, el sentido de la revisión fáctica en el recurso de apelación ha de ser otro distinto, más adecuado a su fisonomía como instrumento de control. En definitiva, el texto articulado opta claramente por un modelo de apelación limitada.

Resuelta esta cuestión preliminar, el segundo paso consiste en determinar si las posibilidades de impugnación de las resoluciones penales deben ser diferentes en función del carácter absolutorio o condenatorio del fallo recaído. Así, es evidente que, dictada una sentencia condenatoria, han de abrirse amplios márgenes de revisión en beneficio del reo. En cambio, frente a la sentencia absolutoria han de extremarse las cautelas, pues no sería admisible un sistema que permitiera alcanzar una convicción sobre la culpabilidad del acusado sin la imprescindible intermediación y contradicción en el examen de las pruebas.

En realidad, las disposiciones generales que encabezan el libro dedicado a los recursos anticipan la perspectiva seguida para resolver esta cuestión, pues recogen el tenor literal del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966. El reconocimiento del derecho a la segunda instancia como tal se refiere, por tanto, a los condenados, que podrán impugnar el fallo condenatorio por cualquier motivo, solicitando incluso la revisión de la valoración probatoria realizada en la sentencia. Los acusadores dispondrán, en cambio, de una apelación restringida a la posible infracción de ley sustantiva o procesal.

Es éste un modelo que genera una desigualdad deliberada, acorde con las premisas ideológicas del sistema penal liberal. Un modelo que, por tanto, no debe ser contemplado como una forzada adaptación legislativa interna a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Constituye, más bien, una nueva manifestación de la esencia del proceso penal como sistema de garantías establecido para la protección del ciudadano frente a la pretensión punitiva del Estado. Y es razonable que, desde esta perspectiva, el poder público que aspira a la imposición de la pena tenga una única posibilidad de acreditar la culpabilidad del acusado y que éste, en cambio, pueda someter la condena recaída a una revisión fáctica ulterior.

Sin embargo la LO 1/2015 ha modificado el apartado 2º del art 792 LECrim dejándolo redactado en los términos siguientes:

“La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa.”

De este modo, cuando sean los acusadores los apelantes podrá discutirse en el recurso, sin limitación alguna, la aplicación del Derecho sustantivo y procesal. No podrán, en cambio, impugnar la resolución absolutoria con la finalidad de que los hechos sean sometidos a una nueva valoración del tribunal de apelación. En otras palabras, los acusadores no podrán, en ningún caso, solicitar la revisión de los hechos declarados probados en la instancia podrán formular su recurso por motivos de infracción de ley. Este último concepto adquiere, no obstante, una dimensión más amplia en la nueva regulación, pues comprende tanto la relativa a la vulneración de una norma sustantiva como la infracción de una norma procesal. Se aparta, así, el texto presentado de la tradicional y equívoca referencia a la infracción de ley procesal como “quebrantamiento de forma”.

De este modo, sólo el condenado podrá pedir la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria impugnada. Como queda dicho, se descarta en este punto el modelo de apelación plena y se configura la segunda instancia como un instrumento de depuración a través del reexamen del proceso previo y de la corrección de la valoración realizada por el órgano judicial de instancia. El tribunal superior deberá revisar la estructura racional y el discurso lógico de la sentencia dictada, lo que implica mucho más que la mera comprobación de la existencia de una prueba de cargo suficiente, válidamente obtenida y legalmente practicada. El tribunal de apelación deberá asegurarse de que esa prueba haya sido racionalmente evaluada, conforme a las reglas de la experiencia, y habrá de realizar además el imprescindible control de la duda razonable. Un control que exige descartar la existencia de otras tesis alternativas racionales que habrían debido llevar a un pronunciamiento absolutorio.

En este punto el modelo quiere ser taxativo en cuanto a las posibilidades revisoras de la segunda instancia. La falta de inmediación impide la revisión de los hechos en los casos de sentencia absolutoria pero no puede ser invocada indebidamente para eludir el deber de comprobar que se han cumplido escrupulosamente los exigentes estándares de valoración de prueba que hacen posible un pronunciamiento condenatorio.

