

TEORIA/PRACTICA DE LA JURISDICCION

Anotaciones al Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado¹

Antonio DEL MORAL GARCIA

PREAMBULO

El cumplimiento del mandato que contiene el artículo 125 de la Constitución relativo a la implantación del Jurado en la justicia penal fue el primer anuncio, nada más acceder al cargo, del actual ministro de Justicia e Interior (entonces, sólo Justicia). Los trabajos prelegislativos comenzaron su andadura muy pronto. Las iniciales llamadas a la colaboración de todas las asociaciones de profesionales relacionados con la justicia perderían todo lo que había de entusiasmo, al menos aparente, ante las resistencias del equipo ministerial a recoger las sugerencias, algunas tremendamente justas, a los diversos borradores. Esa actividad cuajó finalmente en un Proyecto de Ley Orgánica que tuvo entrada en el Parlamento el 20 de mayo de 1994. Su tramitación luego se ralentizó, aunque últimamente se ha anunciado un nuevo impulso a ese proyecto legislativo cuya trascendencia no escapa a nadie. Y no sólo porque suponga la reinstauración del Jurado en nuestro proceso penal. También, y esto conviene subrayarlo, porque el Proyecto no se limita a efectuar las reformas necesarias para la introducción del Jurado. Va mucho más lejos y de forma inoportuna, se intentan variar algunos temas cruciales del sistema procesal penal que poco o nada tienen que ver con la reinstauración del Jurado. Así sucede con el régimen de la prisión preventiva, el antejuicio, la valoración de la prueba o, muy particularmente, con la fase de instrucción que se edifica sobre principios muy distintos a los de los procesos penales vigentes, sin que existan razones confesables que justifiquen esa disparidad. Utilizando una plástica y expresiva imagen, se ha comparado el «tardío desarrollo legal de la institución del Jurado» con «una especie de caballo de Troya en cuyas oscuras cavida-

des se apiñan, esperando el momento de tomar por sorpresa nuestro Derecho Procesal, conceptos, modelos y principios» nuevos que se quieren introducir clandestinamente, como de contrabando², confiando en que el debate central —el Jurado— distraiga la atención de esas otras reformas de no menor fuste.

Es justo reconocer que el texto está muy elaborado y pensado. Se han buscado en algunos puntos problemáticos soluciones imaginativas. Pero es un texto muy complejo. Por ello no sorprende que proliferen los defectos técnicos y la ausencia de concordancias con los preceptos comunes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La tan ambiciosa como innecesaria pretensión de instaurar un nuevo modelo procesal completo para el juicio por jurado, incluida la fase de instrucción, genera un complicado sistema, asimilable a un delicado mecanismo de relojería, donde lo difícil es que no falle alguna de sus piezas. Los artículos del texto tienen en muchos casos una desmesurada extensión. Eso representa una mala pedagogía legislativa. Las cautelas adoptadas a la hora de fijar el marco de competencia del juicio por jurado contrastan con la osadía que se muestra, en contra de las voces abrumadoramente mayoritarias de todas las asociaciones que fueron consultadas para, sin timideces ni prudencia alguna, injertar un nuevo modelo de instrucción junto al clásico de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

De otra parte, en muchos de los pasajes de la norma proyectada se descubren fórmulas propias de laboratorio: aptas para merecer sesudas consideraciones en debates de teóricos de salón, pero que no resisten su contraste con la realidad práctica que se olvida al introducirse soluciones que van a plantear innumerables problemas. Se está pensando en un idílico proceso penal en que el imputado está pen-

¹ En sus líneas maestras, el esquema de este trabajo responde a la intervención oral en una mesa redonda que tuvo lugar el 22 de julio de 1994 en el curso sobre «El Jurado» celebrado en San Lorenzo de El Escorial en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid que dirigió don Luis Martí Mingarro, decano del ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

² Crespo Barquero, *Aproximación al nuevo modelo de instruc-*

ción Penal previsto en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal del Jurado ponencia presentada al curso «El Jurado y la Reforma Procesal» organizado por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado y celebrado en Madrid los días 27 a 31 de marzo de 1994, pág. 52 del texto mecanografiado. El trabajo, de gran interés y especial luminosidad, está en vías de publicación.

diente del proceso que se le sigue y acude dócilmente a todas las comparecencias y citaciones; actitud ésta que no abunda en la práctica. La articulación de numerosas citaciones, comparecencias y audiencias, auténticos cuellos de botella en el trámite procesal, provocarán dilaciones en el proceso por incomparecencias del sujeto pasivo. Esa sensación de desapego de la realidad que transmiten muchos aspectos de la ley al aplicar sus esquemas a los procesos que cotidianamente se ventilan en nuestros Tribunales llama más la atención al pensarse que alguna de las más relevantes plumas que ha intervenido en la redacción del Texto ha sido guiada por la mano de un Magistrado en activo.

