

**LAS ACTUACIONES ANTE EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN
EN EL PROCEDIMIENTO PARA EL JUICIO CON JURADO**
(Publicado en *La Ley del Jurado: Problemas de aplicación práctica*, Colección
Estudios de Derecho Judicial. CGPJ.Escuela Judicial, núm. 45-2004,
Madrid, 2004, págs. 59-163)

Jaime Vegas Torres
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Rey Juan Carlos

LAS ACTUACIONES ANTE EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PARA EL JUICIO CON JURADO

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA EL JUICIO CON JURADO. 1. Presupuestos. 2. Investigación preliminar de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal. 3. Apertura del procedimiento de la LOTJ derivada de “actuaciones procesales” previas. III. LAS ACTUACIONES INAPLAZABLES. IV. LA RESOLUCIÓN DE INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. V. TRASLADO DE LA IMPUTACIÓN Y CITACIÓN A LA COMPARECENCIA. VI. AUSENCIA DEL IMPUTADO Y DE LOS OFENDIDOS O PERJUDICADOS NO PERSONADOS. 1. La ausencia del imputado en el procedimiento para el juicio con Jurado. 2. Imposibilidad de practicar la citación de los ofendidos o perjudicados por el delito que no estuvieren personados. VII. LA COMPARECENCIA PARA CONCRETAR LA IMPUTACIÓN. 1. Objeto de la comparecencia. 2. Incomparecencia de los citados. 3. Régimen de publicidad aplicable a la comparecencia. VIII. RESOLUCIÓN SOBRE LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O SOBRESEIMIENTO. 1. El sobreseimiento acordado tras la comparecencia inicial. 2. La resolución acordando la continuación del procedimiento. IX. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN ANTERIORES A LA AUDIENCIA PRELIMINAR. 1. Requisitos generales de las diligencias de investigación del artículo 27 LOTJ. 2. Iniciativa para la práctica de las diligencias de investigación anteriores a la audiencia preliminar. 3. Finalización de las investigaciones previas a la audiencia preliminar. X. LOS ESCRITOS DE CALIFICACIÓN. 1. Calificación de las partes acusadoras. 2. Calificación de las defensas. XI. LA AUDIENCIA PRELIMINAR. 1. Convocatoria de la audiencia preliminar. 2. Desarrollo de la audiencia preliminar. 3. Diligencias complementarias acordadas de oficio. XII. FINALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES ANTE EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN. 1. Apertura del juicio oral. 2. Sobreseimiento. 3. Cambio del procedimiento.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. La LOTJ diseña un proceso en el que el Jurado popular interviene únicamente en la fase de enjuiciamiento para emitir un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad del acusado a la vista de lo actuado en el juicio oral. Se renuncia, por tanto, al establecimiento de un Jurado de acusación y, en consecuencia, la decisión sobre apertura de juicio oral o sobreseimiento queda en manos del juez profesional, más o menos vinculado por las peticiones que al respecto formulen las partes personadas, al igual que sucede en los procesos penales ordinarios de la L.e.cr.

Este planteamiento no reclama una especial regulación de la fase de instrucción del proceso penal para el juicio con Jurado. Si el Jurado se constituye el mismo día en que comienzan las sesiones del juicio oral (cfr. art. 38 LOTJ), el proceso penal con Jurado sólo requiere una regulación especial de la fase procesal en la que aquél comienza a actuar, es decir, la de plenario o juicio oral¹. La LOTJ, sin embargo, incorpora un conjunto de normas relativas a la instrucción del proceso en cuya virtud las actuaciones procesales previas a la apertura del juicio oral se configuran, en los procesos ante el Tribunal del Jurado, de manera sustancialmente diferente a las fases procesales correspondientes de los procesos ordinarios de la L.e.cr. (sumario y diligencias previas).

La Exposición de Motivos de la LOTJ justifica sus previsiones especiales relativas a la fase de instrucción del proceso aludiendo a pretendidas o reales deficiencias de la regulación (o regulaciones) de la L.e.cr.: el “riesgo de prolongación excesiva del acto del juicio” (quiere decir, en realidad, de prolongación excesiva de la instrucción, con la consiguiente demora del juicio), que “aconseja la introducción de mecanismos de simplificación”; el carácter “meramente negativo” de la decisión sobre apertura del juicio oral en los procesos de la L.e.cr. que, según el redactor de la E. de M.,

¹ En análogo sentido, GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Madrid, 1996, pág. 80, afirma que “el haber entrado más allá de lo que es puramente juicio oral causa confusión y establece otra instrucción distinta en nuestro enjuiciamiento criminal (...) sin ser absolutamente necesario”; TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del Jurado: competencia, composición y funcionamiento*, Madrid, 1996, pág. 87 considera también que “el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, en principio, no exigiría modificaciones previas a la fase del juicio oral, que es donde empieza la intervención del Jurado”; GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado comentada* (con Garberí Llobregat), Madrid, 1996, pág. 162, considera que se ha dado al nuevo procedimiento una “amplitud desmesurada”, ya que “nuestro proceso penal se encontraba plenamente dispuesto a asimilar” el enjuiciamiento con jurado, “bastando para ello ligeras reformas en la fase intermedia, en la de juicio oral y, a lo sumo, en la segunda instancia, pero nunca en la fase instructora, como así ha acontecido”; MARÉS ROGER y MORA ALARCÓN, *Comentarios a la Ley del Jurado*, Valencia, 1996, págs. 176-178. Un *Informe de la Fiscalía General del Estado acerca de la experiencia aplicativa del enjuiciamiento por Jurado y algunas propuestas de reforma*, fechado a 24 de julio de 1997 afirma tajantemente que “los esfuerzos que hace la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1995 para convencer de la necesidad de un procedimiento de nueva planta desde sus mismos umbrales para el Tribunal del Jurado son baldíos”, añadiendo que “no aparece justificación plausible alguna para la creación de un procedimiento instructorio distinto de los ya existentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

“resulta disfuncional para el enjuiciamiento por jurado” y “poco apto para la precisa definición del objeto del juicio”, favoreciendo la “confusión de los hechos a probar” y las “dilaciones inherentes a aquella falta de precisión objetiva”; “la exigencia de promover, en la fase intermedia del procedimiento, el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de acusación y defensa”; la conveniencia de “reforzar especialmente” la garantía de imparcialidad del instructor; la de salir al paso de la “excesiva tendencia hacia pesquisas generales, inacabables en el tiempo”; la necesidad de hacer efectiva “la exigencia de imputación judicial previa a toda acusación”, evitando investigaciones dirigidas contra persona determinada que no haya sido previamente situada en la condición de imputado, con las garantías que tal posición comporta.

Parece evidente que con estos reproches se pretende transmitir una impresión muy negativa acerca de los procedimientos de instrucción de la L.e.cr.; tan malos son estos procedimientos □ parece querer decir el legislador □ que su mantenimiento para el proceso penal con Jurado podría poner en peligro el buen funcionamiento de la propia institución del Jurado popular.

No es fácil encontrar explicación a esta actitud tan extraordinariamente beligerante en contra de los procedimientos de instrucción de la L.e.cr. En mi opinión, frente al panorama apocalíptico que nos presenta la Exposición de Motivos de la LOTJ, la realidad de la instrucción penal, aunque mejorable, no es, por fortuna, tan desoladora. En este sentido, creo que es de justicia reparar, al menos, en lo siguiente:

1º.- Que los reproches que se hacen a los procedimientos de instrucción de la L.e.cr. (sumario y diligencias previas) son en gran medida injustificados. Así, por ejemplo, cuando se afirma que los procedimientos de instrucción de la L.e.cr. permiten que las investigaciones se conviertan en “pesquisas generales, inacabables en el tiempo” o que las investigaciones contra determinada persona se produzcan sin previa imputación, con la indefensión que de ello se puede derivar. Frente al primer reproche, debe observarse que el régimen de la L.e.cr. incluye normas que claramente se oponen a que la instrucción se convierta en “pesquisa general inacabable en el tiempo” (cfr., entre otros, arts. 299, 311.I, 312, 324, 622.II, 775 y 779.1.4ª) y, frente al segundo, que el art. 118, rectamente aplicado, es de sobra suficiente para impedir que se produzca el fenómeno denunciado; otra cosa es que en la práctica de algunos juzgados estas normas no sean siempre escrupulosamente respetadas².

² En relación con esto, cfr. DE LA OLIVA SANTOS, “El Proyecto de Ley del Jurado, de 1994, y la estructura del proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1994, núm. 3, págs. 766-767, donde se encontrarán argumentos muy contundentes demostrativos de que el reproche de que nuestro sistema procesal penal (el de la L.e.cr.) permite o incluso favorece que la instrucción se convierta en *inquisitio generalis* es absolutamente injustificado. Muy pertinente también, en este contexto, nos parece la siguiente reflexión de FAIRÉN GUILLÉN, “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Jurado”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1994, pág. 463: “Una de sus bases [se refiere a la instrucción de la LOTJ] es la del pretendido carácter inquisitivo del papel de los Jueces de instrucción. Y se aprovecha la expresión “inquisición”, con la peor intención, derivada del mal conocimiento de la historia y de lo que debe ser la instrucción: esto es, inquisición, investigación. Si no investiga un Juez, lo deberá hacer otra persona. Sea el Fiscal, sea la Policía. Pero esta segunda parte no aparece en la propaganda destinada al

2º.- Que los procedimientos de instrucción de la L.e.cr., con todos sus defectos, permiten que la investigación sea razonablemente eficaz y, al mismo tiempo, razonablemente respetuosa con los derechos fundamentales en juego. Son en definitiva, procedimientos que, mejor o peor, funcionan, y es seguro que, de haberse optado por alguno de ellos para encauzar la instrucción de los procesos ante el Tribunal del Jurado, no habrían constituido ningún lastre especialmente pesado para el buen funcionamiento de los procesos con jurado.

3º.- Y que, en fin, el propio legislador no parecía estar muy seguro de que el modelo de instrucción diseñado para los procesos ante el Tribunal del Jurado fuera realmente superior a los regulados en la L.e.cr. Si hubiese tenido esa seguridad, ¿por qué no sustituyó, de inmediato, los procedimientos de la L.e.cr. por el nuevo procedimiento de la LOTJ? El anuncio, en la D.F. 4ª de la Ley, de “futuras reformas procesales” que incluirían una modificación de la L.e.cr. que “generalice” los “criterios procesales” instaurados por la LOTJ, traslada la impresión de que se trataba de poner a prueba la nueva instrucción en los procesos ante el Tribunal del Jurado para más tarde, a la vista de los resultados, afrontar la reforma de los procesos de la L.e.cr.³

consumo de masas mal formadas o sin formación”. Por lo demás, las circunstancias en que se gestó la LOTJ, con importantes causas pendientes de notoria influencia política, explican opiniones como la de VÁZQUEZ HONRUBIA, “Crítica al Anteproyecto”, en *El Jurado. Problemática y proyecto de Ley*, Asociación de Jueces y Magistrados “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1994, pág. 97, en el sentido de que, tras el latiguillo de las *pesquisas generales* lo que en realidad está presente es “la tendencia del ejecutivo de cercenar, por los medios jurídicos de que dispone, investigaciones completas y a fondo que pudieran erosionar su capital político”.

³ En la doctrina, los defensores del modelo de instrucción penal de la LOTJ se encuentran en minoría frente a quienes se muestran críticos. Entre los primeros, LÓPEZ-MUÑOZ LARRAZ, *Comentarios a la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal de Jurado*, Madrid, 1995, págs. 86 a 88; también se percibe una respuesta favorable al nuevo procedimiento, instrucción incluida, en LORCA NAVARRETE, *El jurado español. La nueva Ley del Jurado*, Madrid, 1995, págs. 141 y sigs.; VARELA CASTRO, *Manual del Jurado* (con Arnaldo Alcubilla y otros), Madrid, 1996, págs. 179 y siguientes. En sentido crítico, cfr. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *El Jurado en España*, Granada, 1995, págs. 83-86; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, “Reflexiones sobre la instrucción en el nuevo proceso penal ante el Tribunal del Jurado”, en *Revista General de Derecho*, núm. 610-611, julio-agosto 1995, pág. 8095; GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal especial...*, cit., pág. 82, afirma que las normas que la LOTJ dedica a la fase de instrucción “son ciertamente en muchos aspectos confusas, poco claras y dan saltos hacia adelante y atrás en lo que debería ser un desarrollo procedimental ordenado, por lo que van a conllevar no pocos problemas de interpretación dogmática y, sobre todo, disfuncionales prácticos”; GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., págs. 162-164; MARÉS ROGER y MORA ALARCÓN, *Comentarios...*, cit., págs. 178-180. Con referencia al Proyecto de Ley, DE LA OLIVA SANTOS, “El Proyecto...”, cit., pág. 767, muy crítico con la instrucción de la LOTJ, apunta que, lejos de favorecer una fácil y no traumática restauración del Jurado, puede tener justamente el efecto contrario; FAIRÉN GUILLÉN, “Comentarios...”, cit., pág. 457, afirma categóricamente que “las especialidades de una Ley del Jurado, deben comenzar sólo en el juicio oral”; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, *El proceso penal ante el Tribunal del Jurado*, 1995, pág. 53; GISBERT GISBERT Y MARÉS ROGER, “El Proyecto de Ley del Jurado”, en *Revista General de Derecho*, núm. 600, septiembre 1994, págs. 9109-9110, aun mostrándose decididamente partidarios de una reforma de la instrucción criminal, no aplauden la regulación de la instrucción para las causas con jurado, entendiendo que el establecimiento de un nuevo proceso debe enmarcarse en una reforma global que contemple el sistema judicial como un todo; en sentido crítico también, DEL MORAL GARCÍA, “Anotaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”, en *Jueces para la Democracia*,

2. El estudio de la regulación de la fase de instrucción en la LOTJ pone de manifiesto que con ella se pretende, fundamentalmente, lograr dos objetivos:

1º.- Imprimir celeridad en los trámites procesales previos al juicio oral, y

2º.- Extender a la fase de instrucción el sistema acusatorio.

Consideraremos cada uno de estos dos objetivos por separado, apreciando de qué manera se concretan en las normas de la LOTJ.

A) La celeridad de la tramitación de la instrucción.

3. Ciertamente, se observa en la LOTJ la preocupación por lograr que la fase de instrucción no se prolongue excesivamente. En este sentido, se pueden destacar dos características del procedimiento que podrían explicarse en función de esta exigencia:

1º.- La rígida delimitación inicial del objeto de la investigación: en la comparecencia inicial se “concreta la imputación” respecto de personas determinadas y respecto de hechos punibles también determinados (art. 25.3), de tal manera que las diligencias posteriores sólo pueden tener por objeto “la comprobación del hecho justiciable” y únicamente con referencia a “las personas objeto de imputación” (art. 27.3).

2º.- El establecimiento de determinaciones temporales, igualmente rígidas, para la práctica de las diligencias de investigación: concentración en la audiencia preliminar y, respecto de las que hayan de practicarse antes, establecimiento de plazos preclusivos para su solicitud.

Ahora bien, la preocupación por la celeridad del procedimiento se ha traducido en un fuerte encorsetamiento de la actividad de investigación que, aparte de lastrar la eficacia de la instrucción penal, genera situaciones en que lejos de facilitarse la celeridad, puede producirse justamente el resultado contrario⁴.

núm. 22, 2/1994, págs. 65 y 68. Y conviene subrayar, en fin, el rechazo unánime del modelo de instrucción de la LOTJ por todas las Asociaciones de Jueces y Magistrados, expresado con contundencia en las reuniones a la que fueron convocadas por el Ministerio de Justicia en la fase de elaboración del Proyecto: cfr. VÁZQUEZ HONRUBIA, “Crítica al Anteproyecto”, cit., págs. 99-100.

⁴ Un Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la experiencia en la aplicación de la LOTJ, de fecha 14 de enero de 1998, elaborado a partir de un estudio de todas las causas con jurado celebradas hasta el 31 de marzo de 1997 (76 causas concluidas por sentencia), afirma que “por lo general, es constatable una excesiva duración de la fase de instrucción en el proceso especial ante el Tribunal del Jurado.” No parece, por tanto, que, al menos en los primeros compases de su aplicación, la LOTJ haya conseguido la celeridad que pretende imprimir en la fase de instrucción.

La extraordinaria rigidez que la nueva regulación imprime en la investigación se manifiesta de manera muy especial en la remisión al trámite de la audiencia preliminar de la práctica de todas aquellas diligencias que puedan practicarse en dicho acto (cfr. art. 27.1 *i.f.*). En efecto, el propósito de favorecer la concentración de las diligencias de investigación en la audiencia preliminar lleva a la Ley a retrasar hasta los últimos compases de la instrucción actuaciones de tanta importancia como las declaraciones testificales, ya que no puede discutirse que tales declaraciones son diligencias que *pueden* practicarse directamente en la audiencia preliminar y que, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 27.1, *no deben* practicarse antes de dicho trámite. Pues bien, de esta opción legislativa derivan, al menos, las siguientes consecuencias, todas ellas poco o nada razonables:

1) En primer término, que las partes deben formular sus calificaciones provisionales sin poder contar con las aportaciones de los testigos.

2) La práctica demuestra que las declaraciones de los testigos proporcionan muchas veces datos que requieren una comprobación ulterior mediante nuevas diligencias; el problema es que, oídos los testigos en la audiencia preliminar, las únicas diligencias que pueden practicarse después son esas “diligencias complementarias” que el juez puede acordar conforme a lo dispuesto en el art. 32.3. No cabe aquí ya que las partes propongan diligencias, lo que, aparte de poco razonable, resulta contradictorio con el propósito general de la Ley de conceder a las partes el principal protagonismo en la investigación.

3) Y cabe plantearse, en fin, la posibilidad, en modo alguno remota, de que las declaraciones de los testigos conduzcan a la averiguación de algún nuevo partícipe en el hecho delictivo o de algún delito conexo que haya de ser enjuiciado en el mismo proceso. En tal caso, habría que iniciar de nuevo el procedimiento, desde la comparecencia para “concretar la imputación”, con práctica de nuevas diligencias, nuevas calificaciones y nueva audiencia preliminar, en la que, por lo demás, nada impide que vuelva a plantearse de nuevo la misma situación y haya que volver a empezar de nuevo. Así, esa instrucción que se quiere especialmente breve puede llegar a convertirse, literalmente, en el “cuento de nunca acabar”.

Ante esta situación, no es de extrañar que pronto surgieran propuestas orientadas a vencer, o por lo menos mitigar, las rigideces del nuevo procedimiento. Muy radical, en este sentido, es la que se expresa en la Circular 4/1995 de la Fiscalía General del Estado basada en una interpretación que vacía de contenido la norma del art. 27.1 y que, en realidad, más que interpretación, es una invitación a no cumplirla⁵.

B) La extensión del sistema acusatorio a la fase de instrucción.

⁵ Sobre este asunto, cfr., más adelante, núm. 40.

4. Además de imprimir celeridad a la instrucción, parece que la LOTJ se ha propuesto dar un paso decisivo hacia la realización positiva de ese “ideal” de la ciencia al que alude la E. de M. de la L.e.cr. que consiste en “extender al sumario, desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de publicidad, contradicción e igualdad”⁶.

La LOTJ, en efecto, pretende trasladar a la investigación de la fase de instrucción del proceso el esquema triangular característico del proceso contradictorio o acusatorio en el que, partiendo de la existencia de dos partes en posiciones opuestas, la actividad procesal se desarrolla por iniciativa de las partes, quedando ceñido el papel del juez a dar respuesta a las pretensiones y contrapretensiones de aquéllas.

Claro está que la ordenación de la actividad procesal con arreglo a este esquema exige la presencia de al menos dos sujetos que asuman, respectivamente las posiciones de acusador y de imputado. En nuestro ordenamiento, sin embargo, el deber del juez de acordar la apertura del proceso arranca de la mera *notitia criminis*, sin que sea necesario que el delito pueda imputarse a persona o personas determinadas. Entiendo que la LOTJ no altera esta regla y que, por tanto, ante la noticia de la perpetración de un hecho que revista los caracteres de delito cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal del Jurado, el juez debe, en todo caso, incoar el proceso. Lo que sucede es que, si inicialmente no puede imputarse el delito a ningún sujeto determinado, no procede la inmediata apertura del procedimiento de la LOTJ, sino la del proceso de la L.e.cr. que corresponda en función de la gravedad del delito (sumario o diligencias previas), en el que la iniciativa judicial en la investigación no se ve limitada ni condicionada por las peticiones de las partes, ya que, al no existir todavía dos partes en posiciones opuestas, no pueden ordenarse las actuaciones según el esquema acusatorio⁷.

⁶ Siempre me ha parecido que en este pasaje de la Exposición de Motivos de la L.e.cr. hay, cuando menos, una pizca de sorna. La LOTJ, sin embargo, parece haberse tomado muy en serio que extender al sumario, desde su inicio, las garantías de la publicidad, contradicción e igualdad era un “ideal” de la ciencia pendiente de realización, sin tener presente la llamada a la prudencia que pone fin al pasaje que nos ocupa de la Exposición de Motivos de la L.e.cr.: “Entretanto, los que tienen la honra de dirigir los destinos de un pueblo están obligados a ser prudentes y a no dar carta de naturaleza en los Códigos a ideas que están todavía en periodo de propaganda, que no han madurado en la opinión ni menos encarnado en las costumbres, ni se han probado en la piedra de toque de la experiencia”.

⁷ Sobre el problema que se plantea cuando la *notitia criminis* no se presenta acompañada de una imputación verosímil del delito a persona o personas determinadas, cfr. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *El Jurado en España*, cit., págs. 91 a 95, quien, tras examinar varias posibilidades, termina inclinándose por la apertura de sumario o diligencias previas y subsiguiente conversión del procedimiento en cuanto las actuaciones permitan imputar el delito a persona determinada; FAIRÉN GUILLÉN, “Comentarios...”, cit., pág. 457, ya había apuntado que “sí parece, pues, haber un *procedimiento jurisdiccional* anterior” a la apertura del procedimiento de la LOTJ, basándose en el texto del “muy vago por no desentonar artículo 24.1”. En contra, GISBERT y MARÉS, “El Proyecto...”, cit., pág. 91 12, nota 33, que no proponen una solución alternativa; TOMÉ GARCÍA, *Derecho Procesal Penal* (con De la Oliva Santos y otros), Madrid, 1995, pág. 875, sostiene que “lo que se pretende ... es que hasta que no exista imputación contra una determinada persona, la investigación al respecto corresponda, no al Juez, sino al Ministerio Fiscal”. Sobre esta cuestión se volverá más adelante, núms. 7 y sigs.. Las Circulares 3/1995 y 4/1995 de la Fiscalía General del Estado no dejan lugar a dudas acerca de la postura del Ministerio Fiscal en relación con esta cuestión: aun cuando la *notitia criminis* se refiera a un hecho que pueda encuadrarse en el ámbito de la competencia del Tribunal del Jurado, el Fiscal instará la apertura del procedimiento de la

Ahora bien, esta situación debe cesar en el momento en que de las actuaciones resulte la imputación del delito a un sujeto determinado, siempre y cuando tal imputación pueda considerarse verosímil. En cuanto esto sucede la LOTJ ordena la inmediata incoación del procedimiento para el juicio con Jurado, lo que determina, según la expresiva fórmula empleada por la Exposición de Motivos de la Ley, una “reubicación” del Juez de Instrucción “en una reforzada posición de imparcialidad” respecto de las ahora ya sí existentes dos partes en posiciones opuestas.

Esta “reubicación” del Juez de Instrucción se concreta, según las previsiones de la LOTJ, en las siguientes limitaciones y condicionamientos de la iniciativa judicial:

a) Inicialmente, y respecto del sujeto o sujetos de la imputación, el juez sólo podrá acordar las actuaciones inaplazables a las que se refiere el art. 24.1 *i.f.*

b) Para que las investigaciones sobre dichos sujeto o sujetos puedan continuar es preciso que alguna de las partes acusadoras “concrete la imputación” y solicite la continuación del procedimiento en la comparecencia del art. 25 LOTJ. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 26.2 que obliga al juez a sobreseer la causa si el Ministerio Fiscal y demás partes personadas, en la comparecencia, instan el sobreseimiento una vez agotadas, en su caso, las posibilidades previstas en los arts. 642 y 644 de la L.e.cr. Nótese que aquí radica una de las más importantes diferencias entre el procedimiento de la LOTJ y los de la L.e.cr. En efecto, mientras que en estos últimos la petición de sobreseimiento de las partes acusadoras sólo tiene virtualidad, cuando la investigación ha finalizado, para cerrar el paso a la apertura del juicio oral, en el procedimiento de la LOTJ la petición de sobreseimiento puede determinar que no llegue siquiera a abrirse la investigación sobre la responsabilidad criminal de una determinada persona.

c) Si alguna de las partes, en la comparecencia del art. 25 LOTJ, “concreta la imputación” y pide la continuación del procedimiento, el juez recupera su iniciativa en la investigación ya que, pese a lo que pueda parecer a la vista de algunos preceptos de tenor restrictivo, la Ley, en su conjunto, permite al juez acordar de oficio cuantas diligencias de investigación estime pertinentes. Las restricciones afectan sólo al momento en el que el juez puede ejercitar esta facultad y se concretan en lo siguiente: 1) Inmediatamente después de la comparecencia del art. 25 el juez puede acordar de oficio, “*como complemento de las solicitadas por las partes*”, cualquier diligencia de investigación que no sea susceptible de práctica en la audiencia preliminar (cfr. art. 27.3); esto significa que, si las partes no solicitan en este trámite ninguna diligencia, el juez tampoco podrá acordarlas de oficio, y 2) El juez no puede acordar de oficio diligencias para su práctica en la audiencia preliminar (cfr. arts. 29.4, 30.1 *i.f.*, 31.1 y 31.2). Sucede, sin embargo, que las diligencias que el juez no haya podido acordar de oficio en virtud de las anteriores restricciones, siempre podrán ser ordenadas para su

L.e.cr. que corresponda en función de la gravedad del delito (sumario o diligencias previas) cuando no exista, al menos, una persona determinada frente a la que se hagan imputaciones.

práctica después de la audiencia preliminar y antes de la decisión sobre apertura del juicio oral o sobreseimiento conforme a lo dispuesto en el art. 32.3⁸.