Por otro lado, se configura un sistema más amplio para la práctica de la prueba en la segunda instancia en los casos en los que resulta procedente. En estos supuestos puntuales se abrirá un incidente y se celebrará vista a instancia del condenado, pues sólo éste podrá introducir hechos y pruebas nuevas con motivo del recurso de apelación. No obstante, cuando así lo haga, a efectos de asegurar la adecuada contradicción, se permitirá a los acusadores proponer de contrario las pruebas que estimen pertinentes, se hayan practicado o no en el juicio previo. Será éste, en realidad, el único supuesto en que la apelación llegue a asemejarse a un segundo enjuiciamiento.

Finalmente, de acuerdo con los principios que inspiran toda la regulación de los recursos, la audiencia pública tendrá lugar no sólo cuando el tribunal lo considere oportuno o cuando se solicite la práctica de prueba nueva, sino, en todo caso, cuando, recurrida la sentencia absolutoria por infracción de ley sustantiva, el tribunal de apelación pretenda condenar en segunda instancia.”

En nuestra opinión la reforma legal ha perdido la posibilidad de zanjar definitivamente la cuestión retrasando inexorablemente la única solución legal posible que no es sino reservar como hacía el anteproyecto de 2010 el recurso por error en la valoración de la prueba al condenado.

La LO 1/2015 opta por acoger la solución que incorporaba el texto de la propuesta de anteproyecto de Código Procesal Penal el cual tras analizar la controversia afirmaba en su exposición de motivos que “Doble instancia e inmediación parecen presentarse como principios incompatibles. Sentada la necesidad de generalizar la doble instancia, atribuyendo a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de la apelación de sentencias dictadas por los tribunales colegiados; y a su vez abriendo la casación a todas las sentencias de fondo de apelación, había que optar por alguna de estas dos fórmulas para compatibilizar los dos principios: 1. O negar la posibilidad de que las sentencias absolutorias por temas de valoración probatoria sean susceptibles de recurso por motivos de fondo. De estimarse el recurso tendríamos que la primera condena habría recaído en apelación y por tanto no existiría frente a ella posibilidades de un recurso amplio como es la apelación. El inconveniente de este modelo es que corre el peligro de generar en el juzgador de instancia un sibilino y subliminal sentimiento de imposibilidad de que sus decisiones absolutorias sean fiscalizadas que no es campo propicio para el acierto. La posibilidad de recurso ejerce también una benéfica influencia disciplinaria en el proceso de enjuiciamiento. 2. O, admitir la apelación pero estableciendo la necesidad de reproducir la prueba en la segunda sentencia. Es el modelo alemán que sin embargo deja sin solucionar el tema de la doble instancia cuando la condena se produce por primera vez en la apelación contra la inicial sentencia absolutoria. La utilización de la grabación como sucedáneo de esa reproducción de prueba, amén de estar ya rechazada por el TC, no es buen sistema. No hay inmediación en rigor.

Frente a esos dos extremos se ha buscado una fórmula intermedia: mantener la posibilidad de recurso contra sentencias absolutorias por razones de prueba pero introduciendo correctivos. El clásico motivo de error en la valoración de la prueba solo cabrá contra sentencias condenatorias. Pero en apelación las sentencias absolutorias podrían ser anuladas para nuevo juicio o nueva sentencia, cuando su motivación fáctica no fuese exhaustiva o suficiente o cuando no sea razonable con arreglo a elementales máximas de experiencia.”

A la vista de la reforma legal ¿qué posibilidades de recurso tiene el Ministerio Fiscal sobre la sentencia dictada en juicio por delito leve absolutoria?

De las cuatro posibilidades antes expuestas la primera, error en la aplicación de la norma jurídica es la única que en la actualidad permitirá interponer recurso de apelación contra la sentencia y solicitar un pronunciamiento condenatorio. Dicho recurso debe partir de la íntegra aceptación de los hechos probados y formularse con apoyo en el motivo de infracción de las normas del ordenamiento jurídico y no en error en la valoración de la prueba. Dicha revocación del pronunciamiento absolutorio nada afecta a las garantías constitucionales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así la SAP Valencia Sección 4ª nº 666/2016 de 21 de octubre⁴¹ en Juicio por delito leve nº 2 de Mislata estimó el recurso de apelación

⁴¹ La sentencia del juzgado de instrucción nº 2 de Mislata en juicio seguido por delito leve de defraudación de fluido eléctrico estimó probado que “la vivienda carecía de contador eléctrico, tenía luz y estaba ocupada por el denunciado”. La juez de instancia absolvió al considerar inaplicable el art. 255 del Código penal

interpuesto por el Ministerio Fiscal contra sentencia absolutoria revocando dicho fallo y condenado al denunciado.