Estas líneas no pretenden un estudio sistemático y completo del Proyecto de Ley del Jurado. Se van a espigar exclusivamente algunos temas para realizar unos comentarios condicionados por una doble óptica. De un lado, se utilizará predominantemente el prisma de la práctica para analizar las soluciones del texto: comprobar cómo funcionaría el sistema que se pretende introducir imaginando supuestos prácticos concretos. De otro lado el proyecto se enjuiciará exclusivamente desde el punto de vista de la técnica jurídica. Conscientemente orillo todo el debate previo sobre los grandes temas como la conveniencia y oportunidad del jurado; la alternativa entre jurado puro y escabinado; la selección de jurados... Evidentemente que tengo mis ideas al respecto, pero estas anotaciones tienen pretensiones más modestas. Aunque no tengo ningún inconveniente en desvelar de forma simplemente enunciativa esas ideas para que el lector pueda hacer uso del instituto de la recusación ya desde el principio y no pueda acusarme de enmascarar mis recelos frente a la institución del Jurado bajo objeciones de pura técnica jurídica realizadas a un concreto Proyecto de Ley de Jurado. Entre los inconvenientes y las ventajas del Jurado personalmente pienso que pesan más aquéllos. Aunque tampoco tengo ningún empacho en reconocer como jurista —y esa razón sería suficiente para dictar la Ley del Jurado— que el artículo 125 de la Constitución³ obliga al legislador a establecer el Jurado y creo que cualquier interpretación que intente extraer de tal precepto constitucional otra consecuencia resulta manipuladora⁴. Por más que en mi opinión hubiese sido preferible no condicionar esa materia constitucionalmente y deferirla a una decisión del legislador. Y en la alternativa jurado puro-escabinado, me decanto también, por motivos que

ahora no es pertinente exponer en este momento, por éste último. Baste aquí indicar como muchos de los puntos problemáticos que aparecerán en las páginas siguientes encontrarían soluciones más fáciles y nítidas en el marco del Escabinado.

Y hecha ya en el pórtico de estas páginas esta confesión previa, procede pasar a desbrozar algunas de las numerosas cuestiones que sugiere la lectura del proyecto.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DEL JURADO

Está fijada a través de una alambicada y muy deficiente técnica legislativa que responde a puras razones estéticas y ornamentales. En lugar de establecer con claridad el ámbito de competencias del Tribunal del Jurado y dejar abierta la posibilidad de que se amplíe a través de sucesivas modificaciones legislativas, se opta por fijar en el articulado de la ley un cuadro de competencias (art. 1); para a continuación suspender la vigencia de ese régimen hasta que se apruebe el tantas veces prometido Código Penal de nueva planta y establecer otro marco de atribuciones que es el real (disposición transitoria 1.^a). Finalmente el texto hace un brindis al sol disfrazado de disposición transitoria (la 2.^a) al hablar de la progresiva ampliación del marco de competencias del Jurado «conforme lo permita la consolidación social de la institución».

No es que no se esté de acuerdo con lo que establece la disposición. Es que ese no puede ser jamás el contenido de una disposición normativa. Parece ignorarse que el legislador presente no puede vincular al legislador futuro. Esto es algo obvio⁵.

Lo lógico era trasladar el contenido de la disposición transitoria 1.^a al artículo 1.^o y dejar sin más las puertas abiertas para que el legislador futuro amplíe o reduzca ese ámbito de competencias. Pretender condicionar al legislador futuro es ponerle puertas al campo. Si el futuro legislador quiere con motivo de la aprobación del nuevo Código Penal actualizar esas competencias, bastará con que modifique expresamente a través de una disposición adicional de tal cuerpo legal el artículo 1 de la Ley del Jurado. Y si no lo desea, desoyendo así el «presunto» —«presunto» porque no es tal pese a su apariencia— mandato del inciso inicial de la disposición transitoria 1.^a del Proyecto de Ley del Jurado, no tendrá más que derogarlo a través de la Ley Orgánica que apruebe el Código Penal.