En resumen, lo que más resalta de la LOTJ, en relación con la cuestión que nos ocupa, es la posibilidad de que las partes acusadoras, mediante una unánime petición de sobreseimiento, cierren el paso, no ya a la apertura del juicio oral, sino a la propia investigación acerca de la participación en el hecho punible de persona o personas determinadas respecto de las cuales se ha formulado una imputación que el juez considera verosímil. Ciertamente, esto significa que, en aquellos casos en que ningún sujeto particular esté dispuesto a sostener la acusación, queda en manos del Ministerio Fiscal la posibilidad de cerrar el paso a la investigación sobre la implicación de cualquier persona en la conducta delictiva que sea objeto del proceso⁹.

Por lo demás, y en relación con los poderes del juez para acordar de oficio diligencias de investigación, el régimen que resulta de la LOTJ no puede considerarse acertado. En efecto, si no se quiere excluir □ como parece que ocurre en la LOTJ □ que el juez pueda acordar de oficio las diligencias de investigación que estime necesarias y que no hayan sido propuestas por las partes, no tiene ningún sentido que se demore la práctica de dichas diligencias hasta después de la audiencia preliminar, ya que esta

⁸ La desconfianza que rezuma la LOTJ respecto de la iniciativa del Juez de Instrucción en la investigación ha sido también objeto de duras críticas. Así, GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal especial...*, cit., págs. 86-87, que considera que “por un mal entendimiento de la combinación entre el principio inquisitivo y el principio acusatorio en la fase de investigación del proceso penal (...), el principio de investigación oficial queda muy mermado”, y concluye que “el Juez de Instrucción sigue actuando predominantemente a excitación de parte, por ese mal entendimiento de lo que es un Juez imparcial (“no contaminado”), lo que en definitiva viene a confirmar que más que ante una garantía de imparcialidad, lo que estamos es ante otro intento de “privatizar” el proceso penal”; en análogo sentido, GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., critica la introducción en la instrucción del “extraño principio de *justicia rogada* en la solicitud y práctica de las diligencias”, lo que conducirá, según este autor, a que, “con grave merma de la eficacia de la instrucción, se va a producir una poda notable del principio de investigación oficial (que rige en la instrucción de la totalidad de los ordenamientos procesales comparados).”

⁹ Las propuestas o medidas legislativas que comportan aumento de las facultades del Fiscal en detrimento de las del Juez de Instrucción, suelen suscitar polémica entre quienes afirman que existe una dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno, derivada de la forma de designación del Fiscal General del Estado, dependencia que, según estas opiniones, facilitaría la práctica impunidad de conductas delictivas cuya persecución resulte incómoda al Gobierno de turno, y quienes niegan la citada dependencia y/o las consecuencias que se tratan de derivar de la misma. Con referencia a la LOTJ, se muestran críticos con el mayor protagonismo que se atribuye al Fiscal: FAIRÉN GUILLÉN, “Comentarios...”, cit., págs. 461 y sigs., donde se razona abundantemente sobre el tema; TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del Jurado...*, cit., págs. 92-94; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, “Reflexiones...”, cit., pág. 893. La propia E. de M. de la LOTJ, se hace eco de esta polémica, pero, al hilo de ella, desliza un argumento, a mi juicio, desafortunado, según el cual el riesgo de que padezca el principio de obligatoriedad de la acción penal como consecuencia de la dependencia del Ministerio Fiscal del Poder Ejecutivo desaparece “dada la afortunada previsión constitucional de la acción popular” que permite “suplir la falta de instancia del acusador público”. El planteamiento correcto es justamente el contrario: el Ministerio Fiscal es el órgano público que debe garantizar el ejercicio de la acción penal en todo caso en que sea procedente, aun cuando no haya ningún particular dispuesto a acusar.

demora lleva aparejada la aberrante consecuencia de que las diligencias acordadas de oficio por el juez no podrán ser tenidas en cuenta por las partes ni para formular sus escritos de calificación provisional, ni para ejercitar la facultad de modificar los términos de dichos escritos en la audiencia preliminar.

C) Contenido de la instrucción del proceso penal con jurado: solapamiento de la investigación con el debate sobre la procedencia de apertura de juicio oral o sobreseimiento.

5. La fase de instrucción del procedimiento para el juicio con Jurado comprende las actuaciones encaminadas a “averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y la culpabilidad de los delincuentes” (actos de investigación) y las actuaciones dirigidas a asegurar las responsabilidades penales y civiles de los inculcados y terceros civilmente responsables (medidas cautelares) (cfr. art. 299 L.e.cr.).

Conviene advertir, sin embargo, que las normas de la LOTJ se refieren exclusivamente a los actos de investigación y que, por lo tanto, respecto de las medidas cautelares y respecto de la eventual pieza de responsabilidad civil de terceras personas habrá que estar a lo dispuesto con carácter general en la L.e.cr., teniendo en cuenta, claro está, la reforma introducida por la propia LOTJ en el régimen de la prisión provisional (D.F. 2ª, apartados 5, 6 y 7). Por lo demás, no deben quedar sujetas a las determinaciones temporales establecidas por la LOTJ ni la adopción de medidas cautelares personales o reales ni las eventuales actuaciones derivadas de la responsabilidad civil de terceras personas. Estas actuaciones, ante el silencio de la LOTJ respecto de ellas, darán lugar a la apertura de las correspondientes *piezas separadas* que se desarrollarán paralelamente a las de la *pieza principal*, conforme a las normas generales de la L.e.cr.

Por otro lado, hay que subrayar que la LOTJ no regula la práctica de las concretas diligencias de investigación, limitándose a establecer normas especiales que afectan a las condiciones en que pueden ser acordadas y al momento procesal oportuno para su proposición y/o práctica. Esto significa que el procedimiento para la práctica de las diligencias de investigación tendrá que ser el que, en cada caso, venga establecido por la L.e.cr.

6. En la instrucción de la LOTJ se solapa la investigación con la discusión sobre la continuación de la causa o el sobreseimiento. Se abandona, así, el sistema seguido en los procesos de la L.e.cr. en virtud del cual no se abre la discusión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral o del sobreseimiento hasta que la investigación ha finalizado. En la instrucción especial para el juicio con Jurado, el debate entre las partes sobre apertura del juicio oral o sobreseimiento se desarrolla simultánea y paralelamente

al avance de las investigaciones, de tal manera que se hace prácticamente imposible la distinción entre la fase de instrucción y la llamada fase intermedia¹⁰.

Es esta una característica de la nueva instrucción que no parece inspirada precisamente en el sentido común. En efecto, esperar a que finalice la investigación para abrir la discusión sobre apertura de juicio oral o sobreseimiento es una elementalísima exigencia de la lógica: sólo con apoyo en una investigación completa puede el Fiscal □ y los acusadores particulares, en su caso □ decidir si hay base suficiente como para formular acusación respecto de algún delito. La LOTJ, sin embargo, ignora tal exigencia y, así, conforme a sus previsiones, no existe inconveniente alguno en exigir a las partes que formulen sus peticiones de apertura de juicio oral o sobreseimiento antes de que la investigación se haya completado (cfr. arts. 29.1 y 29.4, en relación con 31 y 32.3 LOTJ), lo que es casi tanto como presuponer en las partes dotes adivinatorias o, en su defecto, importantes dosis de imaginación y de audacia que les faciliten, pese a no contar con una investigación acabada, la elaboración de hipótesis delictivas con la esperanza de verlas confirmadas por las diligencias que se soliciten para la audiencia preliminar. Así, en lugar de investigar primero para poder luego formular hipótesis delictivas bien fundadas, parece que la LOTJ prefiere que se formulen primero, aunque sea casi “a ciegas”, las hipótesis y que se investigue luego para determinar si están o no bien fundadas¹¹.

Es probable que tengan mucho que ver con lo que se acaba de apuntar algunos pasajes de las Circulares núms. 3/1995 y 4/1995 de la Fiscalía General del Estado que pueden ser interpretados como reveladores, no ya del escaso entusiasmo de los Fiscales respecto del procedimiento de instrucción de la LOTJ, sino de un propósito claro de retrasar al máximo la incoación de la instrucción especial con objeto de que la investigación se desarrolle por completo en el seno de un sumario o de unas diligencias previas. Muy significativa, en esta dirección, es la insistencia de ambas Circulares en que, en caso de duda acerca de la calificación de los hechos que sean objeto de la investigación (se citan como ejemplo “un homicidio en que no aparece con claridad de momento si estaba acompañado de ánimo de apoderamiento; o unas amenazas cuya condicionalidad aparece muy desvaída”), no debe solicitarse la incoación del procedimiento especial de la LOTJ, sino proseguir la investigación por el cauce ordinario que corresponda a la gravedad del delito (sumario o diligencias previas), de tal forma que sólo cuando la investigación ordinaria despeje toda duda acerca de la competencia del Tribunal del Jurado procederá la incoación de la instrucción especial.

¹⁰ TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del Jurado...*, cit., pág. 87, hace notar, en análogo sentido, que en el nuevo procedimiento no es posible “fijar un momento concreto a partir del cual se pueda decir que concluye la fase de instrucción y comienza la fase intermedia.”

¹¹ GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 164, observa atinadamente que “la LOTJ convierte a la realización de actos de investigación con posterioridad a la formalización de la acusación en regla, cuando debiera ser la excepción, ya que, para la deducción de la pretensión penal es imprescindible que el hecho punible y la determinación de su autor, esto es, la instrucción, preceda a la acusación y no al revés; de lo contrario, pueden estimularse las dilaciones indebidas en la fase intermedia motivadas por su práctica intempestiva y por la necesidad de que la práctica forense haya de inventarse un segundo trámite de calificación provisional con posterioridad a aquella audiencia.”

Esta aparentemente “inofensiva” propuesta interpretativa parece haber resultado efectiva, en la práctica, para eludir la efectiva aplicación de la regulación de la instrucción contenida en la LOTJ¹². En efecto, basta una cierta “comprensión” por parte de los Jueces de Instrucción hacia las dudas manifestadas por el Fiscal acerca de la calificación de los hechos para lograr que la investigación se complete en el marco de un sumario o de unas diligencias previas. Luego, con la investigación ya finalizada, se abre el procedimiento especial de la LOTJ, pero ya no es necesario practicar diligencias, sino, simplemente cumplir los trámites de la comparecencia inicial, la calificación provisional (sobre la base de una investigación completa) y la audiencia preliminar, trámites que pueden sucederse con relativa rapidez, culminando la tramitación con el auto de apertura del juicio oral o de sobreseimiento.

II. LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA EL JUICIO CON JURADO

1. Presupuestos

7. Para que proceda la apertura del procedimiento para el juicio con jurado es preciso que se den los siguientes presupuestos:

1º.- Que llegue a conocimiento del juez la existencia de un delito (*notitia criminis*).

2º.- Que la *notitia criminis* se refiera a un delito de los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado

3º.- Que el delito pueda imputarse a persona o personas determinadas.

¹² GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 164 pronosticaba que “los Jueces de Instrucción procurarán ceñir al máximo la instrucción de este nuevo procedimiento” y que “se verán inducidos a efectuar la totalidad de la instrucción en fase de Diligencias Previas.” El *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la experiencia en la aplicación de la LOTJ*, de 14 de enero de 1998, confirma que “en la mayor parte de los casos examinados, la instrucción se completó en diligencias previas” y constata que “en las causas en que la disfunción apuntada se produce no consta que el Ministerio Fiscal o alguna de las partes hayan hecho uso de la facultad que les reconoce el artículo 309, párrafo segundo de la L.e.cr. para instar la incoación del proceso especial ante el Tribunal del Jurado.” La Fiscalía General del Estado, sin embargo, en su *Informe acerca de la experiencia aplicativa del enjuiciamiento por Jurado y algunas propuestas de reforma* de 24 de julio de 1997, no parecía confiar mucho en la “comprensión” de los Tribunales respecto a las interpretaciones “elusivas” del procedimiento de la LOTJ contenidas en las Circulares de 1995. Así, con referencia al nuevo procedimiento de instrucción, el informe afirma que “la Circular 4/1995 de esta Fiscalía General del Estado en la medida de sus posibilidades y dentro de los límites de una Circular resaltaba e intentaba salir al paso de esas disfunciones a veces aportando soluciones osadas pero que se consideraba que venían exigidas por el sentido común. Pero como es natural es frecuente que los órganos judiciales tengan sus propios criterios que a veces se mueven por parajes muy distintos.”

4º.- Que el juez aprecie “verosimilitud” en la *notitia criminis* y en la imputación del delito a persona o personas determinadas.

A) Notitia criminis

8. Fuentes de la *notitia criminis* pueden ser la denuncia y la querrela, expresamente mencionadas en el art. 24.1 LOTJ. También pueden serlo el atestado policial y las diligencias de investigación practicadas u ordenadas por el Ministerio Fiscal antes de instar la incoación del proceso (arts. 5 EOMF y 785 bis L.e.cr.)¹³.

Más dudoso es que pueda ordenarse la incoación del procedimiento para el juicio con jurado cuando el juez tenga conocimiento de la perpetración del delito por otros medios (conocimiento directo de los hechos por haberlos presenciado, notoriedad, voz pública, etc.). En este supuesto quizá debería el juez abrir sumario o diligencias previas y, una vez que de “cualquier actuación procesal” resultara la imputación del delito contra persona o personas determinadas, acordar la incoación del procedimiento para el juicio con Jurado¹⁴.

B) Hecho atribuido a la competencia del Tribunal del Jurado

9. En cualquier caso, la procedencia de la apertura del procedimiento de la LOTJ está condicionada a que la *notitia criminis* se refiera a un hecho delictivo incluido en el ámbito de la competencia del Tribunal del Jurado. Las Circulares 3/1995 y 4/1995 de la

¹³ En esta línea, la Circular 4/1995 de la Fiscalía General del Estado propugna incluir en el concepto de denuncia “tanto los atestados policiales (art. 297 de la L.e.cr.), como aquellos casos en que el Fiscal remite, sin formulación de querrela, unas diligencias de investigación solicitando la incoación del correspondiente proceso judicial (Consulta 2/1995 de esta Fiscalía General)”. Cfr. también, en la misma línea, VARELA CASTRO, *Manual...*, cit., pág. 192. Sobre la investigación preliminar de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal se trata más ampliamente *infra*, núms. 13-15.

¹⁴ La Circular 4/1995 de la Fiscalía General del Estado, tras afirmar que la LOTJ, en principio, excluye la iniciación de oficio del procedimiento para el juicio con jurado, estima que la cuestión carece de trascendencia práctica, entre otras razones, “porque el Instructor sí estará obligado a la incoación de oficio de un proceso penal de los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 308.1º) y ya iniciado, habrá de proceder a la transformación en el proceso especial de la Ley del Jurado por aplicación del art. 24.” GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 165, opina también que la nueva Ley excluye la incoación de oficio, lo que, según este autor, “puede parecer censurable, pues, de un lado, no se comprende este trato discriminatorio entre hechos punibles de la competencia del Jurado y de los Jueces técnicos y, de otro, la exclusión no está justificada, por cuanto la iniciación de oficio del art. 308 L.e.cr. no encierra facultad inquisitiva o derogación alguna del acusatorio.” VARELA CASTRO, *Manual...*, cit., pág. 193, estima, sin embargo, que el Juez podrá ordenar de inmediato la incoación del procedimiento especial siempre que su conocimiento del delito, aunque no derive de denuncia, de querrela o de actuaciones procesales, “implique, coetáneamente con el del hecho, el de la persona determinada que pudiera ser responsable criminalmente por razón del mismo”; el problema es que esta interpretación fuerza quizá en exceso el sentido del primer inciso del art. 24.1 LOTJ.

Fiscalía General del Estado insisten especialmente en este punto, subrayando, como ya se ha indicado, la improcedencia de la apertura del procedimiento de la LOTJ “cuando existan dudas sobre los perfiles de la infracción que repercutan en la competencia”. Para estos casos, según la Fiscalía General, “será prudente proseguir la tramitación a través de las normas ordinarias de la L.e.cr., que han de considerarse preferentes en esos casos de duda, sin perjuicio de instar en el momento en que se disipen tales dudas la incoación del proceso especial de la Ley Orgánica 5/1995”¹⁵.

C) Imputación del delito a persona o personas determinadas

10. Cuando el juez tenga conocimiento de la perpetración del delito, pero no pueda imputarse su comisión a ningún sujeto determinado no puede incoarse el procedimiento para el juicio con Jurado. Ahora bien, según las reglas generales de la L.e.cr., el juez deberá acordar la apertura de sumario o de diligencias previas (según la gravedad del delito) y, una vez que las actuaciones permitan imputar el delito a persona o personas determinadas, se acordará la incoación del procedimiento para el juicio con jurado¹⁶.

D) Juicio sobre la verosimilitud de la imputación

11. El juez, antes de acordar la incoación del procedimiento para el juicio con jurado, debe “valorar” la “verosimilitud” de la imputación. El juicio habrá de fundarse en los datos consignados en la denuncia o en la querrela, o en los que resulten del atestado o de las diligencias de investigación practicadas u ordenadas por el Fiscal. En el caso de la denuncia, podrá basarse también en las diligencias que se hayan practicado para su comprobación, conforme a lo previsto en el art. 269 L.e.cr.

En cualquier caso, el alcance del juicio de “verosimilitud” debe determinarse en función de las consecuencias que a éste atribuye la propia Ley. Así, conviene reparar en que, si lo que la Ley pretende es que no se investigue la participación de una persona en un delito de los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado si no es previa incoación del procedimiento especial, la “verosimilitud” que debe apreciar el Juez para ordenar dicha incoación es la justa para considerar procedente que se practique alguna diligencia encaminada a comprobar la certeza de la imputación.

¹⁵ Cfr. *supra*, núm. 6

¹⁶ Por esta solución se inclinan decididamente las Circulares 3/1995 y 4/1995 de la Fiscalía General del Estado. Es también la solución mayoritariamente aceptada entre quienes han escrito acerca del procedimiento de instrucción de la LOTJ. Sin embargo, debe reconocerse que la Ley no es del todo clara en este punto y, por eso, sería defendible también la interpretación de que lo que el legislador de 1995 realmente quiso fue atribuir en exclusiva al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial la investigación del hecho punible anterior al momento en que éste pueda imputarse a persona determinada. Así lo entiende, por ejemplo, con algunos matices, TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del Jurado...*, cit., págs. 91 y 98 y sigs.

Atendiendo a su finalidad, este juicio de “verosimilitud” del artículo 24.1 LOTJ debería situarse a medio camino entre el juicio requerido para el traslado inmediato de la imputación a que se refiere el párrafo segundo del artículo 118 L.e.cr. y el juicio necesario para adoptar decisiones de las que depende la apertura de juicio oral respecto de una persona determinada (arts. 384 y 790.6 L.e.cr.). En este sentido, cabría considerar que el juicio de “verosimilitud” a que se refiere el precepto comentado coincide con el que permite, en los procesos de la L.e.cr., apreciar que la causa ha llegado a estado en el que el imputado necesita el consejo de Abogado y que determina que, si el imputado no ha designado aún Abogado de su confianza o pedido la designación de uno de oficio, se le nombre éste por mandato judicial (art. 118, párrafo cuarto).

De la propia LOTJ se deduce que la incoación del procedimiento especial y la inmediata citación a la comparecencia del art. 25 requiere “algo más” que la simple imputación de un delito a persona o personas determinadas. Si no, no tendría sentido la previsión del artículo 25 de que, al hacerse la citación, se dé traslado a los imputados de la denuncia o querella admitida a trámite, “si no se hubiese efectuado con anterioridad”. Esta última frase presupone que la LOTJ admite la posibilidad de que, ante una denuncia o querella que comporten la imputación de un delito a persona determinada, el Juez acuerde la simple comunicación prevista en el art. 118 L.e.cr. y no la inmediata incoación del procedimiento especial. Sólo en función de esta posibilidad puede entenderse la hipótesis de que, cuando se incoa el procedimiento especial y se ordena la citación a la comparecencia del art. 25, ya se haya efectuado “con anterioridad” el traslado de la denuncia o de la querella.

Para entender esto bien, conviene reparar en que lo que la LOTJ pretende evitar a toda costa es que la investigación se dirija contra personas determinadas sin que se haya incoado previamente el procedimiento especial. Ya se ha hecho notar que la LOTJ se desentiende del procedimiento a seguir respecto de las investigaciones encaminadas al esclarecimiento del hecho punible mientras éste no se impute a persona determinada. Esto no significa, claro está, que faltando esa imputación, la mera *notitia criminis* no deba ser judicialmente investigada. Lo que sucede es que la investigación deberá encauzarse a través de los procedimientos de instrucción ordinarios de la L.e.cr. (sumario o diligencias previas).

Ahora bien, incluso cuando la propia fuente de la *notitia criminis* incluya una referencia a la posible participación en el delito de persona o personas determinadas, no se deduce de ello necesariamente que el Juez haya de dirigir la investigación, desde el primer momento, a averiguar la participación en el delito de la persona o personas de que se trate. Ante una denuncia en la que se imputa un delito a una persona determinada o ante una querella (en la que necesariamente debe señalarse a alguna persona como autora del delito respecto del cual se ejercita la acción penal) el juez debe tomar una doble decisión: la de investigar el hecho objeto de la denuncia o la querella y la de investigar la participación en el hecho en cuestión de la persona a la que se imputa el delito. La primera de estas dos decisiones es lógicamente anterior a la segunda y de ella

-y sólo de ella- depende la incoación de las actuaciones procesales de investigación. La segunda decisión puede adoptarse simultáneamente a la primera o en un momento posterior y de ella depende, no la incoación del procedimiento, sino la sujeción al mismo, en una situación caracterizada por la atribución de determinados derechos y cargas procesales, de la persona o personas a quienes se haya imputado la comisión del delito.

La decisión de investigar el hecho relatado en la denuncia o en la querrela, mediante la apertura del correspondiente proceso judicial, puede requerir una mínima comprobación previa (así se prevé expresamente respecto de la denuncia en el artículo 269 L.e.cr.; no en relación con la querrela). Háyase efectuado o no esta comprobación previa y teniendo en cuenta, en su caso, el resultado de la misma, el Juez deberá decidir si incoa o no el procedimiento en función de un doble juicio: un juicio jurídico, sobre si los hechos a que se refieran la denuncia o la querrela revisten o no apariencia delictiva (cfr. artículos 269 y 313 L.e.cr.), y un juicio fáctico, acerca de si los hechos relatados en la denuncia o en la querrela pueden ser considerados o no “manifiestamente falsos” (sólo se refiere a esto el art. 269, referente a la denuncia, pero sería contrario al sentido común no aplicar el mismo criterio a la querrela). Centrándonos en este segundo juicio, el juicio fáctico, no debe haber dificultad para admitir que se trata de un juicio de “verosimilitud”. No es un juicio positivo de probabilidad de que el hecho en cuestión sea cierto, sino un mero juicio negativo cuyo contenido es no excluir de antemano que el hecho de que se trate pueda haber ocurrido.

De este juicio de “verosimilitud” en relación con el hecho que se haya puesto de manifiesto al Juez con la denuncia o la querrela nace el deber de éste de incoar un procedimiento penal para el esclarecimiento del hecho en cuestión y la averiguación y eventual castigo de los responsables. Sin embargo, el juicio de “verosimilitud” en relación con el hecho punible no basta para justificar la procedencia de investigar la participación en el hecho punible de la persona o personas a quienes, en la denuncia o en la querrela, se haya atribuido el delito. En efecto, de que sea “verosímil” un hecho no se deduce necesariamente que lo sea la participación en el mismo de personas concretas ni, menos aún, que dicha participación pueda considerarse probable en mayor o menor medida. Por eso, de la mera incoación de un proceso a raíz de una denuncia o de una querrela no se deduce necesariamente la procedencia de investigar las imputaciones delictivas a personas concretas que se hubieran formulado en dichos actos. Para que proceda investigar esas imputaciones debe exigirse “algo más”, un juicio que establezca una relación entre el hecho que se considera “verosímil” y la persona o personas a que se atribuye participación en el hecho en cuestión y que justifique que la investigación se oriente precisamente a comprobar esa participación y no meramente a esclarecer el hecho y averiguar, sin partir de hipótesis previas de participación, los posibles responsables.

La LOTJ concreta ese “algo más”, necesario para que resulte procedente abrir una investigación encaminada a comprobar una determinada hipótesis de participación delictiva, en otro juicio de “verosimilitud”. Basta, por tanto, un juicio meramente negativo, en el sentido de que no sea posible excluir *a priori* la certeza de la imputación

delictiva de que se trate, para que el Juez deba plantear el debate, en la comparecencia prevista en el artículo 25 LOTJ, acerca de la procedencia de iniciar las investigaciones encaminadas a comprobar la certeza de la hipótesis de participación derivada de la imputación.

