

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circulares

CIRCULAR 1/2003, SOBRE PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO E INMEDIATO DE DETERMINADOS DELITOS Y FALTAS Y DE MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

1. INTRODUCCIÓN

Resulta indudable que en todas aquellas ocasiones en que la respuesta jurisdiccional al objeto del proceso se produce de forma tardía, el derecho a la tutela judicial efectiva se debilita y pierde buena parte de su significado constitucional. Los valores y derechos fundamentales que convergen en el proceso penal hacen especialmente visibles los daños que una excesiva dilación del procedimiento puede ocasionar a las partes interesadas. La incidencia que algunas medidas cautelares llegan a desplegar en la libertad personal del imputado y la importancia de que la víctima vea prontamente reparados los daños asociados al delito sufrido, obligan a los poderes públicos a empeñar todos sus esfuerzos con el fin de hacer realidad la aspiración generalizada de mayor celeridad y eficacia. A ello se añade la negativa repercusión que –en la percepción colectiva de seguridad– puede ocasionar la lentitud en el tratamiento jurisdiccional de ciertas infracciones penales que, por su naturaleza, la forma de su comisión o por la pena a ellas asociada son susceptibles de un enjuiciamiento inmediato.

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

La reforma introducida por la Ley 38/2002 y la LO 8/2002, ambas de 24 de octubre, hace suyo el objetivo que ya anunciara el *Pacto de Estado de la Justicia* de culminar el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales, situando entre sus fines la agilización de los procedimientos y el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes. Es cierto que no han faltado intentos precedentes adscritos a ese mismo objetivo. La creación de las modalidades del sumario de urgencia –Ley de 8 abril 1967–, el enjuiciamiento inmediato de delitos dolosos flagrantes y me-

nos graves –LO 10/1980, de 11 de noviembre–, la regulación del procedimiento abreviado –LO 7/1988, de 28 de diciembre– y, en fin, las medidas urgentes de reforma procesal –Ley 10/1992, de 30 de abril y 2/1998, de 15 de junio–, representan iniciativas legislativas que se han movido en la misma dirección, esto es, definir un cuadro jurídico que permita un enjuiciamiento penal más ágil de infracciones menores.

La experiencia global surgida al amparo de cada una de esas novedades legislativas –pese a que todas ellas aportaron aspectos positivos– no puede considerarse precisamente satisfactoria. En no pocas ocasiones, la rutina en los procesos aplicativos de las normas procesales y la falta de medios necesarios para consolidar algunas de las más importantes novedades, contribuyeron a un extendido escepticismo acerca de la posible solución real al problema del enjuiciamiento inmediato de infracciones penales menos graves.

La Ley 38/2002, lleva a cabo una redefinición de dos modalidades de procedimiento –abreviado y rápido–, aplicables en función de la gravedad objetiva del delito, su naturaleza, su flagrancia y la complejidad de su instrucción (arts. 757 y 795). Junto a ellas, se añade una renovada concepción en el enjuiciamiento de las faltas que, en función de la naturaleza de la infracción cometida, autoriza a un desenlace inmediato de la fase de juicio oral (arts. 962 y ss.). Con carácter general se confiere un significado inédito en nuestro proceso penal a los principios de concentración y oralidad, definiendo un encadenamiento de las distintas fases del procedimiento que permite una significativa reducción de los plazos de espera para el inicio de las sesiones del juicio oral. Al propio tiempo, se da cabida a un régimen jurídico de la conformidad que puede proporcionar un instrumento decisivo para la agilidad de los procedimientos (art. 801). La adecuada protección de la víctima representa otro de los objetivos de la nueva Ley. Así, en línea con los principios definidos por algunos de los textos internacionales suscritos por España y –singularmente– conforme a las previsiones de la *Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, se confiere a aquélla un singular *status* en el proceso penal, reconociéndosele el derecho –aun cuando no haya deseado mostrarse parte– a ser notificada de todas las resoluciones jurisdiccionales de mayor relieve.

Ni ésas ni ninguna otra de las importantes novedades que acoge la Ley pueden considerarse ajenas a lo que del Fiscal se espera en el proceso penal. Su consideración como órgano de protección de las garantías procesales del imputado y de salvaguarda de los derechos de la víctima y perjudicados por el delito (art. 773), le convierten en pieza clave para contribuir a la efectiva vigencia de los principios que informan la nueva Ley.

La preocupación institucional por hacer valer la plenitud de los derechos comprometidos en el proceso penal justificó, en su día, la aprobación de distintos instrumentos estatutarios orientados a recordar a los señores Fiscales la importancia de su papel para el logro del objetivo propuesto. La *Circular de 87 de marzo de 1989* sobre el procedimiento abreviado, la *Instrucción de 22 de septiembre de 1992*, sobre algunos aspectos del proceso penal a partir de la reforma operada por la Ley 10/1992 y la *Instrucción de 16 de marzo de 1993*, acerca del Ministerio Fiscal y los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas, son algunos de los ejemplos más recientes adscritos a ese objetivo.

La propia *Exposición de Motivos* de la Ley 38/2002 ya se encarga de recordar la trascendente aportación del Fiscal al nuevo procedimiento: «... la participación activa del Ministerio Fiscal (...) cobra un destacado protagonismo y, por tanto, asumirá, junto con los Juzgados de Instrucción, una particular responsabilidad en la eficacia de la reforma».

Mediante la presente Circular, pues, se pretende facilitar la búsqueda de soluciones jurídicas a ese desafío institucional. Y está fuera de dudas que las dificultades no

son pocas. En efecto, la Ley ha incorporado un inédito sistema de fiscalización jurisdiccional al cumplimiento de los plazos por el Ministerio Fiscal. Es posible que la efectiva vigencia del principio de celeridad sea ilusoria si no se prevén mecanismos jurídicos de control sobre la observancia de los términos fijados a cada uno de los sujetos y partes del proceso penal. También es cierto que las consecuencias procesales asociadas al quebranto de los plazos fijados por la ley podían haber sido objeto de otro enfoque alternativo.

Sin embargo, la voluntad legislativa se ha expresado con la suficiente claridad y ante ello no cabe otra actitud que contribuir de forma constructiva a eludir los problemas que puedan llegar a presentarse. De ahí la importancia de que –como se razona *infra*– se fijen fórmulas de organización y control por parte de las distintas jefaturas para evitar las disfunciones que podrían presentarse si se consolidara en el seno del Ministerio Fiscal el criterio de que la fijación de un término legal no es sino una referencia orientativa, nunca vinculante, para el órgano constitucional llamado a ejercer el *ius puniendi*.

La exigencia impuesta por la nueva ley de una *participación activa* del Fiscal en las diligencias de investigación a practicar ante el Juez de Instrucción (art. 797.1) va a suponer también un importante cambio en el entendimiento tradicional de su presencia en la fase instructora del procedimiento penal. El previsible incremento en el número de Fiscales de guardia para atender a tal requerimiento legal, la posibilidad de un empleo más frecuente de las nuevas tecnologías –avalada por la modificación del EOMF actualmente en trámite parlamentario– y, en fin, las posibilidades que ofrece la obligada coordinación con el Consejo General del Poder Judicial en materia de señalamientos, pueden facilitar las soluciones a un cambio tan novedoso como obligado, si se quieren eludir algunos de los escollos y disfunciones que han hecho malograrse iniciativas precedentes.

Finalmente, desde un punto de vista metódico, conviene poner de manifiesto que los contenidos de la presente Circular –así como su ordenación sistemática– no han tenido otro objetivo que facilitar el trabajo cotidiano de los señores Fiscales, ofreciendo soluciones a los problemas interpretativos que pueda abrigar la nueva regulación. Se ha eludido de forma consciente profundizar en debates de corte académico acerca de las ventajas o inconvenientes de una u otra opción. Se ha tomado como obligado punto de partida lo que es la voluntad legislativa y –a partir de ahí– se ha buscado proponer fórmulas interpretativas que hagan realidad el principio de unidad de actuación que ha de informar el ejercicio de las funciones del Ministerio Fiscal.

Es evidente que el momento en el que esta Circular ve la luz, anterior a la entrada en vigor de la Ley que constituye su objeto, ajeno a toda jurisprudencia interpretativa y con una bibliografía muy escasa, imponen importantes condicionamientos a su desarrollo. Sea como fuere, los señores Fiscales acomodarán su actuación en el proceso penal a las directrices que en la misma se contienen, sin perjuicio de que el tiempo y la propia experiencia puedan aconsejar la promulgación de nuevos instrumentos estatutarios que complementen el que hoy es objeto de aprobación.

II. LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

II.1. Consideraciones generales

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) operada por la Ley 38/2002 y la LO 8/2002 –objeto de estudio en esta Circular–, además de crear un nuevo procedimiento especial ha introducido también ciertas modificaciones en el

procedimiento abreviado, más profundas que la simple alteración de su ubicación sistemática y su articulado. Sin embargo, las reformas de mayor calado –dejando al margen otras que son simple consecuencia de la adecuación del procedimiento a las circunstancias actuales (por ejemplo, la introducción de las requisitorias en ficheros policiales automatizados)– se pueden agrupar básicamente en tres grandes ámbitos: el fortalecimiento de las garantías del imputado, la protección a las víctimas del delito y un nuevo régimen de recursos contra las resoluciones interlocutorias.

1. FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO

A) *El derecho de todo imputado a la asistencia letrada*

Una de las principales novedades de la reforma es la exigencia de que el imputado, al prestar declaración, esté en todo caso asistido de Abogado. No era ésta la situación anterior, en la que el ejercicio del derecho a la asistencia letrada era obligatorio únicamente cuando el imputado estaba detenido o preso, y meramente facultativo en los restantes casos.

Concretamente, el artículo 118 LECrim. dispone que, para ejercer el derecho de defensa, la designación de Letrado de oficio tendrá lugar cuando el imputado no lo hubiese nombrado por sí mismo y lo solicitare y, en todo caso, cuando la causa llegue a un estado en que sea necesaria su intervención. Este momento era –en el procedimiento abreviado– el de la redacción y presentación del escrito de defensa, motivo por el cual era preceptivo el nombramiento de Abogado una vez abierto el juicio oral (antiguo art. 791.1 LECrim.); con anterioridad a este trámite, sin embargo, el imputado que no se hallase detenido o preso podía prestar declaración ante el Juez de Instrucción sin estar asistido de Letrado, siempre que –tras haberle informado de su derecho a la asistencia letrada y del contenido del mismo en los términos del artículo 118 LECrim.– no hubiese solicitado la presencia de Abogado en la declaración.

La voluntad del legislador ha sido la de poner fin a esta situación y exigir que en las declaraciones prestadas ante el Juez por el imputado –esté o no detenido– le asista siempre un Abogado. A esta conclusión se llega mediante el análisis de los siguientes preceptos:

a) Por una parte, el artículo 767 LECrim. establece que *será necesaria* la asistencia letrada «desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada», a cuyo efecto se procederá de inmediato a la designación de un Abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado. La redacción de este precepto contrasta con la del anterior artículo 788.1 LECrim., en el que la designación de Abogado de oficio al imputado sólo se había de realizar cuando «fuera necesaria la asistencia letrada».

b) Por otra parte, el antiguo artículo 791.1 LECrim. –ya citado– establecía que había de procederse al nombramiento de Abogado si, abierto el juicio oral, el acusado no lo hubiese nombrado ni se le hubiese designado de oficio. Esta previsión ha desaparecido en el actual artículo 784.1 LECrim., en el que únicamente se menciona la posibilidad de que el acusado pueda en este momento nombrar Abogado de su elección, pero no que –de no hacerlo– se procederá a su designación de oficio, como expresamente y por el contrario se afirma del Procurador. La razón es que no se ha podido alcanzar este momento procesal sin que el acusado haya designado ya un Abogado o se le haya nombrado de oficio, habida cuenta de que no se habrá podido dictar la resolución prevista en el artículo 779.1.4.^a LECrim. respecto de quien no haya declarado previamente como imputado, y que dicha declaración la habrá debido realizar en todo caso asistido de Letrado (art. 767 LECrim.).

Por lo que respecta al contenido del Derecho, se especifica ahora que al imputado –sin perjuicio de lo dispuesto por la propia LECrim. para los supuestos en que se haya decretado su incomunicación– podrá entrevistarse con su Abogado tanto antes como después de prestar declaración ante el Juez de Instrucción (párrafo segundo del art. 775 LECrim.). La regulación actual es por tanto análoga a la del artículo 22.1.b) de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Obsérvese, sin embargo, que el artículo 775 LECrim. regula únicamente la diligencia de declaración del imputado practicada ante la autoridad judicial en el marco de las diligencias previas, no las declaraciones prestadas por los detenidos en las dependencias policiales; a éstas, sigue siendo aplicable el artículo 520.6.c) LECrim., conforme al cual el derecho del detenido a entrevistarse reservadamente con su Letrado se puede ejercitar sólo «al término de la práctica de la diligencia».

No obstante lo anterior, y como excepción al mandato del artículo 767 LECrim. (que impone con carácter preceptivo la asistencia letrada a todo detenido o imputado) sigue vigente el artículo 520.5 LECrim., que permite la renuncia del detenido o preso a la preceptiva asistencia de Letrado cuando los hechos sean susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico. No es posible interpretar que, con la entrada en vigor de la Ley 38/2002 y en particular del citado artículo 767 LECrim., se ha producido una derogación tácita del artículo 520.5 LECrim. En primer lugar, porque es posible una interpretación coherente de ambos preceptos, de acuerdo con la cual el segundo de ellos se perfila como excepción a la regla general establecida por el primero. Pero, sobre todo, porque la actual redacción del artículo 520 LECrim. le fue dada por la LO 14/1983, y no puede ser derogada por una Ley ordinaria. Sin embargo, la aplicación del artículo 520.5 LECrim., que exceptúa la imperatividad de la asistencia letrada al detenido en el concreto supuesto de los delitos contra la seguridad del tráfico, no es extensible al momento posterior en que el imputado comparece a declarar ante el Juez de Instrucción; en este momento, recobra toda su vigencia el mandato generalizado del artículo 767 LECrim., singularmente cara a una posible conformidad.

B) *Contenido del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado*

Establece el actual artículo 779.1.4.^a LECrim. que –cuando se concluyan las diligencias previas dictando la resolución por la que se ordena la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado– se habrán de determinar los hechos punibles e identificar la persona a la que se le imputan, a quien se habrá de haber recibido previamente declaración en calidad de imputado; regla ésta que no admite ninguna excepción, conforme a una consolidada doctrina emanada de nuestro Tribunal Constitucional.

Exige la Ley que se especifiquen los hechos imputados, pero no que se haga una calificación jurídica precisa de los tipos delictivos en los que tales hechos se podrían incardinar. Por tanto, en el eventual supuesto de que el Juez hubiese empleado términos jurídicos en la descripción de los hechos que se imputan, tal calificación no vincularía a las partes –ni, por supuesto, al Fiscal– a la hora de redactar las conclusiones de sus escritos de acusación, siempre y cuando éstos se concreten a los hechos descritos en el auto del Juez. Las partes estarán vinculadas, a la hora de formular sus escritos de acusación, por la determinación de las personas imputadas que haya hecho en este auto el Juez de Instrucción, y no podrán dirigir su acusación contra personas distintas de las expresamente mencionadas en el mismo.

Todo lo anterior exige una especial vigilancia por parte del Ministerio Público, cuando se le notifique la resolución prevista en el artículo 779.1.4.^a LECrim., a la

que de ninguna manera cabe considerar como de mero trámite. Si el Fiscal observa que no incluye determinados hechos o determinadas personas respecto de las cuales considera que debe formular acusación, deberá recurrir el auto. No es óbice para ello que dicho recurso no esté contemplado expresamente en la LECrim., ni que su artículo 779.2 mencione únicamente el recurso que cabe contra las resoluciones contenidas en las previsiones 1.ª a 3.ª del artículo 779.1 LECrim. Basta con que no esté expresamente excluido el recurso para que sea aplicable el régimen de recursos previsto en el artículo 766 LECrim. contra los autos del Juez de Instrucción.

La práctica de diligencias complementarias, previstas en el artículo 780.2 LECrim., no es un cauce apropiado para extender la acusación a personas distintas de las expresamente consignadas en el auto de traslado para calificación. No se puede, por tanto, pedir como diligencia complementaria la declaración en calidad de imputado de quien no ha declarado en esta condición con anterioridad, y en consecuencia no ha podido ser incluido como imputado en el citado auto. En el caso descrito, lo procedente será –como se ha indicado anteriormente– recurrir el auto interesando que se reabran las diligencias previas, se reciba declaración como imputado a la persona contra la que se va dirigir la acusación, y se dicte a continuación nuevo auto de traslado para formular acusación.

Asimismo, en el hipotético caso de que –como consecuencia de la práctica de diligencias complementarias– aparezcan nuevas personas a las que se quiera extender la imputación, será preciso instar un auto ampliatorio de la resolución prevista en el artículo 791.1.4.ª LECrim., previa declaración de dichas personas en calidad de imputados.

2. PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS

A) *Notificación de determinadas resoluciones*

El artículo 779.1.1.ª LECrim. impone al Juez de Instrucción la obligación de notificar el sobreseimiento de las diligencias previas a quienes dicho sobreseimiento «pudiere causar perjuicio». Habrá que interpretar que tales personas son quienes inicialmente hayan aparecido en las diligencias previas como ofendidos o perjudicados por los hechos investigados. La peculiaridad de esta notificación es que debe hacerse precisamente a quienes no están personados en la causa; en el caso de que se hubiesen personado, se les habría de notificar como cualquier otra resolución dictada en el proceso.

La finalidad de esta notificación es doble. Por un lado, permite al perjudicado personarse en la causa y apelar el auto de sobreseimiento, si no está conforme con su contenido (párrafo primero del art. 110 LECrim.). Por otra parte, la notificación del sobreseimiento de las actuaciones penales permite al perjudicado acudir a la vía civil, una vez que dicha resolución sea firme (art. 116 LECrim.).

Asimismo, se menciona la obligación que tienen los correspondientes órganos judiciales de informar a las víctimas –aunque no se hayan mostrado parte en el proceso– de la fecha y la hora del juicio, y de notificarles la resolución que en el mismo recaiga, tanto en la primera como en la segunda instancia (arts. 785.3, 789.4, 791.2 y 792.4 LECrim.), obligación que ya estaba contemplada con carácter general en el artículo 15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual.

B) *Personación del perjudicado sin necesidad de interponer querrela*

Una interpretación literal del reformado artículo 771.1.ª LECrim. podría llevar a la conclusión de que la exclusión del requisito de la querrela para personarse en la

causa se extiende ahora sólo al ofendido en sentido estricto, y no a cualquier perjudicado. Sin embargo, el artículo 761.2 LECrim. es claro a este respecto, y afirma que tanto el ofendido como el perjudicado pueden personarse en el procedimiento abreviado sin necesidad de formular querrela.

Ningún cambio se ha producido por tanto en esta materia respecto de la anterior regulación.

C) *La información de derechos a las víctimas*

La LECrim. contempla dos momentos en los que se ha de practicar dicha información: por la Policía Judicial al elaborar el atestado (art. 771.1.ª LECrim.) y en la primera comparecencia ante el Juez de Instrucción (art. 776 LECrim.), trámites que, aunque no excluyentes, sí son complementarios uno del otro.

Esto quiere decir que si ya se ha hecho la información de derechos –con el correspondiente ofrecimiento de acciones– por la Policía, no tiene ningún sentido citar al perjudicado ante el Juzgado al solo efecto de reiterar el mismo ofrecimiento. La citación de la víctima para declarar ante el Juez de Instrucción sólo se justifica cuando su testimonio pueda aportar datos relevantes para la instrucción de la causa que no consten ya en el atestado. De lo contrario se corre el peligro de incrementar innecesariamente la ya de por sí odiosa victimización secundaria. Ahora bien, si la víctima ha de comparecer ante el Juzgado por el motivo anteriormente indicado, entonces sí que resulta preceptiva la información de derechos. Asimismo, si se observa que tal información no se ha practicado en sede policial, resulta igualmente obligada su citación con tal objeto ante el Juzgado. Se menciona en el artículo 776 la «primera comparecencia» del ofendido o perjudicado, lo cual puede inclinar a pensar que habrá de ser citado varias veces ante el Juzgado; nada, sin embargo, más lejano a la realidad y a lo que debe ser la filosofía inspiradora de este procedimiento. En el caso de que la víctima haya de acudir a declarar al Juzgado –supuesto que, insistimos, ha de ser excepcional– se habrá de procurar que no sea citada más de una vez. Esta interpretación, además, es coherente con la regla general establecida en el artículo 109 LECrim., conforme al cual –aparte de la inicial instrucción de derechos– «no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales, notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Juez procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente».

Por otra parte, hay que tener presente que la Decisión marco de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, invita a los Estados miembros de la Unión Europea a tomar, entre otras, las medidas precisas para que las autoridades competentes sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal (art. 3).

D) *Medidas cautelares reales*

El nuevo artículo 764.2 LECrim., relativo a las medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, contiene una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que ha de ser entendida en sus justos y estrictos términos.

Hay que dejar claro, en primer lugar, que la citada remisión no puede interpretarse en el sentido de que la adopción de cualquier medida cautelar tendente al aseguramiento de las responsabilidades civiles exija previa petición de parte (art. 721 LEC). Tal postura –aparte de contraria al tradicional entendimiento de los presupuestos y finalidad de estas medidas en el procedimiento penal– se opondría al tenor literal del apartado 3 del mismo artículo, que establece imperativamente la obligación de afianzar (o en su defecto proceder al embargo de bienes) de la compa-

ña aseguradora cuando las responsabilidades civiles estén cubiertas por un seguro obligatorio.

Concretamente, por lo que respecta a los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, la remisión a la LEC habrá de ser interpretada como una remisión sólo a los presupuestos del artículo 726 LEC. Por tanto, no se extenderá la citada remisión a otros aspectos no mencionados expresamente en el artículo 721.2 LECrim. No alcanzará, por ejemplo, a las normas de procedimiento, de modo que en su tramitación el Juez de Instrucción estará vinculado únicamente al mandato contenido en el apartado 1, que de modo lacónico establece que se forme pieza separada y se resuelva mediante auto.

Por otra parte, tampoco la remisión a la LEC –cuyo artículo 727 no menciona expresamente la fianza– impide que en el procedimiento abreviado el Juez de Instrucción pueda aplicar las normas generales de la LECrim. sobre aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias (artículos 589 y ss. LECrim.), en la medida en que el propio artículo 727.11.ª introduce una cláusula final de *numerus apertus* y permite adoptar cualquier otra medida «que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en al sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

Entre éstas cabe incluir, obviamente, la fianza y embargo subsidiario regulados en los mencionados artículos de la LECrim. También puede el Juez de Instrucción acordar directamente el embargo, con base en el artículo 727.1.ª LEC, y permitir al presunto responsable civil que lo eluda mediante la prestación de una caución sustitutoria (art. 746 LEC) –que equivale a una fianza– con lo que se invertirían los términos pero el efecto final sería similar.

E) *Aseguramiento de la prueba en fase de instrucción*

El artículo 777.2 LECrim. contempla un supuesto encaminado básicamente a posibilitar el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra ciudadanos extranjeros que residen sólo temporalmente en nuestro país –algo cada vez más frecuente, sobre todo en las zonas turísticas– evitando que tengan que ser nuevamente citados para comparecen en el juicio oral, el cual posiblemente se celebrará cuando la víctima esté ya de vuelta en su país de origen. Tanto este supuesto como el de presumible muerte o incapacidad de un testigo antes del juicio oral estaban ya previstos en los artículos 448 y 449 LECrim.

Sin embargo, el nuevo precepto amplía su ámbito de aplicación a cualquier otro motivo por el que razonablemente se pueda temer que una prueba no pueda practicarse en el juicio oral, o pueda motivar su suspensión. Asimismo establece una serie de requisitos que habrán de ser observados en todo caso para dotar de validez a la prueba practicada ante el Juez de Instrucción. En primer lugar, es preciso asegurar la posibilidad de contradicción de las partes, lo cual implica notificarles el lugar y fecha en que se practicará la prueba y posibilitar su presencia, incluida la del imputado y su Abogado (si aquél estuviere preso, se podrá acudir a la videoconferencia). Será necesario además que se documente adecuadamente la práctica de la diligencia, ya sea mediante acta extendida por el Secretario o –preferiblemente– en soporte apto para la grabación de la imagen y el sonido. En cualquier caso, la diligencia así preconstituida sólo podrá desplegar toda su virtualidad probatoria si es reproducida en el juicio oral conforme a lo previsto en el artículo 730 LECrim., a cuyo efecto habrá debido ser previamente propuesta como prueba en el correspondiente escrito de acusación (art. 781.1, párrafo segundo).

II.II. Recursos en el procedimiento abreviado

1) RECURSOS CONTRA LOS AUTOS DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

La norma básica se encuentra en el artículo 766 que establece que «*contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación*».

Se sustituye por tanto el recurso de queja previsto en el antiguo artículo 787 por el de apelación. El recurso de queja se mantiene en su sentido tradicional, como un recurso residual, fundamentalmente utilizado como recurso contra las resoluciones por las que se inadmite la apelación tal y como se contempla en el artículo 218 LECrim.

El recurso de apelación procede entonces contra todos los autos que no estén expresamente exceptuados de recurso, que son:

1.º El auto de apertura de juicio oral, contra el que no cabe recurso salvo en lo relativo a la situación personal (art. 782.3.º).

2.º Los autos de admisión o inadmisión de prueba dictados por el órgano de enjuiciamiento (art. 785.1), sin perjuicio de la posibilidad de reproducir la petición al inicio de las sesiones de la vista oral.

El nuevo recurso de apelación –igual que el de reforma– no tendrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, efectos suspensivos tal y como dispone el artículo 766.1. Con ello se pretende mantener en cierta forma los efectos que hasta ahora tenía el recurso de queja acomodando su significado al principio de celeridad que informa el procedimiento.

Sin embargo, la Ley olvida pronunciarse expresamente sobre los efectos suspensivos de alguno de estos recursos, por lo que debe acudir a la interpretación sistemática con otros preceptos para concluir que dichos efectos se mantienen en determinados casos.

Concretamente, debe entenderse que la previsión de efecto suspensivo se contiene para los supuestos de recurso contra las resoluciones previstas en el artículo 779 1.1.ª, 2.ª y 3.ª, puesto que aunque no se mencione expresamente, se deduce de la redacción del artículo 779.2 al afirmar que el Ministerio Fiscal devolverá al Juzgado las actuaciones con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula «visto», procediéndose inmediatamente «*en este caso*» a la ejecución de lo resuelto, de lo que se infiere que hasta que figure la fórmula «visto» o hasta la resolución del recurso interpuesto no se procede a la ejecución.

Esta interpretación es –además– conforme con la naturaleza de las resoluciones mencionadas en estos tres primeros supuestos del 779.1, que son el sobreseimiento provisional, la declaración de falta o la inhibición a la Jurisdicción militar o al Fiscal de Menores. Se trata de resoluciones que ponen fin al procedimiento por lo que su ejecución en tanto no sean firmes traería consecuencias perturbadoras en caso de posterior admisión del recurso y continuación del procedimiento. La anticipación de la ejecución de estas decisiones supondría –por ejemplo– el inmediato envío de las actuaciones al Juez competente para el conocimiento de la falta, a la Jurisdicción militar o la Fiscalía de Menores y la posible celebración de vistas orales en estos procedimientos con el consiguiente perjuicio en caso de que posteriormente el recurso sea estimado. También la ejecución del archivo antes de su firmeza provocaría en muchos casos la devolución de efectos de imposible recuperación cuando como consecuencia del recurso haya de continuarse la instrucción.

La tramitación de este recurso de apelación difiere en algunos aspectos de la regulación general del recurso de apelación que se describe en el artículo 222 LECrim. En general, la forma ahora prevista es similar a la del recurso de apelación, en los casos en que procedía con la anterior regulación del procedimiento abreviado.

En primer lugar el artículo 766 permite la interposición directa del recurso de apelación, sin necesidad de presentación previa del recurso de reforma. Se prevén las tres posibilidades de relación de estos dos recursos: la presentación previa de recurso de reforma anunciando subsidiariamente la apelación, la interposición separada de ambos recursos o la presentación directa de recurso de apelación. La novedad del texto se encuentra en el artículo 766.4, donde se admite una posibilidad de incorporar nueva argumentación tras la resolución del recurso de reforma, cuando junto a éste se hubiera interpuesto subsidiariamente la apelación, de modo que se prevé un nuevo traslado por un plazo de cinco días para añadir alegaciones al recurso ya interpuesto de forma subsidiaria.

Ambos recursos se interponen ante el Juzgado de Instrucción. El plazo previsto para la apelación se amplía de 3 a 5 días y se formularán por escrito en el que deberán exponerse los motivos y señalar los particulares que hayan de testimoniarse.

Es necesario destacar en este punto la necesidad de solicitar concretamente las diligencias cuyo testimonio sea necesario, habida cuenta que la actual regulación no dispone la remisión de la causa a la Audiencia, sino que ésta deberá resolver el recurso con los testimonios que le son remitidos, aun cuando se admite la posibilidad de que el órgano *ad quem* reclame la totalidad de la causa cuando considere necesaria su consulta. Por ello, deberán los señores Fiscales extremar la diligencia a la hora de proponer los testimonios necesarios, de forma que con los seleccionados se proporcione a la Audiencia el conocimiento de todos los elementos de juicio necesarios para la decisión.