³ Por no hablar de la clamorosamente incumplida disposición adicional 1.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴ Aunque el tema no deja de ser discutible y ha sido discutido. Al respecto, e incluyendo una breve reseña de los partidarios de una u otra opción interpretativa, pueden verse Serrano Butragueño, *El Jurado a la luz del artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* en «Actualidad Aranzadi», año III, n.º 121; o González-Cuellas Serrano, *Por fin, el jurado*, en «Actualidad Jurídica Aranzadi», año IV, n.º 151. De los debates parlamentarios, sin embargo, pueden extraerse argumentos para defender que el artículo 125 de la Constitución no impone la institución del Jurado, sino que meramente la permite.

⁵ Se trata de una nueva versión, corregida y ampliada, de una técnica ya utilizada por el legislador en otras ocasiones. El paradigmático botón de muestra de estas fórmulas legislativas, dignas de cabalísticos estudios, es el párrafo 2.^o de la Disposición

Transitoria de la vigente Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Recordémoslo. En el párrafo primero se afirmaba la competencia de los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional para conocer de los delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes. El párrafo segundo reza así: «La legislación que pueda modificar esta atribución de competencias se inspirará en el principio de intermediación judicial». Al igual que se decía antes se puede estar de acuerdo con ese principio. Pero lo que resulta una estulticia jurídica es plasmar ese principio en una disposición legal dictada para que oblique al legislador futuro. Este podrá hacer caso o no a ese principio. Si discrepa de la misma a la hora de modificar esa atribución de competencia no tiene más que derogar esa norma: es más, necesariamente y en todo caso tendrá que derogarla.

Más claramente todavía la disposición transitoria 2.^a está vacía de todo contenido normativo y no tiene ningún grado de vinculatoriedad para el legislador futuro quien, si no comparte ese criterio, no tiene más que derogarla o, sencillamente, desoirla. Llevada al esperpento, la técnica utilizada supondría tanto como una ley que contuviese una disposición transitoria estableciendo que tal ley no será aplicable hasta que así lo disponga otra ley posterior y en la forma en que lo disponga esa ley posterior.

Entrando en la glosa de las competencias específicas del Tribunal del Jurado es precisa en primer lugar una referencia a los aforamientos. Los aforados quedan sometidos al Tribunal del Jurado, sin exclusión alguna como expresa el inciso final del artículo 1.2. La constitucionalidad de esa previsión en cuanto alcanza a los aforamientos establecidos por la Norma Fundamental es muy discutible. La Constitución habla de enjuiciamiento por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y esa afirmación no parece coherente con la atribución de facultades para el enjuiciamiento al Tribunal del Jurado. Además con esa previsión pierden toda razón de ser los aforamientos en el ámbito de la competencia del Tribunal del Jurado. La Sección de Hecho se forma de manera idéntica —no puede ser de otra forma— que en un supuesto de no aforamiento. La diferencia estríbará exclusivamente en la categoría del Magistrado que integra la Sección de Derecho con lo que pierde su razón de ser el aforamiento. Esa garantía quedará se traducirá exclusivamente en la pérdida de posibles recursos. Por este portillo, de otra parte, podremos encontrar al Jurado resolviendo supuestos de terrorismo, lo que en un principio ha querido evitarse. En efecto, el conflicto entre las normas competenciales de la Audiencia Nacional y los aforamientos, ha sido resuelto por el Tribunal Supremo dando prevalencia a éstos, con lo que el Tribunal del Jurado en supuestos de competencia por razón de aforamiento del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia podrá venir obligado a enjuiciar delitos relacionados con elementos terroristas.