El problema surge cuando al Fiscal no está conforme con la valoración de la prueba realizada por el juez de instrucción. El nuevo párrafo introducido en el art 790 LECrim por la Ley 41/2015 de 5 de octubre en lugar de zanjar definitivamente la cuestión adoptando la solución recogida en el Anteproyecto de Nueva Ley de Enjuiciamiento criminal de 2010 da una vuelta de tuerca a la cuestión pero sin zanjar la misma. El precepto permite al Fiscal recurrir por error en la valoración de la prueba pero únicamente podrá solicitar la anulación de la sentencia en ningún caso podrá, ni deberá, pedir la revocación de la absolución y al condena en la segunda instancia. En el recurso se debe justificar la insuficiencia o falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de la experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia. ¿Cómo están interpretando las Audiencias esta posibilidad? Ciertamente de modo muy restrictivo. En primer lugar debe solicitarse expresamente la anulación de la sentencia por cuanto si se solicita la revocación y condena se desestima el recurso por no haberse solicitado. En segundo lugar el motivo de impugnación no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés pues no se trata de que el Tribunal que conoce de la apelación examine si procedía la condena, sino si el argumento de la absolución es patentemente arbitrario hasta el punto de poder tenerse por inexistente, no basta por ello una mera discrepancia sino que la valoración de la prueba ha de ser absolutamente absurda o irracional.⁴² Las Audiencias Provinciales confirman la sentencia aun declarando expresamente que no están de acuerdo con la decisión del juez de instrucción.⁴³ La consecuencia en caso de estimación del recurso únicamente podrá ser la anulación de la sentencia para que se dicte de nuevo debidamente motivada. De este modo las posibilidades de modificar los hechos probados son prácticamente inexistentes.

La consecuencia de esta limitación a la acusaciones del derecho a recurrir por error en la valoración de la prueba y de las Audiencia a entrar a valorar el posible error trae como consecuencia la absoluta soberanía del juez de instancia (en nuestro caso el juez de instrucción) para determinar los hechos de declarados probados. Basta en la práctica la simple afirmación de cualquier elemento por el acusado para permitir que se estime probado por el juez de instrucción y dictar sentencia en base a dicha afirmación sin soporte de otras pruebas o incluso contra el resultado de las mismas. Las Audiencias están cerrando las posibilidades de recurso incluso por ausencia total de pruebas ya que consideran que la declaración del

por considerar que no había quedado probado que el denunciado fuera el autor material de la manipulación del contador eléctrico. Contra dicha sentencia el Fiscal interpuso recurso de apelación por infracción de ley al considerar que la conducta típica descrita como “defraudar” comprendía a la persona que sin ser autor del enganche directo, conociendo el mismo obtiene el suministro de energía eléctrica obtiene fraudulentamente el suministro de energía estimando la AP el recurso.

⁴² FJ 2º SAP Pontevedra, sec. 4ª, 24-1-2017, nº 6/2017, rec. 1061/2016

⁴³ SAP Valencia sección 5ª nº 696/16 de 25 de noviembre. La juez de instrucción absuelve en la instancia del delito leve de usurpación de bien inmueble por estimar que concurre la circunstancia eximente de estado de necesidad al considera probado dicho estado por la simple manifestación del denunciado de no disponer de dinero para costearse un alquiler. Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de apelación por el Ministerio Fiscal y la denunciante (BBVA SA). La sentencia de la AP desestima los recursos al no poder entrar a valorar la prueba pese a declarar expresamente en el FJ 1º “hay que empezar señalando que este Tribunal tampoco comparte la decisión de la juez a quo entendiendo que no se han acreditado los presupuestos precisos para la apreciación de la eximente de estado de necesidad”.