Esta es una opción discutida, como veremos. Pero antes de entrar en esta cuestión conviene, quizá, extraer algunas conclusiones prácticas de lo que se lleva expuesto. Así, partiendo de la distinción entre el juicio de “verosimilitud” referido al hecho punible y el referido a la participación en el hecho de persona o personas determinadas, podrían distinguirse las siguientes situaciones que, para simplificar, vamos a referir exclusivamente al caso de que la *notitia criminis* llegue al Juez acompañada de una imputación dirigida contra persona o personas concretas:

1ª) El Juez no considera “verosímil” el hecho relatado en la denuncia o en la querrela, o por decirlo con la terminología de la L.e.cr., considera que el hecho es “manifiestamente falso”. En este caso, no incoará procedimiento penal alguno, ni ordinario ni especial, y no llegará siquiera a plantearse si es verosímil o no la imputación del delito a personas determinadas.

2ª) El Juez considera “verosímil” (es decir, no excluye que pueda ser cierto, aunque no tenga tampoco motivos para considerarlo probable, ni siquiera en términos de probabilidad simple) el hecho a que se refieran la denuncia o la querrela. Si, además, estima que el hecho en cuestión reviste apariencia delictiva y, concretamente, de uno de los delitos atribuidos al Tribunal del Jurado, deberá ordenar la incoación de un proceso penal y trasladar de inmediato la denuncia o la querrela a las personas a quienes en dichos actos se impute la comisión del delito. Ahora bien, el tipo de procedimiento y la forma y efectos del traslado dependerán precisamente del resultado del segundo juicio de “verosimilitud” que el Juez deberá realizar, el referido a la hipótesis de participación delictiva resultante de la imputación contenida en la denuncia o la querrela, abriéndose, por tanto, las siguientes posibilidades:

2ª.a) Si el Juez no considera “verosímil” la participación en el hecho de las personas a las que se impute el mismo en la denuncia o en la querrela, ordenará la incoación del procedimiento ordinario de la L.e.cr. que corresponda a la gravedad del delito y dará traslado de la denuncia o la querrela a los que aparezcan como imputados en las mismas en cumplimiento del art. 118, párrafo segundo de la L.e.cr. En el procedimiento, podrá acordar diligencias de investigación encaminadas a comprobar la real existencia y a averiguar las circunstancias del hecho punible, así como a identificar a los posibles responsables, sin partir de hipótesis previas de participación delictiva. No podrá, sin embargo, ordenar diligencias encaminadas de manera directa a comprobar la certeza de las imputaciones delictivas contenidas en la denuncia o en la querrela, pues ello supondría burlar la exigencia de que tales investigaciones se realicen previa incoación del procedimiento especial de la LOTJ¹⁷. En las diligencias que

¹⁷ Las Circulares 3/1995 y 4/1995 de la Fiscalía General del Estado hacen una distinción entre lo “inverosímil” y lo “manifiestamente falso”, entendiendo que puede haber hechos que, no siendo

se practiquen podrán intervenir los sujetos a quienes se comunicó la denuncia o la querrela, siempre que ejerciten el derecho que les concede el artículo 118 L.e.cr. de personarse en el procedimiento con Procurador y Abogado. Si, en función de las diligencias que se practiquen, el Juez llegara a considerar “verosímil” alguna de las imputaciones contenidas en la denuncia o en la querrela, deberá ordenar de inmediato la incoación del procedimiento especial, ordenando la inmediata citación de los imputados a la comparecencia del artículo 25, pero sin necesidad de trasladarles la denuncia o la querrela porque ya se había hecho con anterioridad.

2^a.b) Si el Juez, a la vista de la denuncia o de la querrela y realizadas, en su caso, las comprobaciones previas que autoriza el art. 269 L.e.cr., estima que no sólo es “verosímil” la noticia del hecho punible, sino también la imputación del delito a persona o personas determinadas contenida en aquéllas, deberá acordar de inmediato la incoación del procedimiento especial, citando a los imputados a la comparecencia del artículo 25 LOTJ y dándoles traslado, al mismo tiempo, de la denuncia o querrela, con arreglo a lo ordenado en dicho precepto.

12. El alcance del juicio sobre la “verosimilitud” de la imputación del delito a persona determinada a que se refiere el artículo 24.1 LOTJ ha dado lugar a un cierto debate. A ello contribuyeron las circunstancias en que se introdujo en el Proyecto de Ley la referencia expresa a ese juicio, a raíz de una sugerencia incluida en el preceptivo informe del CGPJ, así como las vicisitudes parlamentarias de la redacción del inciso correspondiente. El Anteproyecto sometido a informe del CGPJ no incluía ninguna referencia a un juicio sobre la “verosimilitud” de la imputación como condición necesaria para la incoación del procedimiento especial y la consecuente citación inmediata del imputado, asistido de su Abogado, a la comparecencia del artículo 25 LOTJ. El CGPJ, adoptando la perspectiva desde la que la citación a la comparecencia se ve como un acto de sujeción de una persona a un proceso penal, con las cargas procesales que de ello derivan y con el reproche social que tal situación comporta, entendió que no debía condicionarse la incoación del procedimiento y, especialmente,

manifiestamente falsos, sí merezcan el concepto de inverosímiles. Este esquema se aplica indistintamente al hecho punible y a la imputación del delito a persona determinada, lo que conduce a la conclusión de que puede haber imputaciones que no aparezcan como manifiestamente falsas, pero sí como inverosímiles y la consecuencia de esto sería que tendría que admitirse la posibilidad de investigar en procedimiento ordinario de la L.e.cr. la participación de personas determinadas en el hecho punible en tanto en cuanto esa participación, no apareciendo como “manifiestamente falsa”, sí pudiera considerarse “inverosímil”. Este planteamiento, aun dejando de lado la perplejidad que causa la hipótesis de que el Juez se dedique a investigar cosas que él mismo juzga “inverosímiles”, va en contra de una de las pocas cosas que sí están claras en la LOTJ, a saber, que no debe investigarse la participación de ninguna persona concreta en el delito de que se trate si no es previa apertura del procedimiento especial. En realidad, parece que estamos ante una manifestación más de la fuerte tendencia a la “huida” del procedimiento de la LOTJ que se manifiesta en las Circulares: según lo defendido en ellas, el Juez podría investigar en procedimiento ordinario tanto el hecho punible como la participación de personas determinadas, bastando para esto último con afirmar que dicha participación no se considera manifiestamente falsa (lo que justificaría que se investigue) pero que, al mismo tiempo, se considera inverosímil (lo que justificaría que no se abriera el procedimiento especial).

la citación, al simple hecho de que en la querrela, en la denuncia, o en “cualquier actuación procesal” se hubiera formulado una imputación delictiva a una persona, e insistió en que “sólo una imputación judicialmente controlada debería determinar no ya la apertura del procedimiento, sino el inmediato traslado a que se hace referencia en el artículo siguiente”¹⁸.

Acogiendo esta observación, se introdujo en el Proyecto que fue remitido a las Cortes la referencia al juicio de “verosimilitud”, exigiéndose concretamente que el Juez, antes de ordenar la incoación del procedimiento especial, “comprobara” la verosimilitud de la imputación. El texto aprobado inicialmente mediante L.O. 5/1995, de 22 de mayo, mantuvo la exigencia de “comprobación” de la verosimilitud, y fue la reforma aprobada mediante L.O. 8/1995, de 16 de noviembre la que sustituyó este término por el de “valoración” con el que definitivamente entró en vigor la LOTJ.

La sustitución de la expresión “comprobación de su verosimilitud” por la de “valoración de su verosimilitud” viene a corroborar que, siguiendo el criterio que inspira toda la LOTJ, se quiere evitar a toda costa que el Juez realice investigaciones dirigidas a comprobar la participación en el delito de personas determinadas sin incoar previamente el proceso especial. En este sentido, el término “comprobación” suscitaba la duda de si se permitía al juez, antes de ordenar la incoación del procedimiento de la LOTJ, practicar diligencias encaminadas a evaluar la solidez de las imputaciones delictivas concretas contenidas en la denuncia o en la querrela o resultantes de cualquier actuación procesal. Para evitar posibles interpretaciones en este sentido, que permitirían investigaciones dirigidas contra personas determinadas sin pasar por el filtro de la comparecencia del artículo 25 LOTJ y sin que se hubiera producido previamente, por tanto, la “reubicación” del Juez a que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley, se sustituyó el término “comprobación”, que parece llamar a una actividad investigadora, por el de “valoración”, que evoca únicamente un juicio no necesitado de previa investigación¹⁹.

Ahora bien, aclarado que el juicio sobre la “verosimilitud” de la imputación se agota en una mera valoración que excluye comprobaciones previas y supuesto que para que ese juicio se resuelva en sentido afirmativo basta con que la participación delictiva a que se refiera la imputación aparezca como meramente posible y no necesariamente como probable, ni siquiera en términos de probabilidad simple, es forzoso concluir que el juicio de “verosimilitud”, así entendido, tiene escasa virtualidad para impedir que cualquier persona, ante una imputación quizá no inverosímil pero escasamente fundada, se vea situada en la incómoda situación de sujeto pasivo del proceso penal y gravada

¹⁸ Sobre esto, cfr. DE LA OLIVA SANTOS, “El Proyecto de Ley del Jurado...”, cit., págs. 772-774.

¹⁹ Cfr. VARELA CASTRO, *Manual...*, cit., págs. 193 y sigs. No obstante, hay también interpretaciones que no excluyen la práctica previa de diligencias de investigación cuando el Juez lo considere necesario para “valorar” la verosimilitud: cfr. TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del Jurado...*, cit., pág. 103; MORA ALARCÓN, *Comentarios...*, cit., págs. 182-183. A la misma conclusión llegan las Circulares de la Fiscalía General del Estado, partiendo de la distinción entre lo “inverosímil” y lo “manifiestamente falso” que ya ha sido reseñada y comentada en nota anterior.

con la carga de comparecer de inmediato ante el Juez (art. 25 LOTJ) asistido de Abogado para defenderse²⁰.

Lo que sucede es que, en este terreno, la Ley procesal penal (y no sólo la LOTJ, pues el problema se plantea, en muy parecidos términos, en los procesos ordinarios de la L.e.cr.) ha de conjugar dos finalidades contrapuestas. Por un lado, la sujeción de las personas a un proceso penal comporta graves incomodidades de donde se deduciría la conveniencia de no adoptar tal decisión hasta que se pudiera formular un juicio positivo de probabilidad (siquiera sea simple y no cualificada) de participación de la persona en cuestión en el hecho delictivo.

Por otra parte, la necesidad de investigar en el proceso la posible participación de una persona en un hecho punible surge desde que el Juez conoce una imputación no inverosímil del hecho en cuestión a la persona de que se trate. Para que el juez, ante tal imputación, deba ordenar actuaciones procesales encaminadas a comprobarla no se puede exigir que la imputación se haya formulado en términos tales -y acompañado, en su caso, de elementos de convicción suficientes- para que el Juez pueda formarse un juicio positivo de probabilidad de la participación de la persona en el delito. Si se exigiera esto, habría que aceptar el riesgo de que numerosos delitos no pudieran ser judicialmente investigados. Lo que condiciona el deber del Juez de ordenar una investigación para comprobar una imputación delictiva no es un juicio positivo de probabilidad de certeza de esa imputación, sino un juicio negativo en el sentido de que no pueda excluirse de modo absoluto que la imputación sea cierta, aunque tampoco haya ningún elemento que permita considerarla como probable, ni siquiera en términos de probabilidad simple y no cualificada. Ahora bien, si partiendo de una imputación que únicamente merece un juicio negativo de no exclusión apriorística de su certeza, el Juez debe investigar si esa imputación responde o no a la realidad, parece conveniente asegurar el ejercicio del derecho de defensa desde el mismo momento en que se inicia la investigación judicial, lo que supone ineludiblemente convertir al imputado en sujeto pasivo del proceso y no sobre la base de un juicio positivo de probabilidad de que efectivamente haya participado en el delito, sino a partir de un mero juicio negativo de que no cabe excluir *a priori* que lo haya hecho.

Es, por tanto, la necesidad de investigar toda imputación delictiva no inverosímil, para evitar situaciones de impunidad, junto a la de garantizar el derecho de defensa en toda investigación que se dirija contra una persona determinada, lo que impone que la sujeción del imputado al proceso penal deba arrancar de un simple juicio de “verosimilitud” de la imputación y no pueda esperar a que el Juez esté en condiciones de formular un juicio positivo sobre la participación del imputado en el hecho punible basado en, al menos, una probabilidad simple de dicha participación.

Es cierto que esta conclusión supone aceptar que se vean sometidas a las incomodidades del proceso personas respecto de las que, quizá, nunca se llegará a

²⁰ En este sentido, cfr. la crítica de DE LA OLIVA SANTOS al precepto comentado en “El Proyecto de Ley del Jurado...”, cit., pags. 772-774.

formular ningún juicio positivo de probabilidad de que hayan participado en el delito. Pero también es cierto que, situando la sujeción de imputado al proceso en el momento en que pueda formularse respecto de él un juicio positivo de participación en el delito, siquiera sea basado en una mera probabilidad simple, podría llegarse a uno de estos dos resultados, ninguno de los cuales parece admisible en un proceso penal moderno:

1º Si se acepta el principio de que no cabe dirigir la investigación contra una persona determinada sin que ésta se encuentre efectivamente defendida en el proceso por un Abogado, resultaría imposible realizar investigaciones en el proceso encaminadas a pasar de la situación de mera “verosimilitud” de la imputación a otra que permitiera fundar un juicio positivo de probabilidad de la participación del imputado. La efectiva investigación de la participación del sujeto pasivo de una imputación no inverosímil quedaría confiada a la casualidad, pues dependería de que, en el curso de investigaciones *no dirigidas* a comprobar esa participación, surgieran elementos de convicción que permitieran considerarla no sólo no inverosímil, sino probable.

2º Si se pretende mantener la exigencia de que toda persona respecto de la que se haya formulado una imputación no inverosímil pueda ser investigada en un proceso penal y, al mismo tiempo, demorar la sujeción de esa persona al proceso hasta que pueda formularse, respecto de ella, un juicio de probabilidad sobre su participación en el hecho punible, no quedaría más remedio que aceptar que, hasta que la investigación permitiera formular ese juicio, pueda desarrollarse sin una efectiva presencia del imputado en el proceso defendido por un Abogado.

Por lo demás, la situación que plantea la LOTJ en este punto no difiere sustancialmente de la que se produce en los procesos ordinarios de la L.e.cr. Es cierto que el artículo 118 distingue dos momentos, a los que anuda diversas consecuencias. Por un lado, el simple hecho de la imputación, del que deriva el deber del Juez de comunicarla a los sujetos a que se refiera para que puedan, si lo desean, personarse en las actuaciones para ejercitar el derecho de defensa asistidos de Abogado y representados por Procurador (párrafos segundo y tercero). Por otro lado, el momento en que “la causa llegue a estado en que se necesite el consejo” de Abogado, en el que se requerirá al imputado para que lo nombre y, si no lo hace, se le designará uno de oficio (párrafo cuarto). También es cierto que la L.e.cr. no determina con precisión cuál es el momento en que la causa “llega a estado” en que se necesita Abogado, pero teniendo en cuenta el principio de que debe garantizarse el ejercicio del derecho de defensa en toda diligencia de investigación que se encamine, de manera directa, a averiguar la participación de una persona determinada en el hecho delictivo que sea objeto del proceso, parece razonable hacer coincidir ese momento con aquél en el que se ordena alguna investigación con esa finalidad. En consecuencia, también en los procesos de la L.e.cr., la sujeción al proceso penal derivada de una imputación estaría anudada, al igual que en la LOTJ, a la decisión del Juez de investigar la imputación, decisión que depende, como se ha dicho -y en esto no hay motivo para hacer distinciones entre la L.e.cr. y la LOTJ- de un mero juicio de “verosimilitud” de la hipótesis de participación delictiva. Lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 118 L.e.cr. se aplicaría únicamente, al igual que ya hemos dicho que debe ocurrir en los procesos por

delito atribuido al Tribunal del Jurado, cuando se hubiera formulado una imputación que el Juez, por no considerarla verosímil, no considere necesario investigar y en tanto en cuanto se mantenga esa situación.

2. Investigación preliminar de la Policía Judicial y del Ministerio Fiscal

13. Ante el silencio de la LOTJ, hay que acudir al régimen general de la L.e.cr. en el que, respecto a la investigación de la Policía Judicial, hay que tener en cuenta, especialmente, el art. 284 L.e.cr., que dispone que “inmediatamente que los funcionarios de Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público ... lo participarán a la Autoridad judicial o al representante del Ministerio fiscal”. Y, para el caso de que la *notitia criminis* llegue al Ministerio Fiscal, hay que tener presente, por un lado y con carácter general, el art. 5 de su Estatuto Orgánico, cuyo párrafo segundo prevé una investigación preprocesal del Fiscal, aunque limitada a “aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal” y, por otra parte, con referencia exclusiva al procedimiento abreviado, el art. 773.2 L.e.cr., que impone al Ministerio Fiscal, cuando se pone en su conocimiento la *notitia criminis*, practicar por sí las diligencias de investigación que estime procedentes antes de instar del juez la apertura del proceso.

Pues bien, confrontando este régimen con las disposiciones de la LOTJ, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) En relación con las facultades de investigación de la Policía Judicial.

14. Conforme al régimen de la L.e.cr., la eventual investigación autónoma de la Policía Judicial debe finalizar en el mismo momento en el que los funcionarios tengan conocimiento de la existencia del delito. A partir de este momento, la Policía Judicial solamente podrá practicar por sí las diligencias de prevención que sean indispensables²¹, poniendo inmediatamente en conocimiento del juez o del Fiscal el delito que haya sido descubierto. La investigación ulterior será ya dirigida por el juez, previa incoación del correspondiente proceso, o por el Ministerio Fiscal, antes de instar la incoación del proceso, en los casos en que la Ley lo permita.

La LOTJ no amplía las facultades de investigación de la Policía Judicial. En consecuencia, aun tratándose de delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del jurado, la investigación policial autónoma debe finalizar cuando se llegue a conocimiento de la existencia del delito y con independencia de que se pueda o no atribuir la comisión del mismo a persona determinada. Esto significa que los funcionarios de Policía no están autorizados a prolongar sus investigaciones, una vez

²¹ Según el art. 13 L.e.cr., serían las diligencias encaminadas a dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a la comprobación del delito y a la identificación del delincuente y detener, en su caso, a los reos presuntos.

conocido el delito y antes de ponerlo en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal, hasta que se logre la identificación de algún posible responsable. Rige, por tanto, también respecto de los delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado, lo dispuesto en el art. 284 L.e.cr.

Y nótese que la comunicación de la Policía puede hacerse, según el precepto en cuestión, indistintamente a la Autoridad Judicial o al representante del Ministerio Fiscal. Tampoco en esto introduce la LOTJ especialidad alguna, lo que excluye cualquier interpretación que pretenda que, en relación con la investigación de los delitos comprendidos en el ámbito de dicha Ley, la Policía Judicial deba dirigirse exclusivamente al Fiscal²².

b) En relación con las facultades de investigación del Ministerio Fiscal.

15. Tampoco aquí introduce la LOTJ especialidad alguna respecto del régimen general que resulta del EOMF y de la L.e.cr. Por tanto, las facultades de investigación preprocesal que la Ley concede al Ministerio Fiscal no se amplían ni se modifican respecto de los delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado. Conviene en este punto distinguir dos supuestos:

1º.- Si el delito, aun siendo de los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado, no se encuentra en el caso previsto en el art. 757 L.e.cr., la investigación previa del Ministerio Fiscal es una mera *facultad*. Así resulta de lo dispuesto en el art. 5 EOMF, cuyo apartado segundo es inequívoco al respecto: “para el esclarecimiento de los hechos... *puede* [el Fiscal] llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Esto supone que el Fiscal no está obligado a promover una investigación preprocesal y que puede, por tanto, ante la denuncia o atestado que se le haya presentado, solicitar directamente la incoación del proceso, aun cuando no sea posible imputar el delito a persona o persona determinadas.

Por otro lado, las facultades de investigación del Fiscal se conceden en orden a lograr “el esclarecimiento de los hechos” (art. 5.2 E.O.M.F.), lo que supone que, alcanzado este objetivo la investigación del Fiscal debe finalizar, bien con un decreto de archivo □si esclarecidos los hechos, resultan no ser delictivos□, bien con la correspondiente solicitud de apertura del proceso □si los hechos averiguados presentan caracteres de delito□. Y, en lo que ahora interesa, conviene subrayar que, esclarecidos los hechos, la investigación preprocesal del Fiscal agota su finalidad y *debe terminar*, aunque no se haya logrado identificar a ningún posible responsable. A esta misma conclusión se llega partiendo del límite que el art. 5.2 E.O.M.F. señala a la facultad de investigación del Fiscal: sólo “aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. En efecto, acudiendo a la L.e.cr. □y fuera del caso

²² Curiosamente, para el procedimiento abreviado, el art. 772.2 L.e.cr. dispone que la Policía “entregará [el atestado] al Juez competente ... y remitirá copia al Ministerio Fiscal”. El precepto es, por tanto, más restrictivo que el art. 289, lo que se explica mal a la vista de las facultades de investigación preprocesal que, precisamente para el procedimiento abreviado, se conceden al Fiscal.

del art. 773.2, no aplicable en el supuesto que nos ocupa □ el único precepto que ampara una investigación preprocesal del Fiscal es el art. 269, en cuanto ordena a la Autoridad que reciba una denuncia que proceda o mande proceder “a la *comprobación del hecho denunciado*”, lo que significa que, comprobado el hecho, se agota la “legitimación” del Fiscal para investigar y debe promoverse el proceso □ si el hecho es delictivo □ aun cuando no pueda imputarse su comisión a persona o personas determinadas²³.

2°.- Si el delito de que se trate, de entre los que deben ser enjuiciados por el Tribunal del Jurado, encaja en lo dispuesto en el art. 757 L.e.cr., la investigación preprocesal del Ministerio Fiscal deja de ser una facultad para convertirse en un *deber jurídico*. Así se deduce de la redacción imperativa del art. 773.2 L.e.cr.: “*practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo*”. Significa esto, a nuestro juicio, que el Fiscal no puede, en este caso, limitarse a trasladar al juez la *notitia criminis*, sin hacer una previa investigación.

Ahora bien, también en este caso la investigación *debe* finalizar una vez que los hechos hayan sido esclarecidos, con independencia de que se haya logrado o no la identificación de algún posible responsable. Ciertamente, la investigación del Fiscal puede tener por objeto la comprobación del hecho o la comprobación de la responsabilidad de los partícipes, puesto que así lo dice expresamente el precepto que nos ocupa. Sin embargo, en cuanto a la finalización de las investigaciones, el art. 773.2 vuelve a expresarse en términos claros e imperativos: “el Fiscal *decretará* el archivo de las actuaciones *cuando el hecho no revista caracteres de delito...* En otro caso *instará*

²³ Y no creo que pueda sostenerse que el “esclarecimiento de los hechos” a que hace referencia el art. 5.2 E.O.M.F. o la “comprobación del hecho denunciado” a la que se refiere el art. 269 L.e.cr. deban interpretarse en un sentido amplio, incluyendo no sólo la verificación de la existencia del hecho delictivo sino también la averiguación de los posibles autores o partícipes ya que la Ley, cuando quiere hacer referencia a ambas cuestiones, las menciona separadamente (cfr., entre otros, arts. 282, 287, 299, la rúbrica del Título V del Libro II y la propia división en capítulos de dicho título, fuertemente condicionada por la distinción entre comprobación del delito y averiguación del delincuente, y, en la regulación del procedimiento abreviado, arts. 773.2 y 777). Por tanto, cuando la Ley se refiere exclusivamente a la “comprobación del hecho”, no cabe entender incluida en tal comprobación la averiguación de los autores o partícipes. Conviene aclarar, por otro lado, que el art. 287 L.e.cr., arriba citado, contempla la posibilidad de que los funcionarios del Ministerio Fiscal encomienden a la Policía Judicial la práctica de diligencias “para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes”. Partiendo de este precepto, ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, cit., pág. 138, deduce una facultad de investigación preprocesal de carácter general que, a tenor de la norma no se limitaría a la comprobación del hecho sino que alcanzaría también a la averiguación del delincuente. Prescindiendo ahora de que lo sostenido en el texto no impide que el Ministerio Fiscal, en su investigación preprocesal, procure tanto esclarecer el hecho como averiguar el autor o autores, sino que únicamente se postula que, esclarecido el hecho, la investigación autónoma del Fiscal debe finalizar, aunque no se haya logrado identificar al delincuente, nos parece sumamente dudoso que lo dispuesto en el art. 287 pueda entenderse referido a la eventual investigación preprocesal del Fiscal. En este sentido, el complemento circunstancial temporal “*durante el curso de la causa*” que aparece en el último inciso nos parece que afecta a todo lo previsto en el precepto en cuestión, es decir, que éste se refiere a las diligencias que a la Policía Judicial puedan encomendar los Fiscales, por un lado, y los jueces, por otro, una vez abierto el proceso en ambos casos.

del Juez de Instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas...”. Resulta así que la investigación del Fiscal sólo puede prolongarse hasta que sea posible decidir si el hecho investigado “reviste o no los caracteres de delito”²⁴; en este momento, el Fiscal está obligado a decretar el archivo, si el juicio fuera negativo o a instar la incoación del proceso, si el juicio fuera positivo. En particular, y en lo que ahora interesa, una vez comprobado que el hecho investigado presenta apariencia de delito, el Fiscal *debe* solicitar la apertura del proceso y no está autorizado prolongar su investigación preprocesal, se haya logrado o no averiguar quién o quiénes han podido cometer el delito o participar en él.