Respecto al plazo de cinco días, es común para las partes y para el Ministerio Fiscal. La literalidad del artículo 779.2 que mantiene el plazo del antiguo artículo 789.5 regla cuarta, de tres días para la devolución de las actuaciones por el Fiscal con el «visto» o el recurso cuando no haya Fiscal constituido en el Juzgado no pretende ninguna modificación del plazo de cinco días. Esta diferencia de plazos entre los dos artículos se explica fácilmente examinada la tramitación parlamentaria de la Ley. La proposición de Ley presentada en el Parlamento había suprimido la fórmula del «visto» del artículo 779.2 y la necesidad de remisión de las actuaciones al Fiscal de la Audiencia cuando no hubiera Fiscal constituido en el Juzgado. Dos enmiendas mantuvieron la necesidad de introducir un precepto como el contenido en el cuarto párrafo del anterior artículo 789.4, ya que de otra forma sería imposible el cumplimiento de las funciones que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal en el procedimiento penal.

De este modo, admitidas finalmente estas enmiendas, pasó al texto aprobado el contenido literal del artículo 789.4 derogado que contenía lógicamente el plazo de tres días, que era el plazo previsto para la interposición del recurso de apelación en el procedimiento abreviado antes de esta modificación, sin percatarse que el plazo actual para la interposición del recurso es de cinco y no de tres días.

Además, la lógica avala esta interpretación: no sería comprensible otorgar al Fiscal personado en el Juzgado un plazo de cinco días para la interposición del recurso, mientras que al Fiscal de la Audiencia se le concedan solo tres días, teniendo en cuenta que tiene que prever además el tiempo suficiente para la recepción en plazo del recurso en el Juzgado. La interpretación conforme al principio *pro actione* contribuye también a solucionar el error de la ley a favor del plazo general de interposición de los recursos, que es el de cinco días.

Con independencia de la anterior argumentación a favor del término de cinco días, los señores Fiscales deberán estar prevenidos ante la eventualidad de que la anterior interpretación no sea asumida por todos los órganos judiciales con el consiguiente efecto preclusivo de la posibilidad de impugnación de la resolución que se pretenda recurrir.

Del escrito de interposición se dará en el mismo Juzgado traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas para que en el plazo común de cinco días realicen sus alegaciones y designen los particulares que les interesen. Pasado este plazo se remiten exclusivamente estos testimonios a la Audiencia Provincial.

La competencia para el conocimiento de este recurso de apelación no cambia respecto a la regulación anterior y será, salvo en caso de aforados, la Audiencia Provincial conforme a la competencia que le otorga el artículo 82.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Para la resolución de este recurso de apelación no se contempla en principio la celebración de vista oral salvo que el auto recurrido acuerde la prisión provisional de algún imputado, en cuyo caso la vista es obligatoria. En el caso de que el auto recurrido imponga cualquier otra medida cautelar la celebración de vista es potestativa para la Audiencia, que podrá acordar su celebración si lo considera conveniente.

2) RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS

Se mantiene en esencia el mismo esquema del procedimiento abreviado actual: las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal y el Juez Central de lo Penal pueden ser objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional respectivamente (art. 790 LECrim.). Las sentencias dictadas en juicio oral y única instancia por la Audiencia Provincial son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 847 LECrim.).

La tramitación del recurso de apelación es prácticamente idéntica: el plazo de interposición es de 10 días y se formaliza ante el órgano que dictó la resolución; el escrito de interposición debe contener ordenadamente las alegaciones en que se base la impugnación.

Una modificación respecto a la regulación anterior se produce al aludir al momento en que se realizan las alegaciones de las partes. El artículo 795.4.º derogado preveía el traslado a las partes para que se realizaran las alegaciones desde el mismo momento de la presentación del recurso y antes de que el Juez se pronunciara sobre la admisión. La nueva regulación, recogida en el artículo 790.4.º, prevé que el Juez intervenga en primer lugar examinando los requisitos de admisión y sólo una vez admitido el recurso se produce el traslado a las partes en el plazo común de 10 días para que presenten sus alegaciones. Transcurrido este plazo, se hayan o no presentado los escritos de alegaciones, se dará traslado de estos escritos a las demás partes y se elevarán los autos a la Audiencia.

La nueva regulación deja sin resolver claramente el problema de la adhesión a la apelación que puedan realizar el resto de las partes al presentar sus alegaciones. Es más, frente al texto anterior en que se hablaba de escritos de adhesión o impugnación, la nueva redacción del artículo 790.5 sólo menciona genéricamente los escritos de alegaciones. Ello no significa la desaparición de la adhesión, si bien parece que la sustitución de su mención expresa por el término de alegaciones implica una opción por reducir su concepto al criterio mínimo hasta ahora mantenido por la jurisprudencia, de forma que se admite que las partes en sus alegaciones apoyen las razones expuestas por el recurrente sin que puedan introducirse nuevos motivos en la adhesión que alteren los términos del debate.

La Audiencia celebrará vista, dentro de los 15 días siguientes, necesariamente cuando se haya propuesto la práctica de prueba y ésta haya sido admitida y, potestativamente cuando de oficio o a petición de parte el Tribunal la estime necesaria.

Aunque es cierto que hasta el momento la norma general era que no se celebrase vista –salvo en el caso de práctica de nueva prueba o en casos excepcionales, apreciada la necesidad por el órgano decisor– debemos atender a la nueva doctrina del

Tribunal Constitucional en este punto, que en la sentencia 176/2002 de 18 de septiembre, avocada al Pleno con el objeto de rectificar la jurisprudencia anterior, modifica las exigencias de inmediación y contradicción en la segunda instancia. Este criterio ha sido posteriormente, reiterado y consolidado en las SSTC 196/2002, 197/2002, 199/2002, 200/2002 y 41/2003.

No es éste el lugar para realizar un estudio de estas sentencias, ya que excede al ámbito de los procedimientos a que se refiere esta Circular, pero sí debe recordarse a los señores Fiscales que –pese a que la Ley no ha sido modificada a la vista de esta doctrina– debe valorarse la conveniencia de solicitar la celebración de vista oral, en los casos en que se presente el recurso fundado en el error en la apreciación de la prueba y se pretenda una diferente valoración de la misma, teniendo en cuenta la obligación de respeto a los principios de inmediación y contradicción.

El recurso extraordinario de anulación previsto en el artículo 793 para los condenados en ausencia mantiene exactamente la misma regulación contenida en el antiguo artículo 797, por lo que puede resultar suficiente una remisión a los términos en que la dogmática y la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo han venido definiendo. En este sentido conviene recordar el acuerdo del Pleno la Sala de Penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2000 en el que se pronuncia expresamente sobre la naturaleza rescindente del recurso por lo que su contenido se limita a controlar si el Tribunal sentenciador ha respetado los requisitos legales del juicio en ausencia, sin que se admitan otro tipo de alegaciones que la defensa del condenado pudo presentar a través del recurso e apelación o casación. A ello se añade la consecuencia lógica de inadmisión de otra prueba que no sea la referente a la concurrencia o no de los requisitos legalmente prevenidos para la celebración del juicio en ausencia.

III. JUICIOS RÁPIDOS

III.1. **Ámbito de aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos**

1. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO Y CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA INCOACIÓN DE LAS DILIGENCIAS URGENTES

El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se ha configurado en la LECrim. de un modo distinto a los derogados juicios rápidos. No se trata, como aquellos, de una mera especialidad del procedimiento abreviado, tendente a acelerarlo. Estamos ante un verdadero proceso especial, lo que se deduce de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, al indicar que «... se crea un *proceso especial* para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos...», y del tenor del artículo 795.1 que señala: «Sin perjuicio de lo establecido para los demás *procesos especiales*...».

En consonancia con su naturaleza de proceso especial, dentro del Título III –dedicado a su regulación– el Capítulo I establece su ámbito de aplicación, integrándose por un único precepto (el art. 795) que recoge una serie de presupuestos necesarios para la incoación de este proceso.

Si concurren dichos presupuestos el Juez de Instrucción de guardia incoará diligencias urgentes (art. 797.1). De este modo vienen a diferenciarse las *diligencias previas*, referidas a las actuaciones judiciales relativas a delitos comprendidos en el procedimiento abreviado (art. 774), de las *diligencias urgentes*, reservadas para aquellos

delitos que se tramitan a través del procedimiento para el enjuiciamiento rápido. Las reglas que disciplinan unas y otras diligencias son distintas. Ahora bien, a las diligencias urgentes les será de aplicación supletoria, en todo lo no previsto, las normas del procedimiento abreviado (art. 795.4), que se erige de ese modo en derecho supletorio de primer grado, y, en su defecto, las normas comunes de la LECrim. (art. 758) que pasan así a ser derecho supletorio de segundo grado.

La decisión de incoar diligencias urgentes no es facultativa sino obligatoria. Es decir, si el Juez de Instrucción de guardia valora que concurren los presupuestos que se establecen en el artículo 795, será obligado seguir las normas de este procedimiento especial. Se trata de una cuestión de orden público procesal. No están el Juez y las partes en libertad de optar por una tramitación distinta al enjuiciamiento rápido si concurren los presupuestos del mismo. Ello se deduce del tenor imperativo del artículo 795.1 al indicar que «el procedimiento regulado en este Título *se aplicará* a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos...», e igualmente del artículo 797.1 que señala que el Juez de guardia «*incoará*, si procede, diligencias urgentes». En esta línea, la propia Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 señala entre los defectos determinantes de una desigual eficacia de los precedentes juicios rápidos «la insuficiente concreción de las circunstancias y los delitos que podrían dar lugar a la incoación de este procedimiento», con lo que claramente muestra el legislador su opción en favor de una fórmula obligatoria de incoación de este cauce procesal.

2. PRESUPUESTOS PARA LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 795 establece una serie de presupuestos y requisitos para la posible incoación de diligencias urgentes. Todos ellos habrán de concurrir para que proceda la incoación de este procedimiento especial.

Los analizamos en los apartados que siguen.

A) *Límites punitivos: competencia objetiva por razón de la materia para el enjuiciamiento de juicios rápidos*

Para que sea posible el enjuiciamiento a través de juicio rápido ha de tratarse de delitos castigados con las siguientes penas (art. 795.1):

- Pena privativa de libertad que no exceda de cinco años.
- Cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, que no excedan de 10 años, o multa cualquiera que sea su cuantía.

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

Se atiende –por tanto– a la naturaleza del delito, ciñéndola no sólo a los delitos menos graves sino también a algunos graves, en concreto aquellos que se atribuyen al conocimiento de los Juzgados de lo Penal. De hecho, la limitación punitiva recogida en el artículo 795.1 coincide con lo señalado en el artículo 14.3 LECrim. al establecer el ámbito competencial de los Juzgados de lo Penal (después de la redacción dada por la Ley 36/1998, de 10 de noviembre; texto que se ha mantenido igual, en este punto, tras la Ley 38/2002).

Los delitos que tuvieren señalada una pena que en sus tramos inferiores esté comprendida dentro del ámbito del artículo 795 excediendo sus tramos superiores del mismo (*v. gr.*: pena de prisión de 2 a 6 años o de inhabilitación de 6 a 12 años) quedan fuera del ámbito de las diligencias urgentes. Es al tramo superior de la pena al que hay que atender. El artículo 13.4 del Código penal (CP) resulta congruente con ese criterio, pacífico en la doctrina y praxis procesal.

En aquellos delitos castigados con varias penas conjuntas o alternativas, aunque la pena más grave entre dentro de los límites señalados en el artículo 795, la previsión de otra pena no privativa de libertad que exceda de esos límites determina la imposibilidad de incoar diligencias urgentes (por ejemplo, quedan fuera del ámbito de las diligencias urgentes todos los delitos, aun cuando se reputaran flagrantes o de sencilla instrucción, de terrorismo por aplicación del art. 579.2 CP; e igualmente los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cometidos por autoridad o funcionario, art. 318 bis 4). Ahora bien, es indiferente que el delito lleve aparejadas, además de una pena privativa de libertad que puede llegar a cinco años, otras penas pecuniarias o privativas de derechos si ninguna de éstas sobrepasa el límite de diez años, pues entonces podrá tramitarse como juicio rápido.

Hay que estar a la pena de cada uno de los delitos, sin sumar las penas señaladas a las distintas infracciones que puedan enjuiciarse en una misma causa.

En aquellos delitos que llevan aparejadas penas que exceden de las indicadas pero que, al tiempo, confieren la posibilidad de imponer una pena inferior —que sí estaría dentro del límite del artículo 795—, habrá que atender al carácter preceptivo o facultativo de la degradación. Sólo en el primer caso, cuando la pena se rebaja necesariamente en función de determinadas circunstancias concurrentes, estaremos ante un subtipo privilegiado que permitirá la incoación de este procedimiento.

Si, por el contrario, la pena tipo —comprendida entre los límites del artículo 795— es susceptible de ser elevada, quedando así fuera del límite señalado, la solución pasa por negar la incoación del procedimiento de juicio rápido. La cuestión es muy clara si la elevación es preceptiva: se trata de un subtipo agravado que excede de los límites del artículo 795. Ahora bien, si la agravación de la pena es facultativa (*v. gr.*: un delito está castigado con pena inferior a cinco años de prisión pero facultativamente pueda incrementarse esa penalidad) ha de entenderse que tampoco podrán incoarse diligencias urgentes, ya que el establecimiento de una pena que facultativamente puede ser elevada ha de ser entendido como la fijación de una pena alternativa. Y el límite máximo establecido en el artículo 795.1 alcanza a la pena alternativa.

En estos casos la Circular 1/1989, aun refiriéndose a la distribución de competencias en el procedimiento abreviado entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial, siguió el sistema contrario: la pena base determinaba la competencia del Juzgado de lo Penal, sólo si por la acusación se solicitaba que se hiciese uso de la facultad de subir la pena de grado se confiaba la competencia a la Audiencia Provincial. La competencia, por tanto, quedaba en manos de las acusaciones. Ahora bien, no cabe trasladar ahora dicho criterio a la incoación de juicio rápido puesto que la decisión de incoación se ha de adoptar antes de conocer si las partes acusadoras hacen uso de la facultad discrecional agravatoria al formular el escrito de acusación, a diferencia de lo que sucede en la decisión de apertura del juicio oral ante el Juzgado o ante la Audiencia.

Además, aquel criterio fue objeto de numerosas críticas —fundadas— ya que se permitía a las acusaciones elegir el órgano competente, incluso en fases ya avanzadas del procedimiento. Por último, las SSTS 1217/1998, de 21 de octubre y 1485/1998, de 27 de noviembre, apoyan esta solución, al declarar que la mera posibilidad de imponer pena que exceda de la competencia de los Juzgados de lo Penal, determina la atribución del asunto a la Audiencia Provincial (se contemplaba en la segunda un supuesto de delito continuado, con facultad agravatoria de la pena).

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

Respecto de la conspiración, proposición y provocación para cometer determinados delitos, la pena en abstracto a la que se atenderá para la incoación de juicio rápido no será la que establezca el delito matriz de que se trate sino la rebajada en uno o dos grados.

B) *Iniciación de la causa mediante atestado policial*

El artículo 795 exige, como segundo de los presupuestos para la incoación de las diligencias urgentes, que «el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial». Lo anterior es consecuente con el diseño que hace la Ley del proceso especial de juicio rápido, que parte de una actividad previa de la Policía Judicial a la cual atribuye el artículo 796 una serie de obligaciones que han de plasmar en un atestado específico y en la realización de citaciones coordinadamente con el Juzgado de guardia, todo ello en aras a facilitar y hacer posible la instrucción concentrada y acelerada en el Juzgado de guardia (art. 797).

Por ello, no todo atestado permitirá incoar diligencias urgentes. Sólo aquellos atestados que podríamos calificar de específicos, en tanto que en los mismos se hayan llevado a cabo las diligencias y las citaciones referidas en el artículo 796, serán válidos para incoar diligencias urgentes. La Policía Judicial –en ese sentido– tiene un inicial margen de decisión, a la vista de los hechos en que consista la infracción criminal, acerca de la conveniencia de elaborar un atestado en los términos del artículo 796. Por ello resulta conveniente que los Fiscales Jefes en los respectivos territorios valoren –en su caso– la posibilidad de impartir instrucciones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al objeto de delimitar con claridad los supuestos en que se estime precisa la elaboración de atestados conforme al artículo 796. Se trata, en definitiva, de incidir a través de dichas órdenes en la selección y determinación de los hechos que han de ser tramitados por diligencias urgentes, en aras a la búsqueda de la seguridad y la eficacia en la persecución de determinadas manifestaciones delictivas, siempre dentro de los términos establecidos legalmente en el artículo 795 y mediante su concreta, acertada y coordinada delimitación.

En todo caso –huelga decirlo– la valoración sobre la pertinencia de incoar diligencias urgentes –que corresponde en última instancia al Juez– no puede venir cerceada por el hecho de que la Policía Judicial haya entendido que los hechos no encajaban en el ámbito del juicio rápido y, en consecuencia, hubiere elaborado el atestado sin ajustarse específicamente a lo previsto en el artículo 796.

En tales casos será posible incoar diligencias urgentes siempre que pueda llevarse a cabo, pese a las posibles insuficiencias del atestado, la instrucción concentrada del artículo 797 y siguientes.

De lo expuesto se deduce, además, que no será posible incoar diligencias urgentes si el proceso penal se iniciara mediante querrela (los delitos privados, por ello, nunca pueden tramitarse por este procedimiento), mediante denuncia directamente presentada ante el órgano judicial, o *ex officio* mediante la deducción de testimonio de particulares ordenada por la autoridad judicial.

Si la denuncia se presenta ante el Ministerio Fiscal tampoco será posible incoar este procedimiento. Aun cuando el Fiscal puede ordenar a la Policía Judicial la práctica de determinadas diligencias, sin embargo la actuación del Ministerio Público

habrá de ser practicada en el seno de las Diligencias de Investigación Penal o de las Diligencias Informativas, reguladas en los artículos 773.2 LECrim. y 5 del EOMF, y habrá de concluir mediante una decisión de archivo o mediante la presentación de denuncia o de querrela ante el Juzgado, supuestos ambos que excluyen la incoación de diligencias urgentes.

C) *Puesta a disposición judicial del detenido o citación policial para comparecencia del denunciado ante el Juzgado*

Otro de los presupuestos para la incoación de diligencias urgentes (art. 795.1) es el de que junto con el atestado la Policía Judicial ponga al detenido a disposición del Juez de Instrucción de guardia o –de no haber persona detenida– cite a la persona que resulte denunciada en el atestado para comparecer en el Juzgado en el día y hora que se le señale, con apercibimiento de las consecuencias de su incomparecencia (art. 796.1.3.^ª).

Ciertamente la influencia de la Policía Judicial en la inicial determinación de las causas que pueden tramitarse como juicio rápido resulta aquí patente, pues basta con que la Policía en el atestado no lleve a cabo la citación del denunciado ante el Juzgado para entender que la causa habrá de seguir el cauce del abreviado.

La citación del denunciado ante el Juzgado se hará por la Policía Judicial de forma coordinada con el Juzgado de guardia. Dicha previsión se establece por el artículo 796.2 que remite dicha coordinación a los Reglamentos que sobre dicha materia dicte el Consejo General del Poder Judicial. En cumplimiento de dicha previsión se ha publicado el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se ha modificado el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a los servicios de guardia.

La cuestión adquiere enorme importancia y su observancia deberá ser vigilada por los señores Fiscales, ya que la decisión sobre el momento para la comparecencia del denunciado se convierte en relevante, máxime respecto de aquellos Juzgados en sistemas de guardia de veinticuatro horas, al atribuir competencia al Juzgado de Instrucción que en dicho instante se halle en funciones de guardia. Ciertamente el margen será mucho menor en el caso de puesta a disposición judicial del detenido ya que los plazos de la detención se convierten en el principal límite a la posible elección del Juez competente.

La falta de comparecencia del denunciado a la citación permitirá, por disponerlo así expresamente el artículo 797.1.3.^ª, que el Juez aplique lo previsto en el artículo 487 LECrim., es decir, que ordene directamente la detención del denunciado, sin necesidad de que previamente reitere la citación de comparecencia, convirtiéndola así en citación judicial. El artículo 797.1.3.^ª permite, pues, extender al desentendimiento de la citación policial esa reacción que, en todo caso no es obligada, sino facultativa.

Los atestados en que la persona denunciada, pese a estar perfectamente identificada, no haya sido localizada ni –por ello– detenida o citada personalmente ante el Juzgado, no podrán originar un juicio rápido.

D) *Concurrencia de alguno de los siguientes delitos*

Para la posible incoación de un juicio rápido es necesario que, además de los anteriores presupuestos, se trate de un hecho susceptible de ser incardinado en cualquiera de los siguientes delitos: delitos flagrantes; delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 153 del Código penal; delitos de hurto; delitos de robo; delitos de hurto y robo de uso de vehículos; delitos contra la seguridad del tráfico; y delitos

cuya instrucción sea presumible que será sencilla. Así lo exige el artículo 795.1 *in fine* 1.^ª a 3.^ª LECrim.

Se trata de una enumeración taxativa y cerrada –aunque alternativa– que pasamos a analizar separadamente:

a) *Delitos flagrantes*

El artículo 795.1.1.^ª ofrece un concepto legal de delito flagrante, retomando así con ligeras variantes el derogado concepto de flagrancia que ofreció el artículo 779 LECrim., redactado por la Ley 3/1967. La importancia del concepto legal sobrepasa el marco de delimitación de los juicios rápidos en tanto que servirá de pauta para la interpretación de determinados preceptos de nuestro ordenamiento que contienen referencias al delito flagrante (arts. 18.2 y 71.2 de la Constitución, y arts. 273, 490.2, 553 y 751 LECrim., entre otros).

Señala el artículo 795.1.1.^ª: «*A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.*»

Por tanto, el concepto de delito flagrante se satisface con las siguientes situaciones:

– Que el delincuente sea sorprendido en el momento de estar cometiendo el delito.

– Que el delincuente sea sorprendido cuando acaba de cometer el delito.

En ambos casos es preciso que sea detenido bien en el acto o tras una persecución que lleve a su detención sin solución de continuidad. Se excluyen los supuestos en que sea sorprendido durante la comisión del delito o cuando acaba de cometerlo pero logre darse a la fuga, aunque sea detenido instantes después.

– Que el delincuente sea detenido, después de la comisión de un delito, con efectos, instrumentos o vestigios que permiten presumir su participación en el mismo.

En los tres supuestos, aunque con menor intensidad en el tercero de ellos en tanto que no necesariamente existe un testigo ocular que relacione al detenido con el momento comisivo del delito o con su presencia en la escena del mismo –lo que sí sucede en los dos primeros supuestos–, existe una presumible facilidad para la investigación de los hechos. Ahora bien, debe repararse en que no siempre ocurrirá así; cabe pensar en supuestos de ilocalización del origen y propietario de los efectos hallados en poder del detenido o en casos de participación de terceros no detenidos y fugados en los que no sea posible fácilmente, sin su testimonio, establecer los hechos.

b) *Delitos relacionados en los apartados a) al e) del artículo 795.1.2.a*

Se incluye un listado de delitos en los apartados a) al e) del citado precepto que, como se dijo, son los siguientes: delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 153 del Código penal; delitos de hurto; delitos de robo; delitos de hurto y robo de uso de vehículos; y delitos contra la seguridad del tráfico.

La formulación de ese listado delictivo en modo alternativo a las circunstancias primera (delito flagrante) y tercera (sencillez en la instrucción) lleva a colegir que basta –en principio– con que el hecho punible de que se trate tenga inicial encaje en alguno de tales delitos para incoar diligencias urgentes.

Ahora bien, sin perjuicio de lo que luego se señalará más detenidamente, es perfectamente posible que –pese a tratarse de hechos delictivos incluidos en la precitada relación– desde el inicio se presenten o detecten determinadas circunstancias (por ejemplo que se acredite como imposible la culminación de la instrucción en el plazo legal de las diligencias urgentes o la inexistencia de todas las partes) que obliguen a la incoación directamente de diligencias previas.

Los delitos de lesiones, coacciones y amenazas se ven alcanzados por la limitación de que se cometan contra alguna de las personas comprendidas en el artículo 153 CP. Ello no quiere decir que en otros supuestos de comisión de alguno de estos delitos contra personas excluidas del círculo de protección del artículo 153 no pueda incoarse diligencias urgentes, pero esto sólo será posible entonces si la lesión, amenaza o coacción es flagrante o de sencilla instrucción.

Resulta oportuno destacar que el delito de violencia familiar habitual (art. 153 CP) presenta no pocas dificultades para su instrucción en el plazo del servicio de guardia. Ello se debe a varios factores reconducibles al diseño típico del artículo 153, que alberga numerosas cuestiones de acumulación de causas y de concursos de infracciones; a la necesidad de periciales médicas complejas, máxime aún en supuestos de violencia psíquica; y –en definitiva– a la circunstancia de tratarse de hechos que se prolongan en el tiempo, con los que se vulneran importantes derechos fundamentales no sólo de un sujeto sino, generalmente, de un círculo de perjudicados más amplio que el sujeto lesionado o golpeado, y en los que deben calibrarse muy detenidamente determinadas circunstancias –familiares, laborales, económicas, sociales, etc.– para incidir acertadamente en su resolución.

Con todo, la importancia de la tramitación de los hechos incardinables en la violencia familiar como diligencias urgentes de enjuiciamiento rápido, aun cuando posteriormente hubiere de entenderse que no son suficientes las diligencias practicadas –a tenor del artículo 798.2.2.º– y debiera ordenarse la transformación en diligencias previas del procedimiento abreviado, estriba en dos circunstancias –posibilidades y favorecidas por la regulación de las diligencias urgentes– que se reputan muy positivas:

– La absoluta conveniencia de una respuesta judicial inmediata, procurando una atención judicial a la víctima, que se ha decidido a denunciar los hechos, que no admita dilación alguna. Las diligencias urgentes cumplen dicho objetivo, pues en el propio servicio de guardia y con «*la participación activa del Ministerio Fiscal*» (art. 797.1) será posible y absolutamente conveniente que se proceda a recibir declaración al denunciado y a los denunciantes (art. 797.1. 3.º y 4.º) –siendo especialmente importante la posibilidad de valorar la conveniencia de preconstituir la prueba conforme al artículo 797.2 ante la eventualidad de futuras retractaciones–, que sean examinados por el médico forense tanto las víctimas como la persona denunciada (art. 797.1.2.b) y que se recaben cuantas otras diligencias se estimen oportunas (797.1.9.ª), ordenando así y aligerando la instrucción.

– La inmediata resolución sobre adopción de medidas cautelares en aras a dar protección a las víctimas. Ello aparece propiciado por la necesidad de celebrar en el servicio de guardia la comparecencia del artículo 798.1, siendo ésta una ocasión magnífica para extender dicha comparecencia a la alegación, prueba y valoración sobre medidas cautelares, tanto por el efecto pedagógico que para los maltratadores puede implicar la celebración de comparecencia en estos casos, como por la instauración de un momento específico y cronológicamente cercano a la denuncia para resolver sobre esta cuestión, y ello aunque la medida a adoptar sea, generalmente, alguna de las previstas en el artículo 544 bis LECrim. que no exigen comparecencia (a diferencia de la prisión y libertad con fianza) y son adoptables de oficio.

Respecto de los delitos de lesiones, no puede dejar de advertirse la aplicabilidad supletoria a las diligencias urgentes de la previsión contenida en el artículo 778.2 al disponer que: «*En los casos de lesiones no será preciso esperar a la sanidad del lesionado cuando fuera procedente el archivo o el sobreseimiento. En cualquier otro supuesto podrá proseguirse la tramitación sin haberse alcanzado tal sanidad si fuera posible formular escrito de acusación*».

c) *Delitos cuya instrucción sea presumible que será sencilla*

Junto a una lista expresa de delitos se concluye con una cláusula más amplia («*que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla*») que permite tramitar por juicio rápido cualquier delito que no sea de los anteriormente enunciados.

Para la determinación de qué ha de entenderse por hecho de sencilla instrucción habrán de ser tenidas en consideración dos circunstancias. *Primera*, relativa al tipo de diligencias de instrucción que hayan de ser practicadas: la actividad instructora en el marco de las diligencias urgentes implica la práctica de determinadas diligencias, algunas han de ser realizadas siempre (por ejemplo la declaración del imputado en condición de tal, art. 775) y otras sólo cuando ello «*fuere necesario para la calificación jurídica de los hechos imputados*» (conforme al art. 797.1.2.º LECrim.) o, en términos del artículo 780.2 en el procedimiento abreviado, cuando fueren «*diligencias indispensables para formular acusación*». *Segunda*, relativa al tiempo en que dichas diligencias han de ser practicadas: el artículo 799 establece un plazo para que la instrucción de las diligencias urgentes se lleve a cabo, plazo coincidente con el período del servicio de guardia del Juzgado de Instrucción, si bien ampliable en determinados casos por un período de otras 72 horas (art. 799.2). Igualmente en dicho plazo del servicio de guardia debe realizarse la comparecencia sucesiva y única regulada en los artículos 798 y 800 y adoptarse las resoluciones propias de la fase intermedia a que se refieren tales preceptos.

Pues bien –conjugando ambos criterios– estaremos ante un delito de sencilla instrucción siempre que se prevea, en atención al hecho y sus circunstancias, que será posible llevar a cabo dentro del plazo del servicio de guardia la práctica de las diligencias de instrucción necesarias para formular calificación, atendiendo a su número y a su complejidad, y que podrán llevarse a cabo igualmente los trámites procesales (comparecencia con las partes y resoluciones de la audiencia de los artículos 798 y 800) del enjuiciamiento rápido.

Por ello, determinadas infracciones –aún no recogidas en el listado del apartado 2.º del artículo 795.1– tales como desobediencia, daños, tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, resistencia, atentado, etc., podrán –en determinados casos– tramitarse a través de las diligencias urgentes.

E) *Influjo de las reglas de la conexidad delictiva en la delimitación del procedimiento*

En el artículo 795.2 se señala: «*El procedimiento regulado en este título no será de aplicación a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que fueren conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior*».