En la selección de los delitos atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado han de buscarse infracciones caracterizadas por la simplicidad de la acción típica. En principio los delitos contra la vida se presentan como un buen ejemplo de ello. Por eso es acertada la decisión del Proyecto de incluirlos en la panoplia de competencias del Tribunal del Jurado. Pero no debe olvidarse la extrema complejidad técnica que rodea en ocasiones el enjuiciamiento de estas infracciones. Piénsese en la comisión por omisión, donde sólo se puede decidir sobre la culpabilidad o inocencia si se goza de conocimientos de técnica jurídica, a veces muy complicados para un lego. En el Proyecto actualmente en tramitación se confía a la Sección de Hecho no sólo la fijación de los hechos probados sino también la de-

claración de inocencia o culpabilidad lo que es una grave equivocación y engendrará grandes problemas si no se corrige en la tramitación parlamentaria. Un ejemplo real extraído de la práctica de los Tribunales ilustrará lo que se quiere expresar. Dos toxicómanos se inyectan heroína juntos. Uno de ellos pierde el conocimiento enseguida. Su compañero intenta reanimarlo, sin conseguirlo. Asustado, finalmente, lo deja abandonado, sin dar aviso a nadie. Fallecido el acompañante e iniciado el correspondiente proceso penal, la acusación particular postulará una condena por homicidio, consiguiendo el procesamiento. Si tales hechos hubieran de ser enjuiciados bajo la vigencia del Proyecto de Ley en tramitación, el Jurado deberá pronunciarse no sólo sobre los hechos y la intención del acusado (posible dolo eventual), sino también sobre la calificación como homicidio, imprudencia u omisión del deber de socorro⁶, lo que supone presumir en el Jurado unos conocimientos jurídicos (dolo eventual; posición de garante...) que sólo el especialista en derecho penal puede poseer. Hay temas, también en los delitos contra la vida, empapados de grandes dosis de tecnicismo jurídico que desaconsejan que el veredicto del jurado se extienda al juicio de inocencia o culpabilidad.

La competencia del Jurado respecto a los delitos contra la vida, se ciñe en el Proyecto a los delitos consumados (art. 7.1) lo que en mi opinión es un acierto. Aunque por algunos se ha apuntado que la limitación obedece a razones de tipo económico⁷, creo que existen también motivaciones de conveniencia técnica. Las difusas fronteras entre los delitos consumados de lesiones y los delitos frustrados contra la vida hace preferible que la fijación de esos linderos sea confiada en cada caso concreto a un Tribunal profesional. Esa cuestión de carácter sustantivo, además, repercutiría en el buen orden procesal enturbiando la claridad del procedimiento. La conversión, por mor de un cambio de tipificación en el acto del juicio oral, de un procedimiento común en otro competencia del Jurado ha de ser muy engorrosa y dilatoria y el mantenimiento de la competencia del Jurado para los delitos no consumados contra la vida sería un marco especialmente apto para propiciar esas situaciones (cambio de la acusación por lesiones consumadas en otra por homicidio frustrado).

En cuanto a los delitos cometidos por los funcionarios públicos que también se atribuyen a la competencia del Tribunal del Jurado (art. 1.1.b)⁸, también se encuentran algunos que pueden ser de endiablada complejidad. Así los delitos de malversación donde muchas veces el soporte probatorio casi exclusivo es un abultado volumen de documentos junto con informes periciales contrapuestos, cuyo estudio y valoración exige conocimientos técnicos y mucha paciencia. No se trata de figuras delictivas

⁶ Siempre que se le haya presentado ese abanico de calificaciones, lo que no siempre sucederá, tema que también plantea otros problemas adicionales que luego se analizarán.

⁷ Gisbert Gisbert y Mares Roger, *El proyecto de Ley del Jurado: sinopsis y observaciones críticas* en «Revista General del Derecho», año L, n.º 600, septiembre de 1994; pág. 9106.

⁸ En la primera fase, a tenor de la disposición transitoria 1.^a,

los delitos de infidelidad en la custodia de presos e infidelidad en la custodia de documentos (arts. 362 a 366); limitaciones a la libertad sexual (art. 383 y 384); cohecho y los casos más caracterizados de las malversaciones de caudales públicos (arts. 385 a 396); y los fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios y tráfico de influencias (art. 400 a 404 bis c).

adecuadas para confiar su enjuiciamiento a un Jurado puro.

Otras de las infracciones incluidas, como las exacciones ilegales, necesitan para su correcto enjuiciamiento de conocimientos jurídicos de alta cualificación técnica en muchos casos. No es posible dar un veredicto de inocencia o culpabilidad como exige el Proyecto al Jurado Puro sin contar con esos conocimientos.

LAS MODIFICACIONES EN LA FASE DE INSTRUCCION

El Proyecto introduce un procedimiento nuevo para la instrucción de las causas por delitos de la competencia del Tribunal del Jurado⁹, lo que no tiene ningún sentido, salvo que se barrunten motivaciones poco confesables. El juicio con jurado no exige especialidades en la fase de instrucción. Así lo demuestra la experiencia histórica: ninguna de nuestras precedentes leyes de Jurado realizaban modificaciones en la fase de instrucción.