La LOTJ, como hemos dicho, no modifica en absoluto el esquema expuesto y, por tanto, aun tratándose de delitos cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal del Jurado, el Fiscal, una vez comprobado el hecho delictivo, debe ponerlo en conocimiento del juez y promover la incoación del proceso, aunque no se pueda imputar el delito a persona o personas determinadas.

Por lo demás, conviene subrayar que la pendencia de una investigación preliminar del Ministerio Fiscal no impide la incoación de la investigación judicial mediante la apertura del correspondiente proceso; en este sentido, la L.e.cr. ordena la inmediata terminación de la investigación del Fiscal en cuanto éste tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos (art. 773.2, párrafo tercero). Tampoco en este punto establece la LOTJ especialidad alguna.

16. De lo expuesto se deduce que no cabe sostener que la investigación judicial de los delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado no deba comenzar hasta que se pueda imputar el delito a persona o personas determinadas, quedando hasta entonces la investigación confiada exclusivamente a la Policía Judicial y al Ministerio Fiscal. Para ello hubiera sido preciso, por un lado, que la LOTJ hubiera ampliado las facultades de investigación autónoma de la Policía Judicial y/o del Ministerio Fiscal y, por otro, que se hubiera excluido expresamente la intervención del Juez en la investigación hasta que apareciera algún posible responsable del delito. Pero la LOTJ, como se ha visto, no hace ni una cosa ni otra. Ciertamente, el procedimiento especial regulado en la LOTJ no puede incoarse hasta que exista algún imputado. Pero esto no excluye la previa apertura de actuaciones procesales (sumario o diligencias previas) ante la mera *notitia criminis*, de acuerdo con el régimen general de la L.e.cr.

3. Apertura del procedimiento de la LOTJ derivada de “actuaciones procesales” previas

²⁴ En rigor, debe entenderse que lo que ha de comprobarse es si el hecho investigado se ha producido; puesto que si el hecho, tal y como aparece relatado en la denuncia o resulta del atestado que se hayan presentado ante el Fiscal no revistiera caracteres de delito, no sería procedente ninguna investigación.

17. La Ley también contempla la incoación del procedimiento para el juicio con jurado cuando la imputación del delito a persona o personas determinadas resulte “de cualquier actuación procesal”.

Esta previsión presupone la existencia de un proceso pendiente, ya que sólo dentro del proceso se realizan “actuaciones procesales”. El art. 24.1 no precisa qué tipo de proceso, pero los términos amplios en los que el precepto se expresa □*cualquier actuación procesal*□ permiten interpretar que no sólo se contemplan las actuaciones de un proceso penal, sino también las de procesos no penales de las que pueda resultar la noticia de la perpetración de un delito y la responsabilidad penal de algún sujeto determinado.

En cuanto a la incoación del procedimiento para el juicio con jurado derivada de actuaciones de un proceso penal pendiente conviene distinguir dos supuestos:

a) Descubrimiento de un delito atribuido a la competencia del Tribunal del Jurado en un proceso penal seguido para la investigación y enjuiciamiento de otro delito.

18. Se incluyen en este apartado todos aquellos casos en los que, abierto un procedimiento de los previstos en la L.e.cr. para la investigación y eventual enjuiciamiento de un delito de los no atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado, se produzca alguna actuación procesal que comporte el descubrimiento de un delito nuevo, que esté comprendido en los atribuidos a la competencia de aquel Tribunal y siempre y cuando la actuación procesal en cuestión entrañe la imputación del nuevo delito a persona o personas determinadas (v.gr., la declaración de un testigo, en la fase de instrucción o en el juicio, de la que se deduzca la perpetración de un delito distinto del que sea objeto de investigación o enjuiciamiento y mediante la cual se atribuya la comisión de este delito a determinada persona o personas).

Aunque nada añaden, en rigor, a lo que resulta del art. 24.1 LOTJ, los arts. 309 bis y 760.II L.e.cr. vienen a confirmar que la incoación del procedimiento para el juicio con jurado puede derivar de las investigaciones que se realicen en el marco de un sumario o de unas diligencias previas. Ahora bien, para determinar con precisión las consecuencias del descubrimiento de un delito cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal del Jurado en una causa seguida por un delito de los que no estén atribuidos a la competencia de dicho Tribunal deben tenerse en cuenta, por un lado, la existencia o no de conexión entre ambos delitos, atendiendo a lo dispuesto en el art. 5.2 LOTJ, y, por otro lado, la fase del proceso en la que se produzca el “descubrimiento” del nuevo delito.

Así, en primer término, si teniendo en cuenta lo previsto en el art. 5.2 LOTJ los dos delitos □el no atribuido al jurado, por el que se sigue la causa pendiente, y el atribuido al jurado, descubierto en dicha causa□ deben enjuiciarse en procedimientos distintos, el descubrimiento del nuevo delito, sea cual sea la fase procesal en la que se haya producido □instrucción o juicio oral□ debe dar lugar a la expedición de

testimonio de la actuación procesal correspondiente y remisión al juez que sea competente para instruir la causa por el delito descubierto. Si del testimonio se desprende la concurrencia de todos los presupuestos precisos para la apertura del procedimiento para el juicio con jurado (*notitia criminis*, imputación del delito a persona o personas determinadas y verosimilitud de la noticia y de la imputación), el juez deberá acordar de inmediato la incoación de dicho procedimiento.

En otro caso, es decir, si conforme a lo dispuesto en el art. 5.2 LOTJ los dos delitos fueran conexos y no fuera posible enjuiciarlos separadamente, habría que distinguir según cuál fuera la fase del procedimiento en la que se hubiera descubierto el atribuido al conocimiento del jurado. En este sentido, si el descubrimiento del nuevo delito se produce en la fase de instrucción □sumario o diligencias previas□ de la causa pendiente, la consecuencia habría de ser la finalización de la instrucción ordinaria y la incoación inmediata de la instrucción especial para el juicio con jurado dentro de la cual se incardinaría la investigación relativa al nuevo delito y se completaría, si fuera preciso, la relacionada con el delito inicialmente investigado en el sumario o diligencias previas que dieron lugar al “descubrimiento”, permitiéndose así el enjuiciamiento conjunto de ambos delitos por el Tribunal del Jurado, conforme a lo previsto en el art. 5.2 LOTJ.

Más difícil es precisar las consecuencias del descubrimiento del nuevo delito si éste se hubiera producido en la fase de juicio oral. Una aplicación estricta de la exigencia de enjuiciamiento conjunto y por el Tribunal del Jurado de ambos delitos habría de conducir a una práctica anulación de todo lo actuado en el juicio oral y a la vuelta a la fase de instrucción, con incoación inmediata de la instrucción especial para el juicio con jurado, nuevas calificaciones, referidas a los dos delitos y nuevo juicio oral ante el Tribunal del Jurado²⁵. Pero tan drástica solución sólo debería imponerse muy excepcionalmente; el criterio restrictivo de la LOTJ en materia de enjuiciamiento conjunto de varios delitos, que se traduce en la previsión de causas separadas, incluso para delitos conexos, cuando sea posible enjuiciarlos por separado (art. 5.2.II *i.f.*), debería aplicarse aquí con el máximo rigor.

También en un proceso para el juicio con jurado pueden producirse actuaciones procesales que pongan de manifiesto la existencia de un delito distinto del que sea

²⁵ Al silencio de la LOTJ sobre estos problemas procedimentales se une también la absoluta ausencia de normas generales en la L.e.cr. Con referencia a esta última, afirma DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Penal* (con ARAGONESES MARTÍNEZ y otros), Madrid, 2002, pág. 233, que “es sumamente discutible que (...) puedan aparecer en el juicio oral y ser enjuiciados en ese proceso, no unos datos fácticos que perfilan mejor el objeto, sino unos hechos nuevos, constitutivos de un nuevo objeto. El camino que, aun oscuro e incierto, cabe explorar en la línea de esa extensión en fase de plenario es el de la sumaria instrucción suplementaria, con suspensión del juicio oral y nuevas calificaciones”. En el caso que nos ocupa, la solución de suspender el juicio y proceder a una sumaria o no tan sumaria instrucción suplementaria, con nuevas calificaciones, para reanudar o repetir el juicio después (cfr. arts. 746.6° y 749.II L.e.cr.), requeriría, por un lado, que la “instrucción suplementaria” se acomodara a las disposiciones de la LOTJ y, por otra parte, que quedara sin efecto el juicio ya iniciado, con independencia del tiempo que durase la “suspensión” ya que sería necesario en todo caso comenzar un nuevo juicio para dar entrada al jurado.

objeto del proceso. Si el nuevo delito fuera de los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado y en función de lo dispuesto en el art. 5.2 LOTJ, caben dos posibilidades: que el nuevo delito deba ser investigado y, eventualmente, enjuiciado en el mismo procedimiento en el que se ha producido su descubrimiento, o que deba investigarse y enjuiciarse en un procedimiento distinto. En el primer supuesto no procedería la apertura de un nuevo procedimiento, sino la extensión del ya incoado al nuevo delito; en el segundo supuesto sí habría que incoar un procedimiento distinto, previa expedición, en su caso, del correspondiente testimonio de las actuaciones de las que se deduzca la existencia del nuevo delito y remisión del testimonio al juez competente para la instrucción de la causa.

b) Incoación de sumario o diligencias previas para la investigación de delito atribuido a la competencia del Tribunal del Jurado y posterior apertura del procedimiento especial para el juicio con jurado.

19. Se incluirían aquí todos los casos, ya mencionados, en que la *notitia criminis* se refiera a unos hechos cuya inicial calificación como delito atribuido a la competencia del Tribunal del Jurado aparezca como dudosa; así como aquellos en que la *notitia criminis* se presente al juez en términos que no permitan imputar el delito a persona o personas determinadas; y, en fin, también aquellos en que la fuente de la *notitia criminis* incluya una imputación que el juez no considere verosímil. Como ya se ha dicho, no sería posible en estos supuestos la inmediata apertura del procedimiento especial de la LOTJ sino que, conforme a las reglas generales de la L.e.cr., el juez debería abrir sumario o diligencias previas. Sólo cuando de “cualquier actuación procesal” resultase la imputación verosímil del delito a persona o persona determinadas se procedería a la incoación del procedimiento para el juicio con Jurado.

III. LAS ACTUACIONES INAPLAZABLES

20. Sin necesidad de esperar a la celebración de la comparecencia para concretar la imputación, el juez debe acordar la práctica de “aquellas actuaciones inaplazables a que hubiere lugar” (art. 24.1 LOTJ).

Como criterio general, cabe utilizar la descripción de las “primeras diligencias” contenida en el art. 13 L.e.cr.: dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer y, en fin, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a la comprobación del delito y a la identificación del delincuente.

En particular, me parece que en el concepto de actuaciones inaplazables deben incluirse, al menos, las diligencias de recogida de armas, instrumentos o efectos del delito, que ha de hacerse “en los primeros momentos” (art. 334 L.e.cr.); descripción del estado y circunstancias de la persona o cosa objeto del delito (335 L.e.cr.); adopción de

las medidas de retención, conservación o depósito y, en su caso, destrucción de los instrumentos, armas y efectos del delito (art. 338 L.e.cr.); identificación del cadáver (arts. 340 a 342 L.e.cr.); autopsia (art. 343 L.e.cr.); asistencia, inspección y vigilancia del Médico forense en casos de envenenamiento, heridas u otras lesiones (art. 350 L.e.cr.).

También parece lógico incluir en este apartado la diligencia de reconocimiento del imputado cuando puedan existir dudas sobre su identidad (arts. 368 y sigs.). Antes de celebrar la comparecencia parece elemental asegurarse de que la persona citada en concepto de imputado es precisamente la señalada como responsable del delito en la denuncia o querrela.

Por su propia naturaleza, también podrán practicarse de inmediato, cuando fuera necesario, las diligencias de entrada y registro en lugar cerrado (arts. 545 y sigs. L.e.cr.) y de intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (arts. 579 y sigs. L.e.cr.).

IV. LA RESOLUCIÓN DE INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

21. Concurriendo los presupuestos exigidos por la LOTJ, el juez debe dictar resolución acordando la incoación del procedimiento para el juicio con Jurado. La resolución no es de mera tramitación y afecta de manera directa a los imputados, por lo que debe adoptar la forma de auto (art. 141 L.e.cr. y 241.b) LOPJ).

Ante el silencio de la Ley sobre el régimen de recursos contra esta resolución de incoación del procedimiento, debe aplicarse el régimen general de la L.e.cr. que permite los recursos de reforma y queja (arts. 217 y 218 L.e.cr.). La Circular 4/1995 de la Fiscalía General del Estado ordena a los Fiscales recurrir esta resolución “siempre que se haya incoado el proceso especial del Tribunal del Jurado sin que concurren cumplidamente los presupuestos necesarios para su iniciación”. Conviene precisar que lo que se pretende con este recurso no es poner fin a las actuaciones judiciales sino encauzar las mismas a través del procedimiento de la L.e.cr. que corresponda, por entender que no se dan los presupuestos necesarios para la incoación del procedimiento especial de la LOTJ. Si se pretendiera la finalización de las actuaciones judiciales por no considerarse los hechos constitutivos de delito o por entender que la *notitia criminis* y/o la imputación del delito a la persona o personas respecto de las cuales se abre el procedimiento son manifiestamente falsas, lo procedente sería formular tales alegaciones en la comparecencia inicial solicitando el sobreseimiento²⁶.

²⁶ Nuevamente, el silencio de la LOTJ, esta vez sobre el régimen de recursos frente a la resolución de incoación del procedimiento, resulta sumamente perturbador, dando lugar a interpretaciones muy dispares. Así, GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 169 considera que “no parece que contra dicha resolución proceda interponer recurso alguno, ni siquiera el de reforma, pues dicha resolución no es, ni definitiva, ni firme, ya que su contenido precisa ser ratificado tras la audiencia para la concreción de la imputación del art. 25 LOTJ, en la que puede ser impugnado verbalmente”; GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal especial...*, cit., pág. 84, estima que el auto de incoación del proceso penal especial ante el

V. TRASLADO DE LA IMPUTACIÓN Y CITACIÓN A LA COMPARECENCIA

22. La resolución que acuerda la incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado debe ponerse inmediatamente en conocimiento de los imputados. Al mismo tiempo, se mandará citar a los imputados, Ministerio Fiscal y demás partes personadas a una comparecencia al efecto de concretar la imputación. También serán citados a la comparecencia, para ser oídos, los ofendidos o perjudicados por el delito que fueren conocidos y que no se hubieren personado en el procedimiento.

Al citar a los imputados, se les dará traslado de la denuncia o querrela admitida a trámite, si no se hubiera efectuado con anterioridad. Aunque la LOTJ no lo diga, el imputado debe ser informado de que se le cita en tal condición y requerido para que designe Abogado, si no lo tiene ya; de no hacerlo, se le designará de oficio, ya que lo necesita para la comparecencia (art. 25.1 LOTJ, último inciso).

Los perjudicados no personados, al practicarse su citación, deben ser informados de sus derechos “por medio de escrito” (art. 25.2 LOTJ).

La comparecencia ha de convocarse para su celebración dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la resolución acordando la incoación del procedimiento para el juicio con jurado²⁷. La brevedad del plazo puede plantear problemas cuando el imputado no esté detenido y/o cuando deba citarse a algún perjudicado no personado en la causa²⁸. No dice nada la Ley para el caso de que llegado el día señalado para la

Tribunal del Jurado “debe ser recurrible en queja ante la AP”, según lo dispuesto en el arts. 309 bis, II (es decir, queja directa sin previa reforma).

²⁷ La dicción legal es equívoca. La frase “les convocará en el plazo de cinco días” puede entenderse, como observa la Circular de la FGE 4/1995, en el sentido de que la decisión del Juez de convocar se produzca en los cinco días siguientes a la incoación del procedimiento, y que la comparecencia pueda señalarse para cualquier día posterior, sin límite temporal alguno. Esta interpretación sería, sin embargo, absurda y la propia Circular entiende que lo que en realidad se ha querido decir es “que la convocatoria se realice normalmente en el auto de incoación y que se señale como fecha para la comparecencia una de las comprendidas en los cinco días siguientes.” GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 172, entiende también que “la audiencia se celebrará en el término de cinco días, contados a partir del auto de conversión del procedimiento.” VARELA CASTRO, *Manual...*, cit., pág. 206, ante la “falta de precisión de la norma”, se inclina también porque el plazo de cinco días se compute “a partir del día de la resolución” (de incoación del procedimiento, se entiende).

²⁸ Algunos de los problemas que puede ocasionar la brevedad del plazo en NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *El Jurado en España*, cit., págs. 95 a 99. La Circular de la Fiscalía General del Estado 4/1995 considera que el plazo “puede ser demasiado breve y hasta exiguo en algunos casos por la necesidad de cursar las citaciones con la suficiente antelación y ante la eventualidad de que el imputado pueda tener su residencia en un lugar alejado de aquel donde se tramita el proceso.”

comparecencia no conste haberse efectuado alguna de las citaciones preceptivas. La solución debe ser suspender la comparecencia y efectuar un nuevo señalamiento²⁹.

VI. AUSENCIA DEL IMPUTADO Y DE LOS OFENDIDOS O PERJUDICADOS NO PERSONADOS

23. La citación del Ministerio Fiscal y de las partes personadas no tiene por qué plantear problemas. Sin embargo, cuando el imputado o los imputados no estuvieren personados en el procedimiento, la comunicación puede fracasar si aquél o aquéllos no pudieran ser localizados. El mismo problema puede plantearse cuando se vaya a practicar la citación de los ofendidos o perjudicados que no estén personados.

1. La ausencia del imputado en el procedimiento para el juicio con Jurado

24. Nada prevé la LOTJ para el supuesto de ausencia del imputado durante la fase de instrucción. Conforme al régimen general de la L.e.cr. si el imputado se hallara en el caso previsto en el número 1º del art. 835 cuando fuera a practicarse la citación para la comparecencia del art. 25 LOTJ o cualquier notificación posterior, deberá expedirse requisitoria para su llamamiento y búsqueda; y si el imputado no comparece o no es presentado ante el juez en el plazo señalado en la requisitoria, se le declarará en rebeldía. Ahora bien, la declaración de rebeldía, como es sabido, no determina la suspensión del *sumario*, que continuará tramitándose “hasta que se declare terminado por el Juez o Tribunal competente”, suspendiéndose después el curso del procedimiento (art. 840 L.e.cr.).

En esta situación, el problema consiste en determinar en qué medida es trasladable a la instrucción especial de las causas para el juicio con Jurado lo dispuesto en el art. 840 L.e.cr.³⁰. Hay que tener en cuenta, a este respecto, que el art. 840 conserva su redacción originaria de 1882 y que, en consecuencia, está pensado en función de la regulación originaria del *sumario*, en la que el ejercicio del derecho de defensa en la fase de instrucción por medio de Abogado era concebido como una mera facultad que el imputado podía ejercitar desde el procesamiento (cfr. arts. 384.II) y también como mera facultad se contemplaba la intervención del procesado en algunas diligencias del *sumario* (no en todas; cfr. arts. 333, 336, 356 y 476, por ejemplo)³¹. Es decir, la

²⁹En este sentido, la Circular 4/1995 incluye la incomparecencia por falta de citación entre los casos de incomparecencia justificada que deben dar lugar a la suspensión y a una nueva convocatoria.

³⁰ Al establecer un sistema de instrucción nuevo y muy distinto a los de los procesos de la L.e.cr., el legislador debería haber tenido especial cuidado en dar respuesta a aquellos problemas en los que la armonización de las normas de la L.e.cr. con el nuevo modelo de instrucción penal no resulta fácil. En este sentido, cfr. DEL MORAL GARCÍA, “Anotaciones...”, cit., pág. 69. Para VARELA CASTRO, *Manual...*, cit., pág. 207, el art. 840 L.e.cr. resuelve la cuestión en el sentido de que no hay necesidad de que el imputado comparezca como condición para la continuidad del procedimiento.

³¹ Es sumamente expresivo el siguiente pasaje de la E. de M. de la L.e.cr.: “En todo caso, antes y después de los dos meses, el que tenga la inmensa desgracia de verse sometido a un procedimiento

intervención del imputado en la instrucción no era, en ningún caso, *necesaria* y, por tanto, parece natural que su ausencia no determinara la suspensión de esta fase del procedimiento.

Actualmente es discutible, incluso respecto de la instrucción de los procesos de la L.e.cr., que la intervención del imputado, al menos en determinadas actuaciones, no sea *necesaria*. En este sentido, parece claro el caso de la comparecencia prevista en el art. 775 L.e.cr. en el marco de las diligencias previas del procedimiento abreviado. El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 186/1990, de 15 de noviembre, ha interpretado que esta comparecencia es un trámite necesario y que en dicho acto debe formularse la imputación judicial del delito, de tal manera que no puede dirigirse la acusación contra ningún sujeto que no haya comparecido personalmente ante el juez y haya sido informado por éste de su condición de imputado. Esta doctrina ha sido plasmada en el art. 779.1.4ª L.e.cr. que, tras la reforma de octubre de 2002, establece expresamente que la decisión de continuación del procedimiento abreviado tras la práctica de las diligencias previas “no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla [la persona a quien se imputan los hechos] en los términos previstos en el artículo 775”. Resulta así que, cuando la persona contra la que se dirijan las actuaciones se encuentre en rebeldía, no podrá celebrarse la comparecencia en cuestión y, en consecuencia, que, una vez practicadas todas las diligencias de investigación que puedan realizarse sin intervención del inculpado, no quedará otra salida que la suspensión de las actuaciones hasta que éste último “se presente o sea habido”. Y nótese que lo procedente, en este supuesto, es precisamente la suspensión de las diligencias previas, es decir, de la instrucción del procedimiento abreviado ya que el juez no podría acordar su finalización ni al amparo de la regla primera del art. 779.1, al no darse los presupuestos que dicha regla establece para el sobreseimiento, ni al amparo de la regla cuarta, ordenando la continuación del procedimiento, ya que el trámite siguiente, que sería el traslado de las diligencias para que se presenten los escritos de acusación (art. 780.1), no podría cumplimentarse dado que la acusación no puede formularse si no se ha producido previamente la imputación judicial en la comparecencia prevista en el art. 775. Como se puede apreciar, el art. 840 no resulta aplicable en este supuesto, al existir un trámite en la fase de instrucción en el que la presencia del imputado es estrictamente necesaria y sin cuyo cumplimiento no se puede pasar a la fase siguiente del procedimiento.

Trasladando este planteamiento a la instrucción para el juicio con jurado, quizá deba concluirse que, en ausencia del imputado, el procedimiento no puede llegar muy lejos. La consideración decisiva, en este sentido, vendría dada por la necesaria presencia del imputado en la comparecencia inicial del art. 25 LOTJ. La ausencia del

criminal gozará en absoluto de dos derechos preciosos, que no pueden por menos de ser grandemente estimados donde quiera que se rinda culto a la personalidad humana: uno, el de nombrar defensor que le asista con sus consejos y con su inteligente dirección desde el instante en que se dicte el auto de procesamiento; y otro, el de concurrir, por sí o debidamente representado, a todo reconocimiento judicial, a toda inspección ocular, a las autopsias, a los análisis químicos y, en suma, a la práctica de todas las diligencias periciales que se decreten y puedan influir así sobre la determinación de la índole y gravedad del delito como sobre los indicios de su presunta culpabilidad”.

imputado impediría la celebración de esta comparecencia y, por tanto, quedaría cerrado el paso a los trámites posteriores, ya que la LOTJ, como se ha visto, ordena la instrucción en fases sucesivas a las que no puede accederse sin previo agotamiento de las precedentes. De esta forma, una vez acordada la incoación del procedimiento y practicadas, en su caso, las diligencias inaplazables a las que hace referencia el último inciso del art. 24.1 LOTJ, habría que suspender el curso de las actuaciones hasta que el imputado compareciera o fuese presentado ante el juez.

La conclusión anterior descansa, claro está, en el entendimiento de que la comparecencia del art. 25 LOTJ no puede celebrarse en ausencia del imputado y hay que reconocer de inmediato que la Ley no es ni mucho menos clara en este punto. La razón es que el legislador no ha considerado, ni la posibilidad de que el imputado, cuando vaya a practicarse la citación para la comparecencia, se encuentre en ignorado paradero, ni la de que el imputado que haya sido citado no comparezca. Si al menos hubiera considerado esta última posibilidad, habría aclarado si, en tal caso, la comparecencia puede celebrarse o, por el contrario, debe suspenderse, lo que habría permitido llegar a una conclusión clara acerca de la necesidad de la presencia del imputado en la comparecencia. No obstante, y con todas las reservas que se derivan de lo dicho, me inclino por entender que la presencia del imputado en la comparecencia del art. 25 LOTJ es *necesaria*, de tal modo que no puede celebrarse dicho acto en ausencia del imputado. Existe cierto paralelismo entre la comparecencia del art. 25 LOTJ y la del art. 775 L.e.cr., de tal manera que, aplicando a aquella comparecencia la doctrina de la STC 186/90 arriba citada, se llegaría a la conclusión de la necesaria presencia del imputado³².