Del tenor del precepto se desprende:

a) En caso de que existan dos o más delitos conexos y todos ellos estuvieren integrados dentro del ámbito aplicativo del artículo 795, habrá de incoarse diligencias urgentes para la instrucción y enjuiciamiento de todos ellos. Es posible, pues, que a través del juicio rápido se conozca de más de un delito. Lo anterior es congruente asimismo con lo dispuesto en el artículo 801.1.3.º que, al regular la confor-

midad especial, prevé como posible la imposición de varias penas privativas de libertad, lo que puede venir motivado por la existencia de varios delitos. Además, será posible aplicar supletoriamente lo dispuesto en el artículo 762.6.^a para el procedimiento abreviado, consistente en la posible formación de piezas separadas para enjuiciar los distintos delitos conexos, siempre que todos sean propios del juicio rápido.

b) Si alguno de los delitos conexos estuviera fuera del ámbito del artículo 795, –debiendo ser tramitado por el procedimiento abreviado, por procedimiento ordinario o ante el Tribunal del Jurado– ese delito impedirá la incoación de diligencias urgentes tanto para sí como para los demás conexos; es decir, arrastrará a los otros conexos, aun siendo propios del ámbito del juicio rápido, al procedimiento que proceda (ordinario, abreviado o jurado, con arreglo en este último caso a lo dispuesto en la Circular 3/1995 de la Fiscalía General y en el artículo 5 de la Ley 5/1985). La específica previsión del artículo 795.2 para los delitos conexos impide que, en este caso, pueda optarse por separar los delitos conexos –aun cuando con ello no se rompa la continuidad de la causa– para tramitar mediante juicio rápido los incardinables en el artículo 795.1 y enjuiciar separadamente los demás.

F) *Carácter no secreto de las actuaciones*

El artículo 795.3 dispone: «No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302».

Este precepto resulta congruente con la tramitación concentrada y rápida de las fases de instrucción e intermedia, que no podrían llevarse a cabo sin merma de los derechos de defensa si se tratara de actuaciones declaradas secretas.

3. JUICIOS RÁPIDOS Y AFORAMIENTOS

De los límites punitivos señalados en el artículo 795.1 como *pena en abstracto* se desprende que los juicios rápidos se instruyen por el Juez de Instrucción de guardia y se enjuician ante el Juez de lo Penal, quien dictará sentencia (salvo la sentencia de conformidad que compete al Juez de Instrucción conforme al art. 801).

Partiendo de ello ha de analizarse seguidamente si es posible seguir este procedimiento para aquellos delitos en que concurren los requisitos señalados en el artículo 795, y que por haber sido cometidos por personas aforadas han de ser instruidos por un órgano distinto al Juez de Instrucción de guardia o enjuiciados ante órgano distinto del Juez de lo Penal.

Si el aforamiento implica –según prevé la LOPJ en sus artículos 57.2, 61.2 y 73.4– que la actividad de instrucción de la causa se lleve a cabo por un Magistrado del Tribunal que habrá de ser designado a tal efecto y que no podrá formar parte de la Sala de enjuiciamiento (supuestos de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala 2.^a del Tribunal Supremo y Sala Especial de su art. 61) la dinámica operativa establecida en los artículos 303 y 309 LECrim. no es coherente con las previsiones de celeridad y los breves plazos establecidos en los artículos 797 y ss., pensados para un Juez de Instrucción de guardia que conoce inmediatamente y con plenitud de poderes del atestado que le es remitido por la Policía Judicial y que debe resolverlo en el período de la guardia. Debe negarse, por todo ello, la posibilidad de tramitar causas contra aforados ante dichos Tribunales por el procedimiento de las diligencias urgentes.

Si el aforamiento únicamente consiste en la alteración del órgano enjuiciador (lo que sucede, por ejemplo, en los delitos cometidos por miembros de Fuerzas y Cuer-

pos de Seguridad, en los que la instrucción compete al Juez de Instrucción y el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial, a tenor del art. 8.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, tras la STC 55/1990) la cuestión resulta más compleja. En principio, las previsiones de instrucción concentrada ante el Juez de guardia son perfectamente observables. La única diferencia radica en la necesidad –concluida la instrucción– de señalar (art. 800.3) el juicio oral ante la Audiencia Provincial. La incoación de juicio rápido no puede ser negada por el mero hecho de que la Audiencia Provincial no sea el órgano encargado de enjuiciar los juicios rápidos (tampoco lo es el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia en el procedimiento ordinario o en el abreviado y no por ello se niega la posibilidad de incoación de estos procedimientos en causas contra aforados ante dichos Tribunales: la competencia *ratione personae* lo permite). Ahora bien, sí que es preciso reconocer la existencia de una dificultad meramente operativa y no insalvable, que no estimamos suficiente para negar tajantemente la posibilidad de celebración de juicio rápido en estos casos, y que radica en la previsión del artículo 800.3, párrafo 1 que, al establecer la obligación del CGPJ de dictar Reglamentos para la coordinación de señalamientos de juicios rápidos, lo hace en relación exclusivamente a los Juzgados de lo Penal (en concordancia con el art. 800 que atribuye a estos órganos la competencia para conocer del juicio oral). No obstante, no parece que pueda existir dificultad en el Juez de Instrucción, pese a no contar con previsión reglamentaria de coordinación con la Audiencia Provincial, en establecer contacto con dicha Audiencia para procurar el señalamiento del juicio en el plazo legal –antes de 15 días– del artículo 800.3 LECrim., máxime en atención al carácter absolutamente infrecuente de este tipo de procedimientos.

4. INCOACIÓN DE LAS DILIGENCIAS URGENTES Y TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Cuando concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 795, que han sido analizados en los apartados anteriores, el Juez de Instrucción en servicio de guardia, *«tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes»*, según señala el artículo 797.1 LECrim.

Ahora bien –en lo que nos importa esencialmente– a los efectos de valorar la procedencia de la incoación de diligencias urgentes, los señores Fiscales no habrán de atender exclusivamente al carácter sencillo o no de la instrucción. En principio, la inicial tipificación del hecho punible entre alguno de los delitos del listado del artículo 795.1.2.^a o su consideración como flagrante ha de motivar la incoación de diligencias urgentes, parezca o no sencilla la instrucción del mismo. El legislador ha querido que por todo hurto, por toda lesión entre los parientes del artículo 153, por todo robo, por todo delito flagrante, etc., sea o no sencillo, se incoen diligencias urgentes. Se ha preferido que la instrucción de determinados delitos, aun no siendo sencilla, se lleve a cabo –cuando ello sea posible– en el período del servicio de guardia.

Se ha buscado –de propósito– un ámbito de aplicación inicialmente rígido de este procedimiento, por contraposición al modelo anterior de juicios rápidos cuya aplicación dependía de la decisión favorable sucesiva del Juez de Instrucción, del Fiscal y nuevamente del Juez, tal y como se desprendía del tenor de los derogados artículos 790.1 y 790.6 LECrim., que empleaban criterios muy abiertos para la decisión: *«... tan pronto –rezaba el artículo 790.1– como el Juez de Instrucción considere que existen elementos suficientes para formular la acusación (...) el Ministerio Fiscal, en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o aseguramiento de su puesta a disposición judicial, presentará en el acto su escrito de acusación...»*. El artículo 790.6 continuaba: *«El Juez de Instrucción, si estimara justificada la solicitud prevista...»*.

La razón del legislador para la elección de este sistema, tan radicalmente opuesto a las anteriores modalidades de juicio rápido, se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, en la cual –tras criticarse en relación al modelo anterior «... la insuficiente concreción de las circunstancias y los delitos que podrían dar lugar a la incoación de este procedimiento...»– puede posteriormente leerse: «... que se trate de alguno de los delitos comprendidos en un elenco tasado, en el que incluyen hechos cuya investigación ha de resultar en principio sencilla, aun no siendo flagrantes, o hechos con especial incidencia en la seguridad ciudadana, o que repugnan gravemente a la conciencia social como es el caso de los supuestos de violencia doméstica». Por tanto, aun sin ser sencilla la instrucción, la especial incidencia en la seguridad ciudadana de los delitos contra la propiedad y la grave afectación de la conciencia social en las manifestaciones delictivas de violencia doméstica, sirven de apoyo al legislador para dar una respuesta punitiva a través de las diligencias urgentes, tratando de llevar a cabo un enjuiciamiento rápido de tales hechos, salvo que determinadas razones –que habrán de ser explicitadas en el auto de conversión en procedimiento abreviado– impidan la continuación del enjuiciamiento rápido.

Ahora bien, esa inicial taxatividad en el sistema de incoación de las diligencias urgentes se flexibiliza por el legislador de dos modos:

a) *La cláusula «si procede» del artículo 797.1*

La inicial decisión de incoación no puede ser completamente automática. Se confiere al Juez un margen valorativo, expresado en el artículo 797.1 con la alocución «incoará, si procede, diligencias urgentes». Razones de economía procesal, de justicia, de operatividad en definitiva, entre otras, se hallan en el fondo de esa expresión.

Con base en ello el Juez no incoará diligencias urgentes, pese a darse en abstracto los presupuestos del artículo 795, cuando en su inicial valoración se aprecien absolutamente determinadas circunstancias que permitan *a priori* detectar que no será posible bien la celebración de la instrucción concentrada en el servicio de guardia o bien el enjuiciamiento rápido. Razones de economía procesal aconsejan, de ser ello así, la incoación directa del procedimiento oportuno.

En ese sentido, cabe señalar –por vía de ejemplo– que no procederá la incoación de diligencias urgentes en casos en que sea evidente *a priori* la imposibilidad de practicar la instrucción concentrada durante el tiempo de la guardia (v. gr.: el lesionado se halla en condiciones que impiden su toma de declaración, no es posible un diagnóstico del alcance de su lesión, el robo presenta una enorme complejidad de partícipes y de hechos, es preciso esperar a diligencias probatorias imposibles de obtener en plazo, etc.), o la existencia de circunstancias que aconsejan dilatar el enjuiciamiento (sólo uno de los dos autores ha sido detenido hallándose identificado el otro y resultando absolutamente procedente el enjuiciamiento conjunto para el completo y veraz conocimiento de los hechos) o que desdibujan la finalidad de la tramitación de juicio rápido (atestado levantado por hechos cometidos hace años).

En fin, expuestas esas circunstancias –sin ánimo exhaustivo– y sin posibilidad de reseñar todas las posibles y variadas causas que pueden determinar la no incoación de diligencias urgentes, parece oportuno resaltar que la interpretación de las mismas ha de llevarse a cabo en términos restrictivos. Igualmente, que en el auto de incoación de otro procedimiento habrán de explicitarse las razones para la no incoación de diligencias urgentes cuando concurren, en abstracto, los presupuestos del artículo 795.

b) *La cláusula de conversión de las diligencias urgentes en diligencias previas*

El artículo 798.2.2.º permite, una vez ya incoadas diligencias urgentes y si la instrucción concentrada no hubiera podido llevarse a cabo en tiempo (bien porque sin

ser sencilla no se ha podido culminar durante el servicio de guardia o porque siendo sencilla inicialmente se ha complicado después), que las partes puedan interesar del Juez, en la comparecencia única de la fase intermedia que disciplina el artículo 798, la conversión del procedimiento en diligencias previas del procedimiento abreviado por reputar insuficientes las diligencias practicadas en la instrucción concentrada.

Ahora bien, esa posibilidad de transformación de las diligencias urgentes en diligencias previas se residencia en un momento concreto –la comparecencia del artículo 798– y por una razón también muy precisa –la insuficiencia de las diligencias practicadas para formular acusación.

Sin perjuicio de lo anterior, debe apuntarse también la posibilidad de que durante la instrucción concentrada se alteren, precisamente a consecuencia del resultado de las diligencias practicadas, los términos en que inicialmente se presentaba el objeto de la causa. Así, será perfectamente posible que el atestado inicialmente levantado por un delito de estafa simple y que originó unas diligencias urgentes, se evidencie a raíz de la instrucción que debe ser reputado un supuesto de estafa con encaje en alguna de las modalidades agravadas del artículo 250, lo que, por razón de la pena en abstracto que lleva aparejada, determina la necesaria exclusión del juicio rápido como cauce de su enjuiciamiento. En todos estos casos, cuyos ejemplos podrían ser numerosos, debe ser admitida la posibilidad de que en cualquier momento de la tramitación de las diligencias urgentes, sin esperar a la comparecencia del artículo 798, pueda el Juez (de oficio o a instancia de parte) dictar auto de conversión del procedimiento, procediendo así –en aplicación supletoria y analógica del artículo 760– a transformar las diligencias urgentes en el procedimiento adecuado –que generalmente será el de las diligencias previas del procedimiento abreviado, pero no siempre.

Por tanto, de lo expuesto cabe concluir que se ha diseñado un sistema tasado de incoación de juicio rápido: determinados delitos por sí, salvo que inicialmente se advierta una imposibilidad total, dan lugar a diligencias urgentes. Sólo cuando de las diligencias practicadas se evidencie que el objeto del proceso no es propio del juicio rápido o cuando no hayan podido llevarse a cabo las diligencias necesarias para la calificación durante el servicio de guardia, se transformará el procedimiento. Y aún así, en este último caso, el Juez de Instrucción (art. 798.2.2.º) habrá de «señalar motivadamente cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible».

III.II. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos

1. EL PROTAGONISMO DE LA POLICÍA JUDICIAL EN LA TRAMITACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES

Ha querido el legislador que el principio de celeridad que informa la regulación del procedimiento rápido inspire también la práctica de las diligencias de carácter preprocesal. De ahí que el Título III del Libro IV, tras determinar en el primero de sus capítulos el ámbito de aplicación reservado al nuevo procedimiento, destine el Capítulo II a la regulación de aquellas actuaciones que han de ser llevadas a cabo por la Policía Judicial.

Acaso resulte innecesario resaltar el carácter no jurisdiccional de las diligencias a que alude el legislador, pues se trata –como expresa el epígrafe que rotula el mencionado Capítulo II– *de las actuaciones de la Policía Judicial*.

Sin embargo, la importancia de una coordinada práctica de aquéllas puede llegar a condicionar el éxito o el fracaso del nuevo modelo procesal. La reforma adjudica a

la Policía Judicial una labor inicial de la que dependerá, en no pocos casos, el adecuado desarrollo del proceso propiamente dicho.

Esta idea constituye un punto de partida clave para entender el alcance de la reforma. El papel activo que por definición corresponde a la Policía Judicial, claramente presente en la regulación histórica de la LECrim., adquiere ahora un dinamismo inédito respecto de otros modelos de procedimientos. De hecho, asume una función esencial como instrumento de cooperación a la hora de hacer posible la presencia de las personas que han de comparecer ante el Juzgado de guardia. Así, por ejemplo, ha de citar al denunciado cuya detención no proceda (art. 796.1.3), también a los testigos, ofendidos y perjudicados por el hecho denunciado (art. 796.1.4) y a los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades civiles que pudieran exigirse en el proceso (art. 796.1.5.º).

Es propósito del legislador conferir a la Policía Judicial una mayor iniciativa en la práctica de aquellos actos de investigación pericial, referidos a sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente y que, por razón de su urgencia, no permitan la espera del resultado del Instituto de Toxicología, Instituto de Medicina Legal o laboratorio correspondiente (art. 796.1.6 *in fine*). Con idéntico criterio de celeridad, se faculta a la Policía Judicial para requerir la presencia del perito tasador que haya de examinar y emitir informe acerca de algún objeto cuando no fuera posible la remisión al Juzgado de guardia (art. 796.1.8).

El apartado 2 del artículo 796 impone un deber legal de coordinación entre los correspondientes servicios del Juzgado de guardia y la Policía Judicial, a fin de fijar de forma ordenada los días y horas para las comparecencias exigidas legalmente. Al propio tiempo, hace descansar en el Consejo General del Poder Judicial, mediante la aprobación de los Reglamentos oportunos, la ordenación de los servicios de guardia, con el objetivo de hacer realidad la indispensable coordinación.

Las novedades del procedimiento y el protagonismo decisivo que la reforma confiere a la Policía Judicial no afectan a las facultades que el artículo 126 de la Constitución concede al Fiscal respecto de la Policía Judicial para el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Queda también intacta la capacidad del Fiscal para dictar instrucciones en los términos descritos por los artículos 283 y 287 LECrim. Y esta idea inspira –como no podía ser de otro modo– la previsión del artículo 773, que en su nueva redacción autoriza al Fiscal a dar a la Policía Judicial «... instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones».

Sin embargo, representaría un error entender que el ejercicio de esas funciones puede llevarse a cabo de forma descoordinada y ajena a los mecanismos que puedan ponerse en práctica para facilitar la relación entre la Policía Judicial y los servicios del Juzgado de guardia. En definitiva, los miembros del Ministerio Fiscal habrán de sumar sus esfuerzos profesionales, en el ámbito funcional que les es propio, a la tarea coordinada que han de desplegar el órgano jurisdiccional y la Policía Judicial. Se trataría, en fin, de desarrollar una actividad convergente, nunca en paralelo, a la que puedan realizar otros protagonistas del proceso. De acuerdo con esta idea –siempre que las circunstancias lo permitan y en aquellos casos en que la naturaleza del hecho lo aconseje– el Fiscal podrá impartir a la Policía Judicial las instrucciones específicas que tengan por objeto resaltar aquellas diligencias que cobren especial significado para el juicio de tipicidad del hecho denunciado. Con carácter general, los miembros del Ministerio Fiscal conservan las facultades de dirección de la Policía Judicial, mas el ejercicio de aquéllas habrá de acomodarse al nuevo marco procedimental, en el que el tiempo y la iniciativa institucional a cargo de la policía cobran tanto significado.

2. LA DENUNCIA INTERPUESTA ANTE EL MINISTERIO FISCAL

La vigencia de la Ley 38/2002 conduce a un renovado modelo al que habrán de adaptarse las relaciones institucionales que la investigación y enjuiciamiento de todo hecho punible pueden llegar a propiciar. Desde este punto de vista, es posible cuestionarse el tratamiento jurídico que hayan de recibir aquellos casos en que cualquier ciudadano interponga una denuncia ante alguno de los órganos o adscripciones permanentes del Ministerio Fiscal.

Nada dicen al respecto los artículos que la Ley 38/2002 dedica al procedimiento rápido. Sin embargo, la lectura del artículo 795.1, así como el examen de los trabajos parlamentarios que dieron vida a la reforma, conducen a una conclusión bien clara, esto es, a la consideración del atestado policial como un presupuesto formal sobre el que se hace descansar la aplicación del nuevo procedimiento. Entre los requisitos que definen su ámbito de aplicación, se incluye que «... el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial».

Esa exigencia formal no afecta a la aplicación de otros preceptos de la LECrim. que, como es lógico, siguen conservando su vigencia y legitiman la interposición de la denuncia en la sede de la propia Fiscalía. De acuerdo con esa idea, la denuncia podrá seguir siendo presentada ante el Ministerio Fiscal, pues así lo autorizan los artículos 269 y 773 de la LECrim. y 5 del EOMF. Sin embargo, una remisión de lo actuado por el Fiscal al Juzgado de guardia para su tramitación como juicio rápido, podría originar una resolución jurisdiccional de rechazo al no tener las diligencias practicadas por el Fiscal la consideración de atestado (cfr. arts. 292, 293 y 795.1 LECrim.).

El Fiscal conserva, claro es, su facultad de practicar diligencias de investigación al amparo de lo previsto en los artículos 5 del EOMF y 773.2 de la LECrim. Este último precepto le autoriza a ordenar a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes en el mismo. No parece fácil impedir que un elemento tan aleatorio como el lugar elegido por el ciudadano para transmitir la *notitia criminis* pueda llegar a resultar determinante de uno u otro modelo de procedimiento. La voluntad legislativa es clara y la arquitectura formal del procedimiento previsto para el nuevo modelo impone que sea el atestado –no las diligencias de investigación del Fiscal– el que integre el primero y decisivo punto de partida para la incoación del juicio rápido.

3. LA INNECESARIA EXHAUSTIVIDAD DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN POLICIAL Y LA DECLARACIÓN DEL DETENIDO COMO EXIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE CONTRADICCIÓN Y DEFENSA

El epígrafe que da título al Capítulo II que está siendo objeto de comentario –*De las actuaciones de la Policía Judicial*–, puede sugerir un equívoco que ha de ser descartado. En efecto, la enumeración que el artículo 796 LECrim. contiene, referido a aquellas actuaciones que han de practicarse en sede policial, no puede concebirse como una enumeración cerrada. El legislador se ha ocupado tan sólo de aquellas diligencias que aconsejan una adaptación de su formato tradicional al principio de celeridad que impregna la nueva regulación. Sin embargo, no afecta al régimen general previsto para otras diligencias que no han sido objeto de tratamiento específico en aquel precepto. Así lo indica con claridad el propio texto legal cuando anuncia que tales diligencias habrán de ser practicadas «... sin perjuicio de cuanto se establece en el Título III del Libro II y de las previsiones del capítulo II del Título II de este libro...» (art. 796.1).

Pese a todo, la innecesariedad de agotar en la instancia policial todas y cada una de las diligencias que sugiera el hecho denunciado, parece derivarse de dos datos fun-

damentales. En primer lugar –así lo da a entender con claridad el legislador– que en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 796.1 parece agotarse el deber de la policía en la citación del denunciado, de los testigos, ofendidos y perjudicados, así como de las entidades aseguradores, para que comparezcan ante el Juzgado de guardia. También abona esa idea la propia filosofía que inspira el nuevo procedimiento, en el que la fase de investigación se reduce a la búsqueda de los elementos esenciales para conocer el alcance jurídico penal de los hechos denunciados y, a partir de ahí, decidir acerca de la apertura o cierre de la fase de juicio oral.

Sin embargo, por más celeridad y dinamismo que quiera atribuirse a esta fase preprocesal, existe un acto indispensable que, pese a la falta de explicitud legal en este aspecto, sigue siendo decisivo. Se trata de la declaración del detenido en dependencias policiales, cuya práctica representa la expresión irrenunciable de la vigencia de los valores constitucionales de contradicción y defensa. Todo ello, claro es, sin perjuicio del derecho de todo detenido a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, a manifestar que sólo declarará ante el Juez, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (cfr. art. 520.2.a y b LECrim.).

4. LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DEL FISCAL EN LA PRÁCTICA DE LAS «DILIGENCIAS URGENTES» ANTE EL JUZGADO DE GUARDIA

El artículo 797 se ocupa de precisar el contenido ordinario de las diligencias urgentes, teniendo éstas un evidente carácter jurisdiccional y respecto de las cuales la Ley 38/2002 impone al Fiscal una participación activa.

No sobra recordar que la originaria proposición de Ley exigía que las diligencias urgentes en el Juzgado de guardia se practicaran «*en presencia en todo caso del Ministerio Fiscal*» (art. 797), pero el legislador ha preferido una expresión más abierta y habilitante de otras soluciones: la *participación activa*.

Tal participación supone otros cauces distintos de la presencia física, pues lo contrario conduciría a cegar la posibilidad de intervención del Ministerio Público en algunos supuestos.

Ello no debe entenderse como una regla general, sobre todo en capitales de provincia o en ciudades dotadas de adscripción permanente de la Fiscalía. No obstante, en partidos judiciales en los que no existe deber de residencia del Fiscal, la utilización de medios tecnológicos puede en ocasiones llegar a convertirse en la única forma de conseguir la participación activa requerida por la Ley.

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

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

La propia naturaleza del procedimiento rápido impone, ahora más que nunca, que la actividad del Fiscal se caracterice por su proximidad y dinamismo en la práctica de las diligencias urgentes. La premura de los plazos previstos para el desarrollo de los actos procesales que integran la fase de investigación y la aceleración con que se encadenan las sucesivas fases del procedimiento, imponen una reforzada labor institucional a fin de contribuir a que el principio de celeridad que informa el nuevo modelo, se ponga al servicio del derecho a un proceso con todas las garantías.

En consecuencia, y siempre que ello resulte factible, las diligencias esenciales de la investigación deberán contar con la proximidad del Ministerio Público, salvo que el Fiscal Jefe considere ponderadamente que la disponibilidad de medios personales y materiales la hacen imposible.

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

Conviene dejar claro que la presencia física del Fiscal no constituye un presupuesto para la validez del acto procesal de que se trate. Quiere ello decir que en aquellas ocasiones en que el Fiscal no pueda comparecer personalmente a la práctica de alguna de las diligencias urgentes a tramitar en el Juzgado de guardia, habrá que tomar conocimiento de lo actuado de una forma distinta a la deseable con carácter general. Es aquí donde el valor de las nuevas tecnologías en el proceso penal puede llegar a desempeñar un papel clave para hacer realidad las previsiones del legislador.

En este sentido conviene tener en cuenta las previsiones del Proyecto de Ley de modificación del EOMF, aprobado por el Consejo de Ministros el 8 de noviembre de 2002, hoy en fase de tramitación parlamentaria, cuyo artículo 3 *in fine* dispone que:

«Con carácter general, la intervención del Fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate».

Cualquier género de comunicación telefónica o telemática entre el Fiscal y el Juzgado de guardia, que permita una real toma de contacto y una adecuada ponderación del contenido de las diligencias, puede llegar a ser suficiente. Está fuera de dudas que en tales casos –sólo explicables por la excepcionalidad de las circunstancias– los señores Fiscales habrán de hacer más intensa, si cabe, su función de vigilancia de las garantías del proceso. Su ausencia física, aun cuando llegue a convertirse en presencia jurídica mediante el empleo de nuevas tecnologías, nunca podrá implicar una merma de aquellos principios estructurales y derechos cuya vigencia es requerida para la validez de los actos procesales.

5. LA AUDIENCIA DEL MINISTERIO FISCAL SOBRE EL DESENLACE PROCESAL DE LAS DILIGENCIAS URGENTES Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

Una vez practicadas las diligencias urgentes que resulten indispensables para determinar la naturaleza del hecho y la posible responsabilidad de los partícipes, el artículo 798 exige del Juez que oiga a las partes personadas y al Ministerio Fiscal acerca de dos extremos concretos que el precepto enumera:

a) La procedencia sobre alguna de las resoluciones previstas en el artículo 798.2, apartados 1 y 2; b) solicitud de medidas cautelares frente al imputado o –en su caso– frente al responsable civil.

6. EL INFORME SOBRE LA PROCEDENCIA DE CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO RÁPIDO

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

Si bien se mira, ninguna de esas decisiones encierra novedad respecto del sistema vigente. Sí existe, en cambio, un nuevo modelo de tramitación en aquellos otros casos en que el análisis de lo actuado en la fase inicial de las diligencias urgentes, sugiera la conveniencia de continuar el procedimiento por el cauce que diseñan los artículos 800 y ss. de la misma LECrim.

En tales supuestos, a la vista de la literalidad del artículo 798, lo que se pide del Fiscal es que emita un informe que sirva de base a la resolución que ha de dictar el Juez de Instrucción acerca de la suficiencia o insuficiencia de las diligencias practicadas. Nótese que el régimen jurídico fijado por este precepto puede parecer diferente al que establece con carácter general para el procedimiento abreviado el artículo 780.2 LECrim. En este último caso –procedimiento abreviado– el legislador hace recaer expresamente en el Fiscal la decisión sobre la suficiencia o insuficiencia de las diligencias esenciales para la tipificación de los hechos y la determinación de su autor, de suerte que podrá instar con carácter previo la práctica de aquellas diligencias que estime indispensables para formular la acusación, en cuyo caso «... acordará el Juez lo solicitado».

No obstante el tenor literal del artículo 798, tales aparentes diferencias quedan desdibujadas si se tiene en cuenta la aplicabilidad supletoria de primer grado que poseen las normas del procedimiento abreviado en los juicios rápidos (art. 795.4 LECrim.). Ello permitirá al Fiscal exponer su criterio acerca de la posible insuficiencia del material probatorio recogido para formular una acusación acorde con los principios constitucionales.

Pese a ello, puede ocurrir que el Juez no sólo discrepe del criterio del Fiscal, sino que llegue incluso a ordenar seguir el procedimiento, sin que quepa recurso alguno contra tal decisión (art. 798.2.1). En esos casos, pueden plantearse importantes problemas prácticos.

Tal resolución judicial desdibujaría el genuino sentido del principio acusatorio, en la medida en que sería el Juez quien decidiera el *cuándo* de la acusación y quien extendiera su cometido a determinar si se han reunido los elementos precisos para que el Fiscal asuma lo que debiera ser, con autonomía funcional, su genuino papel procesal.

Está fuera de dudas que la decisión sobre la pertinencia de cualquiera de los medios de prueba o actos de investigación que pueda instar el Fiscal, ha de incumbir al Juez, pues en eso consiste precisamente la garantía jurisdiccional durante la fase de

investigación. Sin embargo, sería deseable proporcionar un tratamiento diferenciado entre lo que podría considerarse el *juicio de pertinencia* y el *juicio de suficiencia*. El acopio de los elementos precisos para fundar la acusación por un delito determinado nada tiene que ver con el debate acerca de la procedencia o improcedencia de un concreto acto procesal de investigación. Al órgano jurisdiccional incumbe evitar cualquier petición de diligencias que resulten innecesarias, inútiles o impertinentes. Pero se corre el riesgo de que, queriéndose evitar –en aras a la celeridad– lo improcedente, se obligue al Fiscal a defender lo insuficiente.

En la práctica, no faltarán casos en que el Juez de Instrucción haga suyo el criterio del Fiscal y concluya con éste la insuficiencia de las diligencias practicadas, ordenando que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado, dando así tiempo a la práctica de los actos de investigación precisos para formular acusación (cfr. art. 798.2.2). Sin embargo, en aquellas ocasiones en que no se produzca esta coincidencia valorativa, el Fiscal deberá asegurarse de la constancia en acta de su petición de diligencias.