denunciado o acusado es prueba personal. Solo cuando el denunciado se haya acogido a su derecho a no declarar se cierra esta posibilidad. Ante dicha situación surge la cuestión realmente si las afirmaciones realizadas por el acusado son prueba o son en realidad objeto de prueba dado que el mismo las efectúa en su derecho de defensa y sin obligación de decir verdad⁴⁴ y cuál debe ser la posición procesal del acusado en el juicio penal.⁴⁵ Al no poderse revisar los hechos ni la prueba a instancia de las acusaciones la segunda consecuencia es que se rompe el criterio unificador de las Audiencias y comienza a aparecer pronunciamientos absurdamente contradictorios al tener las Audiencias las manos atadas. Así es frecuente en los juicios por delito leve de usurpación de bien inmueble la alegación del denunciado de carecer de fondos para costear la compra o el alquiler de una vivienda o habitación. La concurrencia de la eximente de estado de necesidad conforme a constante jurisprudencia requiere la prueba de todos los elementos de la misma pero al no poder entrar la Audiencia a examinar la valoración probatorio de medios personales encontramos sentencias que aprecia la eximente con la simple afirmación del denunciado y la Audiencia pese a no compartirla la confirma la sentencia⁴⁶ frente a otras en las que ante la simple alegación del denunciado se dicta sentencia condenatoria por el juzgado de instrucción, decisión éste confirmada por la Audiencia al conocer de la apelación.⁴⁷

La posibilidad de recurrir alegando error en la valoración de prueba documental o pericial documentada si bien en teoría sería admisible en la práctica siempre que entre en conflicto con afirmaciones realizadas por un testigo o por el acusado no podrán entrar a ser valoradas siendo las Audiencias muy estrictas como decimos en éste punto.

La última de las cuatro posibilidades de impugnación por la acusación que se consideraban subsistentes tras la STC nº 167/2002 de 18 de septiembre EDJ 2002/35653

⁴⁴ El FJ 4º de la SAP Valencia Sección 4ª AP Valencia nº 664/2016 de 21 de octubre declara al respecto “Partiendo de que el principio constitucional de presunción de inocencia no puede servir de cobertura a circunstancias eximentes y atenuantes por cuanto su concurrencia y prueba no corresponde a la acusación sino a la defensa que las alega (SSTS 21 enero 200220 mayo 2003 y 12 mayo 2010), lo que implica que el acusado viene obligado a probar los hechos impositivos de la responsabilidad penal que para él se derivan de lo imputado y probado, el motivo debe ser en esta segunda instancia, ya que el Letrado no apoya su pretensión respecto a la alteración psíquica en informe de facultativo ni documental, basándose en una simple alegación de parte sin soporte acreditativo.”

⁴⁵ Sobre esta cuestión planea el problema de la introducción de la declaración del perjudicado personado como acusación particular y del acusado en el proceso penal. Nuestra ley de enjuiciamiento criminal no regula como debe intervenir el acusado en el acto de juicio oral declarando ordinariamente en primer lugar y a petición de las acusaciones. Como señala LOPEZ ORTEGA, 99 Cuestiones sobre la prueba en el proceso penal Madrid 2010 pag 64 “de este modo, a la declaración del acusado se le asigna un papel simbólico, como arranque del juicio y de la actividad probatoria, que sólo sirve para destacar el papel central y preeminente que se otorga a su declaración en nuestro modelo de enjuiciamiento, lo que es una muestra de cómo el inculcado pierde la iniciativa y queda relegado a la condición de mero objeto de prueba. Postulando éste autor que “debería considerarse la posibilidad de revisar el marco en el que se obtiene la declaración del inculcado, para que constituya la auténtica expresión del derecho a ser oído. Como sucede en las más modernas regulaciones del Derecho continental, no debería realizarse a instancia de la acusación ni consistir en un interrogatorio, sino producirse a su iniciativa o la de su defensor y consistir en una declaración libre, más que en un interrogatorio. Esta solución ya fue introducida en el juicio de faltas en su art. 969.1 al exigirse en primer lugar la práctica de todas las pruebas de las acusaciones y posteriormente la declaración del acusado y la práctica de sus pruebas de descargo. Esta solución más acorde y respetuosa con el derecho de defensa en la práctica ha caído en la mayor parte de las ocasiones en saco roto continuando los juzgados de instrucción con la práctica tradicional de comenzar con las declaraciones de denunciante y denunciando ante de toda las práctica de las pruebas.

⁴⁶ SAP Valencia Sección 5ª nº 696/2016 de 25 de noviembre.

⁴⁷ SSAP Valencia, Sección 4ª nº 545/2016 de 9 de septiembre, nº 664/2016 de 21 de octubre.

relativa a la valoración del juicio de inferencia en la prueba indiciaria⁴⁸ tiene muy reducida virtualidad. Conforme a la distinción del TEDH sobre juicio de hechos y juicios de normas en la actualidad se considera que la revisión del juicio de valoración de la prueba indiciaria no puede realizarse de forma independiente al resto de manifestaciones probatoria, entre ellas la declaración del acusado, por lo que la tendencia de las Audiencias es la de inadmitir dicha revisión.