2. Imposibilidad de practicar la citación de los ofendidos o perjudicados por el delito que no estuvieren personados

25. El fracaso de la citación de los ofendidos o perjudicados conocidos que no estuvieren personados en la causa no debe impedir la celebración de la comparecencia. En este sentido, los arts. 109 y 776.2 de la L.e.cr., para el caso de que no se haya podido efectuar la instrucción de sus derechos al ofendido o perjudicado, disponen que tal circunstancia *no impedirá la continuación del procedimiento*, sin perjuicio de que el Juez “procure” realizar tal instrucción al ofendido ausente (art. 109), lo que deberá hacerse -una vez que éste pueda ser localizado- “por el medio más rápido posible, incluso telegráficamente” (art. 776.2).

VII. LA COMPARECENCIA PARA CONCRETAR LA IMPUTACIÓN

1. Objeto de la comparecencia

³²No es esta, sin embargo, la opinión de la Fiscalía General del Estado (cfr. Circular 4/1995). GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 174, considera que es imprescindible la presencia del imputado asistido de su Abogado y que la ausencia de éstos debe dar lugar a la suspensión de la audiencia.

26. En principio, el objeto de esta comparecencia es que el Ministerio Fiscal y los acusadores personados fijen su posición acerca de la procedencia de continuar el procedimiento □ en rigor, iniciar la investigación respecto de la persona o personas citadas como imputadas □ o bien sobre la procedencia del inmediato sobreseimiento (art. 26.2)³³. Si solicitan la continuación del procedimiento, las partes acusadoras deberán “concretar la imputación” y, eventualmente, solicitar las diligencias que estimen necesarias para su práctica antes del trámite de calificación provisional.

La defensa del acusado podrá solicitar el sobreseimiento, “si hubiere causa para ello, conforme a lo dispuesto en los arts. 637 ó 641 de la L.e.cr.”³⁴, así como pedir las diligencias de investigación que considere convenientes.

Es opinión extendida la de que en esta comparecencia podrá practicarse el interrogatorio del imputado que asista a ella³⁵. Sin embargo, la práctica de ese interrogatorio sería contradictoria con el objeto mismo de la comparecencia que es, no debe olvidarse, discutir sobre la procedencia de investigar o no al imputado. Por eso, el interrogatorio, que es precisamente una diligencia encaminada a preguntar al imputado sobre su participación en el hecho punible, no debería producirse hasta que, una vez terminada la comparecencia del artículo 25, el Juez dictara la correspondiente resolución ordenando seguir el procedimiento³⁶.

2. Incomparecencia de los citados

27. Nada dice la Ley para el caso de que alguno de los citados no comparezca. Si no comparece el Fiscal ni ninguno de los acusadores personados, podría entenderse que solicitan el sobreseimiento y el juez debería acordarlo, salvo que estimara procedente adoptar las resoluciones previstas en los arts. 642 y 644 L.e.cr. (cfr. art. 26.2 LOTJ).

³³ Sobre el significado y alcance de la posición que adopten en este trámite el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares personadas, cfr. *supra*, núm. 4.

³⁴ Sobre las peculiaridades de este sobreseimiento, cfr. *infra*, núms. 32-36.

³⁵ En este sentido, TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del Jurado...*, cit., pág. 110. GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal especial...*, cit., pág. 91, no menciona expresamente la práctica del interrogatorio del imputado en la comparecencia, pero considera que pueden practicarse en la misma diligencias de investigación “para fundar la imputación o justificar la petición de sobreseimiento.”

³⁶ VARELA CASTRO, *Manual...*, cit., págs. 212-213 y 216, sugiere la posibilidad de práctica de diligencias en el acto, pero después de que el Juez haya resuelto *in voce* la continuación del procedimiento; en el mismo sentido, MORA ALARCÓN, *Comentarios...*, cit., pág. 207. Con esto se salva, ciertamente, el inconveniente apuntado en el texto, pero, respecto del interrogatorio del imputado subsistiría el obstáculo de que, al tratarse de una diligencia que *puede practicarse directamente* en la audiencia preliminar, el artículo 27.1 excluye tajantemente su realización antes de dicho trámite (sobre esto, cfr. *infra*, núm. 40).

Si no comparecen el imputado o su Abogado defensor, la comparecencia no podría celebrarse pues, como ya se ha indicado, la LOTJ parece considerar que la presencia de ambos es necesaria en este trámite³⁷. Sería preciso suspender y convocar de nuevo para un momento posterior sin perjuicio de adoptar otro tipo de medidas que resultaran procedentes: así, por ejemplo, si el imputado citado para la comparecencia no alegara causa legítima que le impidiera comparecer, el juez podría dictar orden de detención conforme a lo previsto en el art. 487 L.e.cr.; y, no compareciendo el defensor del imputado, el juez podría promover la exigencia de las responsabilidades disciplinarias en que el Letrado hubiera podido incurrir.

Si, en fin, no comparecen los perjudicados no personados que hayan sido citados en forma, la comparecencia se desarrollará con normalidad. Sólo en el caso de que todas las acusaciones soliciten el sobreseimiento el juez podrá ofrecer de nuevo las acciones a los perjudicados que no hayan comparecido (arts. 26.2 LOTJ y 642 L.e.cr.).

3. Régimen de publicidad aplicable a la comparecencia

28. Se trata, de nuevo, de una cuestión sobre la que la LOTJ nada dice y respecto de la cual la aplicación supletoria de la L.e.cr. puede plantear algunas dificultades. Como es sabido, el régimen general, en esta materia, se concreta en el maltratado *secreto del sumario* a que se refiere el art. 301 L.e.cr. Partiendo de la base de que las partes pueden tomar conocimiento de las diligencias e intervenir en su práctica (art. 302, párrafo primero), el *secreto del sumario* se resuelve en la prohibición de revelar el contenido de las actuaciones (art. 301, párrafos segundo, tercero y cuarto).

En el procedimiento de la LOTJ, la cuestión que se puede plantear es la de si las comparecencias -ésta del art. 25 y también la audiencia preliminar del art. 31- han de celebrarse en audiencia pública o a puerta cerrada. En favor de la celebración en audiencia pública podrían invocarse los arts. 186 y 229.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que exigen, como regla general, la publicidad de las “vistas”. Ahora bien, la comparecencia del art. 25 LOTJ se integra en la fase de instrucción del proceso y en la audiencia preliminar prevista en el art. 31, aunque formalmente separada de la instrucción (cfr. las rúbricas de las secciones 1ª y 2ª del Capítulo III de la Ley) se concentra la práctica de una parte importante de las diligencias de investigación que constituyen el fundamento de la acusación (o de la petición de sobreseimiento), de forma que parece difícil discutir que, al menos en parte, la audiencia preliminar participa de la naturaleza de los actos de instrucción del proceso. Pues bien, si las comparecencias forman parte de la instrucción, parece lógico que resulten afectadas por el secreto sumarial, que se impondría como norma especial sobre la regla general establecida en los preceptos de la LOPJ arriba citados y que debe conducir a la celebración de dichos actos a puerta cerrada lo que permite limitar a las partes la posibilidad de conocimiento de las actuaciones y, al mismo tiempo, es compatible con el deber de reserva que impone el art. 301 L.e.cr.

³⁷En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 174.

Nótese, en fin, que son plenamente aplicables a las comparecencias de la fase de instrucción del procedimiento para el juicio con jurado los dos tipos de consideraciones que justifican el secreto en la instrucción de las causas, a saber, por un lado, la protección de la fama del inculcado □especialmente en el caso de la primera comparecencia, en la que las acusaciones deben “concretar la imputación” cuando quizá no se hayan practicado todavía diligencias que la confirmen□ y, por otro, la protección de la buena marcha de la investigación, que podría verse perturbada si las diligencias practicadas fueran de conocimiento público □aquí debe llamarse la atención especialmente sobre la audiencia preliminar en la que se practican importantes diligencias de investigación.

29. No hay razón para pensar que en el procedimiento para el juicio con jurado esté excluida la aplicación del párrafo segundo del art. 302 L.e.cr., que permite al juez declarar secretas todas o parte de las actuaciones para todas las partes personadas con excepción del Ministerio Fiscal. La investigación de los delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado puede requerir, al igual que la de los delitos que hayan de ser enjuiciados por un Tribunal de jueces juristas, que durante un tiempo las partes no puedan tener acceso a todas o a parte de las diligencias practicadas.

El problema que se plantea, ante el silencio de la LOTJ, es el de articular el secreto de las actuaciones para las partes personadas con la ordenación legal de la instrucción para el juicio con jurado. Sin pretensión alguna de solucionar definitivamente el problema, me atrevo a formular las siguientes sugerencias:

1ª.- El secreto podría acordarse al mismo tiempo que la apertura del procedimiento y tendría que levantarse necesariamente con diez días de antelación, al menos, al traslado a las partes acusadoras para la formulación de los escritos de calificación provisional.

2ª.- Con carácter general, la declaración de secreto no tendría por qué impedir la celebración de la comparecencia del art. 25 LOTJ ya que el secreto de las actuaciones para las partes personadas no implica suspensión del derecho del imputado a conocer la imputación³⁸. Debe permitirse, no obstante, que el traslado de la imputación y la citación a la comparecencia se demoren el tiempo indispensable para culminar la práctica de ciertas diligencias, como las de control de comunicaciones, cuyo éxito podría verse comprometido en caso de inmediato traslado al imputado de la resolución de incoación del procedimiento³⁹.

3ª.- No existen problemas para hacer efectivo el secreto respecto de las diligencias inaplazables a las que se refiere el último inciso del art. 24.1, ni tampoco

³⁸ ORTELLS RAMOS, *Derecho Jurisdiccional*, tomo III, Proceso Penal, (con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo), Barcelona, 1991, pág. 145.

³⁹ En este mismo sentido se pronuncia VARELA CASTRO, *Manual...*, cit., pág. 204.

respecto de las diligencias a practicar después de la comparecencia del art. 25 y antes del traslado para calificación.

4ª.- En cuanto a las diligencias susceptibles de práctica en la audiencia preliminar (declaraciones testificales, por ejemplo), no sería viable, en principio, por razones obvias, su práctica sin intervención ni posibilidad de conocimiento por las partes personadas. Como no parece razonable excluir que, por ejemplo, puedan tomarse declaraciones a testigos durante la vigencia del secreto para todas las partes personadas, podría interpretarse que una vez acordado el secreto de las actuaciones, las diligencias afectadas por el secreto, sea cual sea su naturaleza, no pueden precisamente por ser secretas practicarse en la audiencia preliminar, lo que permitiría su práctica inmediatamente después de la comparecencia del art. 25, de conformidad con lo previsto en el art. 27.1.

VIII. RESOLUCIÓN SOBRE LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O SOBRESEIMIENTO

30. En los procesos de la L.e.cr., el principio acusatorio despliega su eficacia, fundamentalmente, en dos momentos: en el de la decisión sobre apertura del juicio oral o sobreseimiento y en el de la sentencia. En ambos casos, las exigencias del principio acusatorio se manifiestan en términos de vinculación de la autoridad judicial a las peticiones de los sujetos que actúan como parte acusadora en el proceso. Y también en ambos casos la vinculación opera, fundamentalmente, en sentido negativo: en primer término, la autoridad judicial no puede decidir la apertura del juicio oral respecto de una determinada persona si no se ha solicitado así por el Fiscal o por algún acusador particular; en segundo término, el tribunal penal no puede condenar a ningún acusado por un hecho delictivo que no haya sido objeto de acusación.

Con la LOTJ se anticipa la aplicación de este esquema, proyectándolo también sobre la decisión de iniciar las investigaciones relativas a la posible participación de una persona en un determinado hecho de apariencia delictiva. En los procesos de la L.e.cr. el Juez de Instrucción puede dirigir la investigación sobre cualquier persona, sin necesidad de que lo solicite ninguna de las partes acusadoras personadas o, incluso, en contra del criterio de éstas. Con el nuevo sistema diseñado en la LOTJ se pretende que el Juez de Instrucción no pueda investigar la posible participación de una persona en el hecho delictivo que sea objeto de las actuaciones si dicha investigación no ha sido solicitada por el fiscal o por alguna de las partes acusadoras.

Desde un punto de vista teórico, esta opción legislativa no parece objetable. En particular, no tienen por qué padecer con este sistema las exigencias del principio de oficialidad en la persecución de las conductas delictivas, ya que la intervención del Ministerio Fiscal debería asegurar que la iniciativa de parte, necesaria para el inicio o continuación de las investigaciones respecto de personas determinadas, se producirá siempre que concurren los presupuestos legales que la impongan. Ahora bien, como ya se adelantó, hacer depender la investigación de que sea solicitada por el Fiscal presenta,

en la práctica, algunos riesgos, ya que la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo puede facilitar la impunidad de conductas delictivas cuya persecución resulte incómoda al Gobierno de turno y porque, por otro lado, con los medios humanos y materiales de que actualmente dispone el Ministerio Fiscal existe el riesgo de que, por imposibilidad material de prestar la debida atención a todos los asuntos, no puedan cumplir los Fiscales de manera satisfactoria con las funciones que la LOTJ les asigna.

31. Desde otro punto de vista, las previsiones del art. 26 LOTJ facilitan la pronta exculpación de las personas que hayan sido objeto de imputaciones delictivas infundadas. Pueden evitarse así algunas indeseables situaciones de indefinición que se plantean a veces en los procesos de la L.e.cr. En efecto, cuando en estos procesos el Juez, actuando conforme a lo previsto en el artículo 118, pone en conocimiento de alguna persona una denuncia, una querrela, o cualquier actuación procesal de las que resulte la imputación de un delito a esa persona, queda ésta situada en la incómoda situación de imputado⁴⁰. Por el sólo hecho de recibir esta comunicación -que el Juez debe ordenar aunque considere que la imputación es infundada-, la persona imputada queda gravada con la carga de defenderse, nombrando o haciéndose designar Abogado y, en su caso Procurador, que le asistan y representen. Esta situación, que no es, como bien se comprende, precisamente cómoda, subsiste hasta que se produzca una resolución judicial formalmente exculpatoria (sobreseimiento de las actuaciones respecto del sujeto afectado); pero, en los procesos de la L.e.cr., el sobreseimiento sólo puede acordarse en la fase intermedia, una vez terminada la instrucción. De esta forma, aunque ya desde el principio el Juez considere que la imputación que se haya hecho a una persona es infundada, o aunque desde muy tempranamente las diligencias practicadas demuestren la falsedad de la imputación, la exculpación formal del sujeto a quien se haya hecho la imputación no podrá producirse hasta un momento muy posterior, quedando éste, entre tanto, en una incómoda e injusta situación de indefinición.

El nuevo procedimiento de la LOTJ permite evitar estas situaciones, ya que abre paso al sobreseimiento en un momento inmediato a la comunicación de la imputación

⁴⁰ Se utiliza aquí el término imputado en un sentido amplio. Admito que este término puede reservarse para designar a quien ha sido sujeto de una imputación formal por parte del Juez, mediante auto de procesamiento o en la comparecencia del artículo 775, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional. En este caso, la simple comunicación prevista en el artículo 118.2 no permitiría aplicar a su destinatario el concepto de imputado. No obstante, me parece que la comunicación del artículo 118 produce un cambio muy sustancial en la situación del afectado: de ser un sujeto por completo ajeno al procedimiento pasa a ser un potencial sujeto pasivo de las investigaciones a quien la Ley invita, por ello, a personarse en el procedimiento, con la necesaria asistencia técnica y, en su caso, representación, para ejercitar el derecho de defensa (art. 118.1). Nótese que la condición de parte en el procedimiento, a los efectos, por ejemplo, de lo previsto en el artículo 302 L.e.cr., se adquiere con la simple comunicación del art. 118, sin necesidad de imputación judicial formal. Por eso, sin desconocer las relevantes diferencias que separan al simple “notificado” de una imputación delictiva *ex art. 118* del sujeto que ha sido judicialmente imputado, me parece que el término imputado, tradicionalmente utilizado para designar al sujeto pasivo del proceso penal antes de que se haya producido la acusación, conviene no sólo a quien se encuentra en el segundo caso, sino también a quien está en el primero.

delictiva prevista en el artículo 25 (cuya significación es análoga a la prevista en el art. 118.2 L.e.cr.).

1. El sobreseimiento acordado tras la comparecencia inicial

A) Las causas de sobreseimiento

32. Pese a la remisión que el art. 26.1 LOTJ hace a las causas de sobreseimiento de los artículos 637 y 641 L.e.cr., conviene advertir que este sobreseimiento inmediatamente posterior a la comparecencia inicial de la instrucción especial de la LOTJ presenta importantes peculiaridades respecto del régimen general de la L.e.cr. Ante todo, porque, como ya se ha advertido, el sobreseimiento del artículo 26 LOTJ no constituye una alternativa a la apertura del juicio oral, una vez agotada la investigación, sino una alternativa a la investigación misma de la conducta delictiva “verosímilmente” imputada a una persona determinada. Este sobreseimiento del art. 26.1 LOTJ libera al imputado a que se refiera no sólo de verse sometido a juicio oral, sino de la propia investigación de la conducta delictiva que se le haya atribuido.

Hay, pues, una radical diferencia de puntos de partida y de consecuencias entre el sobreseimiento de los procesos de la L.e.cr. y el sobreseimiento previsto en el art. 26 LOTJ. En aquél se parte de los resultados de una investigación completa y acabada, y se decide que no hay motivo para juzgar a una persona cuya conducta, en relación con el delito que sea objeto del proceso, ha sido exhaustivamente investigada; en el sobreseimiento del art. 26.1 de la LOTJ se parte de una simple imputación delictiva que el juez ha considerado “verosímil” pero que, por definición, en ese momento procesal, no ha sido aún investigada, y se decide, a la vista de lo alegado por las partes en la comparecencia del art. 25 LOTJ, que no debe ni siquiera abrirse una investigación sobre la conducta delictiva cuya atribución al imputado motivó la apertura del procedimiento especial.

Teniendo en cuenta estas diferencias entre el sobreseimiento de la L.e.cr. y el previsto en el artículo 26 LOTJ, es necesario considerar las diversas situaciones en que puede encontrarse la investigación sobre el hecho punible y sobre la participación en el mismo del imputado o imputados, para poder determinar, con un mínimo de precisión, en qué casos y con qué efectos podrán aplicarse las causas de sobreseimiento de los artículos 637 y 640 L.e.cr. en el trámite que nos ocupa.

33. Por lo que se refiere a la *investigación del hecho punible*, caben dos posibilidades: 1) que ésta no haya comenzado, lo que debería suceder siempre que la *notitia criminis* incluya una imputación “verosímil” del delito a persona o personas determinadas, en cuyo caso habría de incoarse inmediatamente el procedimiento especial, sin una previa investigación en sumario o diligencias previas, y 2) que, al incoarse el procedimiento especial, se hubieran ya practicado investigaciones sobre el hecho punible, situación que podría darse cuando de la *notitia criminis* no se hubiera podido deducir imputación delictiva alguna contra personas concretas y, en

consecuencia, se hubiera abierto primeramente sumario o diligencias previas para investigar el hecho en cuestión.

En el primer caso, es decir, cuando en el trámite del artículo 26 LOTJ no se hubiera practicado todavía investigación alguna sobre el hecho punible, no sería viable el sobreseimiento libre previsto en el número 1° del artículo 637 L.e.cr. porque, sin una investigación previa, no existe base alguna para descartar con total seguridad la comisión del delito. Sólo cabría considerar, quizá, la posibilidad de alegar en este momento que los hechos, tal y como resultan de la propia *notitia criminis* (puesto que no ha habido investigación alguna) sean, según la experiencia, notoriamente imposibles (se imputa a una persona tetrapléjica haber causado la muerte de otra persona mediante una paliza, se denuncia un incendio forestal en la luna, etc.). Ahora bien, parece evidente, en primer lugar, que hechos de este tipo no suelen denunciarse y que, en cualquier caso, ningún Juez en su sano juicio abriría un procedimiento ante la “noticia” de hechos semejantes.

En cuanto al número 2° del art. 637, hay que tener en cuenta que, en el caso que nos ocupa, el único elemento que existe para valorar el carácter delictivo del hecho que sea objeto del proceso es la mera *notitia criminis* y que, si se ha llegado al trámite procesal que nos ocupa, es porque el Juez ha considerado que esa *notitia criminis* se refiere a un hecho de apariencia delictiva ya que, en otro caso no debería haberse llegado a dicho trámite: la querrela debería haber sido inadmitida (art. 313 L.e.cr.) o la denuncia archivada (art. 269 L.e.cr.). En estas condiciones, la causa segunda del artículo 637 sólo podría dar cabida a una discusión sobre la apariencia delictiva de los hechos a que se refiera la *notitia criminis*; al no haber investigación alguna, el juego de la causa de sobreseimiento que nos ocupa quedará limitado a un supuesto que cabe considerar anómalo: que se haya incoado el procedimiento por unos hechos que, ya desde el inicio y sin necesidad de investigación alguna, no revisten apariencia de delito. Conviene advertir, por tanto, que el significado de esta causa de sobreseimiento en el trámite del artículo 26 LOTJ es bien distinto del que cabe atribuirle en el sistema de la L.e.cr.: en este último es perfectamente posible que la *notitia criminis* ponga al Juez en presencia de un hecho de apariencia delictiva y que, por tanto, su decisión de incoar el procedimiento sea acertada y esto no impide, sin embargo, que, posteriormente, las investigaciones realizadas hagan desaparecer la inicial apariencia delictiva de los hechos en cuestión; en el trámite del artículo 26 LOTJ, al no haberse practicado investigación alguna, la causa segunda del artículo 637 sólo podría entrar en juego sobre la base de un previo error del Juez en su decisión de admitir la querrela o, en general, de incoar el procedimiento.

El sobreseimiento provisional del artículo 641.1° no puede ser aplicable sin investigación previa sobre el hecho punible. Aquí hay que tener especial precaución ya que, si se atiende al tenor literal del precepto -“que no resulte debidamente justificada la perpetración del delito”-, habría que llegar, probablemente, a la conclusión de la procedencia del sobreseimiento, ya que, no obrando en los autos más que la denuncia o la querrela, por ejemplo, y sin haberse hecho investigación alguna, excepto, en su caso, las diligencias encaminadas a la comprobación de la denuncia (art. 269 L.e.cr.) o las

“inaplazables” del artículo 24.2 LOTJ, difícilmente podrá estar, en el trámite del artículo 26 LOTJ, “justificada la perpetración del delito”. Para evitar esta conclusión, que sería a todas luces absurda, es preciso reparar en que el verdadero sentido del artículo 641.1° L.e.cr. es el de evitar la prolongación del proceso cuando se han agotado infructuosamente todas las diligencias de investigación que razonablemente podrían haber conducido a un esclarecimiento de los hechos, de tal manera que sea previsible que ninguna diligencia de investigación adicional pueda arrojar más luz sobre ellos. Así entendida la causa de sobreseimiento del artículo 641.1°, parece evidente que no podría aplicarse cuando todavía no se ha efectuado investigación alguna sobre el hecho punible ya que, en tal situación, no parece prudente descartar que una investigación ulterior pueda ser útil para comprobar la existencia y averiguar las circunstancias del hecho a que se refiera la *notitia criminis*.

Aquí también, como en los supuestos anteriores, el sobreseimiento provisional del número 1° del artículo 641 L.e.cr., únicamente podría entrar en juego en un caso realmente anómalo: cuando, dada la naturaleza de los hechos a que se refiera la *notitia criminis*, pueda fundadamente pensarse que su comprobación es absolutamente imposible. Fuera de este caso, que no cabe esperar que se produzca con frecuencia, parece claro que el sobreseimiento provisional del artículo 641.1° L.e.cr. no puede acordarse sin una previa investigación sobre los hechos que sean objeto del proceso.

Todas las dificultades apuntadas desaparecen cuando la apertura del procedimiento especial de la LOTJ haya sido precedida de una investigación del hecho punible en sumario o en diligencias previas. Ahora bien, aun existiendo una investigación previa, conviene recordar que, en el trámite del art. 26 LOTJ, el sobreseimiento sólo será procedente si se dan las siguientes condiciones:

1° Cuando se trate del sobreseimiento libre previsto en el número 1° del artículo 637 L.e.cr., si la investigación previa permite descartar con total seguridad la comisión del delito. Es decir, no basta con que la investigación previa no confirme plenamente la existencia del delito. En este caso, lo procedente será seguir investigando y no poner fin al proceso mediante un sobreseimiento.

2° Cuando se trate del sobreseimiento libre del número 2° del artículo 637 L.e.cr., si las investigaciones realizadas hubieran hecho desaparecer la inicial apariencia delictiva de los hechos objeto del proceso. Y aquí también hay que insistir en que no será suficiente, para que proceda el sobreseimiento, el que las investigaciones previas no hayan permitido todavía determinar con certeza el carácter delictivo de los hechos. Al igual que en el caso anterior, sólo una certeza sobre la falta de tipicidad de los hechos puede servir de base al sobreseimiento; ante la duda, lo procedente será seguir investigando.