Si el Fiscal estima fundadamente que el hecho ha de ser objeto de enjuiciamiento, podrá formular, en el momento oportuno, la correspondiente acta de acusación (art. 800.2). El carácter irrecorrible de la decisión del Juez puede llegar a imponer ese desenlace. En tales casos, la oportuna protesta del Fiscal por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 de la Constitución), permitirá, bien en el turno de intervenciones (art. 786.2), bien en el momento de la impugnación de la sentencia (art. 790.2), reproducir sus alegaciones acerca de la quiebra de las garantías que asisten al Fiscal en el momento de hacer valer sus pretensiones.

Al margen de esa ocasional fuente de discrepancias interpretativas acerca de los actos de investigación necesarios para conferir a la pretensión del Fiscal consistencia jurídica, lo cierto es que los señores Fiscales habrán de optar en todo caso por aquella solución que mejor se adapte al espíritu que informa el nuevo procedimiento. Así, por ejemplo, habrán de huir de la rutinaria petición de diligencias de investigación perfectamente prescindibles y que, en no pocos casos, se limitan a una formalidad que nada aporta a la indagación de los perfiles jurídicos del hecho denunciado. La experiencia indica que buena parte de los actos de investigación que se practican ante el Juez de Instrucción –muchas veces a su propia iniciativa– no son sino actos procesales de claro tinte burocrático y que podían haber reservado su genuino significado jurídico para el momento ulterior del juicio oral, convirtiéndose en un verdadero acto de prueba a apreciar con inmediatez por el órgano decisorio.

7. LA PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El informe del Fiscal acerca del impulso procesal que hayan de tomar las diligencias urgentes, irá acompañado, en función de los casos, de una petición de medidas cautelares frente al imputado o, en su caso, frente al responsable civil (art. 798.1).

Es indudable que la petición de medidas cautelares privativas o restrictivas de libertad no puede ajustar su procedencia a reglas estereotipadas, ajenas a la particular dimensión de cada uno de los hechos investigados y a las singulares circunstancias del imputado. Serán en todo caso las normas que disciplinan el alcance de las medidas cautelares personales las que deban actuar como pauta de valoración. Sin embargo, no se puede ocultar que la aprobación del nuevo modelo de procedimiento, con la previsible celebración del juicio oral en los días inmediatamente posteriores al momento de la detención, introduce un elemento a ponderar a la hora de calibrar la justificación de cualquier medida que incida cautelarmente sobre la libertad personal del sospechoso.

El trámite contenido en el artículo 798 confiere también al Fiscal una oportunidad única para hacer valer uno de sus cometidos esenciales, a saber, la protección de las víctimas. De ahí que la posibilidad legal que se ofrece en ese momento de instar medidas cautelares reales, orientadas a asegurar la reparación futura del daño causado a la víctima por el delito, no puede ser desaprovechada. Es conveniente, pues, que los señores Fiscales cuiden de modo especial la puesta en marcha de aquellas cautelas que, en el momento de la ejecución, puedan hacer más efectiva la reparación de la ofensa inherente al delito.

8. LA SOLICITUD DE APERTURA DEL JUICIO ORAL Y FORMULACIÓN DEL ACTA DE ACUSACIÓN

Una vez que el Juez de Instrucción ha oído al Fiscal y a las partes acerca del desenlace que haya de atribuirse a las diligencias urgentes ya practicadas, si aquél estima que ha de continuar el procedimiento por los trámites previstos en el artículo 800, habrá de acordarlo así, haciéndolo mediante un auto que, como ya es sabido, resulta irrecurrible.

Inmediatamente después la Ley 38/2002 prevé una concentrada fase intermedia o juicio de acusación, descrita en el artículo 800 antes citado, conforme al cual, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para que, en todo caso, soliciten o se ratifiquen en lo ya solicitado respecto de las medidas cautelares.

La expresión empleada por el legislador en el primer inciso del artículo 800.1 («... en el mismo acto»), avala la idea de la celebración de este momento procesal en unidad de acto respecto del debate que cronológicamente le precede acerca de la continuación del procedimiento. Bien es cierto que la lectura del precepto que nos ocupa y su relación con el contenido de los artículos 798 y 799 podrían autorizar una interpretación con arreglo a la cual la unidad de acto estaría referida al momento de la emisión del dictamen por el Fiscal y las restantes partes y no al contenido de la audiencia. Sin embargo, está fuera de dudas que la celebración en una única comparecencia del debate acerca del curso que haya de darse al procedimiento y –en su caso– de la procedencia de apertura de juicio oral, puede considerarse un ideal puesto al servicio del principio de celeridad que informa el procedimiento. En consecuencia, los señores Fiscales harán cuanto esté a su alcance para que su disponibilidad y, por supuesto, la ponderación y análisis de las diligencias, se adapten a la posibilidad real de que ambas secuencias procesales se celebren en una única audiencia.

La petición del Fiscal relativa al sobreseimiento o a la apertura del juicio oral, se halla sometida al control jurisdiccional previsto en los artículos 782 y 783.1 LECrim., de cuyo alcance se trata en esta misma Circular.

Si el Juez estimara precedente la apertura del juicio oral, lo declarará así mediante auto –que podrá adoptar la forma oral, sin perjuicio de su debida motivación y constancia– que no será susceptible de recurso alguno (art. 800.1).

9. EL ACTA DE ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. LA FORMULACIÓN ORAL DE LA PRETENSIÓN ACUSATORIA

Si el Juez de Instrucción ha estimado pertinente la apertura del juicio oral, la presentación del acta de acusación del Ministerio Fiscal diversifica su régimen jurídico en atención a que se haya o no personado en la causa acusación particular. En puridad, tal criterio para la determinación de una u otra opción procedimental no deja de ser llamativo, dada la trascendencia que se confiere a una circunstancia contingente que –sin embargo– llega a afectar a la forma de la acusación pública. En el prime-

ro de los casos –si no se hubiere constituido acusación particular– el escrito de acusación del Ministerio Fiscal se presentará de inmediato, pudiendo formular aquélla incluso oralmente (art. 800.2). Si, por el contrario, se hubiere constituido acusación particular que hubiere solicitado la apertura del juicio oral, el Juez emplazará al Fiscal y a la acusación particular para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días (art. 800.4).

La lectura detenida de ambos apartados parece reflejar una diferente opción legislativa, con arreglo a la cual la oralidad en la presentación del acta de acusación sólo sería admisible en ausencia de acusación particular. Así se desprende del contraste entre ambos apartados del artículo 800 y de la reiteración con la que se alude, en el apartado 4, a la forma escrita (... *emplazará en el acto a la acusación particular y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos (...) Presentados dichos escritos...*).

Es también posible que el legislador piense de modo preferente en la oralidad para aquellos casos en que el desenlace del procedimiento vaya a acomodarse a la fórmula de conformidad que el artículo 800.2 arbitra. Sin embargo, tampoco su literalidad abona una interpretación de la vigencia de la forma oral exclusivamente limitada a los supuestos de conformidad. Lo que sí es cierto es que en aquellas ocasiones en que la representación del Ministerio Fiscal tome conocimiento de la predisposición del imputado a aceptar una determinada propuesta de acusación, la formulación oral de ésta puede servir para agilizar de modo especialmente útil esta concreta fase del procedimiento.

Pese a todo, en aquellas ocasiones en que el titular del órgano judicial así lo admita, basándose en una interpretación favorable a la oralidad como complemento del principio de celeridad, y el Fiscal se halle en condiciones de formular su acusación, ésta podría presentarse en el momento mismo del emplazamiento, sin necesidad de agotar el plazo de dos días que la ley confiere. Ello, claro es, con independencia de la Administración que de ese plazo pueda hacer la acusación particular.

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

10. CONTROL JURISDICCIONAL Y ALCANCE DE LOS EFECTOS PRECLUSIVOS DE LA FALTA DE FORMULACIÓN DEL ACTA ACUSATORIA

El legislador ha estimado oportuno regular una férrea forma de control judicial respecto de aquellos supuestos en que, habiéndose acordado la apertura del juicio oral y emplazado al Fiscal para la presentación del escrito de acusación, aquél haya dejado transcurrir el término conferido al efecto.

Ese control se activa, a la vista del artículo 800.5, en las dos modalidades que el precepto admite para la formulación del acta acusatoria. En efecto, tanto si el Fiscal no presenta su escrito de acusación en el momento fijado en el artículo 800.2 –o sea,

de inmediato, bien de forma escrita u oral—, como si el retraso se produce respecto del plazo de dos días que habilita el artículo 800.4, el Juez requerirá al superior jerárquico del Fiscal para que en un nuevo término de dos días aporte el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito, se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

La elogiada voluntad legislativa de celeridad en todas y cada una de las fases del procedimiento, ha llevado a la fijación de una fórmula que, en última instancia, proyecta sobre el objeto del proceso las consecuencias de la preclusión del plazo que se otorga al Fiscal para la formulación del acta de acusación. Además, lo hace con un efecto singularmente drástico, en la medida en que el silencio del superior jerárquico del Fiscal respecto del requerimiento del Juez para la presentación del escrito, lleva consigo la presunción legal de que el Fiscal no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

Esa resolución de sobreseimiento no está exenta de fundadas dudas técnicas. En principio, la alusión que hace el precepto a la voluntad presunta del Fiscal de no pedir la apertura del juicio oral está en llamativo contraste con el hecho de que —conforme al artículo 800.2— el juicio oral ya ha sido abierto con anterioridad. Además, tal clase de sobreseimiento tiene difícil encaje en alguna de las categorías que, con carácter taxativo, enumera el artículo 637 LECrim. Y, por otra parte, hace posible la incógnita acerca de si un sobreseimiento de tal naturaleza podría dar cabida a la facultad que acoge el artículo 638 LECrim.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo había resuelto en un sentido contrario al que ahora acoge la previsión legal aquellos supuestos de transcurso del término concedido al Fiscal para aportar escrito de acusación.

Así, por ejemplo, la STS 1236/1999, de 21 de julio, negó que la presentación del escrito de acusación fuera de plazo por parte del Ministerio Fiscal implicara cualquier género de afectación de la legalidad constitucional, haciéndolo con el siguiente argumento: «... de un lado, el *ius puniendi* del Estado sólo se extingue, por razón del transcurso del tiempo, como consecuencia de la prescripción del delito —o de la acción penal para perseguirlo— y de la prescripción de la pena —o de la acción para ejecutar la pena impuesta—, lo cual ocurre cuando transcurren los plazos establecidos legalmente, mucho más extensos que el tiempo que en este caso tardó en calificar el Fiscal, y, de otro lado, porque siendo el Ministerio Público una parte necesaria de nuestro proceso penal (salvo que se proceda por los llamados «delitos privados», lo que no es el caso de autos), en la fase intermedia, tanto del procedimiento abreviado como del ordinario, es imprescindible que exista su petición de apertura del juicio oral o de sobreseimiento para que el Juez o Tribunal pueda decidir la continuación o no del procedimiento (artículos 632 y 790 LECrim.), lo que no quiere decir que el Juez o Tribunal quede vinculado por la petición que haga el Fiscal), y si éste no presenta su escrito en el plazo concedido al efecto podrá apreciarsele, corregírsele disciplinariamente, e incluso pedirse a su superior que designe otro funcionario para que despache el asunto, pero no seguir adelante sin petición del Fiscal...».

A una conclusión interpretativa similar, aunque con un razonamiento basado en razones operativas más que de carácter teórico, llegaba el auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1996, dictado en el recurso 3449/1995. Estimaba el alto Tribunal que «... en relación con la exigencia estricta de los plazos al Ministerio Fiscal se debe advertir que la organización de la oficina de la Fiscalía es necesariamente compleja y exige una serie de tramites burocráticos que ineludiblemente dilatan los plazos marcados para la substanciación de los recursos de casación(...). En segundo lugar se debe admitir que, una mínima racionalización del servicio, exige que el envío de los asuntos se realice periódicamente, cuando exista un número suficiente de causas que se encuentren en análogas condiciones de tramitación. A su vez, la entrada y registro

en la Fiscalía, así como la distribución y reparto a los diferentes fiscales ocupa necesariamente un espacio de tiempo que absorbe, con creces, el plazo marcado por la ley. Todo ello sin olvidar que el número de asuntos que corresponde a cada miembro del Ministerio Fiscal tiene que ser necesariamente limitado, lo que implica que sólo se puedan despachar el trámite de instrucción cuando el recurso entre en el turno de reparto correspondiente. Todas estas consideraciones responden a una realidad incontestable por lo que no nos encontramos ante un supuesto de desigualdad ante la ley sino ante una situación perfectamente justificada y justificable por razones puramente estructurales y funcionales que, por otro lado, no excluyen la posibilidad de prorrogar también el plazo a la representación de las partes, cuando existan razones y causas que lo justifiquen».

Sea como fuere, la vigencia de la fórmula incorporada por el mencionado precepto, obliga al Fiscal a desplegar un esfuerzo institucional que impida que la víctima del delito o el interés social en la persecución del hecho injusto, puedan quedar afectados por problemas organizativos o de cualquier otra naturaleza que, pese a su importancia, siempre tendrán un valor axiológico inferior al de los intereses que están en juego en el proceso penal. De ahí la necesidad de que los servicios de las diferentes Fiscalías acomoden su operatividad a la comentada exigencia legal, concediendo prioridad al desarrollo ordinario de la función que, en el nuevo marco legal, se concede al Fiscal en la fase intermedia del proceso. Puede resultar, pues, de vital importancia que por las jefaturas se coordine un ágil sistema de dación de cuenta de las vicisitudes de la guardia, con el fin de que el requerimiento dirigido al superior jerárquico del Fiscal no se produzca de modo sorpresivo, con el agravado problema de la premura del plazo para dar respuesta a ese requerimiento y, en su caso, subsanar cualquier deficiencia que pudiera haberse producido.

La redacción del artículo 800.5 («... si el Ministerio Fiscal no presentare su escrito de acusación en el momento establecido en el apartado 2 o en el plazo establecido en el apartado 4...»), posibilita una interpretación, con arreglo a la cual, siempre y en todos los casos en que el Juez haya decretado la apertura del juicio oral, se pondría en marcha el mecanismo jurídico de requerimiento al superior jerárquico, basando la objetiva constatación de que el representante del Ministerio Fiscal no ha formulado acta de acusación en plazo. Sin embargo, la no presentación de ese escrito puede obedecer a muy diferentes causas, cada una de las cuales habría aconsejado un tratamiento jurídico diferenciado.

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

La nueva regulación interpreta como una anomalía procesal, que ha de ser corregida, el hecho de la no presentación del escrito de acusación por el Fiscal una vez abierto el juicio oral. Resulta, pues, esencial que los señores Fiscales reparen en que la petición de apertura del juicio oral, si es aceptada por el Juez, conlleva como consecuencia práctica la necesidad —con carácter general— de formular el correspondiente escrito de acusación. Al propio tiempo, en todas aquellas otras ocasiones en que estimen procedente cualquier forma de sobreseimiento y la apertura del juicio oral se produzca a instancias de una acusación particular, habrán de dar cuenta a su superior inmediato de las razones por las que estiman ajustado a Derecho el cierre

de los debates del juicio oral. Sólo así aquél estará en condiciones de avalar o, en su caso, corregir, la decisión del Fiscal al que haya correspondido el despacho del asunto.

Las distintas jefaturas habrán de ser conscientes también de que la falta de respuesta al requerimiento judicial formulado al amparo del artículo 800.5 tiene un efecto legal vinculado que no siempre resultará aconsejable. De ahí la importancia de que eviten el sobreseimiento libre que la ley asocia al silencio institucional del Fiscal Jefe, mediante la oportuna formulación de alegaciones, incluso, en el caso en que éstas sean favorables al sobreseimiento provisional.

Sería conveniente que la práctica privara del automatismo que parece desprenderse del artículo 800.5, de suerte que éste actuara como una verdadera fórmula de control jurisdiccional e intraorgánico, respecto de aquellas disfunciones que pudieran presentarse en el trabajo cotidiano del Fiscal. Se trataría, en fin, de recuperar –para su aplicación al procedimiento previsto para los juicios rápidos– el significado de la previsión del artículo 782.2 que, según pone de manifiesto su lectura y el reiterado empleo de la palabra «podrá», opta por configurar un criterio de fiscalización que actúa como una facultad del Juez de Instrucción, más que como una imposición legal exigible siempre y en todo caso. Sólo una interpretación judicial que así lo entienda podría superar los inconvenientes que se derivarían de la rígida aplicación del apartado 5 del artículo 800.

Es indudable que las soluciones prácticas al problema generado por la fórmula legal que está siendo objeto de análisis, no siempre serán uniformes, dependiendo en la mayoría de los casos del personal criterio interpretativo del Juez de Instrucción. Sin embargo, puede resultar de interés que los señores Fiscales –preferentemente en aquellos casos en los que la rígida aplicación de aquélla frustre los fines del proceso penal– busquen extraer del vigente régimen jurídico los argumentos que impidan un indeseable desenlace en forma de sobreseimiento libre. Desde este punto de vista, por ejemplo, es menester recordar que el artículo 202 LECrim. –invocado en el auto 25 junio 1996–, establece que los términos judiciales «... serán improrrogables (...) cuando la Ley no disponga expresamente lo contrario. Pero podrán suspenderse o abrirse de nuevo, si fuere posible sin retroceder el juicio del estado en que se halle cuando hubiere causa justa y probada. Se reputará causa justa la que hubiere hecho imposible dictar la resolución o practicar la diligencia judicial, independientemente de la voluntad de quienes hubiesen debido hacerlo».

En la misma línea de razonamiento, resulta necesario tener presente que, en aquellas ocasiones en que el Juez de Instrucción actúe en la forma prevista en el artículo 782.2 y emplace a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos –así se lo impone el artículo 800.5–, habrá de conceder a aquéllos un término máximo de 15 días para que «... comparezcan a defender su acción».

No parece que exista inconveniente legal alguno para que el Fiscal, mientras ese término concedido a la acusación particular se halle vigente, pueda aportar su escrito de acusación. De un lado, por cuanto que la preclusión como principio procesal de carácter ordenador no debiera desplegar un efecto extintivo en el ejercicio *del ius puniendi*. Además, porque la detenida lectura del artículo 800.5 no precipita de forma necesaria la resolución de sobreseimiento libre por parte del Juez, sino que establece una presunción *ope legis* que –por razón de su significado y redacción– debe estimarse *iuris tantum*. En definitiva, del silencio del superior jerárquico del Fiscal se entenderá que considera procedente el sobreseimiento libre, a menos que –todavía sin extinguir el plazo legal conferido a la acusación particular– aporte la correspondiente acusación.

A esa conclusión conduce, además, el contenido del artículo 783.1 párrafo 2, aplicable a aquellos supuestos en que el Juez de Instrucción decreta la apertura del

juicio oral sólo a instancia de la acusación particular. En tal caso, «... dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, a menos que hubiere renunciado a ello». Como puede apreciarse, es la renuncia expresa, no la deducida del silencio como actitud procesal, la que conlleva el verdadero efecto preclusivo.

De ahí que en todas aquellas oportunidades en que la falta de presentación de escrito de acusación por el Fiscal no obedezca a un juicio ponderativo acerca de la procedencia del sobreseimiento y, por el contrario, sea la consecuencia de una disfunción organizativa, los señores Fiscales tratarán de hacer posible la aportación, aun tardía, del correspondiente acta de acusación.

En cualquier caso, los señores Fiscales habrán de ser conscientes de la importancia de que su trabajo siga estando inspirado en el máximo rigor técnico, ahora complementado por la indispensable coordinación en los servicios, con el objetivo de que la celeridad que anima el nuevo procedimiento sea fuente de soluciones, nunca de problemas que dificultarían el logro de los fines a que se orienta la Ley.

III.III. Especialidades de los recursos en los juicios rápidos

1. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

Las normas especiales para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos no contienen especialidades en cuanto a los recursos, salvo lo dispuesto en el 798.1.º, que realiza una previsión referente al auto judicial que decide la suficiencia de las diligencias practicadas y la prosecución de las actuaciones conforme a las normas de los llamados juicios rápidos, contra el que no cabe recurso. Los problemas prácticos que puedan derivarse de la inimpugnabilidad de esta resolución han sido objeto de examen *supra*, de ahí la conveniencia de remitirnos ahora a lo ya expuesto.

La disposición del artículo 798.3 respecto a los supuestos en que el Juez acuerde una de las medidas previstas en los tres primeros ordinales del artículo 779.1.º –que se refieren únicamente a efectos de recurso a las medidas cautelares– es poco afortunada y puede generar un equívoco acerca del limitado alcance de la impugnación, cuando –por el contrario– los recursos previstos en el artículo 766 pueden ser interpuestos contra toda la resolución y no sólo respecto al pronunciamiento sobre medidas cautelares.

De igual forma, la remisión que este artículo realiza al artículo 800.1.º, para la adopción de las medidas cautelares en el caso de que se dicte auto ordenando la continuación del procedimiento, debe entenderse al momento en que las partes solicitan o ratifican la solicitud de tales medidas cautelares, ya que no se contiene ninguna especialidad en cuanto a los recursos. La disposición del último párrafo –respecto a que el auto de apertura de juicio oral no será susceptible de recurso alguno– no puede interpretarse sin tener en cuenta que también en éste pueden contenerse medidas cautelares que siempre podrán ser objeto de recurso, por lo que debe integrarse con lo dispuesto en el artículo 787.3, que mantiene la posibilidad de recurrir las medidas cautelares.

2. RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS RÁPIDOS

El nuevo artículo 803 prevé que contra las sentencias dictadas en este tipo de procedimiento por el Juez de lo Penal se pueda interponer recurso de apelación, que se tramitará conforme a las normas del recurso previsto en el procedimiento abreviado con algunas especialidades.

Dichas especialidades se limitan a reducir los plazos para la interposición y presentación de escritos de alegaciones –que serán en este procedimiento de sólo cinco días– y el plazo para dictar sentencia, que será ordinariamente de tres días (o de cinco si no se celebrase vista). Con el objeto de hacer realidad el principio de celeridad, se prevé que la tramitación y la resolución tendrán carácter preferente.

IV. LA CONFORMIDAD

La reforma introduce novedades relevantes en los medios de solución consensuada del proceso que se orientan prioritariamente a fomentar la celeridad y a simplificar los trámites precisos para alcanzar la sentencia. Tales novedades se centran principalmente en la desaparición de la fórmula de enjuiciamiento inmediato recogida en el derogado artículo 789.5.5.^a LECrim., en una regulación más detallada de los efectos y límites de la conformidad y en la incorporación de un instrumento nuevo de agilización y simplificación del proceso mediante la atribución a la conformidad producida en determinadas circunstancias legalmente determinadas de un efecto reductor de la pena consensuada en un tercio de su extensión.

1. DESAPARICIÓN DE LA FÓRMULA DE ENJUICIAMIENTO INMEDIATO PREVIO CONSENSO DE LAS PARTES SOBRE LOS HECHOS IMPUTADOS

La referencia contenida en la regla quinta del artículo 789.5 LECrim. se deroga en la reforma procesal. Este precepto autorizaba a prescindir de la fase de instrucción y la fase intermedia en el procedimiento abreviado cuando en relación con hechos delictivos susceptibles de enjuiciamiento por el Juez de lo Penal, el imputado hubiere reconocido ante el Juez de Instrucción los mismos y solicitado de consuno con el Ministerio Fiscal, y asistido por su Abogado, la remisión directa de las actuaciones al órgano de enjuiciamiento para la convocatoria inmediata de juicio oral; en estos supuestos las partes formulaban directamente sus pretensiones ante el Juez de lo Penal, reduciendo a su mínima expresión la tramitación preparatoria del plenario.

El precepto constituía manifestación del principio de consenso, no una genuina conformidad. El juicio oral no se evitaba como sucede en el caso de las conformidades sino que se anticipaba, de ahí la denominación que recibió de juicio inmediato. El imputado se avenía a reconocer los hechos que se le atribuían, pero no la calificación jurídica o la pena que la acusación estimare pertinente solicitar, dado que en el momento del reconocimiento de los hechos todavía no existía una calificación formal. Las pretensiones de las partes se fundaban –por lo demás– en la innecesariedad de la instrucción al quedar circunscrito el objeto del proceso a la discusión de las consecuencias jurídicas atribuibles a los mismos, sin perjuicio de que se formalizase igualmente la conformidad ante el órgano de enjuiciamiento.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, dio un paso más en la concentración de trámites cuando facultó al Juez de Instrucción para acordar directamente el señalamiento ante el Juez de lo Penal y ordenar las citaciones precisas sin sujetarse al plazo mínimo de diez días señalado entonces para el enjuiciamiento inmediato (art. 790.6, párrafo último LECrim.).

La desaparición de esta forma de simplificación del proceso resulta comprensible por la escasa trascendencia práctica que ha tenido, consecuencia probablemente de su parca e insuficiente regulación, y porque de algún modo acaba siendo superflua al existir un procedimiento especial de enjuiciamiento inmediato desarrollado de manera comprensiva en el Título III del Libro IV LECrim.

2. LA CONFORMIDAD COMÚN, EFECTO Y LÍMITES

La reforma procesal no ha alterado sustancialmente los trámites de la conformidad ordinaria o común en el procedimiento abreviado. El principio de consenso sigue configurado como incidencia que se produce en la fase preparatoria del juicio, tras la apertura del juicio oral, en momentos casi coincidentes a los previstos en la regulación original, así: en trámite de evacuación del escrito de defensa (art. 784.3, párrafo 1 LECrim.); mediante la novedad que representa el posible escrito de calificación suscrito por acusación y defensa, fruto de previa negociación, que se incorpora a la causa en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral (art. 784.3, párrafo 2 LECrim.); y, finalmente, al inicio de las sesiones del juicio oral, antes de la práctica de la prueba, mediante manifestación de voluntad del acusado de conformarse con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o, previa negociación, con el nuevo escrito que se presentare en el acto (art. 787.1 LECrim.).

Se mantiene el ámbito de aplicación que la conformidad ordinaria (a diferencia del ámbito más restringido de la conformidad privilegiada al que luego aludiremos) tenía en la regulación precedente. Es decir, las conformidades ordinarias en el procedimiento abreviado (artículos 784.3 y 787) –aplicables también en el juicio rápido–, las conformidades en el Tribunal del Jurado (art. 50) y en el sumario ordinario (arts. 655 y 688 y ss.) se producen en un ámbito idéntico. En todas ellas la pena no puede ser superior a seis años de prisión, siendo posible la conformidad con cualquier otra pena distinta de la de prisión sin límite alguno. Se atiende a la pena en concreto (la solicitada por la acusación o la más grave de las solicitadas si hubiere varias acusaciones) y no a la pena en abstracto (la fijada por el CP para cada figura delictiva en el correspondiente tipo). Igualmente habrá de estarse a cada una de las penas por separado, pues es indiferente que habiendo varios delitos la suma de todas ellas rebase los seis años de privación de libertad.

Como se ha indicado, aunque la novedad principal de la conformidad en el juicio rápido es la conformidad beneficiada del artículo 801, es posible que transcurrido el momento procesal en que ésta puede obtenerse y perdida ya la oportunidad de un beneficio de rebaja en la pena como el propuesto en el citado precepto, sin embargo, las partes lleguen en la tramitación ulterior del juicio rápido a una conformidad –al igual que sucede en los restantes procedimientos– ordinaria y no beneficiada que determinaría la sentencia de conformidad del Juez de lo Penal. Esa conformidad puede producirse bien en los nuevos escritos de acusación provisional (art. 784.3) o bien en el inicio del juicio oral (art. 787).

De otra parte, lo novedoso de la regulación radica en el pormenorizado desarrollo que el artículo 787 LECrim. realiza de las facultades de homologación judicial de la conformidad concertada por las partes, recogiendo en gran medida aportaciones jurisprudenciales producidas bajo la vigencia de la anterior regulación. Recuerda la Ley que el órgano enjuiciador no debe descuidar por razón del acuerdo alcanzado su preferente vinculación a la Ley y que en el ejercicio de su indeclinable función jurisdiccional y del interés público inmanente al proceso penal debe supervisar en todo caso tanto la adecuación de la calificación jurídica a los hechos propuestos, como la necesaria correlación entre calificación jurídica y pena solicitada, sin perjuicio del inmediato y directo control que ha de ejercer sobre la libertad y espontaneidad con que el acusado manifiesta su voluntad.

La conformidad sigue siendo, en la nueva normativa, un medio para salvar la necesaria celebración del juicio oral y evitar el efecto estigmatizador del mismo, proporcionando al acusado dispuesto a reconocer su culpa una vía de resolución del proceso más satisfactoria desde el punto de vista de su resocialización.

Esta conformidad ordinaria no permite un acortamiento relevante del proceso, pues la conformidad se verifica cumplida la fase de instrucción, durante la fase intermedia o preparatoria del juicio, o en el mismo inicio de sus sesiones. Probablemente responda a la necesidad de superar el limitado efecto reductor de trámites de la conformidad ordinaria la novedosa opción legislativa contenida en el artículo 801 LECrim. de fomentar la vía negociada de solución del proceso ofreciendo una relevante rebaja de su condena al imputado que asumiere su propia responsabilidad de manera inmediata en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción o en el período de instrucción de diligencias previas.

3. LA CONFORMIDAD BENEFICIADA CON REDUCCIÓN DE PENA DEL ARTÍCULO 801 LECRIM.

El interés prevalente de la reforma se orienta a la potenciación de la celeridad y a este objetivo responde la creación de un instrumento nuevo en la esfera de las soluciones consensuadas: la conformidad beneficiada con una reducción de un tercio de la pena mutuamente aceptada, figura que se acoge en el artículo 801 LECrim. que incorpora la LO 8/2002, en su condición de norma complementaria de la Ley de reforma parcial de la LECrim. para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas.