Como conclusión cabe decir que las posibilidades de recurso del condenado ante la sentencia condenatoria permanecen en cuanto a valoración de las pruebas intactas pues si bien la Audiencias dan prioridad a la valoración de la prueba de la instancia por la inmediatez del juez de instrucción sí que pueden entrar a revisar error manifiesto y claro lo rectifican. Dicho standard jurídico de error es radicalmente distinto a la arbitrariedad o irracionalidad exigida a las acusaciones para anular la sentencia absolutoria. Así la SAP Valencia Sección 4ª nº 557/2016 de 16 de septiembre en su FJ 4º ante el recurso del condenado en delito leve declara:

“Es preciso recordar que, en materia de apelación, el Tribunal "ad quem" asume la plena jurisdicción sobre el supuesto objeto del recurso, con idéntica situación a la del juez "a quo", con posibilidad de un nuevo análisis crítico de la prueba practicada y comprobación de si existe o no prueba incriminatoria razonable y suficiente para enervar la presunción de inocencia. No obstante lo anterior, la valoración de la prueba realizada por el Juzgador "a quo" en uso de la facultad que la confiere el Art. 741 de la L.E.Crim y sobre la base la actividad desarrollada en el juicio oral, goza de una especial singularidad, ya que dicho acto - núcleo del proceso penal-- se ha desarrollado en su presencia, con plena eficacia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a través de los cuales se satisface la exigencia constitucional de que el acusado sea sometido a un proceso público con todas las garantías (Art. 24.2 C.E).

Por ello, el Tribunal de apelación debe limitarse a examinar si el juzgador de instancia ha incurrido en razonamientos arbitrarios, ilógicos o irracionales, o si hubo o no vulneración del derecho a la presunción de inocencia, analizando la existencia y suficiencia de actividad probatoria de cargo practicada en el acto del juicio (en este sentido se ha pronunciado de forma uniforme y reiterada la jurisprudencia - SSTS de 3.3.99, 13.2.99, 24.5.96 y 14.3.91, entre otras).

En base a lo expuesto hay que entender que el uso que haya hecho el juez de su facultad de libre apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el acto del juicio, siempre que

⁴⁸ FJ 3º STS Sala 2ª nº 20/2017 de 23 de enero; “la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exponga los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (- SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3-).”

resulte debida y adecuadamente motivado, únicamente deberá ser rectificado, cuando haya incurrido en un manifiesto y claro error, de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada, habiendo señalado la jurisprudencia del TS que para acoger el error en la valoración de las pruebas, se exige la existencia en la narración descriptiva de supuestos inexactos, con error evidente, notorio y de importancia, de significación suficiente para modificar el sentido del fallo, por cuanto la inmediación de la que goza el juez de instancia constituye una precondition valorativa de la prueba testimonial, pues la valoración de esos medios de prueba requiere un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, cuya ausencia impide a los tribunales superiores subrogarse en la labor determinativa de la eficacia probatoria de tales medios de prueba de tipo personal. Así, debemos excluir la posibilidad de fundamentar en esta alzada un pronunciamiento condenatorio basándolo en la diferente valoración de los medios de prueba de tipo personal, como pretende el recurrente.

En definitiva hemos de concluir, si bien el recurso de apelación faculta al Tribunal "ad quem" para una revisión integral de la sentencia recurrida, tanto en su dimensión fáctica como jurídica, cuando la convicción judicial se ha formado con base en pruebas de naturaleza personal practicadas a su presencia en el acto del plenario -inmediación de la que carece el Tribunal-, y con sujeción a los principios de publicidad, oralidad y contradicción, determina que en estos casos, y por regla general, deba respetarse en sede de apelación la valoración, probatoria del Juez "a quo", formada además con base en lo alegado por la acusación y la defensa y lo manifestado por el mismo acusado (artículo 741 L.E.Crim), con la única excepción, en principio, de que la convicción así formada carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto del juicio oral, bien por ser las pruebas valoradas de naturaleza ilícita, bien por ser las mismas contrarias a los conocimientos científicos, las reglas de la lógica y la razón o las reglas de la experiencia humana común, o tales circunstancias deban predicarse del proceso valorativo del juzgador de instancia.”