3° Finalmente, el sobreseimiento provisional del artículo 641.1° L.e.cr. sólo será viable cuando pueda considerarse que se han agotado todas las diligencias de investigación que razonablemente podrían haber conducido a un esclarecimiento de los hechos, de tal manera que sea previsible que ninguna diligencia de investigación

adicional pueda arrojar más luz sobre ellos. No bastará, por tanto, que las investigaciones realizadas no hayan conducido al esclarecimiento de los hechos, sino que será preciso, además, que no puedan esperarse mejores resultados si continúa la investigación.

34. Las dos causas de sobreseimiento restantes (art. 637.3° y art. 641.2°) se relacionan con el estado de la investigación sobre la *participación en el hecho punible del imputado o imputados*. Una aplicación rigurosa de las disposiciones de la LOTJ no permitiría nunca que, en el trámite del art. 26, se hubiera investigado ya sobre la participación de los imputados en el hecho delictivo (dejando a salvo, únicamente, las diligencias de comprobación de la denuncia y las actuaciones inaplazables del art. 24.1 *i.f.*). Ahora bien, teniendo en cuenta la tendencia a la *huida* del procedimiento especial de instrucción que quedó reseñada en el comentario al artículo 24, no cabe descartar que en la práctica se den casos en que, al celebrarse la comparecencia del artículo 25 LOTJ, se hayan producido ya, en sumario o diligencias previas, investigaciones encaminadas a determinar la participación de los imputados en el delito que sea objeto del procedimiento. Este caso podría darse, por ejemplo, cuando, siguiendo los criterios expresados en las Circulares núms. 3/1995 y 4/1995 de la Fiscalía General del Estado, se prolongue el sumario o las diligencias previas so pretexto de dudas sobre la calificación de los hechos que sean objeto de la investigación. Mientras persistan las dudas, continuará desarrollándose el procedimiento por los trámites ordinarios de la L.e.cr., incluyendo la investigación de la participación en el hecho punible de los sujetos que vayan resultando imputados.

Si la LOTJ se aplica con rigor y, por tanto, desde la primera imputación del delito a persona determinada se abre el procedimiento especial, al llegar al trámite del artículo 26 no existirá todavía ninguna investigación relevante sobre la que apoyar la apreciación de la causa de sobreseimiento del artículo 637.3° L.e.cr. Difícilmente podrá apreciarse, en consecuencia, que el imputado o imputados aparecen, con total seguridad, “exentos de responsabilidad criminal”, ya que no existirá base alguna en las actuaciones para apoyar tal conclusión.

En cuanto a la causa del artículo 641.2°, tomada en su tenor literal, habría de conducir inexorablemente al sobreseimiento provisional ya que, a falta de una mínima investigación sobre la participación del imputado en el delito, no habría nunca, por definición, “motivos suficientes” para acusarle como autor, cómplice o encubridor. Para sortear este absurdo resultado es preciso hacer una interpretación “correctora” del tenor literal del precepto, que permita adaptar su contenido a la finalidad del trámite que nos ocupa. En efecto, en el trámite del artículo 26 LOTJ no se trata de determinar si hay o no motivo suficiente para “acusar”, sino, antes de eso, si hay o no motivo suficiente para “investigar”. Teniendo esto en cuenta, la causa de sobreseimiento provisional del artículo 641.2° L.e.cr. podría operar, en el trámite del artículo 26 LOTJ, cerrando el paso a la investigación del imputado o imputados siempre que no se dieran los presupuestos que, conforme a la propia LOTJ, determinan la procedencia de la investigación dirigida frente a personas determinadas. Estos presupuestos son, por un lado, la existencia de una imputación y, por otro, la “verosimilitud” de la misma. Por

tanto, y aun faltando una investigación previa, el sobreseimiento provisional del artículo 641.2° L.e.cr. podría basarse en un cambio de criterio de Juez, a la vista de las alegaciones de las partes, sobre la existencia de imputación o sobre la “verosimilitud” de ésta.

El análisis precedente demuestra, en resumen, que el juego de las causas de sobreseimiento de la L.e.cr. ha de ser forzosamente muy limitado, especialmente cuando el proceso especial se haya incoado sin una previa investigación sobre los hechos y sobre la participación del imputado o imputados. En este caso, el único sobreseimiento que parece viable es el provisional contemplado en el número 2° del artículo 641 L.e.cr., sobre la base una previa discusión acerca de la existencia de imputación o de la “verosimilitud” de la que se hubiere formulado. Sólo cuando la apertura del procedimiento especial derive de un sumario o de unas diligencias previas incoadas con anterioridad en los que se haya investigado el hecho punible, podrán entrar en juego, con relativa normalidad, las causas de sobreseimiento 1ª y 2ª del artículo 637, así como la 1ª del artículo 641. Y, en fin, únicamente cuando, en contra de lo que la propia LOTJ pretende, se hayan seguido investigaciones previas a la apertura del procedimiento especial sobre la participación del imputado o imputados en el hecho delictivo, podrá entrar en juego también la causa de sobreseimiento del artículo 637.3° L.e.cr.

B) Vinculación del Juez a las peticiones de sobreseimiento del Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

35. Si todas las partes acusadoras solicitan el sobreseimiento, el juez deberá acordarlo. Aunque no se diga así expresamente, la conclusión es inevitable si se tienen en cuenta, por una parte, las reglas generales de la L.e.cr. al respecto (arts. 642 y 790. 3 y 4) y, por otro lado, la previsión de que el juez, ante una unánime petición de sobreseimiento que no considere procedente, pueda agotar las posibilidades que ofrecen los arts. 642 y 644 L.e.cr, previsión que no tendría sentido si se permitiera al juez ordenar que el proceso siga en contra del criterio de todas las partes personadas.

El juez puede acordar también el sobreseimiento aunque el Fiscal y/o algunas o todas las acusaciones personadas hayan pedido la continuación del procedimiento. Aquí hay también algunas diferencias que anotar respecto del régimen general de la L.e.cr. En efecto, en el proceso por delitos graves, si hay alguna petición de apertura del juicio oral, el tribunal sólo puede acordar el sobreseimiento cuando entienda que el hecho no es constitutivo de delito (arts. 645 y 637.2°). En el procedimiento abreviado, además de lo anterior, podrá también acordarse el sobreseimiento, aunque exista petición de apertura del juicio oral, si el juez aprecia que no existen indicios racionales de criminalidad (art. 783.1). En el trámite del art. 26 LOTJ no juegan estas limitaciones y, por tanto, aunque alguna, varias o todas las partes acusadoras hayan solicitado la continuación del procedimiento, el juez podrá acordar el sobreseimiento por cualquiera de las causas de los arts. 637 y 641 L.e.cr., teniendo en cuenta, eso sí, lo que se ha

expuesto más arriba sobre la aplicabilidad de estas causas en el momento procesal que nos ocupa⁴¹.

Contra el auto de sobreseimiento dictado por el juez de instrucción cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (art. 26.2 LOTJ).

C) Efectos del sobreseimiento.

36. Ante el silencio de la LOTJ es preciso acudir a la aplicación supletoria de la L.e.cr., que requiere, no obstante, algunas adaptaciones para evitar resultados absurdos.

No se presentan especiales problemas si el sobreseimiento se basa en los números 1º y 2º del artículo 637. En este caso la aplicación de la L.e.cr. no suscita dificultades: el sobreseimiento será, por definición, libre y total, determinando la conclusión del procedimiento con fuerza de cosa juzgada material que impedirá la apertura de cualquier procedimiento posterior que se refiera al mismo hecho punible. Tampoco hay problemas de adaptación respecto de los efectos del sobreseimiento previsto en el número 1º del artículo 641: el sobreseimiento será provisional y total, con los efectos previstos en la L.e.cr.

Las dificultades surgen al considerar los supuestos previstos en el número 3º del art. 637 y en el número 2º del artículo 641. En ambos casos, el sobreseimiento puede ser total o parcial, según afecte a todos o sólo a alguno de los imputados; la diferencia estriba en que en el primer supuesto el sobreseimiento determina la exculpación definitiva, con fuerza de cosa juzgada material, del imputado o imputados afectados mientras que en el segundo la exculpación es meramente provisional y no excluye una inculpación futura del afectado si surgieran nuevos indicios contra él.

Cuando el sobreseimiento sea parcial, el procedimiento especial continúa y no existe especial dificultad para aplicar las reglas generales de la L.e.cr. Se investigará la participación en el delito de los imputados no afectados por el procedimiento y, si en el curso de dichas investigaciones, surgieran nuevos elementos incriminatorios respecto de algún imputado que se hubiera beneficiado de un sobreseimiento provisional, podrían volver a dirigirse las actuaciones frente a él, si bien por el complicado camino del art. 28 LOTJ.

⁴¹ TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del Jurado...*, cit., págs. 111 y sig., defiende que el juez sólo podrá desvincularse de una petición de continuación del procedimiento cuando aprecie la causa de sobreseimiento del art. 637.2º L.e.cr.; no cree, en cambio, que el juez pueda sobreseer por no existir “indicios racionales de criminalidad” contra el imputado ni por ninguna de las demás causas previstas en los artículos 637 y 641, puesto que “será posteriormente, en la «audiencia preliminar», donde se van a practicar diligencias de investigación de las que se pueden desprender datos relevantes para dicha decisión”. El criterio de TOMÉ puede compartirse, en lo sustancial, para el caso de que no haya habido investigaciones (en sumario o diligencias previas) antes de la incoación del procedimiento especial de la LOTJ. Si hubo investigaciones previas, la razón que TOMÉ aduce para descartar cualquier sobreseimiento que no sea el previsto en el art. 637.2º pierde mucho peso.

Los problemas más serios de adaptación de las reglas generales de la L.e.cr. se plantean cuando el sobreseimiento basado en las causas 3ª del art. 637 y 2ª del art. 641 es total. Para este caso, la L.e.cr. dispone que “se archiven la causa y piezas de convicción que no tengan dueño conocido” (art. 634, párrafo tercero), lo que supone la finalización de las actuaciones en relación con el hecho que sea objeto del proceso. Este efecto es comprensible si se parte de una investigación completa y acabada, presupuesto que siempre se da en los procesos de la L.e.cr. cuando se acuerda un sobreseimiento. Pero en el proceso especial de la LOTJ y, especialmente, en el trámite del artículo 26, es posible, como ya se ha visto, e incluso cabe considerar normal que suceda, que se acuerde un el sobreseimiento en ausencia de toda investigación o con una investigación incompleta (si no, no tendría sentido que la alternativa al sobreseimiento sea precisamente continuar la investigación).

Conviene advertir, por tanto, que las consecuencias de una exculpación, definitiva o provisional, de todos los inicialmente imputados no pueden ser las mismas cuando esa exculpación se produce tras una investigación completa y acabada del hecho punible y de los posibles responsables, como sucede en los procedimientos de la L.e.cr., que cuando la exculpación se produce sin esa previa investigación, como ocurre en el trámite del art. 26 LOTJ. En este último caso, la exculpación de todos los que, en un primer momento, aparecen como imputados, no permite descartar que, continuando la investigación sobre el hecho punible, aparezcan otros sujetos como posibles partícipes o que, en caso de que el sobreseimiento respecto de algunos de los imputados inicialmente haya sido provisional (por haberse apreciado, por ejemplo, falta de “verosimilitud” en la imputación inicial), puedan aparecer luego, si la investigación sobre el hecho punible continúa otros elementos incriminatorios más sólidos que permitan fundar una nueva imputación que sí resulte “verosímil”.

En estas condiciones, y aun aceptando que el efecto normal de un sobreseimiento total basado en los artículos 637.3º ó 641.2º sea el archivo de la causa y de las piezas de convicción, tal y como prevé el art. 634 la L.e.cr., no debería descartarse que, excepcionalmente, el sobreseimiento no se tradujera en la finalización de las actuaciones, sino en la apertura o reapertura de un sumario o de unas diligencias previas para continuar la investigación encaminada a esclarecer el hecho punible y averiguar los posibles responsables. Es cierto que la LOTJ no proporciona base alguna para hacer esta excepción a lo dispuesto en el artículo 634 L.e.cr. sobre los efectos del sobreseimiento total. Pero, nuevamente, parece que es necesario elegir entre aplicar con rigor una norma defectuosa o tolerar una cierta desviación de la norma para evitar resultados en pugna con el sentido común. No tendría sentido que, investigándose un homicidio inicialmente atribuido a una persona, el sobreseimiento del proceso, en el trámite del artículo 26 LOTJ, por considerarse no verosímil la imputación inicial a dicha persona, impidiera que continuaran la investigación judicial para identificar al verdadero homicida.

2. La resolución acordando la continuación del procedimiento

37. Cuando no resulte procedente el sobreseimiento, el juez debe acordar la continuación del procedimiento. En la misma resolución decidirá sobre la pertinencia de las diligencias solicitadas por las partes (art. 27.1 LOTJ). Esta resolución debería revestir, en todo caso, forma de auto, susceptible de apelación.

38. El artículo 782.1 L.e.cr. ordena continuar el proceso, a los efectos de depurar la responsabilidad civil e imposición de medidas de seguridad, cuando el sobreseimiento se base en la apreciación, vía artículo 637.3º L.e.cr., de las eximentes a que se refieren los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 del Código Penal. Para este caso, lo que concretamente dispone el precepto que nos ocupa es que se devuelvan “las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal.” Aunque este precepto es aplicable únicamente al procedimiento abreviado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha impuesto, también para el juicio por delitos graves, la continuación del procedimiento siempre que, atendida la naturaleza de la eximente de que se trate, pueda resultar procedente la adopción de medidas de seguridad y, particularmente, de la medida de internamiento.

Se trata, por tanto, de determinar si este régimen aplicable a los procesos de la L.e.cr. lo es también al de la LOTJ, de donde podrían derivarse consecuencias en relación con lo dispuesto en el art. 26 L.e.cr.. El silencio absoluto de la LOTJ sobre esta cuestión, obliga, de nuevo, a moverse en terrenos poco firmes, privando de la conveniente seguridad a las conclusiones.

El artículo 781.2 L.e.cr. se refiere a dos cuestiones de muy diferente naturaleza: la continuación del procedimiento para depurar la responsabilidad civil derivada del delito y la continuación del procedimiento para decidir sobre la imposición de medidas de seguridad al imputado. La primera cuestión se puede plantear cuando se aprecie cualquiera de las eximentes a que se refiere el precepto; la segunda, únicamente en relación con las tres primeras eximentes del artículo 20 del Código Penal (enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación etílica o por consumo de drogas, síndrome de abstinencia y alteraciones de la percepción determinantes de pérdida de la conciencia de la realidad).

La continuación del procedimiento especial de la LOTJ a los solos efectos de depurar las responsabilidades civiles conduciría normalmente a la celebración de un juicio con jurado para decidir sobre una cuestión -la responsabilidad civil- que la propia LOTJ ha excluido de la decisión de los jurados (art. 68), lo que resulta a todas luces absurdo. Para evitar esto, caben las siguientes posibilidades:

1ª.- Entender que lo dispuesto en el art. 781.2 L.e.cr., cuando lo que esté en juego sea exclusivamente la responsabilidad civil, no es aplicable en el procedimiento especial para el juicio con jurado. De esta forma, cuando se apreciara, en el trámite del artículo 26, alguna eximente de las consideradas y no hubiera lugar a la adopción de

medidas de seguridad, se pondría fin al proceso penal mediante el correspondiente auto de sobreseimiento, dejando pendiente la cuestión de la responsabilidad civil para que se decida en el correspondiente proceso civil⁴².

2ª.- Continuar la tramitación de las actuaciones con arreglo a las previsiones de la LOTJ hasta la conclusión de la audiencia preliminar, dictándose luego auto de conversión del procedimiento en abreviado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32.4 LOTJ.

3ª.- Continuar la tramitación del proceso especial de la LOTJ hasta la elevación de las actuaciones a la Audiencia (art. 35), señalándose inmediatamente día para la comparecencia de las partes ante el Magistrado-Presidente a los efectos previstos en el artículo 68.

Cuando, además de la responsabilidad civil, haya de decidirse sobre adopción de medidas de seguridad -lo que sucederá siempre que la eximente apreciada esté comprendida en los tres primeros ordinales del artículo 20 del Código Penal-, la continuación del proceso penal es, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, una exigencia que se impone para asegurar las garantías de la contradicción y salvaguardar el derecho de defensa en relación con la adopción de las medidas. No cabe distinguir aquí, por tanto, en función de la gravedad del delito, y hay una conclusión que puede darse como segura: la apreciación, en el trámite del artículo 26 LOTJ, de las eximentes a que se refieren los tres primeros números del artículo 20 del Código Penal no debe determinar la finalización del proceso penal; éste debe continuar para que la eventual adopción de las medidas de seguridad que puedan corresponder se realice con plena observancia de las garantías procesales.

A partir de aquí, surge de nuevo la dificultad de que la continuación del juicio con arreglo a las disposiciones de la LOTJ no parece razonable ya que los jurados tampoco tienen nada que decir en relación con la adopción de medidas de seguridad⁴³ (cfr., de nuevo, art. 68 LOTJ). Parece conveniente, por tanto, buscar soluciones que permitan respetar la exigencia de que las medidas de seguridad se adopten en un procedimiento revestido de todas las garantías del proceso penal y, al mismo tiempo, evitar la constitución del tribunal del jurado. En esta línea, pueden sugerirse las siguientes posibilidades: 1ª) continuar la tramitación del procedimiento hasta la conclusión de la audiencia preliminar, convirtiéndose después las actuaciones en proceso por delitos graves o en procedimiento abreviado, según la gravedad del delito (art. 32.4 LOTJ), o bien, 2ª) seguir la tramitación del procedimiento hasta la elevación de las actuaciones a la Audiencia (art. 35 LOTJ) y, una vez designado el Magistrado-Presidente, convocar de inmediato a las partes a una comparecencia a los efectos previstos en el artículo 68 LOTJ.

⁴² Esta es la solución que propugna la Circular 4/1998 de la Fiscalía General del Estado para el caso de que se aprecien las eximentes de estado de necesidad y miedo insuperable.

⁴³ No parece haber reparado en esto la Circular 4/1995 de la Fiscalía General del Estado que propugna, sin más, para el caso que nos ocupa, la continuación del procedimiento especial.

IX. LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN ANTERIORES A LA AUDIENCIA PRELIMINAR

39. En los procesos por delitos comprendidos en la competencia del Tribunal del Jurado la investigación preliminar se desarrolla en fases sucesivas. Cabe así distinguir en el desarrollo de la instrucción los siguientes momentos procesales en que cabe la práctica de diligencias de investigación:

1) Sumario o diligencias previas abiertos para la investigación del hecho punible antes de que exista ninguna imputación del hecho en cuestión a persona o personas determinadas. En esta fase únicamente caben las diligencias de investigación encaminadas al esclarecimiento del hecho que sea objeto del proceso, sin que en ningún caso puedan ordenarse diligencias cuyo objeto sea determinar la posible participación en el delito de personas determinadas⁴⁴.

2) Diligencias de investigación “inaplazables” que deban practicarse inmediatamente después de la incoación de la instrucción especial de la LOTJ y antes de la celebración de la comparecencia para concretar la imputación (art. 24.1 *i.f.* LOTJ).

3) Diligencias de investigación posteriores a la comparecencia para concretar la imputación y anteriores al traslado de la causa a las partes para calificación provisional. En esta fase sólo pueden practicarse aquellas diligencias que “no pudiesen practicarse directamente en la audiencia preliminar” (arts. 25.3 *i.f.* y 27 LOTJ).

4) Diligencias de investigación practicadas en la audiencia preliminar (art. 31 LOTJ).

5) Diligencias de investigación “complementarias” acordadas de oficio por el Juez después de la audiencia preliminar y antes de decidir sobre la apertura del juicio oral o sobreseimiento (art. 32.3 LOTJ)⁴⁵.

En las consideraciones generales que abren este trabajo ya se han señalado algunos problemas que plantea esta rígida compartimentación de la investigación en fases temporales sucesivas y, especialmente, la concentración de las diligencias de

⁴⁴ Hay que advertir aquí, nuevamente, que el criterio expresado en las Circulares de la Fiscalía General del Estado, favorable al mantenimiento del sumario o de las diligencias previas en tanto en cuanto no desaparezcan las dudas sobre la calificación del hecho punible que sea objeto de investigación puede conducir, en la práctica, a que la investigación sobre la participación del imputado o imputados también se inicie e, incluso, se complete, en el marco de los procedimientos ordinarios de instrucción de la L.e.cr.

⁴⁵ Puede verse una enumeración similar en GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal especial...*, cit., págs. 91-93.

investigación en la audiencia preliminar, de tal manera que sólo puedan practicarse antes aquellas investigaciones que no sea posible realizar en dicha audiencia⁴⁶.

Precisamente de estas últimas diligencias de investigación, las que han de practicarse antes de la audiencia preliminar, se trata en el presente apartado.

1. Requisitos generales de las diligencias de investigación del artículo 27 LOTJ

De lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del art. 27.1 LOTJ se deduce que la procedencia de las diligencias de investigación queda condicionada a los siguientes requisitos:

1º.- Que se trate de diligencias que no puedan practicarse en la audiencia preliminar.

40. Sean propuestas por las partes y admitidas por el juez o acordadas de oficio por éste, después de la comparecencia para concretar la imputación y antes del traslado a las partes para calificación, sólo pueden practicarse diligencias de investigación cuya práctica no pueda efectuarse en la audiencia preliminar.

Esto excluye la práctica inmediata de la declaración ante el juez de los propios imputados, así como de las declaraciones de testigos y, en fin, de la ratificación de los informes periciales, ya que todas estas diligencias *pueden* practicarse en la audiencia preliminar.

Esta es quizá, una de las más sorprendentes y discutibles “innovaciones” que la LOTJ introduce en la fase de instrucción. La principal dificultad estriba en que las partes realizan su calificación antes de la audiencia preliminar y, por tanto, sin disponer de los importantes elementos de juicio que resultan de las declaraciones de imputados y testigos. En la práctica, el problema puede resultar atenuado si en el atestado policial o en las eventuales investigaciones preprocesales del Ministerio Fiscal obran declaraciones de los imputados y de testigos. Ahora bien, también es posible, especialmente cuando el procedimiento haya sido promovido mediante querrela o denuncia presentada directamente ante el Juez, que las calificaciones de las partes tengan que hacerse sin poder disponer de ninguna declaración de testigos e, incluso, sin ninguna declaración de los propios imputados.

La Circular 4/1995, de la Fiscalía General del Estado, apartado V.a), incluye un expresivo diagnóstico de los problemas que plantea el requisito que nos ocupa:

“La interpretación del artículo 27.1 no puede ser tan rigurosa y estricta que impida en esa inicial fase la realización de diligencias tales como un dictamen pericial sobre la salud psíquica del imputado (particularmente cuando

⁴⁶ Cfr. *supra*, núm. 3.

no hay dudas sobre la imputabilidad y tan sólo se discute si ésta es plena o está parcialmente mermada), o declaraciones testificales cuya práctica sea indispensable para fijar los perfiles de la acusación, por más que materialmente pudieran llevarse a cabo en la audiencia preliminar (...). Por lo mismo resultaría absurdo procesalmente que mientras se están practicando en esta fase, por ejemplo, pericias complicadas y cuya finalización puede dilatarse mucho en el tiempo, no se aprovechase ese tiempo para ir practicándose declaraciones testificales aduciéndose que son diligencias que pueden realizarse directamente en la audiencia preliminar para la cual todavía puede faltar mucho tiempo (...). Como sería igualmente absurdo que el Fiscal deba pronunciarse sobre la apertura o no del juicio oral, calificando los hechos, sin contar previamente con el resultado de los más elementales medios de prueba (declaración de los testigos presenciales) (...). O que se dejasen para la audiencia preliminar declaraciones testificales de las que es fácil aventurar que va a derivarse la necesidad de nuevas diligencias (...).”

El problema es que, a partir de este diagnóstico, la Circular pretende evitar los problemas apuntados con una interpretación del precepto legal difícilmente sostenible:

“De otra parte, sosteniendo que cuando la Ley habla de que sólo se practicarán en esta fase las diligencias que no puedan realizarse directamente en la audiencia preliminar, se está refiriendo más que a una imposibilidad física (a tenor de la cual cualquier declaración testifical e incluso la declaración del imputado, deberían postergarse a ese momento), a una imposibilidad jurídica, que exige una valoración caso por caso que atienda fundamentalmente a un criterio teleológico: se evitarán las diligencias cuya práctica es estos momentos y no en la audiencia preliminar vayan a suponer un retraso inútil e injustificado.”

Este “esfuerzo interpretativo” es comprensible en un texto cuya finalidad es fijar pautas de actuación de los Fiscales, intentando que ésta no se vea afectada por unas reglas abiertamente reñidas con el sentido común. Ahora bien, que el argumento de la Circular sea, quizá, merecedor de benévola comprensión no conduce a que pueda ser aceptado en un análisis presidido por un mínimo de rigor jurídico. Que la práctica de una declaración testifical en el marco de las diligencias del art. 27 LOTJ no vaya a suponer un retraso inútil e injustificado no convierte a esa declaración en una actuación “imposible” de realizar en la audiencia preliminar, ni “física”, ni “jurídicamente”, a no ser que se dé al concepto de “imposibilidad” un alcance completamente inédito en la larga tradición de nuestra lengua. En realidad, como se advertía al inicio de este trabajo, la propuesta de la Circular, más que una interpretación, es una clara y directa invitación a no cumplir la norma.