El rango orgánico de esta Ley y su segregación de la Ley 38/2002 sobrevenida durante la tramitación parlamentaria responde a la decisión del legislador de transferir la competencia funcional para el enjuiciamiento de los hechos conformados al Juez de Instrucción, atribución que por su trascendencia ha exigido la adaptación del artículo 87.a) LOPJ, y a la introducción de una cláusula reductora de la condena que viene a complementar el régimen de individualización de penas regulado en el Capítulo II del Título III del Libro I CP.

De resultados de esta modificación –una vez alcanzada la conformidad en los términos del artículo 801 LECrim.– las actuaciones no se remiten al Juez de lo Penal (como sucede en los supuestos clásicos recogidos en el artículo 784.3 LECrim.) sino que permanecen en el Juzgado de Instrucción para el dictado de la sentencia, reservándose la competencia del Juez de lo Penal exclusivamente para la ejecución de lo fallado, a excepción del pronunciamiento sobre suspensión o sustitución de la pena que corresponde al Juez de Instrucción (art. 801.2).

A) *Ámbito material y temporal*

La conformidad especial del artículo 801 LECrim. resulta operativa en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción después de pronunciado el auto de incoación de procedimiento para enjuiciamiento rápido (art. 798.2.1.º LECrim.).

Ahora bien, el legislador ha querido que dicha conformidad beneficiada prevista para el juicio rápido alcance también a los delitos –incluidos en el ámbito de esta modalidad de conformidad– que se tramiten mediante procedimiento abreviado. Ello será posible en fase de diligencias previas con anterioridad al pronunciamiento del auto de transformación a procedimiento abreviado a tenor de lo previsto en el artículo 779.1.5.ª LECrim.

Cuestión esencial es la definición del ámbito temporal de aplicación del beneficio, pues la conformidad minorativa de la pena convive con el régimen clásico de conformidad (art. 787 LECrim.), y sólo pretende beneficiar el consenso alcanzado en momentos muy precisos. Tratándose del procedimiento especial de enjuiciamiento rápido, el acusado debe manifestar su conformidad en el momento mismo en que recibe traslado de la calificación del Fiscal (art. 800.2 LECrim.). La conformidad sustituye a la presentación de escrito de calificación provisional de la defensa. Se evita así

efectivamente el señalamiento de juicio y la citación de las partes, de modo que si la Defensa formula una calificación contradictoria, o solicita del Juez de Instrucción plazo para evacuar su calificación, pierde el derecho a beneficiarse de la reducción de condena, aun cuando pueda articularse después una solución consensuada por el trámite común de los artículos 784.3 y 787 LECrim.

Cuando se otorga al Fiscal un plazo de cuarenta y ocho horas para evacuar por escrito su calificación, bien porque se ha personado acusación particular (art. 800.4 LECrim.), bien porque se ha elevado la causa al superior jerárquico para que supla la inactividad del Fiscal encargado del asunto (art. 800.5 LECrim.), el acusado también debe manifestar su conformidad de manera inmediata al traslado de los escritos de calificación si quiere beneficiarse de la reducción de condena del artículo 801 LECrim.

En el procedimiento abreviado es posible articular esta modalidad especial de conformidad durante la tramitación de las diligencias previas, antes de su transformación en abreviado. Si en esta fase el imputado asistido de su Abogado reconoce los hechos a presencia judicial y los mismos se encuadran en los límites del artículo 801, el Juez de Instrucción incoa diligencias urgentes para enjuiciamiento rápido a fin de formalizar en el seno de las mismas la conformidad beneficiada con reducción de pena (art. 779.1.5.ª LECrim.). Sin embargo, una vez emprendida la fase intermedia mediante la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (art. 789.1.4.ª LECrim.) debe darse por precluida la posibilidad de aplicar el régimen especial de conformidad, sin perjuicio de la aplicación –en su caso– de la modalidad ordinaria de conformidad prevista en los artículos 784.3 y 787 LECrim. si la solución consensuada se lograra con posterioridad.

La delimitación temporal de la conformidad especial revela que uno de los fundamentos del beneficio de la reducción de pena radica precisamente en la temprana manifestación por el imputado de su voluntad de conformarse y de su disposición a simplificar el proceso; la conformidad manifestada fuera de los momentos procesales descritos producirá los efectos prevenidos en el artículo 787 LECrim., pero no se beneficia de la reducción de condena.

B) *Presupuestos*

Se recogen en el párrafo 1 del artículo 801 LECrim. y se centran en tres aspectos particulares, dos sustantivos y uno procedimental:

1. La gravedad abstracta del delito: la acusación debe referirse a hechos delictivos que tengan asignada en la Ley una pena de prisión no superior a los tres años, pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o pena de distinta naturaleza de duración no superior a diez años; en ningún caso se beneficia de la reducción de pena el delito que exceda estos límites, aunque luego, mediante la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena –en función del grado de desarrollo delictivo, forma de participación, concurrencia de eximentes incompletas o circunstancias de atenuación muy cualificadas o privilegiadas, error vencible de prohibición, etc.– se venga a fijar la pena en una extensión no superior a los indicados límites.

La previsión legal circunscribe esta modalidad especial de conformidad a delitos castigados con pena de prisión de naturaleza menos grave (art. 33.3.a) CP) y a cualesquiera otros delitos comprendidos en la esfera de competencia del Juez de lo Penal (art. 14.3.º CP) a quien corresponde después la ejecución de lo fallado (art. 801.1 LECrim.), lo que abarca los delitos castigados con pena privativa de libertad diversa de la prisión –arresto de fines de semana– con multa –con su correspondiente responsabilidad personal subsidiaria– y los castigados con penas de otra naturaleza cuya duración no exceda de 10 años, extendiendo su efecto también a las faltas incorporadas a la acusación por ser imputables al acusado del delito o a otras

personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito (art. 781.1 LECrim.).

2. La extensión concreta de la pena solicitada por la acusación, de modo que la pena o la suma de las penas solicitadas, tratándose de pena privativa de libertad, no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión. Este límite guarda relación con la posible aplicación de los beneficios penales de suspensión condicional de la pena (art. 81.2.º) y de sustitución de la pena privativa de libertad (art. 88.1 CP), pues la idea original de la proposición de Ley era vincular la aplicación de esta modalidad especial de conformidad a la concurrencia de los requisitos legales exigidos en el Código penal para acceder a alguno de estos beneficios.

El precepto resulta un tanto ambiguo porque empieza mencionando la necesidad de tomar en consideración la suma de las penas privativas de libertad solicitadas, para luego exigir que en ningún caso se exceda el límite de dos años de prisión tras aplicar la reducción del tercio. Se suscita entonces la cuestión de si pueden agregarse al cómputo las penas de arresto de fines de semana y, en su caso, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que tienen la consideración de penas privativas de libertad (art. 35 CP).

La pena de arresto de fines de semana tiene una configuración específica en su ejecución consistente en su discontinuidad temporal, lo que la diferencia en su estado original de la pena de prisión; pese a ello, no constituye una pena heterogénea y es susceptible de ser asimilada a la prisión a efectos de refundición en aplicación del principio de unidad de ejecución penitenciaria, como ya se indicó en el apartado V de la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 31 de marzo, por lo que parece más adecuado entender que los arrestos integran el cómputo punitivo del límite máximo de dos años de privación de libertad.

Diversa solución se ha de dar, en cambio, a la responsabilidad personal subsidiaria, pues en este caso nos encontramos con una pena privativa de libertad que no se impone directamente al reo, sino como medio de realización subsidiaria de una pena de naturaleza pecuniaria. La Consulta 4/1999, de 17 de septiembre, en un supuesto semejante, se pregunta si en el cómputo del límite de dos años de privación de libertad exigido en el artículo 81.2.º CP para la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la condena se deben integrar los días de privación de libertad impuestos a consecuencia del impago de una multa y, tras extensa argumentación con cita jurisprudencial, se decanta por la respuesta negativa en el entendimiento de que no es admisible asimilar la multa y la pena de prisión para justificar la negación de un beneficio como la suspensión condicional; esta doctrina encuentra nuevo encaje por identidad de razón en el supuesto de la conformidad privilegiada del artículo 801 LECrim.

3. La concurrencia de determinadas circunstancias procesales, en particular –por lo que se refiere al procedimiento de juicio rápido– que se haya acordado la apertura de juicio oral y que el Fiscal haya presentado su escrito de acusación en el servicio de guardia.

La ausencia de acusación particular, requisito que parece exigirse del tenor literal del artículo 801.1.1.º, no constituye una genuina condición de la aplicación del beneficio. Como se encarga de precisar el párrafo 4 del artículo 801 LECrim., si hubiere acusador particular en la causa el acusado podrá –en su escrito de defensa– prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores. Hay que entender que en este supuesto también se aplica el efecto reductor de la condena, si concurren el resto de las condiciones legales previstas para ello.

Estas condiciones del procedimiento no son realmente requisitos de aplicación del beneficio, sino una determinación del momento y la forma en que se debe manifestar la conformidad para que se deduzca el efecto de minoración punitiva cuando el tipo procesal seguido es el previsto en el Título III del Libro IV LECrim.

Ahora bien, la conformidad minorativa se puede producir también en las diligencias previas y entonces el trámite varía. Así, en diligencias previas del procedimiento abreviado, si el imputado asistido de Abogado ha reconocido los hechos a presencia judicial, el artículo 779.1.5.ª LECrim. ordena la convocatoria por el Juez de Instrucción del Ministerio Fiscal y de las restantes partes a una comparecencia para que manifiesten si formulan escrito de calificación de conformidad. Se entiende que la comparecencia tiene por objeto, a partir del reconocimiento de los hechos, el desarrollo completo de un acuerdo de voluntades apto para poner fin anticipadamente al proceso, lo que demanda una calificación concertada de los hechos y una determinación concorde de la pena o penas a imponer y de las restantes consecuencias jurídicas.

Exige la norma además que se documente el acuerdo mediante escrito de acusación con la conformidad del acusado. Dado que la filosofía de la reforma procesal es conseguir la máxima flexibilización de los trámites, puede admitirse que la documentación del acuerdo se realice en la misma acta de la comparecencia levantada por el Secretario Judicial, siempre y cuando recoja en su integridad todos los elementos integrantes de la calificación conjunta que va a posibilitar la conclusión anticipada del proceso. Esta posibilidad se armoniza con el efecto inmediato del acuerdo, que no es otro que la conversión de las diligencias previas en procedimiento para el enjuiciamiento rápido, en el que la calificación conjunta puede formalizarse verbalmente (art. 800.2 LECrim.).

El tenor de la norma atribuye al Juez la iniciativa de la convocatoria, si bien nada se opone a que sean el Fiscal y la defensa quienes insten la celebración de la comparecencia para formalizar un acuerdo previamente alcanzado. Esta salida será la más común en la práctica, pues las soluciones consensuadas suelen ser fruto de la negociación extraprocesal y resultan difícilmente reducibles a un esquema predeterminado de ordenación procedimental.

Por la misma razón, en la medida en que la conformidad beneficiada se admite hasta el momento en que se transforman las diligencias previas en procedimiento abreviado, no cabe descartar la posibilidad de que el imputado que no hubiere reconocido inicialmente los hechos pueda ulteriormente alcanzar un acuerdo con el Fiscal y solicitar en su beneficio la aplicación del trámite del artículo 779.1.5.ª LECrim., en cuyo caso el reconocimiento de los hechos se produciría en la misma comparecencia.

Consideración autónoma merece la cuestión de si es factible la aplicación inmediata del sistema de conformidad minorativa a los procesos penales que se hubieren incoado con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2002. En principio no puede objetarse nada a tal posibilidad, pues la citada Ley Orgánica, que incorpora a la LECrim. el artículo 801 en que se regulan las condiciones y efectos de la conformidad minorativa, carece de régimen transitorio propio, a diferencia de lo que sucede con la Ley 38/2002, por lo que se ha de entender que su entrada en vigor producirá pleno efecto en los procesos en curso, de acuerdo con el principio general *tempus regit actum*.

Por otra parte, la sustantividad de la conformidad minorativa en su dimensión de cláusula de atenuación de la pena milita en favor de su posible aplicación a hechos punibles cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2002 en razón del efecto retroactivo que el artículo 2.2 CP atribuye a las leyes penales que favorezcan al reo.

En todo caso, y de conformidad con lo dicho *supra* acerca del ámbito temporal de aplicación de la conformidad, la eficacia inmediata del artículo 801 LECrim. será posible sólo en aquellos procesos penales que a la fecha de entrada en vigor de la LO 8/2002 no hayan agotado su fase instructora.

C) *Contenido de la sentencia de conformidad*

El efecto inmediato de la conformidad privilegiada, una vez homologada por el Juez de Instrucción en ejercicio de la función de control de su adecuación legal que le atribuye el artículo 787 LECrim., es el pronunciamiento de una sentencia por el mismo Juez en la que se reducen en un tercio las penas solicitadas por la acusación, tanto las privativas de libertad como las de otra naturaleza.

La proposición de Ley establecía como efecto añadido la concesión del beneficio de la suspensión condicional de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras no privativas de libertad; la reforma, sin embargo, no ha perseverado en esta línea, de modo que la aplicación de estos beneficios sigue siendo facultad del órgano judicial en función de la concurrencia de los requisitos legales precisos para ello.

Se introduce –sin embargo– cierta modulación del rigor de exigibilidad de algunos presupuestos de la suspensión condicional en atención a la celeridad que se desea imprimir al trámite de la conformidad privilegiada para asegurar la inmediatez de las decisiones judiciales de reducción de pena y de aplicación de beneficios. En particular, el requisito de tener satisfechas las responsabilidades civiles (art. 81.3.ª CP) se flexibiliza, bastando el compromiso del acusado de satisfacerlas en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia determine; asimismo, en los casos especiales del artículo 87.1.1.ª CP bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión el compromiso del acusado de obtener la certificación de que se encuentra deshabitado a las drogas o en tratamiento de deshabitación (art. 801.3 LECrim.).

El incumplimiento de estos compromisos traerá consigo la revocación de la suspensión condicional de la pena y la ejecución de la pena reducida en un tercio que le fue impuesta en sentencia, mas no de la pena inicialmente solicitada, pues la reforma, quebrando la línea inicialmente seguida en la proposición de Ley, ha optado por desvincular los presupuestos aplicativos de la conformidad privilegiada convirtiendo la reducción de la pena en un beneficio que funciona con estricta autonomía de la suspensión o sustitución.

D) *Ausencia de conformidad en la responsabilidad civil: efectos sobre la pena conformada*

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

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

V. PROCEDIMIENTO PARA EL JUICIO SOBRE FALTAS

V.I. Introducción

La reforma que introduce la Ley 38/2002 no se detiene en el enjuiciamiento de los delitos, sino que se extiende igualmente a los juicios de faltas. Como señala su Exposición de Motivos, «la aceleración de la Justicia penal no puede abarcar sólo la investigación y el enjuiciamiento de los delitos, sino que es de todo punto necesario que comprenda también el enjuiciamiento inmediato de las faltas, cuya incidencia en la seguridad ciudadana es notablemente relevante...».

Partiendo de esta premisa, el legislador ha introducido una serie de modificaciones dirigidas –esencialmente– a facilitar en la medida de lo posible la celebración, de forma inmediata, de juicios de faltas ante el propio Juzgado de guardia. La consecución de este objetivo prioritario parece ser la razón de que las innovaciones plasmadas en el nuevo texto legal se circunscriban, fundamentalmente, a los trámites –tanto policiales como judiciales– previos al juicio oral, cuyo desarrollo, así como la posterior impugnación de la sentencia recaída, apenas sufren variaciones.

En este sentido, la reforma –que alcanza a los artículos 962 a 971, 973, 974 y 976 LECrim.– mantiene la especial configuración legal de este proceso, caracterizado (conforme ha reiterado el Tribunal Constitucional) 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 (STC 52/2001, de 26 de febrero, entre otras).

La novedad principal que se desprende de la Ley 38/2002 es la aparición de distintas modalidades procedimentales de juicio de faltas. En concreto, cabe distinguir entre el procedimiento de enjuiciamiento inmediato de faltas, donde la vista oral se celebra de forma inminente ante el propio Juzgado de guardia, y el procedimiento de enjuiciamiento no inmediato, que abarca aquellos otros supuestos en los que no resulta posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia.

V.II. Juicios de faltas inmediatos

El examen del nuevo texto procesal permite diferenciar –a su vez– dos modalidades de juicios inmediatos. Su discordancia radica en los ilícitos penales que comprenden y en la forma de realizar las citaciones.

La primera es la contemplada en el artículo 962 LECrim., que comprende únicamente las faltas tipificadas en los artículos 617 y 620 CP, siempre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del mismo Código, así como las faltas del artículo 623.1 CP cuando sean flagrantes; y la segunda es la prevista en el artículo 964 LECrim., que alude al resto de las faltas.

En aquélla, las citaciones a juicio las realiza la Policía Judicial; en ésta, las efectúa el Juzgado de Instrucción.

V. II.1. MODALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 962 Y 963 LECRIM.

A) *Ámbito*

Tal y como se ha señalado, el artículo 962 LECrim. circunscribe esta clase de enjuiciamiento inmediato a las faltas tipificadas en los artículos 617 y 620 CP, siem-

pre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 CP. Esto es, se recogen aquí aquellas conductas de lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones, injurias o vejaciones leves, susceptibles de integrar la llamada violencia doméstica. Igualmente, se incluyen las faltas de hurto del artículo 623.1 CP cuando sean flagrantes. El concepto de flagrancia viene definido en el nuevo artículo 795.1.1.º LECrim., para los delitos objeto de enjuiciamiento rápido, pero ningún obstáculo hay para su aplicación a las faltas.

Elemento común de los anteriores casos es el conocimiento de la identidad del denunciado, bien por la relación personal que mantiene con la víctima o denunciante, bien por la flagrancia del hecho, dato que resulta indispensable para permitir su citación, facilitando con ello la rapidez perseguida en la tramitación del procedimiento.

En definitiva, se abarcan aquellos ilícitos penales –violencia doméstica y patrimonio– respecto de los que la sociedad se muestra especialmente sensibilizada y más favorable a una ágil respuesta judicial.

B) *La confección del atestado por la Policía Judicial*

La reforma refuerza las funciones de la Policía Judicial, hasta el punto que la efectiva celebración o no del juicio durante el servicio de guardia depende –en gran medida– de la actuación policial, a quien corresponde fundamentalmente tanto decidir qué hechos se integran en los tipos recogidos en el artículo 962 LECrim., como citar directamente a los implicados ante el Juzgado.

El mencionado artículo 962 dispone que cuando la Policía Judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de una falta de las tipificadas en los preceptos antes señalados del Código penal, y siempre que su enjuiciamiento corresponda al Juzgado de Instrucción al que se debe entregar el atestado o a otro del mismo partido judicial, deberá realizar una serie de diligencias.

Por lo tanto, presupuesto indispensable para la puesta en marcha de esta modalidad de procedimiento es que la *notitia criminis* llegue a conocimiento de la Policía Judicial, pues de ser el hecho perseguible conocido directamente por el Juzgado –por ejemplo, por haberse presentado la denuncia ante el órgano judicial– el procedimiento a seguir sería el del artículo 964.

Recibida la noticia del hecho denunciado, incumbe a la Policía Judicial elaborar el correspondiente atestado, correspondiéndole la función de efectuar una aproximación jurídica inicial de los hechos objeto de investigación, que ha de abarcar, tanto su inclusión en los tipos legales, como su flagrancia, en los casos de hurto.

Sólo si conforme a la misma, los hechos constituyen una de las faltas mencionadas en el artículo 962 LECrim., estará autorizada a realizar una serie de actuaciones, esencialmente citaciones y apercibimientos, dirigidas a la inmediata celebración del juicio. De ahí que esta aproximación jurídica, pese a su provisionalidad, no resulte irrelevante, sino que determina el procedimiento a seguir.

Però, además, la Policía Judicial tiene que establecer que el conocimiento para enjuiciar esa falta corresponde al Juzgado de Instrucción ante el que se debe presentar el atestado o a otro del mismo partido judicial. Este punto presenta, junto a la dificultad de decidir qué Juzgado es el territorialmente competente, el obstáculo relativo a la aparente contradicción que existe en el propio precepto que –de forma reiterada– se refiere al Juzgado de guardia como el destinatario del atestado y ante el que deben personarse quienes resulten citados.

Tal circunstancia obliga a concluir que únicamente cuando el Juzgado de Instrucción de guardia sea el competente para el enjuiciamiento de los hechos denunciados, se procederá por la Policía Judicial a realizar las actuaciones que le impone el artículo 962.

En efecto, decidido por la Policía Judicial que los hechos constituyen alguna de las faltas comprendidas en el artículo 962 LECrim. y que corresponde su conocimiento al Juzgado de Instrucción ante el que se debe presentar el atestado, la Ley le impone («procederá», dice el precepto) la realización de una serie de actuaciones.

En primer lugar citará, de forma inmediata ante el Juzgado de guardia, a las personas indicadas en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 796, es decir, a quien resulte denunciado en el atestado policial –cuando no se haya procedido a su detención en los excepcionales supuestos que preceptúa el artículo 495 LECrim.–, a los testigos, a los ofendidos y a los perjudicados. Aunque nada se dice, la citación habrá de extenderse al denunciante, si lo hubiere y no coincide con el ofendido, y a aquellos peritos que hayan intervenido en las diligencias practicadas al confeccionar el atestado.

Las citaciones deberán contener el día y la hora de la comparecencia ante el Juzgado de guardia. Para ello, el artículo 962.4 dispone que la Policía Judicial fijará la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de guardia, lo que resulta lógico si se quiere evitar la simultaneidad de citaciones en un mismo día para juicios diferentes.

Singular importancia reviste el hecho de que el legislador haya residenciado en la Policía Judicial la práctica de actos de comunicación –en concreto, citaciones a juicio– tradicionalmente atribuidos a los órganos judiciales.

No hay que olvidar que –según el Tribunal Constitucional– es una garantía contenida en el artículo 24.1 de la Constitución 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. Exigencia que se ve reforzada en los procedimientos penales por la naturaleza de los derechos fundamentales que en ellos se ventilan (por todas, STC 135/1997, de 6 de agosto).

Mayor relevancia tiene, sin duda, la correcta citación de las partes para la celebración de una vista oral en un juicio de faltas, al depender de ello la presencia en un acto en el que –concentradamente– se articula la acusación, se proponen y practican pruebas y se realizan los alegatos en defensa de los intereses de las partes.

De ahí que esta labor deba realizarse con especial cuidado y máximas garantías, en particular habida cuenta de la posibilidad de que se produzca la celebración y resolución del juicio de faltas en ausencia injustificada del denunciado, cuando conste habersele citado con las formalidades prescritas en la Ley (art. 971), o en ausencia de alguna de las personas citadas, si el Juzgado reputare innecesaria su presencia (art. 963.1).

En segundo lugar, compete a la Policía Judicial realizar los apercibimientos recogidos en el artículo 962.1, que deberán incluirse en las citaciones.

La trascendencia de estos apercibimientos deriva de su íntima conexión con los derechos a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes consagrados en el artículo 24.2 de la Constitución, por lo que su ausencia o su incorrecta formulación podría menoscabar la integridad de tales derechos.

En tercer lugar –junto a las citaciones y apercibimientos– se impone a la Policía la obligación de informar de sus derechos a las personas citadas. Por un lado, informará por escrito al denunciante y al ofendido o perjudicado de sus derechos en los términos previstos en artículo 771.1.ª. Por otro lado, informará al denunciado, también por escrito conforme al artículo 962.2, sucintamente de los hechos en que consista la denuncia. Así como del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de guardia asistido de Abogado, conforme al artículo 796.1.2.ª. Dado que en el juicio de faltas no es obligatoria la presencia de Abogado (artículos 963.2 y 967.1), sólo si el denunciado manifiesta expresamente su voluntad de ser asistido por un Letrado, corresponderá a la Policía Judicial recabar del Colegio de Abogados la designación de uno de oficio. Pese a que el legislador utiliza el vocablo «asistir», aquí hay que

entender que la labor del Letrado designado abarca en toda su extensión la defensa en juicio, pues, precisamente, la citación es para la celebración inmediata del mismo.

Por último, corresponde a la Policía Judicial hacer entrega del atestado al Juzgado de guardia, en el que consten las diligencias y citaciones practicadas y, en su caso, la denuncia del ofendido. El hecho de que el legislador incluya el término «diligencias» evidencia la posibilidad de que la Policía pueda practicar cuantas estime necesarias para la averiguación del hecho, su autor y la valoración jurídica del mismo, si bien la propia dinámica del procedimiento impone que las practicadas sean las absolutamente imprescindibles.

Siendo la finalidad última de la Ley 38/2002 la aceleración de la justicia penal, sorprende que no se establezcan plazos para la práctica de las diligencias que se encomiendan a la Policía Judicial. El artículo 962.1 únicamente exige que se hagan de forma inmediata. Ello puede ocasionar que –en no pocas ocasiones– se relativice la inmediatez que se preconiza en la celebración del juicio. De ello se hace eco el propio legislador, al fijar en la Exposición de Motivos como *dies a quo* para el inicio del plazo de celebración inmediata, no el día de en el que ocurrieron los hechos, sino aquél en el que el Juzgado de guardia haya tenido conocimiento de los mismos.

C) Actuaciones ante el Juzgado

a) Incoación de juicio de faltas

La recepción del atestado en el Juzgado de guardia exige del Juez, como consecuencia de esa inicial aproximación jurídica efectuada por la Policía Judicial, un primer pronunciamiento: estimar o no procedente la incoación de juicio de faltas. En este sentido, el artículo 963 dispone que, recibido el atestado, «si el Juez de guardia estima procedente la incoación de juicio de faltas, decidirá la inmediata celebración del juicio...».

Tal decisión se refiere exclusivamente a cuestiones sustantivas. Se trata de valorar *prima facie* si el hecho reviste los caracteres de falta y si –además– se trata de una de las faltas comprendidas en el artículo 962 LECrim.

Tratándose de lesiones o malos tratos en los que el ofendido sea una de las personas a que se refiere el artículo 153 CP, hay que tener en cuenta que no siempre resultará sencillo, en un primer momento, decantarse por la existencia de una falta. De un lado, al ser inherente a las mismas la producción de lesiones de carácter físico y psíquico, en ocasiones de pronóstico incierto, será necesario su contraste mediante la correspondiente pericia, cuya práctica deberá efectuarse durante el servicio de guardia, al objeto de permitir (si el hecho finalmente no es constitutivo de delito) la inmediata celebración del juicio. De otro, se ha de descartar la presencia del requisito de la habitualidad, que de concurrir daría lugar a la existencia de un delito del artículo 153 CP y no de una falta.

Igual ocurre respecto de las amenazas, las coacciones o, incluso, las injurias, donde, en ocasiones, no será fácil discernir entre el delito y la propia falta.

b) Examen de oficio de la competencia

Procesalmente parece más correcto –pese a la redacción del artículo 963.1– que una vez incoado el juicio de faltas, la primera decisión del Juez de guardia sea la de examinar su propia competencia, máxime cuando el artículo 963.3 supedita la inmediata celebración del juicio a que el asunto le corresponda en virtud de las normas de competencia y reparto. Pues sólo de estimarse competente, el Juez de guardia podrá plantearse la continuación o no del juicio de faltas.

c) Decisión acerca de la celebración del juicio

Decidida por el Juez su competencia para conocer del asunto, le incumbe efectuar un nuevo pronunciamiento relativo a la celebración del juicio. Obviamente –salvo supuestos excepcionales– todas las anteriores decisiones se adoptarán sin solución de continuidad y se plasmarán en la misma resolución.

Del tenor literal de la Ley («decidirá» dice el precepto) se desprende que –incoado el juicio de faltas– resulta imperativa la inmediata celebración del juicio. No obstante, esta obligatoriedad se encuentra matizada por el propio legislador, quien supedita la inmediatez del juicio a la concurrencia de una serie de requisitos.

En concreto, se exige: 1) que hayan comparecido las personas citadas o que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el Juzgado reputé innecesaria su presencia; 2) que se tenga en cuenta si ha de resultar imposible la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible (art. 963.1 LECrim.); 3) que el asunto le corresponda al Juzgado de guardia en virtud de las normas de competencia (art. 963.3); y que el asunto le corresponda al Juzgado de guardia en virtud de las normas de reparto (art. 963.3 LECrim.). En particular, respecto de las faltas entre quienes concurran el vínculo del artículo 153, conviene tener en cuenta que existen localidades donde rige –como norma de reparto, para facilitar su persecución– que tales infracciones sean turnadas al Juzgado de Instrucción al que se le hubiera asignado la primera de ellas, con independencia el estado en el que se halle la causa.

La ausencia de una sola de las condiciones expuestas resulta suficiente para frustrar la inmediata celebración del juicio. Además, el artículo 963.2 prevé la posibilidad de que alguna de las partes solicite ser asistida, durante el juicio, de Abogado de oficio, en cuyo caso se procederá a su inmediata designación. Tratándose del denunciado, el artículo 118 LECrim. impone dicha obligación siempre que lo hubiera solicitado y no hubiera nombrado uno por sí mismo. Respecto del ofendido o perjudicado, la designación de Letrado de oficio sólo procederá si tiene reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, conforme al artículo 121 LECrim. De no producirse tal designación, o de no presentarse el Abogado designado en el Juzgado de guardia, no sería tampoco posible la inmediata celebración del juicio, salvo que sea por falta de diligencia imputable a la parte.

No hay que olvidar que, como tiene señalado el Tribunal Constitucional respecto del juicio de faltas, «el hecho de que la intervención de Letrado no sea preceptiva en ese proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el artículo 24.2 de la Constitución, pues el carácter no preceptivo o necesario de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes» (STC 22/2001, de 29 de enero).

En todos aquellos casos en los que, por no concurrir alguna de las condiciones expuestas, no se pueda celebrar de forma inmediata el juicio, éste se llevará a cabo de forma ordinaria, en los términos recogidos en el artículo 965 LECrim., procediéndose a realizar –de nuevo– las citaciones para el día en que se señale el juicio conforme a tal precepto.

Aunque nada dice la Ley, corresponderá –en cualquier caso– al Juzgado de guardia la citación del Ministerio Fiscal para el juicio, salvo que la falta fuere perseguible sólo a instancia de parte.

Ahora bien, puede ocurrir que el Juez, tras el examen del atestado decida no incoar juicio de faltas, por entender que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción penal o que –por el contrario– revisten indiciariamente los caracteres de

delito. En estos supuestos procederá a la incoación de diligencias previas, conforme al artículo 774 LECrim. y a la adopción de alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779.1.

V.II.2. MODALIDAD DEL ARTÍCULO 964 LECRIM.

A diferencia del supuesto anterior, la reforma contempla –aquí– dos formas de iniciación del procedimiento: el atestado y la denuncia presentada por el ofendido ante el órgano judicial. Naturalmente, nada impide que el procedimiento pueda iniciarse a través de otros medios, como la denuncia o querrela de un tercero o simplemente de oficio, lo que no es obstáculo para que –en estos supuestos– la tramitación posterior sea la misma que contiene el artículo 964.

A) *Ámbito*

A tenor de este precepto es posible la celebración inmediata del juicio de faltas ante el Juzgado de guardia respecto de todos aquellos hechos que presenten los caracteres de falta tipificada en el Libro III del Código penal o en Leyes especiales, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 962 LECrim. Por lo tanto, cualquier infracción constitutiva de falta es susceptible de juicio inmediato, a celebrar durante el servicio de guardia, si se cumplen los requisitos que señala el legislador en el artículo 964.

B) *La confección del atestado por la Policía Judicial*

Respecto del atestado, se impone a la Policía Judicial la obligación de su formación inmediata y su remisión sin dilación al Juzgado de guardia. En cuanto a su contenido, no parece que deba diferir del previsto para los atestados incoados conforme al artículo 962. En este sentido, la Ley señala que recogerá las diligencias practicadas, sin concretar las mismas, añadiendo –no obstante– que deberá contener el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado conforme al ordinal 1.a) del artículo 771.

Como ya se ha expuesto, la diferencia esencial respecto de la modalidad del artículo 962 consiste en que –en el caso ahora analizado– la Policía no tiene que realizar las citaciones para comparecer ante el Juzgado de guardia.

C) *Actuaciones ante el Juzgado*

Al igual que en la modalidad de los artículos 962 y 963, pese al silencio legal, resulta también necesaria la existencia de un doble pronunciamiento del Juez de guardia, acerca –en primer lugar– de la incoación o no del juicio de faltas y –en segundo término– de su celebración inmediata o no.

La decisión de incoar el juicio de faltas ha de efectuarse tras el examen, bien del atestado presentado por la Policía, bien de la denuncia que haya formulado directamente el ofendido ante el órgano judicial, o en su caso de la querrela del tercero.

Nuevamente aquí –no obstante la defectuosa técnica legislativa empleada que parece postergar esta decisión (art. 964.2 en relación con el 963.3)– el examen por el propio Juez de guardia de que le corresponde el conocimiento del asunto en virtud de las normas de competencia y de reparto tiene que ser inmediatamente posterior a la incoación del juicio de faltas y, en todo caso, previo a la práctica de cualquier citación. De acordarse la incoación de juicio de faltas, su celebración inmediata requiere que concurran los presupuestos mencionados en el artículo 964.2.

En primer lugar, que el denunciado esté identificado, pues en caso contrario no sería posible su citación para ese mismo día.

En segundo lugar, que sea posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia.

En concreto, corresponde al Juzgado de guardia citar al Ministerio Fiscal, salvo que la falta sea perseguible sólo a instancia de parte, al querellante o denunciante, si lo hubiere, al denunciado y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos. Las citaciones deberán comprender los apercibimientos e indicaciones del artículo 964.3, que reproduce lo dispuesto en el artículo 962.1. Y al denunciado se le informará sucintamente, por escrito, de los hechos en que consista la denuncia y del derecho que le asiste de ser asistido por Abogado.

Finalmente, en las citaciones se les informará de que pueden ser asistidos de Abogado si lo desean (art. 967).

En tercer lugar, por remisión expresa del artículo 964.2, deben igualmente concurrir el resto de los requisitos del artículo 963, acerca de la efectiva comparecencia de los convocados a juicio, la imposibilidad de práctica de alguna prueba que se considere imprescindible y la competencia del Juzgado de guardia para su celebración.

Por último, ha de tenerse en cuenta la necesidad de designación de Abogado de oficio si alguna de las partes lo solicitase (art. 963.2), y la imposibilidad de celebración del juicio si el Abogado designado no puede comparecer durante el servicio de guardia.

V.III. Juicios de faltas no inmediatos

Cuando no concurra alguno de los requisitos legalmente establecidos para la celebración inmediata del juicio, el juicio se celebrará de forma ordinaria o común, esto es, fuera del servicio de guardia. El legislador parece concebir esta segunda modalidad como subsidiaria, de suerte que sólo habrá lugar a la misma si no cabe el juicio inmediato por la ausencia de algún requisito legal. La tramitación ante la Policía Judicial, por lo tanto, no sufre variación.

El artículo 965 establece al respecto las reglas a seguir por el Juzgado de guardia, distinguiendo diversos supuestos según cual sea el órgano competente para el enjuiciamiento:

1. Si la competencia corresponde a un Juzgado de otro partido judicial o a algún Juzgado de Paz del partido, el Juzgado de guardia le remitirá lo actuado para que aquél proceda a realizar el señalamiento del juicio y las citaciones (art. 965.1.1.^ª).

Conforme al artículo 966 LECrim., los señalamientos y las citaciones de juicios de faltas se harán en los mismos términos que para el supuesto siguiente.

2. Si la competencia corresponde al propio Juzgado de Instrucción de guardia o a otro Juzgado de Instrucción del partido judicial, el Juzgado de guardia procederá en todo caso al señalamiento para la celebración del juicio y a las citaciones procedentes para el día más próximo posible, y –en cualquier caso– en un plazo no superior a siete días, salvo cuando se trate de las faltas comprendidas en el artículo 962, en cuyo caso el plazo no podrá ser superior a dos días (art. 965.1.2.^ª).

La brevedad de estos plazos exige una actuación coordinada en materia de señalamientos cuando el Juzgado competente para el enjuiciamiento no sea el Juzgado de guardia. A estos efectos el propio legislador ha establecido que los mismos se harán para los días y horas predeterminados a tal fin por los órganos enjuiciadores, facultando al Consejo General del Poder Judicial para dictar los Reglamentos oportunos para la ordenación –coordinadamente con el Ministerio Fiscal– de tales señalamientos (art. 965.2).

La propia Ley 38/2002, establece en el apartado 4 de su Disposición Adicional Primera un plazo de 6 meses, coincidente con su entrada en vigor, para que se dicten los citados Reglamentos, habiéndose dictado en cumplimiento de dicha disposición el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero del Pleno del Consejo del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/95, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales en lo relativo a los servicios de guardia.

En ambos supuestos de juicios ordinarios o comunes, las citaciones se harán al Ministerio Fiscal y a las mismas personas que han de ser convocadas para los juicios inmediatos (art. 965 1.2.^a apartado segundo y art. 966), si bien al denunciante, al ofendido o perjudicado y al imputado se les informará que pueden ser asistidos por Abogado si lo desean y que deberán acudir al juicio con los medios de prueba de que intenten valerse (art. 967).

Además, a la citación del imputado se acompañará copia de la querrela o denuncia presentada (art. 967). Ahora bien, cabe que no exista denuncia o querrela por escrito (art. 969.1) o que la denuncia se contenga en el propio atestado (art. 297), en cuyo caso será la copia aquellos extremos del mismo que constituyan la incriminación de los hechos denunciados la que acompañe a la citación.

V. IV. Singularidades del juicio oral en el nuevo modelo de juicio de faltas

La reforma mantiene intactos –en el artículo 969 LECrim.– el desarrollo del juicio, caracterizado por la simplicidad de sus trámites y dominado por los principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción, y –en el artículo 972– la forma de su documentación, lo que evita mayores comentarios al respecto. Únicamente mencionar que cabe sustentar, con apoyo en el carácter antiformalista que preside el juicio de faltas, la posibilidad –no prevista legalmente– de que puedan plantearse al inicio de la vista cuestiones previas en los mismos términos que el artículo 786 prevé para el procedimiento abreviado.

La inexistencia de una fase de instrucción y de una fase intermedia apoyan tal interpretación, lo que deberá ser tenido en cuenta por los señores Fiscales en su intervención durante el desarrollo del juicio oral.

Sí alcanza la reforma, al menos parcialmente, a algunas cuestiones relacionadas con la celebración de la vista:

1. Ante todo, se modifica el último inciso del artículo 969. 2, con el fin de dar concreción al principio acusatorio, en aquellos supuestos en los que el Fiscal no asista al juicio. Atribuye el precepto, explícitamente, el valor de acusación a la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados, aunque no los califique ni señale pena.

Con ello se pretende poner de manifiesto –siguiendo los postulados del Tribunal Constitucional (SSTC 56/1994, de 24 de febrero y 115/1994 de 15 de abril)– la existencia en tales casos de una acusación exteriorizada y explícita, que va a permitir al acusado defenderse y va a posibilitar un debate contradictorio a resolver por el Juez en la sentencia.

2. Se mantiene –en el artículo 970– la facultad del denunciado de no acudir, si reside fuera de la demarcación del Juzgado, al acto del juicio, y la facultad tanto de dirigir al Juez un escrito de alegaciones en su defensa como de apoderar a una persona para presentar en el juicio las alegaciones y pruebas de descargo que tuviere, conciliando el ejercicio del derecho de defensa con la eficacia y celeridad del procedimiento.

La novedad estriba –en primer lugar– en que se utiliza el vocablo «demarcación» en lugar de «término municipal». Ello no afecta a los juicios a celebrar ante el Juez de

Paz, pues la demarcación del Juzgado de Paz es el municipio (art. 99.1 LOPJ), pero sí puede afectar a los que se celebren ante los Juzgados de Instrucción, cuya demarcación está constituida por el partido judicial, cuyo ámbito territorial puede comprender varios municipios (art. 84 LOPJ).

Y –en segundo lugar– que únicamente cabe apoderar a Abogado o Procurador, y no a cualquier persona como ocurría con el precepto que se modifica, extendiéndose el apoderamiento, además de a presentar las pruebas de descargo, a formular alegaciones. Con ello se tiende, manteniendo la facultad del denunciado de no tener que desplazarse al acto del juicio, a reforzar su derecho a la defensa, circunscribiendo subjetivamente el apoderamiento a quienes por su condición de profesionales del Derecho resultan más idóneos para garantizar tal derecho, y ampliándolo objetivamente a la formulación de cuantas alegaciones se estimen convenientes para la defensa.

3. Por último, respecto de la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, el artículo 971 concreta que ello será posible cuando conste que ha sido citado con las formalidades previstas en la Ley, si la ausencia es «injustificada», salvo que el Juez (de oficio o a instancia de parte) crea necesaria la declaración de aquél (art. 971). Con el añadido del término «injustificada», la reforma acomoda en este punto la regulación del juicio de faltas al procedimiento abreviado (art. 786.1 apartado 2), por lo que sólo si el acusado ha sido citado legalmente y no está justificada debidamente –a juicio del Juez– la razón de su incomparecencia, podrá celebrarse el juicio en su ausencia.

Ahora bien, al objeto de evitar una posible indefensión, es preciso que –en la medida de lo posible– el órgano judicial se cerciore de que se ha producido efectivamente la citación a juicio en debida forma (por todas, STC 242/1991, de 16 de diciembre), para lo cual deberá asegurarse por todos los medios a su alcance de la recepción de dicha comunicación por el afectado (STC 318/93, de 25 de octubre).

No obstante, si pese a la correcta citación el acusado no comparece sin causa justificada, el juicio se suspenderá, siempre que el Juez crea necesaria su declaración.

En cuanto a la sentencia y su ejecución, la Ley 38/2002 introduce como novedad –en sintonía con lo dispuesto en el artículo 15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, y en analogía a lo establecido para el procedimiento abreviado (art. 789.4)– la obligación de notificar la sentencia a los ofendidos y perjudicados por la falta, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento (art. 973.2), facilitando así a las víctimas el conocimiento de las resoluciones judiciales que les afecten, pese a no haberse personado en el juicio.

Idéntica obligación se comprende en el artículo 976.3, respecto de la sentencia de apelación.

Además, se prevé con carácter general, de forma expresa, que en la notificación se hagan constar los recursos procedentes contra la resolución comunicada, así como el plazo para su presentación y órgano judicial ante quien deba interponerse.

V.V. Intervención del Ministerio Fiscal

Son varios los preceptos del texto reformado que aluden al Fiscal, bien para asegurar su presencia en el juicio a través de la correspondiente citación (arts. 964.3 y 965.1.2.º, apartado segundo), bien para concretar su intervención durante la vista oral (art. 969.1), o sentar los principios que han de regir –con carácter general– su asistencia a los juicios de faltas (art. 969.2).

Además, se menciona la apreciación en conciencia por el Juez, al dictar sentencia, de –entre otras– las razones expuestas por el Fiscal (art. 973.1), y se prevé la

coordinación con el Ministerio Fiscal para la ordenación de los señalamientos de los juicios de faltas comunes u ordinarios a que se refiere el artículo 965.2, en relación con el artículo 965.1.2.º.

No obstante, la Ley 38/2002 deja incólume, en lo sustancial, el panorama legislativo atinente a la intervención del Fiscal diseñado por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

Así, el artículo 969.2 establece con carácter general que el Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado, citación que procederá, salvo que la falta fuere perseguible sólo a instancia de parte (arts. 964.2 y 965.1.2.ª, apartado segundo).

Pero a continuación mantiene la novedad –introducida por la citada Ley 10/1992– de facultar al Fiscal General del Estado para impartir instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. Tan sólo se suprime, con acierto, la posibilidad de que el Fiscal formule por escrito sus pretensiones cuando no asista al juicio, posibilidad vedada mediante la Instrucción 6/1992.

La cuestión acerca de la intervención o no del Fiscal, ha de entenderse por consiguiente reducida a los estrechos márgenes impuestos por el legislador, esto es, a aquellas faltas cuya persecución exija la denuncia del ofendido o perjudicado, que –en la actualidad– son las tipificadas en los artículos 620 (salvo cuando el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el artículo 153, donde no se exige denuncia previa excepto para la persecución de las injurias), 621 y 624. Queda, por lo tanto, intacta, la obligación del Fiscal de asistencia a las faltas públicas por imperativo del artículo 105 LECrim.

Igualmente, la intervención del Fiscal no puede faltar en aquellos casos en los que aparezca como denunciante, conforme a lo dispuesto en el artículo 639 del Código penal.

En desarrollo de la facultad establecida por el artículo 969.2, se elaboró por la Fiscalía General del Estado la Instrucción 6/1992, de 22 de septiembre, que estableció los criterios y supuestos de no asistencia del Fiscal a los juicios de faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado.

La ausencia de reforma legal en esta materia parece sustentar la vigencia de dicha Instrucción, sin perjuicio de su acomodo a la nueva regulación de tipos penales resultante de la entrada en vigor del Código penal de 1995.

Ello parece asimismo significar que se mantienen el espíritu y la finalidad perseguidos por el legislador de 1992. En este sentido, conviene tener presente que, como sostuvo el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 56/1994, de 24 de febrero, ha sido el propio legislador quien ha relativizado el interés público en la persecución y punición de determinadas infracciones, atribuyendo su denuncia y el ejercicio de la acusación al particular ofendido y relevando al Fiscal de hacerlo, no siempre, sino en aquellos casos en que lo autorice el Fiscal General del Estado.

La simplicidad de los tipos penales y el objetivo de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos del Ministerio Fiscal mediante su presencia en la persecución de infracciones penales de mayor relevancia fueron, sin duda, factores decisivos en la toma de tal decisión.

La voluntad continuista del legislador en esta materia se evidencia con la modificación del último inciso del citado artículo 969.2, más arriba comentado, relativa al valor como acusación de la declaración del denunciante en el juicio, afirmando los hechos denunciados. Junto a la concreción del principio acusatorio que rige en el juicio de faltas, tal previsión incorpora asimismo un instrumento más para la eficacia de la defensa, por los particulares interesados, del interés público que les atribuye la Ley.

Por lo tanto, cualquier solución que se adopte en este ámbito no debe soslayar esa relativización del interés público en la persecución de las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado que consagra el artículo 969.2.

Tampoco cabe obviar, por otra parte, que el transcurso del tiempo –más de 10 años– desde que se elaboró la anterior Instrucción, ha podido sin duda tener una incidencia particular en el propio sustento del interés público, concepto mudable dado su íntimo vínculo con la realidad social imperante en cada momento.

La praxis judicial ha puesto de manifiesto la conveniencia de actualizar los criterios sostenidos en la Instrucción 6/1992, pues la intervención activa en tales juicios de los propios interesados ha generado, en no pocas ocasiones, un cierto solapamiento con la presencia del Fiscal. La escasa complejidad de los tipos penales, la fácil determinación de su sanción y –en su caso– la existencia de una cobertura de seguro obligatorio, han garantizado la correcta protección del interés público y evitado la indefensión de los ofendidos o perjudicados.

Los anteriores argumentos permiten sostener la no asistencia del Fiscal a los juicios de faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado.

No obstante, dicha asistencia del Fiscal puede resultar aconsejable en aquellos supuestos cuyo interés público reclame –en la actualidad y pese a la defensa que se encomienda al particular interesado– una protección adicional a cargo del Ministerio Público.

Ello ocurre en algunas de las faltas de imprudencia del artículo 621 CP. En particular, respecto de aquellas actividades donde los riesgos no están cubiertos por el régimen de seguros obligatorios, en las que se aprecia una situación de mayor desvalimiento en las víctimas. De ahí que deba mantenerse la asistencia del Fiscal a los juicios de faltas de siniestralidad laboral, tal y como se reiteraba en la Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, y en aquellos en los que se ventilen imprudencias relacionadas con el ejercicio de una actividad profesional del que se derive un resultado de muerte o lesiones graves.

No obstante, fuera de los anteriores casos, la presencia del Fiscal en un juicio de faltas podrá ser decidida por el Fiscal Jefe respectivo, en aquellas excepcionales ocasiones, en las que –en atención a las circunstancias de toda índole concurrentes y tras su debida ponderación– se estime necesaria para la más eficaz protección del interés público en juego y de los derechos de los particulares implicados.

Por consiguiente, los señores Fiscales acomodarán su intervención en los juicios de faltas a los anteriores criterios.

V.VI. Recursos

La reforma no afecta al régimen de recursos, a salvo la facultad de impugnación de la sentencia que parece otorgar el artículo 974.1 a los ofendidos y perjudicados que no hubieren comparecido en el juicio.

No se comprende bien cuál sea el fundamento de tal facultad, pues –en principio– sólo quienes han actuado como parte, bajo cualquiera de las denominaciones que recoge la ley procesal, están legitimados para impugnar la sentencia recaída.

No obstante, el legislador ha decidido ampliar la legitimación para recurrir la sentencia de primera instancia a los no comparecidos, siempre que se trate de ofendidos y perjudicados por el hecho perseguible.

Ahora bien, la interpretación del artículo 974.1 ha de hacerse en conexión con lo dispuesto en el artículo 11 LOPJ, de modo que quien ejercite este derecho a recurrir ha de respetar las reglas de la buena fe procesal. Sólo así se podrán evitar situaciones de fraude de ley proscritas por el citado precepto.

No parece, en efecto, que el artículo 974 pueda dar cobertura –en principio– a situaciones en las que es el propio ofendido quien provoca, con su falta de comparecencia voluntaria al acto del juicio, una sentencia absolutoria por falta de prueba de cargo, y que –al serle notificada la sentencia conforme al artículo 973.2– la impugna, acogiéndose al derecho que contempla el artículo 974.1, con lo que, de obtener una sentencia favorable en segunda instancia, en realidad estaría privando a quien resultó condenado de su derecho a esa segunda instancia.

De ahí que la facultad impugnatoria concedida en el artículo 974.1, deba interpretarse no con carácter absoluto, sino dentro de los límites del artículo 11.1 y 2 LOPJ.

Finalmente, el legislador no resuelve la antinomia existente en cuanto al plazo de interposición del recurso de apelación, pese a haber modificado la errónea remisión que el artículo 974 efectuaba al artículo 212. En efecto, por una parte el artículo 976 dispone que la sentencia es apelable en el plazo de 5 días siguientes al de su notificación. Por otra, el artículo 974.1 establece que la sentencia se llevará a efecto inmediatamente de transcurrido el término fijado en el párrafo tercero del artículo 212, si no hubiere apelado ninguna de las partes, señalando este último precepto que para el recurso de apelación contra la sentencia dictada en juicio de faltas, el término será el primer día siguiente al en que se hubiere practicado la última notificación.

Tal contradicción ha de resolverse en favor del plazo de 5 días que fue introducido expresamente por la Ley 10/1992, de 30 de abril, norma que debió suprimir tanto la referencia que el artículo 974 efectúa del artículo 212, como el párrafo tercero de este precepto, por su incompatibilidad con el nuevo texto del artículo 976 que tal Ley contemplaba.

CIRCULAR 2/2003 SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL NUEVO DELITO CONSISTENTE EN LA REITERACIÓN DE CUATRO FALTAS HOMOGÉNEAS

I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades de la reforma operada por la reciente Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha sido la elevación a la categoría de delito de la conducta consistente en cometer cuatro hechos constitutivos de una misma falta, cuando se trate de las faltas tipificadas en los artículos 617, 623.1 o 623.3 CP y siempre que, en el caso de estas últimas, el valor global de lo sustraído sea superior a 300,50 euros. Así se desprende de la lectura conjunta de los párrafos segundos de los artículos 147.1, 234 y 244.1 CP.

Para configurar este nuevo delito, es preciso que un mismo autor haya cometido cuatro veces una falta con encaje en el mismo tipo penal. Es decir, la comisión de tres faltas de hurto del artículo 623.1 y de tres faltas de hurto de uso del artículo 623.3 siguen siendo seis faltas y no un delito. Sólo cabe hacer una matización al respecto, y es que, al no hacer distinción el nuevo párrafo segundo del artículo 147.1 y remitirse genéricamente a la acción descrita en el artículo 617, que comprende tanto las lesiones como los malos tratos de obra sin causar lesión, ambas conductas (falta de lesiones o falta de malos tratos de obra) tienen idéntica aptitud para completar el supuesto de hecho del delito; es decir, dos faltas de lesiones y dos de malos tratos son constitutivas de delito, como lo son tres de lesiones y una de malos tratos o viceversa. Análogamente, ninguna consecuencia jurídica se deriva del hecho de que una o varias de las cuatro faltas de sustracción de vehículos, que conforman el tipo penal del párrafo

segundo del artículo 244.1 CP, se haya cometido empleando fuerza en las cosas. Por el contrario, si se hubiese empleado violencia o intimidación en las personas, resulta evidente que —aunque el valor de lo sustraído sea inferior a 300,51 €— habrá tantos delitos como acciones.

II. CUESTIONES GENERALES

Sin embargo, la introducción de estas nuevas modalidades delictivas en nuestro sistema penal, construidas artificialmente como resultado de la acumulación de varias faltas, plantea no pocas dificultades interpretativas.

La primera duda que se suscita es la relativa a si pueden tenerse en cuenta para integrar estas conductas las faltas que ya hayan sido previamente enjuiciadas y objeto de condena; o, yendo incluso más lejos, si lo que integra estos tipos de nuevo cuño es precisamente el haber sido condenado ejecutoriamente en distintos procedimientos como autor de tres faltas idénticas a la que se esté enjuiciando actualmente, siempre que se den los restantes requisitos que establece la Ley.

El simple tenor literal de la Ley no ofrece argumentos decisivos para resolver la anterior cuestión en uno u otro sentido. Sin embargo, una primera aproximación meramente intuitiva al problema sugiere que, en el caso de que se pretendiese construir el tipo mediante la mera acumulación de condenas previas, se podría estar vulnerando el principio *non bis in ídem*. Al margen de esta primera consideración, existen también otros argumentos que confirman la misma tesis.

En primer lugar, podemos encontrar un importante elemento de interpretación sistemática en la exposición de motivos de la ley, donde se afirma que con la reforma de los artículos 147, 234 y 244 se pretende mejorar la respuesta penal que merece la habitualidad de la conducta «cuando los hechos cometidos con anterioridad no hubiesen sido aún juzgados y condenados».

Este argumento se ve reforzado, además, por el hecho de que en la redacción inicial del anteproyecto de Ley se contemplaba, junto a estas nuevas figuras delictivas construidas mediante la acumulación de faltas, el haber sido condenado previamente por tres faltas homogéneas como circunstancia agravante a la hora de determinar la pena correspondiente a la cuarta falta, de manera análoga a lo que para los delitos prevé la nueva regla 5.ª del artículo 66.

Aunque esta agravante de *multirreincidencia* en las faltas no se haya incorporado finalmente al texto de la ley, el hecho de que se haya contemplado en el anteproyecto como una institución netamente diferenciada de las figuras que estamos analizando confirma la tesis de que, para completar el tipo de estas últimas, únicamente pueden ser tenidas en cuenta las conductas que todavía no hayan sido enjuiciadas ni condenadas.

Por último, tampoco es desdeñable el argumento a contrario *ex* artículo 173.3 *in fine*. Cuando —como sucede en este precepto— la Ley permite que se tengan en cuenta las conductas ya enjuiciadas para integrar una figura delictiva distinta, lo hace expresamente. Además, hay que tener en cuenta que el tipo del citado artículo, al construirse sobre la nota de la habitualidad, constituye por su influencia en la vida familiar un ataque, no sólo cuantitativa, sino cualitativamente más grave al bien jurídico protegido en el tipo básico.

En conclusión, sólo la comisión de cuatro conductas constitutivas de falta, ninguna de ellas aún enjuiciada, puede ser sancionada mediante la aplicación de estos preceptos. Basta con que se haya celebrado el juicio, aunque no haya recaído aún sentencia, para que no se pueda tomar en consideración la correspondiente falta, ya

que, una vez celebrado el juicio de faltas, éste sólo puede terminar por sentencia sobre el fondo del asunto.

Otra cuestión problemática, en relación con estos tres preceptos, es la de si se pueden tomar en consideración hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la Ley para apreciar la existencia del delito, siempre que, obviamente, la cuarta conducta constitutiva de falta se haya cometido con posterioridad a la misma. También en este caso la respuesta ha de ser negativa.

La duda únicamente podría plantearse en un sistema penal sustentado sobre la teoría del resultado, ya que efectivamente se podría sostener que sólo con la comisión de la cuarta acción se colma el resultado típico. Sucede sin embargo que nuestro Código penal ha optado, a la hora de determinar cuál es la ley aplicable en el tiempo, por la teoría de la acción. Su artículo 7 no ofrece ninguna duda al respecto: «los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción». Tratándose de delitos que consisten en una sucesión de actos (en este caso, cuatro conductas perfectamente escindibles y que incluso pueden estar muy alejadas en el tiempo, repartidas a lo largo de todo un año), todos y cada uno de los actos han de haberse realizado durante la vigencia de la nueva Ley.

Por otra parte, resulta aplicable a este supuesto la doctrina sentada en su día por la Circular núm. 2/1996 de la Fiscalía General del Estado acerca de la aplicación del nuevo Código penal a los delitos de tracto sucesivo o de varios actos, como son los tipos que estamos analizando. La nueva norma más perjudicial para el reo, como es la actual reforma en lo que a la reiteración de faltas se refiere, sólo podrá aplicarse si la totalidad de las conductas que integran el tipo han tenido lugar durante el período de vigencia de la nueva norma.

Por otra parte, hay que tomar en consideración también la posible incidencia del instituto de la prescripción en la configuración de estos delitos, toda vez que el plazo de prescripción de las faltas es de seis meses (art. 131.2 CP) y las cuatro conductas englobadas en el tipo pueden abarcar un período temporal de hasta un año. En línea de principios podría sostenerse que estamos ante un delito complejo, de pluralidad de actos y, por tanto, a efectos de prescripción, no cabe considerar cada una de las cuatro faltas aisladamente.

El transcurso de más de seis meses entre la comisión de una de las faltas y la siguiente sin que se hubiese abierto el procedimiento sería intrascendente, y habría que tener en cuenta únicamente que no hubiese transcurrido el plazo de prescripción del delito, contado a partir de la fecha de comisión de la última de las faltas, siempre —claro está— que no mediase más de un año entre las fechas de comisión de la primera y la última. Esta interpretación, sin embargo, tiene un gran inconveniente práctico, y es la posibilidad de que ya haya recaído auto firme de archivo por prescripción en alguno de los juicios de faltas. En tal caso, la posibilidad de integrar la falta prescrita en el delito complejo pugnaría con un elemental principio de seguridad jurídica. Por otra parte, hay que recordar que la prescripción es un instituto de derecho sustantivo, que opera *ipso iure* y que los jueces deben apreciar de oficio, de tal manera que si respecto de alguna de las faltas hubiesen transcurrido más de seis meses sin ser perseguida judicialmente, será también procedente declarar su prescripción, y no será posible tomarla en consideración como conducta a efectos de colmar el tipo de los nuevos delitos de reiteración de faltas.