Por otro lado, dejando aparte la cuestión de la “imposibilidad” y centrando la atención en el elemento teleológico, la interpretación de la Circular podría tener algún apoyo si la finalidad de la norma que prohíbe la práctica anticipada de las diligencias que puedan practicarse en la audiencia preliminar fuera exclusivamente evitar dilaciones en la instrucción. Ocurre, sin embargo, que resulta muy dudoso que sea esa la

finalidad de la norma. Más que evitar dilaciones, lo que la LOTJ pretende es concentrar la práctica de las diligencias de investigación en un solo acto, reforzando así las garantías de la oralidad y la contradicción⁴⁷. Por lo tanto, la interpretación de la Circular supondría un sacrificio de esas garantías que, una vez establecidas legalmente, no puede justificarse, sin más, en consideraciones de celeridad del procedimiento. En realidad, lo reprochable de la norma que nos ocupa no es que pretenda concentrar las diligencias de investigación en una audiencia, potenciando así la contradicción y la oralidad, sino que dicha audiencia se produzca después del trámite de calificación provisional. Si a la comparecencia del artículo 25, con la proposición y admisión de diligencias de investigación, siguiera de inmediato la convocatoria de la audiencia preliminar para la práctica concentrada de todas las diligencias de investigación admitidas susceptibles de ello, muchos de los problemas de los que estamos tratando desaparecerían⁴⁸.

2º.- *Que trate de diligencias que sean imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral.*

41. Se ha pretendido ver en esta exigencia elemento diferenciador de la instrucción de la LOTJ respecto de la instrucción de los procesos de la L.e.cr.⁴⁹. El reproche que implícitamente se hace a la L.e.cr. con este tipo de apreciaciones no me parece justificado. Los arts. 299 y 771 L.e.cr. no dejan lugar a dudas acerca de cuál es la finalidad de las diligencias de investigación que no es otra que la de preparar el juicio, lo que constituye base de sobra suficiente para rechazar la procedencia de cualquier diligencia de investigación que no sea estrictamente necesaria en atención a dicha finalidad. No es cierto, por tanto, que las facultades de investigación del juez no tengan límites en los procedimientos de la L.e.cr.; otra cosa es que, en la práctica, los jueces hayan actuado con frecuencia como si no existieran esos límites. Pero el problema, entonces, está en la práctica judicial viciosa, no en la regulación legal.

⁴⁷ En este sentido, GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 182, afirma que “la LOTJ, frente a los clásicos principios de escritura, dispersión y publicidad relativa vigentes en los demás procedimientos, ha querido estimular los principios de oralidad e intermediación judicial, de tal forma que no sólo la prueba, sino también los actos de investigación, se practiquen bajo la vigencia de similares principios.”

⁴⁸ TOMÉ GARCÍA, *El Tribunal del Jurado...*, cit., págs. 120 y 121, considera que la concentración de las diligencias de investigación en la audiencia preliminar puede conducir a un “disparate” (que las partes tengan que calificar y proponer prueba cuando es muy posible que todavía no se hayan practicado diligencias de investigación cuyo resultado puede ser determinante del contenido de dichos escritos), lo que sólo podría evitarse entendiendo que “el Juez, al amparo del artículo 27.1, haya ordenado practicar las diligencias de investigación que se estimen necesarias para poder formular el escrito de calificación, al considerar, por este motivo, que “no pueden practicarse directamente en la audiencia preliminar”. Sin embargo -continúa TOMÉ-, es evidente que dicha interpretación no se ajusta al tenor literal de dicho precepto.” Respecto de la interpretación de la Circular 4/1995, TOMÉ la considera “muy forzada”. Desde otra perspectiva, GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 182, critica también la previsión de que se realicen en la audiencia preliminar todas las diligencias de investigación que puedan practicarse en dicho acto. Esta exigencia es para GIMENO “uno de los mayores errores de la LOTJ, pues una cosa es garantizar el derecho de defensa dentro de la instrucción y otra muy distinta intentar acomodar la actividad instructora a las reglas del proceso civil.” VARELA CASTRO, *Manual...*, cit., pág. 224, propugna una interpretación en la misma línea que la de la Circular 4/1995.

⁴⁹ Cfr., entre otros, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, “Reflexiones...”, cit., pág. 8098.

3º.- *Las diligencias deben limitarse a la comprobación del hecho justiciable y sólo pueden referirse a las personas que hayan sido objeto de imputación por las partes acusadoras.*

42. Con estas limitaciones parece que se pretende excluir lo que la E. de M. de la LOTJ llama “pesquisas generales”. La intención es loable, pero no debe olvidarse que los procedimientos de la L.e.cr. tampoco autorizan tales “pesquisas” y que, si en algunos casos se producen, se debe a un mal entendimiento o desviada utilización por parte de algunos jueces de sus facultades de dirección de la investigación en la fase de instrucción.

Por otro lado, las limitaciones referidas no impiden la investigación y eventual persecución de otros delitos y/o de otros delincuentes que puedan ser descubiertos al hilo de las investigaciones que se realicen en la instrucción del procedimiento para el juicio con Jurado. El descubrimiento de nuevos delitos dará lugar, como regla general y dado el criterio restrictivo de la LOTJ en materia de conexión (art. 5.2), a la incoación de causa independiente; el descubrimiento de otros posibles partícipes en el hecho delictivo objeto del proceso determinará la convocatoria de una nueva comparecencia para concretar la imputación, dentro del mismo procedimiento (cfr. art. 28 LOTJ).

Finalmente, y aunque la LOTJ no lo diga, deberá rechazarse la práctica de las diligencias que sean contrarias a las leyes (art. 312 L.e.cr.).

2. Iniciativa para la práctica de las diligencias de investigación anteriores a la audiencia preliminar

A) Diligencias ordenadas a instancia de parte

43. La Ley prevé tres momentos para la proposición de diligencias de investigación que no puedan practicarse en la audiencia preliminar:

1º.- En la comparecencia para concretar la imputación (art. 25.3 LOTJ).

2º.- En los cinco días siguientes al de la comparecencia (art. 27.2 LOTJ).

3º.- En los cinco días siguientes a aquel en que se practique la última diligencia de las ordenadas, a cuyo efecto se hará la oportuna notificación a las partes (art. 27.2 LOTJ).

El juez debe resolver sobre la pertinencia de las diligencias solicitadas por las partes, en el propio auto ordenando la continuación del procedimiento, cuando se trate de diligencias solicitadas en la comparecencia para concretar la imputación o mediante resolución *ad hoc*, cuando se trate de diligencias propuestas con posterioridad a dicha comparecencia.

Nada dice la Ley sobre los recursos procedentes contra la inadmisión de diligencias solicitadas por las partes. Conforme al régimen general, y dado que la LOTJ no excluye expresamente el recurso, debería admitirse, cuando menos, que contra las resoluciones denegatorias de diligencias de investigación se diera el recurso de reforma y, en caso de ser desestimado, el de queja (arts. 217, 218 L.e.cr.), aunque también puede defenderse la procedencia de la apelación si se entiende aplicable al procedimiento de la LOTJ, en virtud de la remisión general del art. 24.2, lo dispuesto en el art. 311 L.e.cr.⁵⁰.

B) Diligencias ordenadas de oficio

44. El juez puede ordenar de oficio las diligencias de investigación que estime necesarias y que no hayan sido solicitadas por las partes (art. 27.3 LOTJ).

Ahora bien, conviene recordar que la Ley atribuye a las diligencias de investigación acordadas de oficio el papel de “complemento de las solicitadas por las partes”, lo que significa que si las partes no proponen ninguna diligencia para su práctica en esta fase del procedimiento el juez tampoco podrá acordar ninguna diligencia de oficio y deberá esperar, en su caso, hasta después de la audiencia preliminar para acordar las que considere procedentes conforme a lo dispuesto en el art. 32.3⁵¹.

3. Finalización de las investigaciones previas a la audiencia preliminar

45. La finalización normal de las investigaciones se producirá cuando se hayan practicado todas las diligencias ordenadas a instancia de las partes o de oficio por el juez.

⁵⁰ En este sentido, DEL MORAL GARCÍA, “Anotaciones...”, cit., pág. 69 parece dar por supuesta la admisibilidad del recurso de apelación y observa, con razón, que la LOTJ debería haber previsto la suspensión del traslado para calificación provisional hasta que se hayan resuelto los recursos que hubiere pendientes contra la denegación de diligencias; esta omisión genera el riesgo de que una vez hechas las calificaciones e, incluso, celebrada la audiencia preliminar, se declare la procedencia de alguna de las diligencias rechazadas por el juez, lo que obligaría a volver atrás en el procedimiento para practicar la diligencia en cuestión y a repetir el trámite de calificación y, eventualmente, la propia audiencia preliminar. Pueden verse también interesantes consideraciones sobre la recurribilidad de las resoluciones denegatorias de diligencias de investigación en la Circular 4/1995, apartado V, c). VARELA CASTRO, *Manual...*, cit., afirma igualmente la procedencia de la apelación por aplicación subsidiaria del artículo 311 L.e.cr.

⁵¹ GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., págs. 182-183, subraya que los poderes de investigación de oficio del Juez de Instrucción “quedan fuertemente limitados por el “tema de la investigación” sugerido por las partes en sus escritos de delimitación de la “notitia” y de solicitud de diligencias, lo que plantea muy serias dudas” y añade que “parece que la “ratio” del precepto intenta evitar las “inquisiciones generales” (...). Pero, sin escatimar los reproches a este grave vicio de la instrucción judicial, no parece que el remedio del art. 27 LOTJ, siempre parcial y fragmentario, sea suficiente, ni mejor que la enfermedad, ya que puede contribuir a convertir la instrucción penal en un proceso civil con grave quebrante de la eficacia en la investigación de los delitos.”

No obstante, la Ley permite al juez acordar de manera anticipada la finalización de la investigación. A este respecto, el art. 27.4 LOTJ contempla dos supuestos:

1º.- Si el juez considera improcedentes las diligencias solicitadas por las partes y no ordena ninguna de oficio. Esta situación se puede plantear en dos momentos:

a) Terminada la comparecencia para concretar la imputación, el juez rechaza todas las diligencias propuestas en dicha comparecencia y no considera necesario ordenar ninguna diligencia de oficio. En este caso, para compatibilizar lo dispuesto en el art. 27.4 con lo previsto en el apartado 2 del propio precepto, el juez debería esperar a que transcurriera el plazo de cinco días desde la comparecencia dentro del cual las partes pueden proponer nuevas diligencias. Transcurrido este plazo, si las partes no proponen diligencias o las propuestas no resultan admisibles, el juez podrá dar por finalizada la investigación acordando el traslado a las partes para la calificación.

b) Terminada la práctica de las diligencias acordadas inicialmente (las propuestas en la comparecencia para la concretar la imputación y en los cinco días siguientes y las que el juez hubiera ordenado de oficio) y notificada a las partes la práctica de la última de las ordenadas, si las partes, en los cinco días siguientes, proponen diligencias que el juez no considera admisibles.

2º.- Si el juez considera innecesaria la práctica de más diligencias, aun cuando no haya culminado de practicar las ya ordenadas. Para compatibilizar esta facultad del juez con lo previsto en el art. 27.2 LOTJ, también conviene distinguir aquí dos supuestos:

a) Si la decisión del juez se produce cuando se estén practicando las diligencias propuestas en la comparecencia o en los cinco días siguientes, el juez debería notificarla a las partes, concediéndoles el plazo de cinco días para proponer nuevas diligencias conforme a lo previsto en el art. 27.2 de la Ley.

b) Si la decisión del juez se produce cuando se estén practicando las diligencias propuestas en el plazo adicional de cinco días después de practicadas todas las inicialmente ordenadas, el juez podrá acordar de inmediato el traslado a las partes para calificación.

En relación con la cuestión que nos ocupa, cabe subrayar que se deja en manos del juez la posibilidad de privar a las acusaciones de diligencias de investigación declaradas admisibles y que quizá éstas juzguen esenciales para poder formular la acusación. Nótese que las diligencias admitidas que no se lleguen a practicar cuando el juez decida la finalización anticipada de la investigación no se van a poder practicar después ya que, por definición, se tratará de diligencias que no pueden practicarse en la audiencia preliminar. En los procedimientos de la L.e.cr. se evita o, cuando menos, se atenúa este problema, al permitirse a las acusaciones y, al menos en el caso del juicio ordinario, según jurisprudencia del TC, también a las defensas solicitar la reapertura del sumario o la práctica de diligencias complementarias después de que el juez haya

acordado la finalización de la fase de instrucción (cfr. arts. 627 y 780.2 L.e.cr.). Ninguna disposición semejante aparece en la LOTJ.

Bien está que se establezca un control judicial para evitar que la investigación pueda prolongarse excesivamente, pero no debe olvidarse que quienes han de acusar son las partes acusadoras y que, por tanto, debe reconocérseles un cierto protagonismo a la hora de decidir si las diligencias practicadas son o no suficientes para formular acusación. Por otro lado, teniendo en cuenta que las diligencias de investigación solicitadas por la defensa y admitidas por el Juez se practican siempre, incluso después del trámite de calificación, antes de la audiencia preliminar (cfr. art. 30.1 LOTJ), la norma que nos ocupa se traduce en un quebranto del principio de igualdad de las partes difícilmente justificable.

La finalización de las investigaciones previas a la audiencia preliminar se concreta en la resolución acordando el traslado a las partes acusadoras a fin de que insten, en el plazo de cinco días, lo que estimen oportuno respecto a la apertura del juicio oral, formulando escrito de conclusiones provisionales (art. 27.4 LOTJ).

Esta resolución es de mera tramitación cuando se dicte una vez practicadas todas las diligencias que se hayan acordado de oficio o a petición de parte. En tal caso, debería revestir la forma de providencia y no sería recurrible.

Ahora bien, cuando la finalización de la investigación se acuerde al mismo tiempo que el juez rechaza la práctica de diligencias de investigación propuestas por las partes o en caso de finalización anticipada cuando todavía no se hayan practicado todas las diligencias admitidas, la resolución no es de mera tramitación y debería, por tanto, revestir la forma de auto que sería recurrible en reforma y queja (o apelación, si se entiende aplicable el art. 311 L.e.cr.).

X. LOS ESCRITOS DE CALIFICACIÓN

1. Calificación de las partes acusadoras

Dentro del plazo de cinco días conferido al efecto, el Fiscal y demás acusaciones personadas deben formular escrito que puede tener uno de los siguientes contenidos:

1) Calificación del delito y petición de apertura del juicio oral.

46. Este escrito se ajustará a lo previsto en el art. 650 L.e.cr. (art. 29.1 LOTJ), pudiendo efectuarse calificaciones alternativas conforme a lo previsto en el art. 653 L.e.cr. (art. 29.3 LOTJ)⁵².

⁵² En relación con lo dispuesto en el artículo 650.1º L.e.cr., se ha puesto de manifiesto que las partes acusadoras no están vinculadas, al hacer su calificación, a los hechos punibles en que hubieran “concretado” la imputación en la comparecencia del artículo 25 LOTJ, sino que pueden acusar por cualquier hecho punible “que resulte del sumario”; cfr. GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág.

Además de lo previsto en el art. 650 L.e.cr., el escrito de calificación debe incluir la proposición de las diligencias de investigación cuya práctica se pretenda en la audiencia preliminar (art. 29.4 LOTJ) y la petición de apertura del juicio oral (art. 29.1 LOTJ)⁵³.

En el escrito de calificación del juicio ordinario, que es el modelo seguido por la LOTJ, las partes deben hacer la proposición de las pruebas de que intenten valerse en el juicio oral (art. 656 L.e.cr.). Tal previsión no encaja fácilmente en el procedimiento para el juicio por jurado, ya que entre la calificación y la celebración del juicio oral se interpone el importante trámite de la audiencia preliminar. Sin embargo, no parece haber otro momento en el que la proposición de prueba pueda efectuarse, ya que, repasando el texto de la LOTJ, no se encuentra ninguna previsión especial sobre el momento procesal en el que las partes han de proponer la prueba para el juicio oral⁵⁴.

2) *Solicitud de cambio de procedimiento.*

47. Tal solicitud está prevista en el art. 29.5 LOTJ, de deplorable redacción, para el caso de que las acusaciones entiendan que ninguno de los hechos punibles por los que

175. Siendo esto cierto, también lo es, por un lado, que, si se respetan los límites que la LOTJ impone a las diligencias de investigación, será difícil que “resulten del sumario” hechos distintos de aquellos en que se “concretó” la imputación en la audiencia del art. 25 y, por otro, que, si aparecieran en las calificaciones provisionales de las partes acusadoras hechos nuevos susceptibles de enjuiciamiento en el mismo proceso, habría que aplicar el artículo 28 que conduciría, probablemente, a una nueva comparecencia del artículo 25 y a unas nuevas calificaciones, después de practicarse, en su caso, nuevas diligencias de investigación de las previstas en el artículo 27.

⁵³ Con razón aprecia GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal especial...*, cit., págs. 91-92, que la petición de diligencias de investigación en el escrito de calificación “es muy difícil de comprender, a pesar de la prohibición de reiteración, porque la LJ no las califica de prueba, aunque se ve obligada a esta sistemática por el momento procesal en que se presenta en este proceso la acusación”, llamando más adelante la atención sobre el absurdo de que se practiquen diligencias de investigación en la audiencia preliminar con el fin de justificar la petición de parte de apertura del juicio oral porque si “las partes ya han considerado procedente solicitar la apertura del juicio oral, puesto que han formulado la acusación, ¿para qué entonces más diligencias, o por mejor decir, son posibles diligencias posteriores o complementarias a dicho acto?”; cfr. también GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 164. Por lo demás, recuérdese lo dicho *supra*, núm. 6. sobre la exigencia de que las partes formulen sus peticiones de apertura de juicio oral o sobreseimiento antes de que la investigación se haya completado.

⁵⁴ La Circular 4/1995 de la Fiscalía General del Estado afirma tajantemente que “los escritos de calificación han de contener la petición de prueba para el juicio oral”, sin mencionar que esto pueda plantear algún problema. En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., pág. 188. En realidad, no planteará problemas si, en la práctica, cuando se haga la calificación, la investigación ya está completa, que es lo que persiguen, a toda costa, las “interpretaciones” de los preceptos de la LOTJ contenidas en la propia Circular. Ahora bien, si la LOTJ se respetara escrupulosamente, la proposición de prueba para el juicio oral debería hacerse, muchas veces, sin saber, por ejemplo, qué es lo que cabe esperar que declaren los testigos, ya que la primera declaración de éstos en el procedimiento habría de producirse posteriormente en la audiencia preliminar.

se sigue el procedimiento es constitutivo de delito de los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado.

También se prevé el supuesto de que las acusaciones entiendan que la falta de competencia del Tribunal del Jurado afecta sólo a alguno de los hechos punibles objeto del procedimiento. En tal caso, se formulará escrito de calificación y solicitud de apertura del juicio oral sólo respecto de los hechos punibles que se estimen constitutivos de delito atribuido a la competencia del Tribunal del Jurado y se solicitará, respecto de los demás hechos, la deducción de testimonio y su remisión al órgano competente para conocer del proceso que corresponda.

3) Petición de sobreseimiento.

48. Aunque no lo prevea la LOTJ, cabe la posibilidad de que todas o alguna de las partes acusadoras pidan en este trámite el sobreseimiento por entender, a la vista de las diligencias practicadas, que concurre alguna de las causas previstas en el art. 637 L.e.cr. (ha quedado acreditada la inexistencia del hecho, o que éste no es constitutivo de delito o que, en fin, los imputados están exentos de responsabilidad). Dado que todavía no se ha completado la investigación, pues aún están pendientes las diligencias que puedan practicarse en la audiencia preliminar o que el juez pueda acordar de oficio después de ésta, no sería procedente una petición de sobreseimiento provisional.

Si todas las partes acusadoras solicitaran en sus escritos el sobreseimiento no tendría sentido el traslado a las defensas para calificación. El juez debería acordar de inmediato el sobreseimiento, pudiendo, todo lo más, ordenar antes lo previsto en los arts. 642 y 644 L.e.cr.⁵⁵. No obstante, el silencio de la LOTJ sobre este punto podría llevar a la absurda solución de tener que dar traslado para calificación a la defensa y, presentado el escrito de ésta, convocar la audiencia preliminar para, finalmente, acordar el sobreseimiento después de finalizada la audiencia.

2. Calificación de las defensas

49. El escrito de calificación de las defensas se acomodará a lo dispuesto en el art. 652 L.e.cr. La LOTJ no establece plazo para la presentación de este escrito, pero debe entenderse que es el de cinco días, porque lo razonable es que sea el mismo del que disponen las acusaciones y, en último término, porque es el que resultaría de la aplicación supletoria del art. 652 L.e.cr., en relación con el 649 del mismo cuerpo legal⁵⁶.

⁵⁵ En este sentido se pronuncia la Circular 4/1995 de la Fiscalía General del Estado: “si todas las partes acusadoras han solicitado el sobreseimiento (...) es obvio que no será preciso dar traslado para calificación a las defensas, dictándose con carácter previo el sobreseimiento que corresponda.”

⁵⁶ En el mismo sentido, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *El Jurado en España*, cit., pág. 106.

El plazo comenzará a correr desde que se dé a las defensas el traslado de los escritos de calificación de las partes acusadoras (art. 29.2). El traslado deberá extenderse a todas las actuaciones practicadas [originales o mediante fotocopia (cfr. art. 784.1 L.e.cr.)], pese a que la LOTJ sólo ordena el traslado de los escritos de las acusaciones.

Aunque la LOTJ parece considerar, no sin razón, que lo normal es que las defensas pidan en su escrito de calificación el sobreseimiento de la causa, se prevé también, esta vez sí, el comportamiento procesal “anormal” que, en el caso de las defensas, sería el de aquietarse con la solicitud de apertura del juicio oral. En tal supuesto, se entiende que la defensa renuncia a la audiencia preliminar y el juez debe decretar de inmediato la apertura del juicio oral (art. 30.2 LOTJ). Aunque la LOTJ no sea muy clara en este punto, debe entenderse que para que tal efecto se produzca es preciso que el aquietamiento de las defensas respecto de la apertura del juicio oral se refiera a todos los hechos punibles que hayan sido objeto de acusación.

La circunstancia de que la LOTJ reserve para la audiencia preliminar la práctica de importantes diligencias, como por ejemplo, las declaraciones testimoniales, puede convertir la renuncia a la audiencia preliminar en un importante instrumento de la estrategia defensiva. Nótese que, en definitiva, se deja en manos de la defensa la posibilidad de impedir que los testigos cuya declaración pueda perjudicar al imputado sean examinados en la fase de instrucción. Esto puede suponer, como primera consecuencia, cerrar el paso a una eventual modificación de las calificaciones provisionales de la acusación en sentido agravatorio cuando sea previsible que la declaración del testigo en cuestión pueda conducir a tal resultado. Por otro lado, al impedir la declaración de testigos en la fase de instrucción se elimina la eventual incidencia que las declaraciones prestadas en esta fase puede llegar a tener en el juicio: así, si llegado el momento, el testigo no puede declarar en el acto del juicio oral, no existirá tampoco declaración sumarial que pueda ser valorada; y, aun declarando el testigo en el acto del juicio, no existirá declaración sumarial con la que puedan las acusaciones ejercitar la facultad prevista en el art. 46.5 de la Ley.

No prevé la LOTJ que las defensas, al evacuar el trámite de calificación, manifiesten su conformidad con el escrito de las acusaciones que solicite pena de mayor gravedad. Y no se trata de que en el juicio con jurado se excluya el instituto de la conformidad, ya que está expresamente previsto en el art. 50. En caso de conformidad expresada en el escrito de calificación de la defensa, lo razonable sería que el juez ordenara inmediatamente la apertura del juicio oral y que, una vez que las actuaciones estuvieran en la Audiencia, el Magistrado-Presidente designado pudiera, antes del comienzo de las sesiones del juicio [y, por tanto, sin necesidad de constituir el Tribunal del Jurado], dictar la sentencia solicitada de conformidad por las partes. Esta solución podría encontrar un remoto apoyo en lo dispuesto en el art. 655 L.e.cr., en cuanto prevé que la sentencia de conformidad se dicte antes de iniciadas las sesiones; no obstante,

hay que reconocer que esto supone forzar bastante la interpretación, ya que la LOTJ no prevé absolutamente nada al respecto⁵⁷.

No contempla la LOTJ la posibilidad de que la defensa no presente su escrito dentro de plazo. Quizá pueda aplicarse en tal supuesto la solución prevista para el procedimiento abreviado: se entenderá que se opone a las acusaciones, siguiendo su curso el procedimiento (art. 784.1.II L.e.cr.).

XI. LA AUDIENCIA PRELIMINAR

50. La LOTJ ha atribuido a la audiencia preliminar dos finalidades difícilmente conciliables. Por un lado, parece que se ha querido intercalar, entre las pretensiones escritas de las partes sobre apertura del juicio oral o sobreseimiento y la decisión judicial sobre dicha cuestión, una vista en la que las partes puedan informar oralmente acerca de sus respectivas pretensiones. Nada habría que objetar a esto, aunque sólo sea porque responde a la exigencia constitucional de oralidad de las actuaciones (“sobre todo en materia criminal”), exigencia que, quizá, pueda justificar la existencia de este trámite pese a que, en rigor, las alegaciones escritas de las partes podrían ser suficientes.

Por otro lado, y quizá también con el propósito de acentuar la oralidad del procedimiento en la fase de instrucción, se ha pretendido concentrar en una vista oral la práctica de las diligencias de investigación susceptibles de tal concentración. Tampoco esto parece reprochable, al menos desde el punto de vista teórico, ya que la técnica de la concentración de actuaciones en vistas o comparecencias comporta siempre ciertos inconvenientes desde el punto de vista práctico (sin ir más lejos, los que plantean las suspensiones, relativamente frecuentes por lo demás).

⁵⁷ El *Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la experiencia en la aplicación de la LOTJ*, de 14 de enero de 1998, demuestra que, en la práctica, se ha impuesto una “interpretación extensiva del artículo 50 LOTJ, en el sentido de que tal precepto amplía y no restringe las posibilidades consensuales”. Esta interpretación ha permitido que las conformidades se hayan formalizado antes de iniciarse el juicio y que sólo en una ocasión (de las examinadas en el informe) se haya producido en el momento expresamente previsto en el citado artículo 50, con la consiguiente disolución del jurado. En el resto, la conformidad se ha expresado, bien en el trámite de calificación, dando lugar a sentencia dictada por el Magistrado-Presidente sin constituir previamente al Jurado; bien estando la causa en la Audiencia, pero antes de iniciarse el juicio. El CGPJ considera que “la audiencia preliminar, con la presencia del acusado y de todas las partes, puede ser un momento especialmente idóneo para manifestar la conformidad.” En todo caso, el informe revela que la ausencia de previsiones en la LOTJ sobre conformidad en el trámite de calificación genera dudas y vacilaciones en la práctica de los Tribunales que habría sido fácil evitar con una regulación adecuada. El *Informe de la Fiscalía General del Estado acerca de la experiencia aplicativa del enjuiciamiento por Jurado y algunas propuestas de reforma* de 24 de julio de 1997 también contiene interesantes reflexiones sobre la conformidad en el procedimiento de la LOTJ, reclamando reformas que aclaren el régimen de la conformidad para evitar interpretaciones que conduzcan a que ésta sólo se admita después de iniciado el juicio y constituido el Tribunal del Jurado. En la doctrina, GIMENO SENDRA, *Ley Orgánica...*, cit., págs. 191-192, considera que el art. 50 LOTJ no excluye la aplicabilidad de los regímenes de conformidad de la L.e.cr. y considera que han de aplicarse precisamente las normas contenidas en los artículos 655 y 688 y siguientes de la citada Ley; cfr. también ARANDA Y ANTÓN, *Comentarios a la Ley del Jurado* (coord. Andrés de la Oliva Santos), Madrid, 1999, págs. 381-383.

Lo que sí resulta reprochable es que se haya pretendido cumplir con los dos objetivos indicados en una misma vista o comparecencia. La consecuencia ha sido que la práctica de diligencias de investigación que pueden tener una influencia decisiva en el esclarecimiento de los hechos y averiguación de los posibles delincuentes se ha llevado un momento procesal manifiestamente inadecuado, al final de las actuaciones ante el Juzgado de instrucción, después, incluso, de los escritos de calificación provisional. Esta ubicación, por un lado y como se ha indicado en su momento, fuerza a las partes a formular sus calificaciones provisionales con apoyo en una investigación incompleta y, por otro, favorece situaciones en las que pueden quedar gravemente comprometidas la economía procesal y la celeridad del procedimiento ya que, como también se ha observado más arriba, en el caso □ que no tiene por qué ser muy excepcional □ de que las diligencias practicadas en la audiencia preliminar demuestren la implicación de sujetos inicialmente no imputados o la perpetración de delitos distintos pero conexos y que hayan de ser enjuiciados en la misma causa, habría que volver a sustanciar el procedimiento completo desde el trámite inicial de la comparecencia para “concretar la imputación”⁵⁸.

La regulación de la fase de instrucción de los procesos de la L.e.cr., con todos sus defectos, no conduce, sin embargo, a resultados tan absurdos. Que las pretensiones de las partes sobre apertura del juicio oral o sobreseimiento se realicen una vez finalizada la investigación es una exigencia de lógica elemental, que la L.e.cr. respeta tanto en el venerable juicio ordinario como en el “moderno” procedimiento abreviado. El legislador de 1995 ha querido desvincularse de tal exigencia de la lógica y los resultados han sido, lógicamente, muy poco satisfactorio⁵⁹.

⁵⁸ LÓPEZ-MUÑOZ LARRAZ, *Comentarios...*, cit., págs. 97-98, también relaciona la audiencia preliminar de la LOTJ con las dos finalidades a las que se alude en el texto y afirma que este trámite es “de clara procedencia anglosajona”, aludiendo, por un lado, a la “Preliminary Hearing”, cuyo objeto sería “cribar o tamizar el objeto de la acusación valorando la razonabilidad (“probable cause”) de que la causa pase al estado de juicio oral” y, por otro, al “discovery”, fase del proceso más o menos centrada en la investigación de los hechos con la finalidad de poder perfilar con precisión el objeto del juicio oral. También se han buscado parentescos a la audiencia preliminar de la LOTJ en ordenamientos procesales penales más próximos, relacionándola con el trámite del mismo nombre del nuevo proceso penal italiano, con la *instrução* portuguesa y con la fase intermedia del proceso penal alemán (cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, “Reflexiones...”, cit., pág. 8101); FAIRÉN GUILLÉN, “Comentarios...”, cit., pág. 458, también aprecia similitudes “con ciertas actuaciones de la «Chambre d'Accusation» francesa”. Con independencia de cuál o cuáles puedan ser las fuentes extranjeras en las que se haya inspirado nuestro legislador, sí se debe hacer notar que ni en el proceso italiano ni en el alemán se fuerza al Fiscal a formular su acusación sin haber agotado antes todas las diligencias de investigación que considere imprescindibles para fundamentarla (dejando a salvo las restricciones que pueden derivar de los plazos máximos establecidos por el Código italiano para la duración de las investigaciones preliminares).

⁵⁹ Por lo demás, no me parecen en absoluto desdeñables los argumentos que se pueden leer en NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *El Jurado en España*, cit., págs. 108 y 109 acerca de la escasa utilidad de la audiencia preliminar, salvo el que se apoya en la consideración de que “el material decisorio sobre el que va a tener que resolver el Juez de Instrucción para acordar o no la apertura del juicio oral prácticamente va a ser el mismo que el que ya haya de existir cuando las partes hayan formulado sus escritos de conclusiones provisionales”. Esta consideración presupone que las diligencias a practicar en la audiencia preliminar no van a tener gran importancia en la práctica; y así será ciertamente en la medida en que se consagre la huida del procedimiento de la LOTJ, pero, si se aplica este procedimiento

1. Convocatoria de la audiencia preliminar

51. La convocatoria debe hacerse para el día más próximo posible, una vez presentado el escrito de calificación de la defensa (art. 30.1 LOTJ) o transcurrido el plazo conferido sin que dicho escrito haya sido presentado (si se aplica en este caso lo dispuesto en el art. 784.1 L.e.cr.).

Resulta extraña la referencia que hace el art. 30.1 LOTJ a la posible existencia de diligencias de investigación solicitadas por la defensa del imputado y declaradas pertinentes por el juez que estén pendientes de practicarse. Por un lado, se supone que el juez no ordena el traslado de las actuaciones para calificación hasta que no se hayan practicado todas las diligencias propuestas por las partes [incluida la defensa] y declaradas pertinentes (cfr. art. 27 LOTJ). Por otra parte, sería muy anómalo que las partes [especialmente, pero no sólo la defensa] tuvieran que calificar sin conocer el resultado de diligencias propuestas y admitidas pero aún no practicadas.

El problema puede resolverse entendiendo que lo dispuesto en el art. 27 prevalece sobre esta extraña previsión y que, por tanto, el juez no debe abrir el trámite de calificaciones sin que se hayan practicado todas las diligencias propuestas y declaradas pertinentes. La previsión del art. 30.1 podría no obstante servir de argumento para defender que la facultad del juez de acordar la finalización de la investigación antes de que se practiquen todas las diligencias declaradas admisibles (art. 27.4 *i.f.*) no puede extenderse a las diligencias propuestas por la defensa, que tendrían que practicarse en todo caso.

En la misma resolución en que convoque la audiencia preliminar debe el juez decidir sobre la admisión de las diligencias solicitadas por las partes para dicho acto y proveer lo necesario para su práctica (art. 30.1, párrafo segundo).

52. El párrafo segundo del art. 30.1 contempla un extraño supuesto de “obstruccionismo” judicial: el que se produciría si el juez, una vez presentados los escritos de calificación de las defensas, no convoca la audiencia preliminar. Para tal supuesto se concede a las partes la posibilidad de “acudir en queja” a la Audiencia Provincial.

Aparte de que no se ven motivos que justifiquen esta especial previsión para garantizar el impulso del proceso, la solución arbitrada parece un tanto excesiva. Si el juez se demorase en la convocatoria de la audiencia preliminar, normalmente debería ser suficiente un escrito dirigido al propio juez solicitando el señalamiento. Por otro lado, la Audiencia Provincial, aparte de adoptar las medidas disciplinarias que pudieran resultar procedentes, lo más que podría hacer es ordenar al juez que efectúe el

con rigor, según las previsiones legales, las diligencias a practicar en la audiencia preliminar pueden ser verdaderamente decisivas.

señalamiento, lo que, en rigor, no añade nada al deber del juez convocar la audiencia preliminar.

No ha previsto la LOTJ, sin embargo, y esto sí que hubiera estado justificado, el régimen de recursos contra la resolución que acuerda la celebración de la audiencia preliminar. Hay que tener en cuenta que la propia convocatoria podría ser objeto de impugnación cuando las defensas se hayan mostrado conformes con la apertura del juicio oral, de acuerdo con lo previsto en el art. 30.2 (también, aunque la Ley no lo prevea, cuando todas las acusaciones hubieran solicitado el sobreseimiento o cuando la defensa hubiere manifestado su conformidad con la calificación más grave, ya que en estos casos tampoco tiene ningún sentido la celebración de la audiencia preliminar). Por otro lado, también debe ser impugnable la decisión del juez rechazando alguna de las diligencias propuestas para la audiencia. Ante el silencio de la Ley, debe entrar en juego el régimen general⁶⁰.

2. Desarrollo de la audiencia preliminar

La audiencia preliminar se celebrará en el día y hora señalados, comenzando por la práctica de las diligencias solicitadas y admitidas y finalizando con un turno de alegaciones de las partes sobre la procedencia de la apertura del juicio oral.

1) Práctica de las diligencias propuestas por las partes.

53. En la audiencia preliminar se practicarán las diligencias propuestas por las partes en sus escritos de calificación y admitidas por el juez en la resolución acordando la convocatoria de la Audiencia. También se practicarán las que las partes propongan en el acto y el juez admita (art. 31.2 LOTJ). Nuevamente insiste la Ley en que no se practique ninguna diligencia “que no sea imprescindible para la adecuada decisión sobre la procedencia de la apertura del juicio oral”.

El juez no puede ordenar de oficio la práctica de ninguna diligencia en el acto de la audiencia preliminar. No es fácil encontrar justificación a esta limitación de las facultades del juez, sobre todo si se tiene en cuenta que sí puede acordar de oficio las diligencias que deban practicarse antes de la audiencia (art. 27.3 LOTJ) y que, como se verá, también puede acordar de oficio diligencias complementarias después de concluida la audiencia preliminar (art. 32.3 LOTJ). Pues bien, si puede hacerlo después, lo lógico sería que se le permitiera también acordar de oficio las diligencias complementarias que estimara procedentes para su práctica en la audiencia, lo que permitiría a las partes conocer el resultado de las mismas antes de concretar definitivamente su posición acerca de la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

⁶⁰ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *El Jurado en España*, cit., pág. 107, entiende, sin embargo, que contra la resolución que convoca la audiencia preliminar no cabe recurso alguno.

En cuanto a la práctica de las diligencias habrá que estar a lo dispuesto en las normas generales de la L.e.cr. (art. 24.2), si bien la aplicación supletoria de la L.e.cr. puede suscitar dificultades, ya que el régimen general contempla la práctica aislada de las diligencias de investigación, con un especial protagonismo del Juez y una intervención sólo eventual y en todo caso subsidiaria de las partes, lo que no se compeadece muy bien con un esquema de práctica concentrada de las diligencias en una comparecencia de todas las partes personadas, esquema en el que parece imponerse un cambio de papeles, concediéndose el protagonismo a las partes y relegando la intervención del juez a un mero complemento de la actuación de aquellas⁶¹.

Aunque nada diga la LOTJ al respecto, la audiencia preliminar puede prolongarse durante varias sesiones, si el número de diligencias a practicar así lo exigiera. Tampoco contempla la LOTJ la suspensión del inicio de la audiencia, para el caso de que las partes, por causas ajenas a su voluntad, no tuvieran preparadas las diligencias solicitadas, ni la interrupción de la celebración de la audiencia cuando hubiere alguna causa que la impusiera. Por la semejanza que tiene esta audiencia con el acto del juicio oral, pese a la diferente finalidad de una y otro, nos parece que podría defenderse la aplicación del régimen de suspensiones previsto en los arts. 744 y sigs. L.e.cr.

2) Alegaciones de las partes sobre la apertura del juicio oral o sobreseimiento.

54. Finalizada la práctica de las diligencias, se oirá a las partes sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y, en su caso, sobre la competencia del Tribunal del Jurado para el enjuiciamiento (art. 31.3 LOTJ).

Expresamente se contempla la posibilidad de que las partes acusadoras modifiquen sus calificaciones, a la vista del resultado de las diligencias practicadas, aunque con el límite de que no se introduzcan modificaciones que alteren el hecho justiciable ni la persona acusada.

La limitación debe entenderse referida exclusivamente a la inclusión en la acusación de hechos nuevos descubiertos en la audiencia preliminar que sean constitutivos de un delito distinto del que haya sido objeto de investigación o a la extensión de la acusación a personas inicialmente no imputadas. En estos casos, procederá acordar lo necesario para que pueda incoarse el proceso que corresponda al nuevo delito descubierto o, en caso de descubrimiento de nuevos partícipes en el hecho objeto del proceso □o de nuevos delitos que hayan de enjuiciarse en el mismo proceso conforme a lo dispuesto en el art. 5.2□, que se practique, respecto de estos sujetos □o de estos delitos□, lo previsto en los arts. 25 y siguientes. El absurdo derroche de

⁶¹ Dada la peculiaridad de la práctica de diligencias de investigación de forma concentrada en la audiencia preliminar, ARANDA Y ANTÓN, *Comentarios a la Ley del Jurado* (coord. Andrés de la Oliva Santos), cit., pág. 377 defiende la aplicación a estas diligencias de las normas de la L.e.cr. que regulan la práctica de la prueba en el juicio oral.

esfuerzo procesal que en estos últimos casos se produciría⁶² y la consiguiente demora de la celebración del juicio son consecuencia de la muy discutible opción de la LOTJ de reservar para la audiencia preliminar la práctica de diligencias de investigación muy importantes.

También las defensas, aunque la Ley no lo prevea, podrán modificar sus calificaciones a la vista de las diligencias practicadas en la audiencia preliminar. Es lamentable, de nuevo, que la LOTJ no contemple la posibilidad de que las defensas manifiesten su conformidad con la calificación más grave en este acto. Pese al silencio de la Ley, quizá podría aplicarse también en este caso la solución arriba apuntada para el supuesto de conformidad expresada en el escrito de calificación⁶³.

3. Diligencias complementarias acordadas de oficio

55. Una vez finalizada la comparecencia y antes de dictar la resolución que corresponda, el juez puede acordar de oficio las diligencias complementarias que considere imprescindibles a la vista de lo actuado en la audiencia preliminar (art. 30.3). Ya se ha apuntado que estas diligencias pueden llegar a tener mucha mayor importancia práctica de la que la Ley parece prever, habida cuenta de que, por un lado, constituyen la única oportunidad de esclarecer los datos nuevos aportados por los testigos y que necesiten alguna comprobación adicional y, por otra parte, suponen también la única oportunidad que se da al juez para acordar las diligencias que él estime imprescindibles y que no haya podido acordar de oficio con anterioridad. Y lo lamentable es que estas diligencias que, insistimos, pueden tener gran importancia práctica, se producen cuando las partes no tienen ya oportunidad de modificar sus calificaciones provisionales.

XII. FINALIZACIÓN DE LAS ACTUACIONES ANTE EL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

Concluida la audiencia preliminar y practicadas, en su caso, las diligencias complementarias que el juez estime procedentes, se dictará el auto de apertura de juicio oral o de sobreseimiento, que pone fin a las actuaciones ante el Juzgado de instrucción.

1. Apertura del juicio oral

56. El auto de apertura del juicio oral presenta en el procedimiento para el juicio con jurado un contenido de mucha mayor riqueza que en los procedimientos ordinarios

⁶² Habría que celebrar otra vez la primera comparecencia, que practicar las eventuales diligencias posteriores, que presentar nuevos escritos de calificación y, en fin, que volver a celebrar la audiencia preliminar, no quedando excluido que, como consecuencia de esta segunda audiencia hubiera que volver a comenzar de nuevo si aparecen nuevos imputados y/o nuevos delitos que hayan de ser objeto del mismo proceso.

⁶³ Cfr. supra, núm. 49.

de la L.e.cr. Así, según las previsiones de la LOTJ, deberá incluir los elementos siguientes:

1) La fundamentación de la procedencia de la apertura del juicio con indicación de las disposiciones legales aplicables (art. 33 c) LOTJ).

Exige motivación respecto de la decisión de apertura del juicio oral. Dada la naturaleza de esta decisión, quizá la única motivación posible sea la consistente en razonar sobre la no concurrencia de causas de sobreseimiento. Especialmente enigmática es la referencia a la indicación de las disposiciones legales aplicables, introducida por la L.O. 8/1995, de 16 de noviembre. Las disposiciones legales que disciplinan la apertura del juicio oral son de carácter procesal y su cita no añade nada especialmente relevante a la fundamentación de la decisión.

2) La determinación del hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales el juez estime procedente el enjuiciamiento y la determinación de la persona o personas que podrán ser juzgadas como acusados o terceros civilmente responsables (art. 33 a) y b) LOTJ).

La decisión del juez no podrá extenderse a hechos ni a personas que no hayan sido objeto de acusación (cfr. art. 36.1 d) LOTJ). Podrá, no obstante, excluir el enjuiciamiento de determinados hechos objeto de acusación o de determinados acusados. Técnicamente, la decisión del juez excluyendo del enjuiciamiento hechos que hayan sido objeto de acusación debería concretarse en una decisión de sobreseimiento relativa a tales hechos (que podría ser el libre de los números 1º y 2º del art. 637 o el provisional del número 1º del art. 641) y la decisión de excluir el enjuiciamiento de alguna persona acusada, en la de sobreseimiento respecto de dicha persona (bien libre, al amparo del art. 637.3º, bien provisional, conforme a lo previsto en el art. 641.3º).

En definitiva, y pese a la apariencia innovadora de esta disposición, el resultado práctico es estrictamente equivalente al que se logra cuando, partiendo de los hechos objeto de acusación y de las personas acusadas, el juez identifica los hechos y personas respecto de los que no procede la apertura del juicio oral sino el sobreseimiento, ya que esta decisión comporta, implícita pero claramente, que respecto del resto de los hechos y personas comprendidos en la acusación el juez considera procedente la apertura del juicio oral.

El auto de apertura del juicio oral no es recurrible, pero puede ser impugnado en el trámite de cuestiones previas del art. 36 LOTJ. El problema es que en este trámite sólo se prevé una impugnación parcial para solicitar la inclusión de algún hecho objeto de acusación que haya sido excluido del auto de apertura o para pedir la exclusión de algún hecho y sólo en el caso de que se base la petición en que el hecho en cuestión no estaba incluido en los escritos de acusación. No se comprende por qué se excluyen otros posibles motivos de impugnación, como, por ejemplo, que se abra el juicio oral respecto de algún acusado que haya sido excluido en el auto de apertura o que se excluya el

enjuiciamiento de alguna persona respecto de la cual se haya decretado la apertura del juicio oral sin haber sido formalmente acusada⁶⁴.

Por lo demás, se observa aquí una cierta ruptura de la igualdad entre las partes: las acusaciones pueden plantear de nuevo, con plenitud, la procedencia de la apertura del juicio oral respecto de hechos que hayan sido objeto de sobreseimiento; las defensas, en cambio, respecto de los hechos por los que se haya acordado la apertura del juicio oral, sólo pueden solicitar el sobreseimiento en el caso de que tales hechos no hayan sido incluidos en la acusación.

3) Determinación del órgano competente para el enjuiciamiento (art. 33 d) LOTJ).

Que no podrá ser otro que el Tribunal del Jurado, ya que cuando el juez estime que el delito por el que se siga la causa no es de los atribuidos a la competencia de este Tribunal, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 32.4.

4) Expedición de testimonio de las actuaciones que deban ser remitidas al Tribunal (art. 34 LOTJ).

En el auto de apertura del juicio oral el juez debe acordar que se deduzca testimonio de las siguientes actuaciones:

- a) Los escritos de calificación de las partes.
- b) La documentación de las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el juicio oral.
- c) El auto de apertura del juicio oral.

En el mismo auto se acordará la remisión al Tribunal de los testimonios, junto con los efectos e instrumentos del delito ocupados y demás piezas de convicción (art. 34.2). La Ley olvida mencionar los documentos, en sentido propio, que puedan encontrarse incorporados a la causa. También deberán ser remitidos al Tribunal junto con los testimonios y las piezas de convicción.

Con independencia de los testimonios que se deduzcan en virtud de lo dispuesto en el auto de apertura del juicio oral, las partes podrán pedir en cualquier momento los que pretendan utilizar en el juicio oral (art. 34.3 LOTJ). Dado que las diligencias no reproducibles ya habrán sido testimoniadas, la facultad debe entenderse limitada a las actuaciones que hayan devenido de imposible reproducción después del auto de apertura del juicio oral (un testigo fallecido, por ejemplo) y a las declaraciones prestadas por imputados y testigos e informes periciales emitidos en la fase de

⁶⁴ ARANDA Y ANTÓN, *Comentarios...*, cit., págs. 385-386, sugiere que estos supuestos podrían llevarse al trámite de cuestiones previas por el cauce del art. 36.2 (violación de un derecho fundamental).

instrucción, cuando se pretendan utilizar a los efectos previstos en el art. 46.5 LOTJ. Salvo en estos dos supuestos, la expedición de testimonios sería improcedente⁶⁵.

5) *Emplazamiento de las partes ante la Audiencia (art. 35 LOTJ).*

En el auto de apertura del juicio oral se emplazará a las partes para que se personen ante la Audiencia Provincial dentro del plazo de quince días.

2. Sobreseimiento

57. Con redacción ciertamente pintoresca, el art. 32.1 de la LOTJ ordena al juez, una vez concluida la audiencia preliminar, que dicte “auto por el que decidirá la apertura o no del juicio oral”, para apostillar después que “si decide la no apertura del juicio oral acordará el sobreseimiento”.

El juez deberá dictar auto de sobreseimiento cuando todas las partes acusadoras así lo hayan solicitado en la audiencia preliminar y también, si no lo hubiera dictado antes, cuando todas las partes acusadoras hayan pedido el sobreseimiento en sus escritos de calificación. Antes de acordar este sobreseimiento puede el juez ordenar las actuaciones previstas en los arts. 642 y 644 L.e.cr.

Si todas o alguna de las acusaciones solicitan la apertura del juicio oral, el juez podrá, no obstante, acordar el sobreseimiento, si la defensa lo ha pedido y el juez entiende que concurre alguna de las causas previstas en los arts. 637 y 641 L.e.cr. No rigen en este procedimiento las limitaciones que pesan sobre el juez en los procesos de la L.e.cr. Por otro lado, aquí sí entran en juego las causas de sobreseimiento provisional, al estar ya agotada la investigación.

La LOTJ prevé también el sobreseimiento parcial respecto de alguno o algunos de los acusados, remitiéndose a lo dispuesto en el art. 640 L.e.cr.

El auto de sobreseimiento es apelable ante la Audiencia Provincial (art. 32.2 LOTJ).

3. Cambio del procedimiento.

⁶⁵ NARVÁEZ RODRÍGUEZ, *El Jurado en España*, cit. págs. 115-116, observa, con razón, que al no establecer la Ley limitación alguna respecto de los testimonios que las partes pueden solicitar para su utilización en el juicio, existe el riesgo de que se termine llevando al juicio oral toda la documentación de la instrucción, con la consiguiente lesión de los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Ciertamente, es lamentable que la Ley no se exprese con claridad en este punto; no obstante, entiendo que las limitaciones que se indican en el texto pueden hacerse derivar directamente de la doctrina general sobre utilización en el juicio oral de los materiales de la fase de instrucción establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, doctrina cuya aplicabilidad en el juicio con jurado me parece que está fuera de discusión.

58. Cuando el juez estime, a la vista de lo alegado por las partes y de las diligencias practicadas en la audiencia preliminar que el hecho por el que se siguen las actuaciones es constitutivo de falta o de delito no atribuido a la competencia del Tribunal del jurado, acordará la acomodación de la causa al procedimiento que corresponda.

Si corresponde el procedimiento abreviado acordará de inmediato la apertura del juicio oral remitiendo la causa a la Audiencia Provincial o al Juez de lo Penal que sean competentes (art. 32.4 LOTJ). Nada dice la Ley para el caso de que el procedimiento que “corresponda” sea el ordinario por delitos graves. Lo lógico es que, en tal caso, se incoe sumario, aunque sólo sea para que el Juez acuerde, si procede, el procesamiento del imputado antes de elevar las actuaciones a la Audiencia.