Por el contrario, si el juicio de faltas hubiese sido archivado por un motivo distinto de la prescripción, de los que en el procedimiento por delito dan lugar a un auto de sobreseimiento provisional (v. gr. por falta de autor conocido), siempre cabría la posibilidad de reabrir el procedimiento y tomar en consideración la falta para integrar la nueva figura de delito.

Por último, en el caso de que se cometan cinco o más faltas homogéneas en el plazo de un año, habrá que penar separadamente como faltas aquellas que excedan de la cuarta.

III. LA COEXISTENCIA DE LOS NUEVOS TIPOS CON LA FIGURA DEL DELITO CONTINUADO

Es esta una cuestión que afecta únicamente a las conductas de naturaleza patrimonial (párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP), ya que respecto de las lesiones y malos tratos de obra –por tratarse de ofensas a un bien eminentemente personal, como es la integridad física– no cabe apreciar el delito continuado (art. 74.3 CP).

La actual redacción del párrafo segundo de los artículos 234 y 244.1 CP podría sugerir una interpretación *a contrario* de acuerdo con la cual y, conforme al principio de especialidad, se trataría de una derogación particular de la regla general del delito continuado, de tal manera que –en aquellos supuestos que hasta ahora podrían ser calificados de delito continuado– si las infracciones no son más de tres o, aun siendo cuatro, ha transcurrido más de un año entre la fecha de comisión de la primera y la última, las conductas no deberían ser calificadas como delito sino como una mera acumulación de faltas; o, dicho con otras palabras, que con menos de cuatro conductas materialmente constitutivas de falta no cabe cometer un delito continuado de hurto.

Sin embargo, no puede pensarse que haya sido intención del legislador suplantarse, con estas nuevas figuras delictivas, la posibilidad de apreciar un delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso, en el que se puedan integrar conductas materialmente constitutivas de falta, siempre que respondan a la ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una ocasión idéntica, y concurren los restantes requisitos del delito continuado. En tal caso, y siempre que la suma total de lo sustraído exceda el límite de la falta, ya resultaría procedente imponer la pena de los artículos 234 o 244.1 CP, aunque sólo fuesen dos o tres las faltas cometidas, sin necesidad de aplicar al nuevo tipo que introduce la reforma; éste es al menos el criterio sostenido por la Consulta núm. 3/1999 de la Fiscalía General del Estado.

El delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso subsiste y coexiste, en su tradicional entendimiento, con estas figuras delictivas de nuevo cuño. En el supuesto de que unos mismos hechos fuesen subsumibles en los tipos de los párrafos segundos de los artículos 234 o 244.1 CP y al mismo tiempo en la figura del delito continuado, la duda acerca de cuál es la norma aplicable habría de resolverse conforme a la regla de la alternatividad contemplada en el artículo 8 CP y formular acusación por el delito que prevea la imposición de la pena más grave. En el presente caso, sin embargo, la cuestión carece de interés práctico, ya que ambos preceptos prevén –como ya se ha apuntado anteriormente– la aplicación de la misma pena, la correspondiente al delito respectivo.

IV. LA PENA PREVISTA EN EL REFORMADO ARTÍCULO 147.2

El artículo 147.2 CP contempla un supuesto atenuado del delito de lesiones, que es aplicable también al caso descrito en el novedoso párrafo segundo del artículo 147.1. En efecto, no faltarán casos en que proceda apreciar dicho tipo atenuado, pues si ha de aplicarse cuando el hecho sea de menor gravedad, atendidos el medio

empleado o el resultado producido, también podrá estimarse que se da esta circunstancia cuando se cause una lesión de menor entidad, o incluso un simple maltrato de obra sin causar lesión, pese a que la conducta sea reiterada. El artículo 147.2 CP prevé, en su actual redacción, la imposición de la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. La elección de la pena de multa no plantea problema alguno; sin embargo, si los plantea su alternativa, que es la de prisión de tres a seis meses.

En efecto, el CP de 1995 se propuso suprimir las penas cortas de prisión, y estableció el umbral mínimo de la pena de prisión en los seis meses. En la redacción inicial del Código, ningún precepto contemplaba una pena de prisión inferior a los seis meses. Congruentemente con lo anterior, el artículo 71.2 CP establece que, cuando por efecto de la aplicación de las reglas de determinación de la pena, resulte una pena de prisión inferior a seis meses, se sustituirá en todo caso.

Así las cosas, la duda que se plantea es la siguiente. ¿Supone el nuevo artículo 147.2, al permitir la imposición de una pena inferior a los seis meses de prisión, la única excepción a la regla general del CP de 1995? O, por el contrario y conforme al criterio del artículo 71.2, ¿habrá de ser sustituida en todo caso la pena de prisión contemplada en el artículo 147.1?

Pensamos que la primera opción es la correcta, por los siguientes motivos. En primer lugar, se trata de una ley posterior que, en caso de antinomia —en el presente caso más aparente que real, como tendremos oportunidad de comprobar— derogaría la ley anterior. Por otra parte, a nadie escapa que se trata de la primera manifestación de una reforma más amplia, la operada por la LO 15/2003, que afecta a todo el sistema de penas del Código y que, únicamente por el carácter fragmentario de esta primera reforma operada por la LO 11/2003, ha introducido un factor de distorsión en el sistema.

En segundo lugar, hay que tener presente que el artículo 71.2 se refiere únicamente a los supuestos de reducción de la pena en uno o más grados como consecuencia de la aplicación de las reglas de determinación de la misma, pero no contempla el hipotético caso de que una ley prevea expresamente la imposición de una pena de prisión inferior a los seis meses.

Por último, es necesario recordar que en el sistema de penas ideado inicialmente por el CP de 1995 es posible el cumplimiento de penas de prisión de menos de seis meses, ya que —incluso en los supuestos que contempla el artículo 71.2— si se quebranta o incumple la pena sustitutiva, ha de procederse al cumplimiento de la pena sustituida (art. 88.3), que —en el caso del artículo 71.2— es precisamente una pena de prisión inferior a seis meses.

Obviamente, todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad que los jueces y tribunales tienen para sustituir las penas inferiores a un año (y la pena del art. 147.2 evidentemente lo es), conforme a lo previsto en el artículo 88 CP.

V. CONCLUSIONES

1.^a Sólo los hechos cometidos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, que no hayan sido todavía enjuiciados y no hayan prescrito, pueden ser tenidos en cuenta para integrar los delitos tipificados en el párrafo segundo de los artículos 147.1, 234 y 244.1 del Código penal.

2.^a La introducción de estas nuevas figuras penales no afecta a la posibilidad de apreciar el delito continuado de hurto, o de hurto y robo de uso, cuando concurren los requisitos previstos en el artículo 74.1 y 2 del Código penal, aunque sólo se hayan cometido dos o tres hechos constitutivos de falta, si el valor global de lo sustraído supera el límite del delito.

3.^a El artículo 147.2 CP permite, en su nueva redacción, la imposición de una pena de prisión de tres a seis meses, lo cual se ha de interpretar –en tanto no entre en vigor la LO 15/2003– como una modificación excepcional y expresa del sistema penológico original del CP de 1995, en el que no se contemplaban penas de prisión inferiores a seis meses. En consecuencia, la imposición efectiva de dicha pena está sometida al régimen general de sustitución de las penas de prisión inferiores a un año (art. 88), sin que la sustitución resulte imperativa por aplicación del artículo 71.2, ya que este precepto contempla un supuesto distinto al del artículo 147.2.

CIRCULAR 3/2003 SOBRE ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES RELACIONADAS CON LA ORDEN DE PROTECCIÓN

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley 27/2003, de 31 de julio, ha introducido en la LECrim. el artículo 544 ter que regula la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Las cifras estadísticas sobre la utilización de este nuevo procedimiento, ofrecidas desde el observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, que –sintéticamente– arrojan en los primeros treinta y siete días de su vigencia (desde el 2 de agosto al 7 de septiembre) un total de 1.573 solicitudes, de las cuales en un 76 por 100 se ha dictado auto acordando algún tipo de medida cautelar, y que en el período de 3 meses (del 2 de agosto al 31 de octubre) contabilizan 4.043 solicitudes de las cuales en un 75 por 100 se acordó la orden de protección, ponen de relieve la enorme importancia práctica y frecuencia con la que el Ministerio Público está interviniendo en este cauce procesal, y el esfuerzo que se exige de la Institución para acometer seria y eficazmente dicha tarea.

Resulta indudable que las especiales características que confluyen en las infracciones penales de esta naturaleza obligan a no demorar ni un ápice la respuesta judicial. De ahí la importancia que tiene resolver con carácter inmediato acerca de la adopción o no de una serie de *medidas cautelares* que permitan proteger y ordenar las relaciones de quien se decide a presentar denuncia por hechos constitutivos de maltrato. No obstante, es tarea esencial y nada fácil deslindar las solicitudes fundadas de aquellas otras guiadas por pretensiones que aún legítimas son ajenas a la verdadera esencia de la orden de protección: la existencia de una objetiva situación de riesgo para la víctima derivada de la previa comisión de una infracción penal.

En julio de 2003 se creó la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección, prevista en la Disposición Adicional 2.^a de la Ley, e integrada por representantes de la Fiscalía General del Estado, del Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España. Dicha Comisión acordó, en su primera reunión, la elaboración de un Protocolo para la implantación de la orden en el que se establecen una serie de pautas y obligaciones para las partes firmantes. No es este el lugar para reproducir íntegramente el contenido del citado Protocolo que habrá de ser conocido y observado por los señores Fiscales, sin perjuicio de posteriores alusiones en la Circular a extremos particulares del mismo.

Procede ahora abordar algunas de las principales cuestiones que suscita la orden de protección en relación a la actuación del Ministerio Fiscal. La extensión del artículo 544 ter LECrim. y las continuas referencias a su contenido, hacen aconsejable su transcripción literal:

«1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código penal resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

2. La orden de protección será acordada por el Juez de Oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta Ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al Juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

4. Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 504 bis 2 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de Instrucción podrá

adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán por el Juez de Instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el Juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

1.1. Solicitud de la orden de protección

El procedimiento de la orden de protección puede ser incoado de oficio por el Juez de Instrucción o a petición de alguna de las personas referidas en el artículo 544 ter apartado 2.

A fin de facilitar la cumplimentación de la solicitud y asegurar que contiene todos los datos precisos para su posterior valoración judicial, la Comisión de Seguimiento ha aprobado un formulario normalizado y único que recoge las anteriores características. Dicho formulario habrá de estar a disposición de los denunciantes en las Fiscalías. Los señores Fiscales ajustarán al mismo las peticiones que cursen presentadas por los particulares. Las órdenes de protección que se soliciten directamente por el Fiscal no habrán necesariamente de dirigirse en dichos impresos normalizados sino en los escritos que de ordinario se dirigen al Juzgado.

La solicitud se dirige siempre al Juez de Instrucción en tanto órgano competente para conocer de la misma. Ahora bien, el artículo 544 ter apartado 3, para facilitar a las víctimas la presentación de la solicitud, ha abierto la posibilidad de que puedan solicitar la orden de protección no directamente en el Juzgado sino ante la Fiscalía, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante las oficinas de atención a la víctima, ante los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. El Protocolo, por su parte, cita además expresamente a los Servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados.

Tal elenco de posibilidades a través de las que canalizar la petición, en principio indiferentes en tanto que «dicha solicitud –como reza el precepto citado– habrá de ser remitida de forma inmediata al Juez competente», sin embargo conlleva distintas consecuencias procesales.

Así, conforme a la exigencia del artículo 795.1, sólo será posible tramitar la causa penal a través del procedimiento de juicio rápido cuando la orden de protección se hubiera solicitado en sede policial permitiendo así su acompañamiento de un atestado, requisito exigido para la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido. En otro caso, la ausencia de atestado determinaría la incoación de diligencias previas, salvo que el hecho denunciado aparejado a la petición de la orden de protección sea calificable como falsa –lo que determinaría la incoación de este procedimiento– o como uno de los delitos que obligan a la incoación de sumario o de jurado. En definitiva, la orden de protección ha de dar lugar a la incoación de aquel procedimiento acorde con el hecho ilícito que se denuncie, sin que sea procedente la apertura de diligencias indeterminadas.

Consecuentemente, la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección expresó en el Protocolo que «resultaría una buena práctica que la víctima sea asistida por un profesional al cumplimentar la solicitud de la orden, e incluso que sea acompañada a presentarla ante la Policía». Y más adelante puede leerse: «Resulta aconsejable que la solicitud de Orden de Protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la Policía Judicial».

La preferencia por la presentación de la orden en sede policial, por la que se decantarán los señores Fiscales en cuanto ello sea posible, se fundamenta en la posibilidad de confección de un atestado que, aparte de complementar la información de la que se dispondrá en sede judicial, permite la tramitación de la causa como diligencias urgentes de juicio rápido.

1.2. Procedimiento ante el Juez de Instrucción. La comparecencia

La regulación actual de las *medidas cautelares* personales penales se caracteriza por las siguientes notas.

Primero, son adoptables de oficio todas las *medidas cautelares*, excepto las de prisión y libertad con fianza, únicas sujetas al principio de rogación para las que es precisa la previa petición de parte (art. 505.4 LECrim.).

Segundo, se han ampliado los supuestos en que se requiere la celebración de una comparecencia ante el Juez. Ya no sólo es precisa dicha comparecencia, como sucedía antes, para acordar *medidas cautelares* sujetas al principio de rogación: la prisión provisional y la libertad bajo fianza. Ahora, tras la Ley 27/2003, toda medida cautelar acordada como consecuencia de la previa solicitud de una orden de protección exige –artículo 544 ter– la celebración de una comparecencia judicial. Asimismo, tras la Ley Orgánica 13/2003, el artículo 544 bis reclama la necesaria comparecencia judicial para, en caso de previo incumplimiento de una medida ya acordada judicialmente, poder adoptar cualquier otra que, sustitutiva de la incumplida, implique una mayor limitación de la libertad personal.

Por tanto, el número de supuestos en que se requiere la comparecencia judicial se ha visto ampliado. Además, la solicitud de una orden de protección conlleva la celebración de una audiencia para adoptar *medidas cautelares* que en bastantes casos (por ejemplo las prohibiciones del art. 544 bis) podrían ser adoptadas de oficio y directamente por el Juez. Todo ello obliga a examinar algunas cuestiones que, en relación con la orden de protección, suscita la citada comparecencia.

a) *Inadmisión a trámite de la orden de protección*

En primer lugar, el artículo 544 ter dispone en su apartado 4 que recibida por el Juez de guardia la solicitud de orden de protección, «en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia...». El citado apartado 1 establece los presupuestos para que el Juez pueda dictar la orden de protección: que existan indicios fundados de la comisión de un determinado delito o falta contra alguna de las personas del círculo señalado en el artículo 173.2, y que resulte una situación objetiva de riesgo que requiera la adopción de una medida.

Por ello, aunque el precepto nada dice expresamente sobre la posible inadmisión a trámite de la solicitud, en los casos en que directamente se advierta de la simple lectura de aquélla que no concurre alguno de los citados presupuestos (por ejemplo, que no se trata de víctimas incluidas en el artículo 173, o que se solicita por razones distintas de la comisión de infracción penal alguna, o que ya existen *medidas cautelares* suficientes acordadas contra el denunciado que anulan la situación objetiva de riesgo, etc.) será procedente dictar auto que inadmita de plano la orden de protección, por lo que no será precisa entonces la celebración de la audiencia.

Por ello, los señores Fiscales a quienes se diere traslado de una solicitud de orden de protección, cuando –en supuestos que serán excepcionales– apreciaren directamente de su examen que no sería procedente su admisión por la inexistencia de fundamento, deberán dirigir por cualquier medio al Juzgado comunicación solicitando se dicte auto de inadmisión a trámite de la orden y la desconvocatoria de la comparecencia. Una de las primeras comprobaciones, a tales efectos, que habrán de llevar a cabo los señores Fiscales es la de indagar mediante consulta del Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica si frente a la persona denunciada ha sido solicitada y adoptada anteriormente orden de protección en vigor.

b) *Consideración de las medidas cautelares como primeras diligencias y Juez competente para adoptarlas*

Si de la solicitud, por el contrario, se apreciare que concurren indiciariamente los presupuestos del apartado 1 del artículo 544 ter de la LECrim., lo procedente será la inmediata convocatoria a una audiencia en presencia judicial.

Sobre este punto debe repararse en la naturaleza de «primeras diligencias» de la orden de protección, así como de las *medidas cautelares* del artículo 544 bis, conforme establece la renovada redacción del artículo 13 de la LECrim. («Se consideran

como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta Ley». En atención a dicha naturaleza y a lo dispuesto en los apartados 3 y 11 del artículo 544 ter, los señores Fiscales adoptarán las medidas precisas y dictaminarán a favor de la resolución de la orden de protección por el Juez de guardia ante el que se presentó la solicitud, sin perjuicio de la posterior remisión de los autos resolviendo la orden de protección al que resultare finalmente competente para conocer de la causa. Se trata de evitar que cuestiones de competencia, frecuentes en una materia tan propicia como el maltrato habitual con supuestos de acumulación de autos o existencia de denuncias previas, impidan la resolución urgente de la adopción de *medidas cautelares*, lo que corresponde como primeras diligencias al Juez de guardia ante el que se formulare la solicitud.

Dos cuestiones previas han de ser resaltadas en aquellos casos, relativamente frecuentes, en que no es posible celebrar la comparecencia de la orden de protección.

Por un lado, la imposibilidad de resolver sobre la orden de protección hasta que se celebre la comparecencia puede aconsejar, en ocasiones, para evitar la falta total de medida alguna durante un lapso de tiempo, que directamente por el Juez, y sin necesidad de audiencia, se adopten determinadas *medidas cautelares*, amparando éstas en el artículo 544 bis LECrim., si se trata de medidas de alejamiento, o en los artículos 13 LECrim. y 158 CC, para cualquier medida en relación a los menores de edad para apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios. La posibilidad de adoptar las *medidas cautelares* del artículo 544 bis LECrim. es contemplada expresamente por el artículo 544 ter LECrim., en el párrafo cuarto *in fine* del apartado 4, y las medidas del artículo 158 CC, en el apartado 7 del mismo artículo. La orden de protección, en definitiva, no ha venido a restringir las posibilidades de protección de la víctima que se recogían con anterioridad a su vigencia en la Ley Procesal Penal o en el Código civil.

De otra parte, cabe cuestionarse cuál sea la decisión que haya de seguir el Juez de guardia que no pudo celebrar la audiencia y resolver sobre la orden de protección, cuando conste la existencia de causa abierta contra el denunciado en otro Juzgado. Las opciones posibles –al margen como hemos visto de la adopción de *medidas cautelares* vía artículo 544 bis o 158 CC inmediatamente por el Juez de guardia– son varias: primera, remitir lo actuado al Juez competente para que sea éste quien procure la celebración de la audiencia y termine resolviendo la orden de protección; segunda, continuar con los autos de la orden de protección hasta su resolución por él mismo cuando sea posible y sólo entonces remitir testimonio de las actuaciones y del auto al Juez competente por antecedentes.

La preferencia por la segunda de las soluciones se basa en la conveniencia de evitar tiempos muertos entre la remisión y la aceptación de los autos de uno a otro Juez, por lo que se estima preferible que el Juez ante el que se instó una orden de protección decida finalmente sobre la misma y la remita, una vez resuelta, a aquel que estuviere conociendo de causa por tales hechos. La ventaja práctica de esta solución, que procura evitar lapsos de inactividad, es la única razón, pero estimamos que suficiente, para decantarse por este criterio, que apoyarán los señores Fiscales en sus intervenciones. En todo caso, la previsión del apartado 11 del artículo 544 ter se refiere a un supuesto de hecho distinto del presente: es el caso en el que el Juez que conoce de causa anterior es quien recibe directamente la solicitud de orden de protección o quien de oficio acuerda su tramitación.

c) *Comparecencia judicial. Asistencia del Fiscal y demás partes. Motivos de suspensión*

El apartado 4 del artículo 544 ter dispone que el Juez de guardia «convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal».

Por ello, la regla general es que la audiencia se celebra con la presencia del denunciado asistido de letrado, de la víctima, del solicitante y del Ministerio Fiscal.

La audiencia se erige en cauce procesal obligado para resolver sobre la orden de protección que hubiere sido admitida a trámite. Dicha audiencia se hará coincidir cuando sea posible, en aras de la economía procesal, con la regulada en el artículo 798 si se sigue juicio rápido, con el acto del juicio de faltas si la infracción fuere de dicha naturaleza o, en su caso, con la prevista en el artículo 505. Fuera de esos casos, el Juez habrá de convocar específicamente a esa audiencia. Siempre la convocatoria se realizará en el plazo más breve posible y dentro de las 72 horas siguientes a su solicitud.

Si la solicitud se presentara ante órgano distinto del Juez, el cómputo debe iniciarse desde la presentación de la solicitud ante aquél y no desde la posterior llegada de la misma al Juzgado de guardia. No obstante, el incumplimiento del plazo será una irregularidad pero no motivo de nulidad (art. 241 LOPJ).

La presencia del Fiscal resulta de enorme importancia en esta audiencia. Basta reparar en que en la misma se trata de diseccionar la situación generada en el ámbito familiar, lo que presenta, cara a la adopción de *medidas cautelares* y de protección de la víctima en este campo, mayores dificultades de criterio y de valoración que en otro tipo de manifestaciones delictivas habida cuenta la existencia de bienes jurídicos en juego de enorme trascendencia, generalmente con afectación de los derechos e intereses de menores de edad.

Por ello, a fin de facilitar la participación del Fiscal en la audiencia, junto a su presencia física, la Ley Orgánica 13/2003, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 306 LECrim., ha abierto la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal a través de sistemas telemáticos. Conforme a ese precepto, «cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el Fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505, mediante videokonferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido». Se excluyen de este modo determinados medios tecnológicos –v. gr. teléfono– que no reúnen dichas características. Sólo, pues, cuando el Fiscal intervenga en la audiencia mediante su presencia física o mediante uno de los medios reseñados podrá reputarse comparecido en dicha audiencia.

La cuestión esencial en este punto es la de dilucidar en que casos puede celebrarse la audiencia pese a la incomparecencia del Fiscal o de alguna de las restantes partes.

Si dicha incomparecencia es justificada (por no citación o por enfermedad o por imposibilidad de traslado, por ejemplo) la cuestión debe resolverse a favor de la suspensión del acto, debiendo convocarse debida y nuevamente la audiencia. Todo ello al margen, como antes se dijo, de la posible adopción entretanto de *medidas cautelares* al amparo de los artículos 544 bis LECrim. o 158 CC.

Ahora bien, las cosas son distintas si la incomparecencia de alguna de las partes citadas al acto no está justificada.

Incomparecencia del Fiscal

En primer lugar, por lo que respecta al Ministerio Fiscal, es de notar que ha desaparecido –en el texto reformado del artículo 505– la obligación específica de com-

parecencia que imponía el artículo 504 bis 2. Dicho precepto señalaba: «*El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su letrado, tendrán obligación de comparecer*». La supresión de dicha mención en la LECrim., tras la redacción operada por la LO 13/2003, admite una conclusión interpretativa para la comparecencia de prisión (art. 505 LECrim.) extensible a la comparecencia de la orden de protección (art. 544 ter LECrim.) o a la audiencia para la agravación de la medida previamente incumplida (art. 544 bis LECrim.), conforme a la cual la validez de la comparecencia no se resentiría por la ausencia injustificada del Ministerio Fiscal. En tal caso, el Juez de Instrucción podrá acordar la suspensión de la comparecencia para procurar la intervención del Fiscal, pero ello no será un desenlace obligado en todo caso puesto que también podrá acordar que continúe la audiencia y resolver sobre las *medidas cautelares* pese a la incomparecencia del Fiscal (salvo que no podría acordar entonces medidas de prisión o libertad con fianza si ninguna acusación las solicitara).

Si la comparecencia se sustancia coincidiendo con la regulada en el artículo 798 o en el acto del juicio de faltas, la presencia del Fiscal es ineludible para tales otras finalidades (resolver sobre la fase intermedia de las diligencias urgentes o celebrar el juicio de faltas) que no se podrán llevar a cabo, pero no para la adopción de medidas, que sí será posible si se redujera la comparecencia a una específica sobre medidas u orden de protección.

Es posible, por tanto, que la incomparecencia del Fiscal en la audiencia no provoque, sin embargo, la suspensión de ésta, cuando el Juez considere que existen razones para continuar y resolver sobre las *medidas cautelares*. Ello se dará muy excepcionalmente, pero no son descartables supuestos de urgencia en la adopción de medidas que, ante la inexistencia de videoconferencia u otros medios similares y ante la imposibilidad de asistencia en tiempo breve del Fiscal, aconsejen no demorar la respuesta judicial; sin perjuicio, además, de que el Fiscal pudiere dejar constancia de su criterio en la causa a través de otros medios (fax, teléfono, etc.) que no suponen o permiten tenerle por comparecido en la audiencia.

Esta solución interpretativa, obliga, sin embargo, a los señores Fiscales a adoptar todas las medidas que eviten la consecuencia procesal de la celebración de audiencia y adopción de *medidas cautelares* sin su intervención. En todo caso, si se diere en la práctica algún supuesto de esta naturaleza nada obsta a la intervención en cualquier momento ulterior del Fiscal: en el recurso procedente contra el auto adoptando *medidas cautelares* o en cualquier incidente posterior para su modificación por cambio de circunstancias.

Incomparecencia del agresor

En segundo lugar, hay que distinguir entre determinados supuestos de incomparecencia injustificada que, con relación a la víctima y al agresor, se están presentando en la práctica con relativa frecuencia y analizar los efectos derivados de tales situaciones.

Aunque no cabe desconocer el efecto pedagógico e incluso preventivo que el hecho de la comparecencia supone para el agresor, si éste, citado que haya sido para la comparecencia, no acudiere injustificadamente a la misma, no impedirá necesariamente su celebración y la posible adopción de *medidas cautelares* de todo orden. No cabe sostener que dichas *medidas cautelares* son, en tal caso, adoptadas *inaudita parte*, en tanto que es el denunciado quien incumple su obligación procesal de acudir. La contradicción se satisface por la posibilidad de ser oído y no por el hecho efectivo de utilizar ese cauce el denunciado. La base legal para esta interpretación cabe encontrarla en los artículos 505 y 544 bis y 544 ter LECrim. que, a diferencia del derogado artículo 504 bis 2, nada dicen acerca del carácter ineludible de la presencia del denunciado en la comparecencia para la validez de la misma. Otra solución conduciría al absurdo de dejar a la voluntaria incomparecencia del denunciado la posibilidad de

adoptar *medidas cautelares*. En todo caso, el auto resolviendo sobre la orden de protección se notificará al denunciado, quien, con independencia de su asistencia o no a la audiencia, podrá interponer los recursos oportunos.

Respecto de la asistencia de Letrado del denunciado las cosas son distintas. El artículo 544 ter. 4 señala que el agresor será «*asistido, en su caso, de abogado*». La expresión «*en su caso*» debe ser interpretada en el sentido de que la asistencia letrada es ineludible salvo cuando, por tratarse de una falta, la audiencia se celebre en el procedimiento de juicio de faltas (coincidiendo con el juicio oral) en cuyo caso la defensa técnica no es preceptiva. La audiencia en cualquier otro supuesto por hechos inicialmente reputados delito y en consecuencia por procedimiento distinto al de faltas (ya coincida con la de los arts. 798, 544 bis, 505 o sea específica) exigirá la asistencia de letrado del denunciado. Sin la presencia de éste, justificada o no, habrá de suspenderse la audiencia. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la posibilidad de designar un letrado de oficio en el caso de que el imputado no haya procedido previamente al nombramiento de uno de su confianza.

Por último la inasistencia injustificada de la víctima o del solicitante de la orden de protección no determinará necesariamente la suspensión de la audiencia, sin perjuicio de que el Juez pueda acordarla.

d) *Contenido de la comparecencia*

Sobre el desarrollo de la comparecencia ante el Juez nada dice el artículo 544 ter, a excepción de la previsión de la adopción por el Juez de medidas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia, a cuyo efecto dispondrá que su declaración en la audiencia se realice por separado (art. 544 ter 4 párrafo 3).

Cuando la audiencia coincida con la prevista en los artículos 505, 798 y siguientes o con el acto del juicio de faltas, habrá de seguir los trámites propios de tales actuaciones. Ahora bien, en todo caso, la audiencia tiene por objeto determinar la existencia de los presupuestos necesarios para adoptar determinadas *medidas cautelares*, es decir, establecer si existen indicios fundados de la comisión de una infracción penal entre las personas mencionadas en el artículo 173.2 y si de ello resulta una situación objetiva de riesgo para la víctima que precise la adopción de medidas (art. 544 ter núm. 1 LECrim.).

No se trata en la comparecencia de agotar la instrucción de la infracción penal. Ahora bien, el artículo 544 ter presupone que se oiga a determinadas personas en la comparecencia; por ello, la declaración del agresor, de la víctima y demás familiares llevada a cabo en la comparecencia puede implicar, si se practica con la suficiente profundidad, que no sea preciso volver a tomar declaración en fase de instrucción a dichas personas, evitando de ese modo sucesivas comparecencias en el Juzgado.

Sobre la posibilidad de proponer y practicar prueba en la comparecencia y sobre la documentación del acto son reproducibles aquí las consideraciones que se efectúan en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, en el apartado III subapartados b) y c).

En la comparecencia el Fiscal únicamente interesará o se pronunciará sobre las medidas civiles interesadas por otro si existieren hijos menores o incapaces, como cabe deducir de la legitimación restringida que establece el apartado 7 del artículo 544 bis. La única excepción a la restricción de la intervención del Fiscal radica en la posibilidad de pronunciarse sobre las medidas civiles, pese a la inexistencia de menores o incapaces, cuando éstas, por su contenido, puedan incidir oponiéndose frontalmente al contenido de las acordadas penalmente que, en tal caso, deberán considerarse prioritarias con apyo en el artículo 8 LECrim.

La referencia legal a que, tratándose de falta, la comparecencia de la orden de protección procure hacerse coincidir con el acto del juicio tiene sentido en dos supuestos. Primero, si el juicio se suspende y en ese acto se celebra la comparecencia para adoptar *medidas cautelares*. Segundo, si el juicio se celebra, cabe instar del Juez, además de la petición de condena, las *medidas cautelares* precisas que se justifican en tanto la sentencia devenga firme, momento en el cual las de naturaleza penal se sustituyen por las prohibiciones acordadas en sentencia al amparo del artículo 57 CP, y las medidas civiles subsisten pues se rigen en su sustitución por lo dispuesto en el artículo 544 ter 7.

1.3. Resolución del Juez de Instrucción

El Juez resuelve por medio de auto adoptando, en su caso, las medidas penales de cualquier tipo y las civiles que se refieren al uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, prestación de alimentos, y cualquier otra oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

El auto concediendo la orden de protección atribuye a la víctima la condición o estatuto de persona protegida, extremo éste que se erige en requisito para solicitar ante la Administración, en la forma y cumpliendo los requisitos que por ésta se establezcan, determinadas medidas de naturaleza asistencial. Ahora bien, el Juez no entra a la valoración de si la víctima es o no acreedora de determinadas prestaciones (como por ejemplo la renta de inserción activa) sino que se limita a reseñar en el auto la condición de persona protegida por la orden, confirmando así una suerte de título legitimador, en el modo y con los efectos que se establezcan por la legislación administrativa, para la obtención de ayudas y asistencia (art. 544 ter 5).

1.4. Notificación del auto

Las previsiones de notificación de la orden de protección se contemplan en los apartados 8 a 10 del artículo 544 ter. La notificación efectiva desde el Juzgado a todas las partes y Administraciones implicadas, así como la comunicación para su inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, constituye una pieza clave para la efectividad de las *medidas cautelares* que se acuerden a través de la orden.

Al margen de la notificación al Fiscal, al solicitante, a las víctimas y a la persona denunciada, se debe igualmente notificar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que puedan vigilar el cumplimiento de las *medidas cautelares* y a la Administración penitenciaria en su caso.

Además, para facilitar la tarea de notificar y coordinar, simplificar y hacer eficaz el conocimiento de la orden de protección por las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección social, asistencial, psicológica, sanitaria o de otra índole, la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección acordó el establecimiento de un punto único de ámbito provincial que las Administraciones autonómicas han de facilitar a la Comisión y desde ésta, a través del Consejo General del Poder Judicial, a los órganos judiciales.

Los Fiscales adscritos al Juzgado de Instrucción que hubieren sido notificados de la orden de protección remitirán copia de ésta, si se pronunciare sobre medidas civiles, a la Sección de lo Civil de la Fiscalía, para procurar de ese modo la coordinación entre ambas jurisdicciones; ello sin perjuicio de que sea la consulta del Registro

Central para la Protección de las Víctimas el principal instrumento para conocer la existencia de órdenes en vigor.

Por otra parte, en las ejecutorias penales, máxime si la sentencia fuere absoluta, cuidarán especialmente los Fiscales de que sean levantadas las *medidas cautelares* así como de que dicha circunstancia se ponga en conocimiento del citado Registro por el Secretario judicial a los efectos de cancelación oportunos.

1.5. Recursos

Pese al silencio del artículo 544 ter debe entenderse que el auto será recurrible, en vía penal con independencia de que las medidas acordadas en la orden sean incluso exclusivamente civiles, a tenor de lo previsto en el artículo 766 LECrim., cualquiera que sea el procedimiento en el que se hubiere acordado la orden de protección, habida cuenta de las remisiones que a dicho régimen de recursos establecen los artículos 798.3 y 507 LECrim.

1.6. Estadística sobre la orden de protección

Al igual que sucediera en su día con la comparecencia para prisión preventiva, se hace preciso conocer el número de solicitudes de orden de protección y, en particular, el número de comparecencias que ha de atender el Ministerio Fiscal.

En este sentido se ha procedido por la Fiscalía General a modificar, dentro del programa informático sobre violencia familiar que se lleva en las Fiscalías, el cuadro X dedicado a las «Medidas cautelares acordadas judicialmente», a fin de recoger los datos referidos a la orden de protección.

Dicho cuadro ha sido remitido al Ministerio de Justicia para la elaboración de una nueva versión actualizada del programa que recoja la orden de protección y, asimismo, modifique el cuadro II dedicado a la naturaleza de las infracciones penales para recoger los nuevos tipos de maltrato del artículo 153 y el maltrato habitual del artículo 173.2 del CP.

Esa versión, así actualizada, se repartirá a todos los Servicios de Violencia Familiar de las Fiscalías. Basta ahora recordar la obligación de los señores Fiscales de seguir el contenido, orientación y cuadros de dicho programa. Ello deviene esencial para procurar la unidad de actuación, el intercambio de datos y la posible aglutinación y suma en la Fiscalía General de la información que proporciona cada Fiscalía. La libertad de cada Administración con competencia en medios materiales no se extiende, en ningún caso, a la definición de los contenidos del referido programa, que habrá de ser exactamente el indicado por la Fiscalía General.

De otra parte, se insta de los Fiscales encargados de los Servicios a adoptar las medidas precisas para que se registren los datos requeridos por el programa y, en particular, las órdenes de protección. En tanto éstas suponen la citación a una comparecencia deviene de enorme importancia conocer exactamente la magnitud en cada Fiscalía de este nuevo procedimiento.

II. CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La vigilancia del cumplimiento de las *medidas cautelares*, aun siendo importante, no puede por sí sola ser el único mecanismo dirigido a procurar su respeto.

Por ello, la adopción de *medidas cautelares* sólo es plenamente efectiva si a su eventual incumplimiento se le anudan responsabilidades y consecuencias cuya inmediata exigencia se erija, por efecto de la prevención, en el principal resorte para su acatamiento.

La intervención del Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en que las *medidas cautelares* o prohibiciones impuestas en sentencia hayan sido quebrantadas por los agresores deviene por ello esencial.

En los supuestos de incumplimiento de medidas pueden ser distinguidos dos casos de desigual gravedad: aquellos en que el incumplimiento no lleva anudada otra infracción distinta del quebrantamiento en sí y aquellos otros, más graves, en que el incumplimiento es aprovechado para la comisión de alguna infracción penal contra las personas protegidas en el artículo 173.2 CP.

Conviene precisar que el incumplimiento de las medidas cautelares penales (así como de las prohibiciones impuestas en sentencia al amparo del art. 57 CP) constituye el delito tipificado en el artículo 468 CP, castigado con pena distinta según que se hubiere quebrantado una situación de privación de libertad o no. En este último supuesto (aplicable al quebrantamiento de las prohibiciones del art. 544 bis) la pena procedente es la de multa. Aunque no faltan resoluciones judiciales de Juzgados y Audiencias que la acogen, debe descartarse, por virtud del principio de especialidad (art. 8.1), la tipicidad del delito de desobediencia grave del artículo 556, a pesar de la mayor pena que conlleva ordinariamente pues en todo caso impone la de prisión de seis meses a un año. Esta disparidad en las penas (multa frente a la de prisión) se verá solo parcialmente corregida en la nueva redacción del artículo 468, que estará vigente a partir del 1 de octubre de 2004, para los casos de quebrantamiento de las prohibiciones del próximo artículo 57.2., supuesto en que se agrava la pena imponiendo la de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días.

Paralelamente, se suscita la cuestión de cuál sea la responsabilidad penal que se deriva del incumplimiento de las medidas civiles acordadas en la orden de protección a tenor del apartado 7 del artículo 544 ter. Se trata de *medidas cautelares* de orden civil que, en principio, encajarían en la mención genérica y sin mayor concreción que establece el artículo 468 al quebrantamiento de «*medidas cautelares*». Ahora bien, dicha interpretación literal que abona la tesis de la comisión del denominado delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 no puede sin más ser admitida. Al redactarse dicho precepto se estaba pensando por el legislador en el quebrantamiento de *medidas cautelares* penales, no en otras. Que ello es así lo prueba la tipificación en otros preceptos del Código del incumplimiento de determinadas obligaciones civiles, como por ejemplo los delitos de impago de pensiones del artículo 227 o de abandono de familia del artículo 226. De ello cabe colegir que si el agresor incumpliere las *medidas cautelares* civiles (por ejemplo, no paga alimentos, no observa el régimen de visitas, etc.) no incurrirá en el delito del artículo 468 sino, en su caso, en los ya citados delitos de los artículos 227 –impago de pensiones– o 226 –abandono de familia–, o en el de desobediencia si, además, concurrieran los requisitos fácticos exigidos por este tipo penal. Todo ello, sin perjuicio de que determinados incumplimientos de medidas civiles se solapan con el incumplimiento de medidas penales, así por ejemplo el incumplimiento de la medida civil de atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja puede coincidir con un delito del artículo 468 si se acordó paralelamente la prohibición de residencia como medida cautelar penal. En realidad sería el incumplimiento de esta última medida la que motivaría la aplicación del artículo 468.

Si el agresor, con ocasión del incumplimiento de la medida, comete una infracción penal contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2, se suscita

el problema del posible concurso entre el delito del artículo 468 con el subtipo cualificado del delito del artículo 153 o del artículo 173. Debe sostenerse que el subtipo agravado de los artículos 153 o 173 excluyen la condena separada por el delito del 468, estando pues ante un concurso de normas a resolver a favor de los subtipos agravados del 153 o 173 en virtud del principio de especialidad (art. 8.1).

Desde el punto de vista procesal surge la cuestión de si por el hecho delictivo ha de incoarse una nueva causa o si debe ser acumulado su conocimiento al procedimiento en el que se acordó la medida incumplida. En principio debe reconocerse la dificultad de establecer reglas apriorísticas en una materia tan compleja y circunstancial como la derivada de las reglas de competencia por conexidad. El Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre de 1987 ha optado por una interpretación flexible de las causas de conexidad establecidas en el artículo 17 LECrim., a las que atribuye valor ejemplificativo. En principio, si con ello no se retrasa injustificada e inútilmente la causa en la que se acordó la medida incumplida, parece conveniente acumular a este procedimiento el delito cometido con ocasión de dicho quebrantamiento. Hay base para ello en el artículo 17.5 LECrim., siempre que la fase de investigación de la causa a la que se acumulan no hubiere finalizado. Además, de este modo se permite al Juez que acordó la medida incumplida valorar, en los términos que ahora se verán, la conveniencia de modificar, agravándola, la medida cautelar quebrantada.

La adopción de nuevas *medidas cautelares* sustitutivas de la incumplida se regula en el artículo 544 bis último párrafo que, tras redacción dada por la LO 15/2003, dispone:

«En caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará a la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

La comparecencia se exige, pues, no sólo para los casos de prisión y libertad con fianza sino para aquellos en que se adopte una medida que agrave el contenido de la medida cautelar incumplida o en que se adopte la orden de protección.

La relación de circunstancias que menciona el precepto para la valoración de la medida que haya de sustituir a la incumplida (*«incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias»*) no han de ser exclusivas sino que deben ser complementadas con las que de por sí se señalan en el artículo 503 y, especialmente, la relativa a la evitación del riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2). Se estima que esta última circunstancia, aun cuando no se mencione expresamente en el artículo 544 bis, debe ser tomada en consideración junto con las restantes por aplicación del artículo 503.2 y por estimar que se halla comprendida en la mención a la *«incidencia del incumplimiento»* a que se refiere el citado 544 bis. En este sentido conviene resaltar que en la *Segunda Reunión de los Fiscales encargados de los Servicios de Violencia Familiar*, ya citada, se acordó (punto 5 de las conclusiones aprobadas) que: *«Circunstancia expresamente a tener en cuenta para la solicitud de la prisión provisional será el quebrantamiento de la medida cautelar, especialmente en aquellos supuestos en que el quebrantamiento se haya aprovechado para delinquir nuevamente».*

CIRCULAR 4/2003 NUEVOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA PERSECUCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

I. INTRODUCCIÓN

La violencia doméstica ha sido objeto en los últimos meses de una serie de reformas que se enmarcan dentro de una nueva ofensiva legal contra esta manifestación delictiva, continuadora de la iniciada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio. Las novedades legislativas inciden directamente sobre aspectos penales, procesales y cuestiones de carácter organizativo.

Al margen de la introducción en la LECrim. del nuevo procedimiento de juicio rápido y de su extensión en virtud del artículo 795 a los delitos de maltrato familiar, aspecto del que se ocupó la Circular 1/2003 *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*, entre las reformas aludidas deben citarse principalmente, la operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que ha supuesto la modificación de los delitos de maltrato familiar y de maltrato habitual, recogidos en los artículos 153 y 173.2 y 3 del CP, y la llevada a cabo por la Ley 27/2002, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la Violencia Doméstica, que ha introducido en la LECrim. el artículo 544 ter.

No cabe, sin embargo, olvidar otras normas que despliegan directa eficacia sobre este tipo de hechos delictivos, así: la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional y la Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del CGPJ (BOE de 15 de abril de 2003) sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica. Junto a ello, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal, incide también sobre esta materia. No obstante, su entrada en vigor se producirá en fecha 1 de octubre de 2004, salvo las modificaciones que opera en la LECrim.; en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores y en la Ley Hipotecaria, vigente desde el 27 de noviembre, día siguiente al de su publicación.

La Fiscalía General del Estado ha venido mostrando su preocupación por la respuesta que debe darse desde el ámbito judicial a los hechos delictivos de esta naturaleza. Son de recordar las orientaciones contenidas en la Instrucción 3/1988 y en la más amplia Circular 1/1998, sobre *«Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar»*, que conservan su vigencia.

Ahora bien, las novedades reseñadas merecen ser tratadas, sin ánimo exhaustivo, en esta Circular, a fin de salir al paso de algunas dificultades y problemas interpretativos y organizativos que se derivan de los nuevos instrumentos jurídicos. No se trata de elaborar un estudio completo y sistemático de los nuevos preceptos sino de seleccionar las principales cuestiones y dificultades prácticas que han originado para establecer pautas de actuación unitaria en la actividad del Ministerio Público.

II. ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE MALTRATO FAMILIAR SIMPLE DEL ARTÍCULO 153 Y HABITUAL DEL ARTÍCULO 173.2 CP

El tipo de maltrato doméstico del artículo 153 constituye una de las principales novedades de la reforma, al castigar como delito determinadas conductas que hasta

entonces constituían la falta del artículo 617 CP. De otra parte, la conducta habitual ha pasado a recogerse en el nuevo artículo 173.2 que modifica su ubicación sistemática al incluirse en el Título VII entre las torturas y otros delitos contra la integridad moral.

Varias son las cuestiones que plantean tales preceptos.

II.1. La nueva figura de maltrato del artículo 153

En el artículo 153 se castigan como delito determinadas lesiones producidas en el ámbito doméstico o familiar que antes de la reforma eran consideradas falta en el artículo 617. El párrafo segundo del artículo 617 ha sido consecuentemente derogado.

Siguen, en todo caso, reputándose falta las conductas descritas en el artículo 617 cuando la víctima no fuera alguna de las personas referidas en el reformado artículo 173.2 y asimismo las del artículo 620, aún producidas entre dichas personas –salvo las amenazas leves con armas, incluida en el artículo 153 párrafo primero– y que consiste en amenazas leves sin armas, coacciones, injurias y vejación injusta de carácter leve. Conviene repasar en que, no obstante, cualquiera de estos últimos comportamientos tiene su correlativa figura de delito, lo que permite graduar en cada caso la respuesta penal en atención a la gravedad de la agresión.

El notable endurecimiento del castigo advertido en el informe de la Fiscalía al Anteproyecto de medidas concretas, implica la consideración como delito de agresiones aisladas y con independencia de su resultado que, de no haberse producido entre el círculo de sujetos que refiere el artículo 173.2, serían calificadas como falta (art. 617.1 y 2 CP).

Sin perjuicio de reiterar esta idea *infra*, parece claro que la agravación del artículo 153 párrafo segundo, que consiste en la utilización de armas, no será aplicable a la conducta del que «amenazara a otro de modo leve con armas» del artículo 153 párrafo primero, por imperativo del principio de legalidad y exigencias derivadas del *non bis in idem*; pero sí agravará a las otras conductas que se recogen en el artículo 153 párrafo primero.

II.2. Habitualidad de la conducta: alcance y requisitos (art. 173.2 CP)

La interpretación que hasta ahora se ha venido sosteniendo acerca de lo que deba entenderse por el elemento de la habitualidad en el delito de maltrato no debe verse enturbiada por la nueva figura de lesiones comprendida en el artículo 147.1. párrafo segundo del CP.

Este precepto, siguiendo una técnica idéntica a la establecida para los delitos de hurto y de sustracción de uso de vehículos (arts. 234 y 244, respectivamente), establece que se impondrá la pena del delito de lesiones del artículo 147 a quien «*en el plazo de un año haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código*». En justificación de esta novedad la Exposición de Motivos de la Ley señala que se trata de «medidas dirigidas a mejorar la respuesta penal a la *habitualidad* de la conducta».

Por tanto, la formulación del artículo 147 ha suscitado la cuestión de si la conducta habitual a que se refiere el artículo 173.2 debe, en aplicación paralela de lo señalado en el artículo 147, requerir la probanza de la comisión de cuatro hechos delictivos en el lapso temporal de un año.

Tal interpretación, como se ha señalado, ha de descartarse. El concepto de habitualidad exigido por el artículo 173.2 presenta perfiles propios que lo distinguen de la definición típica del ilícito que se castiga por la comisión de cuatro faltas en el tipo del artículo 147. Varias son las razones que abonan esta interpretación singularizada de la habitualidad del maltrato doméstico.

Primero, el propio artículo 173 en su núm. 3 establece una definición legal específica de habitualidad al disponer: «Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Tal noción de habitualidad, idéntica a la que establecía el anterior artículo 153, ha sido objeto de una importante interpretación jurisprudencial, en doctrina que sigue plenamente vigente. De este modo, el entendimiento inicial *cuasi aritmético* del requisito de la habitualidad, extraído en analogía de la doctrina dictada a propósito de la derogada usura habitual y de la receptación habitual de faltas (art. 299 CP), que exigía la constatación de al menos tres actos violentos, ha sido superado por la jurisprudencia que ha perfilado un concepto de habitualidad o reiteración en el maltrato sustentado en la prueba de la creación de un «clima de temor» en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos. Fiel exponente de esta idea son, entre otras, las SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre.

La diferencia en la concepción de la habitualidad en el maltrato familiar o doméstico –consistente en «un ataque contra la paz familiar creando una situación de dominación y temor» según expresa la STS 927/2000– y la habitualidad en las lesiones a extraños al círculo de personas contempladas en el artículo 173 –consistente en la comisión de cuatro acciones violentas en el plazo de un año según el artículo 147.1 pfo. 2– encuentra su justificación en el distinto alcance de la conducta en uno y otro caso. Los bienes jurídicos vulnerados en cada delito son diferentes. Las lesiones reiteradas por una persona a extraños no suponen la vulneración de determinados derechos y principios presentes en el ataque habitual al núcleo de convivencia recogido en el artículo 173. Según indicaba la Circular 1/1998 la dignidad de la persona (art. 10 de nuestra Carta Magna), el respeto al derecho de igualdad (art. 14), el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad (art. 27), el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32), la protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos –con independencia de su filiación– y de las madres (art. 39), se erigen en valores constitucionales del mayor rango axiológico que han de orientar y legitimar toda iniciativa del Ministerio Fiscal en su respuesta a la violencia desarrollada en el ámbito familiar. Está pues, justificado que la habitualidad del artículo 173 sea distinta de la del artículo 147 en tanto que, si bien ambos afectan al derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), aquél incide, además, en los derechos y principios reseñados.

II.3. Subtipos agravados de la conducta de maltrato

Una de las novedades del artículo 173.2 estriba en las agravaciones específicas previstas en su párrafo segundo. En concreto dispone: «Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en

el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza». Tales circunstancias se prevén igualmente para agravar la pena en su mitad superior en el delito del artículo 153.

Basta con la concurrencia de una sola de tales circunstancias para la apreciación en el delito de maltrato habitual (art. 173) o no habitual (art. 153) de la agravación, como se desprende de la redacción en forma alternativa de las ocho modalidades agravatorias de los respectivos preceptos.

Del empleo en plural del término «menores» para describir uno de los subtipos agravados ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varios los menores que la presencien.

Asimismo, aunque no lo diga el precepto, se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del artículo 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo.

Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes). Completa esta interpretación el hecho de que las lesiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores.

No se da la agravación, sin embargo, por impedirlo la literalidad del precepto, cuando el sujeto pasivo del delito y, en tal caso, única víctima, sea un menor.

Por otra parte, el subtipo agravado consistente en la utilización de armas suscita la duda de si la agravación debe extenderse a las agresiones en las que se hubieren utilizado otros medios peligrosos. La respuesta negativa viene impuesta por el principio de legalidad. Cuando el legislador ha querido efectuar dicha extensión lo ha hecho expresamente, como sucede, sin ánimo exhaustivo, en los artículos 148, 180 y en el propio artículo 153 al referirse a la amenaza leve con armas o medios peligrosos.

Como ya se argumentó *surpa*, en la conducta de amenaza leve con armas del artículo 153 no será aplicable el subtipo agravado cuando se fundamente en la utilización de armas, por cuanto, con argumento en el artículo 67 CP y en el principio *non bis in idem* (art. 25 CE), dicha circunstancia no puede integrar a su vez el tipo básico o el cualificado.

Es posible que la circunstancia que atrae el subtipo agravado sea constitutiva de delito. Así, si la agresión se verificó con armas o en domicilio de la víctima cabe que estemos ante un delito de tenencia ilícita de armas o de allanamiento de morada, si se carece de la correspondiente licencia de armas o la entrada en la vivienda se hizo contra la voluntad del morador.

En ambos casos deberá apreciarse un concurso de delitos entre la figura agravada del artículo 153 o 173 y el delito de tenencia o de allanamiento. Dicha interpretación no conculca el principio *non bis in idem*. En el caso de la tenencia ilícita dado su carácter de delito de tracto continuado que no requiere de la utilización del arma para su consumación. En el del allanamiento ya que a la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantando el artículo 18 CE se les añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior.

Si el subtipo agravado consiste en haberse producido la agresión tras quebrantar el autor una pena o medida cautelar, la cuestión del posible concurso con el delito del artículo 468 CP se tratará en el último apartado de esta Circular dedicado al incumplimiento de las medidas.

De otra parte, en relación con el artículo 173, basta con la concurrencia de cualquiera de tales circunstancias en uno solo de los actos integrantes de la habitualidad para que toda la conducta habitual se vea agravada en su punición, tal y como ha que-

rido el legislador al anudar la agravante a que «alguno o algunos» de los actos se perpetren bajo cualquiera de las circunstancias que contiene.

II.4. Referencia a algunos problemas concursales

Debe repararse en que las circunstancias agravatorias son exactamente las mismas en ambos tipos de maltrato familiar, habitual (173) y no habitual (153). Y ello suscita determinados problemas de *bis in idem* que pasamos a analizar.

No será posible, por vulneración del principio citado (art. 25 CE), que una sola de tales circunstancias sirva tanto para agravar la conducta concreta de maltrato en la que concurrió (penada a tenor del art. 153) cuanto en la conducta de maltrato habitual (art. 173) en la que, junto a otros actos concretos, aquella se integre para apreciar la nota de habitualidad.

Es evidente que una misma circunstancia no puede ser tenida en consideración dos veces para agravar dos diferentes delitos. Esta misma conclusión es predicable del concurso entre las lesiones del artículo 148.1 en relación con el 147 y el maltrato habitual del artículo 173.

Surge entonces la duda acerca de cuál sea el tipo penal en que dicha agravación deba surtir efecto, lo que tiene indudable repercusión práctica ya que la pena resultante del concurso será más onerosa si se forma el subtipo agravado con el artículo 173 y no con el artículo 153.

En ocasiones la cronología procesal de enjuiciamiento puede dar por resuelto el asunto: si por haber sido enjuiciado separadamente el acto concreto ya se condenó por delito del artículo 153 apreciando la agravación, es claro que la circunstancia agravante no podrá ser tenida nuevamente en consideración en el ulterior procedimiento por maltrato habitual para agravar el tipo del artículo 173.

Pero fuera de ese caso, si se enjuician conjuntamente la conducta concreta y la habitual, de la que aquella no es sino una específica expresión, se abren dos posibles opciones a la hora de formular la calificación: reputar cometido un delito del artículo 153 en modalidad agravada en concurso real con un delito del artículo 173, o bien, a la inversa, estimar cometido un delito del artículo 153 simple más un delito del artículo 173 en su modalidad agravada.

Existen argumentos que apoyan esta última opción: la específica mención «alguno o algunos» recogida en el artículo 173 permite aplicar la agravación en este precepto. Asimismo ésa es la solución interpretativa que ofrece el principio de alternatividad del artículo 8.4 CP.

En consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del artículo 173.2 por aplicación de las reglas 1.ª y 4.ª del artículo 8 CP.

Si el concurso surgiera entre el artículo 147 habiéndose utilizado armas en la lesión y el artículo 173, la solución del artículo 8.4 se decanta por la calificación a tenor del tipo básico del artículo 173.2 en concurso con el 147 en relación con el artículo 148. 1.º CP.

De otra parte, resulta ocioso indicar que cuando concurren varias circunstancias agravatorias (por ejemplo un acto se cometió con armas y en el domicilio de la víctima) habrán de calificarse entonces aplicando el subtipo agravado tanto en el acto concreto violento (art. 153) como, en su caso, en la conducta habitual (art. 173).

Finalmente la concurrencia de dos o más circunstancias agravatorias en un solo delito, 153 o 173, no tendrá otra relevancia distinta que la de ser tenida en consideración a efectos de valorar, dentro del tramo de la mitad superior de la pena, el alcance o duración concreta que se solicite.

II.5. Ampliación del círculo de personas protegidas en violencia doméstica

Otra de las importantes novedades de la reforma es la redefinición del círculo de personas sujetos pasivos de la acción de maltrato. El régimen penal de los actos violentos encuentra distinta y más grave respuesta si se proyecta sobre alguna o algunas de las personas de dicho círculo.

Las críticas y sugerencias de la doctrina han llevado al legislador a ampliar notablemente ese grupo de personas protegidas, extendiéndolo incluso más allá del ámbito familiar.

Se incluyen una serie de personas que no se comprendían en el tenor literal del anterior artículo 153. Los novios pasan a ser incluidos pese a la discutible fórmula empleada por el legislador al señalar «personas unidas por una análoga relación de afectividad *aun sin convivencia*», a lo que se añade la supresión de la mención «de forma estable» que contenía el derogado artículo 153. Los hermanos se recogen ahora expresamente en el artículo 173.2. Asimismo, el precepto no se refiere como antes a los «hijos» sino, más ampliamente, a los «descendientes» sin limitación de grado, incluyendo de ese modo a los nietos principalmente. De otra parte, la mención a «descendientes, ascendientes o hermanos» incluye expresamente a los que lo sean por «naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente», sin exigirse —como se hacía antes— ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a «que con él convivan» se refiere en exclusiva a «los menores e incapaces» como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión «o sobre»; en consecuencia, quedan incluidos aun cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor.

Además, se recogen dos esenciales novedades, la inclusión de las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del agresor y las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, con cuyas definiciones se pretende dar protección a situaciones fácticas próximas a la familiar (personas que conviven en el núcleo familiar por cualquier relación o circunstancia no definida expresamente antes: parientes fuera de los grados de parentesco señalados, trabajadores, etc.), o sujetas al régimen de centros sin que tengan, por su especial vulnerabilidad, la plena posibilidad de abandonarlo (*menores en guarderías o colegios, ancianos en residencias, etc.*).

La amplitud de la descripción de los sujetos pasivos del precepto, que en su intención de abarcarlo todo permite incluir a la misma persona en varias de las enunciaciones que hace, comprende entre el círculo de personas protegidas, como se ha visto, situaciones muy amplias y variadas.

En todo caso, es preciso recordar que es indiferente que los actos de violencia recaigan —tal como establece el artículo 173.3— «sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo».

Ahora bien, determinados actos por su propia dinámica y naturaleza, pese a que producen un resultado que recae sobre un miembro concreto del grupo familiar, afectan a todos los miembros del mismo que han de ser considerados víctimas del delito en su conjunto. La anterior consideración es importante a efectos de la fijación de la responsabilidad civil y de la adopción de medidas cautelares. Asimismo, esta consideración deviene esencial para impedir que la actitud de retractación (frecuente y humanamente explicable) de determinados denunciantes adquiera eficacia: no sólo se trata de un delito público en el que no cabe ninguna figura de perdón o de renuncia a la acción penal, sino que, además, la víctima frecuentemente no sólo es el sujeto

pasivo de la acción violenta que manifiesta la retractación, sino todos los restantes integrantes del núcleo de convivencia familiar.

Por último, se ha de rechazar la aplicación de la agravante mixta de parentesco del artículo 23 CP en relación con los delitos del artículo 173 (en este sentido STS 164/2001, de 5 de marzo) y de maltrato no habitual del artículo 153 dado que resulta inherente a la formulación típica de los mismos. Deberá ser apreciada, sin embargo, en los concretos actos de violencia tipificables en algún otro precepto que, a diferencia del artículo 153, no exija entre sus elementos la relación de parentesco.