Los textos previos al Proyecto se caracterizaban por una fuerte restricción a los poderes y facultades del Instructor. Las unánimes críticas de las asociaciones de jueces, fiscales y secretarios consiguieron, si no hacer desaparecer esa desafortunada iniciativa, sí al menos suavizar el alcance de la modificación. El Proyecto en este punto se aparta sensiblemente del inicial Borrador y esas limitaciones a los poderes del Instructor han sido muy edulcoradas y matizadas en los textos sucesivos, aunque en cierta medida persisten. Y esta consideración hace que todavía tenga menos sentido el mantenimiento de ese nuevo tipo de instrucción a unir a los dos ya existentes: el procedimiento abreviado (con sus subespecialidades) y el sumario ordinario.

La convivencia de diversos tipos de procedimientos genera grandes inconvenientes que se agigantan si el esqueleto de los diversos tipos procesales es dispar. El objeto del proceso penal se va definiendo progresivamente y su mutabilidad a lo largo del proceso, provoca la necesidad de transformar el procedimiento cuando la variación de tipo penal determina una modificación del cauce procesal. Esos cambios son soportables cuando los tipos procesales se edifican sobre principios idénticos y responden a un esquema similar, sin perjuicio de algunas variaciones (como sucede con el procedimiento abreviado y el sumario). Pero originan un desgaste procesal inútil cuando las desemejanzas entre uno y otro cauce obligan a repetir casi íntegramente toda la fase de instrucción. Y a eso se presta el sistema diseñado por el Proyecto. Se prevé el cambio del procedimiento de la Ley del Jurado a los procedimientos ordinarios al finalizar la fase de instrucción (art. 32.4), sin necesidad de reiterar diligencias. Igualmente se prevé la prorrogación de la competencia del Tribunal del Jurado para conocer de un delito no atribuido legalmente al mismo, si así resul-

ta de la modificación de conclusiones en el acto del juicio oral (art. 46.3). Pero no se articula ninguna respuesta para el supuesto inverso. Si en el momento del juicio seguido ante el Juez de lo Penal o Audiencia Provincial la acusación modifica sus conclusiones y califica los hechos como constitutivos de un delito competencia del Tribunal del Jurado, la única solución será la de decretar en ese momento la conversión del procedimiento al previsto en la Ley del Jurado y la necesidad de iniciar desde el principio toda la instrucción, pues la instrucción realizada a través de los cauces de los procedimientos comunes, no es homologable con la prevista para los delitos competencia del Tribunal del Jurado.

La Exposición de Motivos que acompaña al Proyecto intenta inútilmente justificar la introducción de ese nuevo modelo de instrucción para las causas competencia del Tribunal del Jurado. El esfuerzo, por definición, ha de ser infecundo y sin fuerza suasoria. Porque si el nuevo procedimiento tiene tantas ventajas, ¿por qué no se implanta para todos los procesos? Y, si no es así, ¿por qué se establece para el Tribunal del Jurado? Lo que nunca se conseguirá es convencer sobre la necesidad de que el proceso con Jurado esté dotado de una instrucción edificada sobre principios y trámites distintos que el resto de los procesos penales. Se ahonda así en la esquizofrenia procesal que caracteriza nuestro sistema.

Junto a la ya apuntada limitación de los poderes del Instructor, la fase de instrucción se caracteriza en el nuevo tipo procesal frente al modelo tradicional, por la introducción en gran medida de los principios de preclusión y concentración, junto con la potenciación de la oralidad. A mi juicio tales principios crean un clima sofocante y se compadecen mal con la flexibilidad que ha de caracterizar la fase de instrucción: cada asunto tiene unas peculiaridades propias y la actividad instructora es poco apta para ser encasillada en momentos preclusivos. El artículo 27.4 del Proyecto, por ejemplo, es preocupante, pues parece dar a entender que el retraso en un solo día del Ministerio Fiscal en presentar la solicitud de apertura del juicio oral determinará ineludiblemente el sobreseimiento de la causa.

La actividad procesal previa al juicio oral se articula a base de continuas comparecencias y audiencias que entroncan con el principio de concentración y que, según enseña la práctica, suelen ser motivo de dilaciones por las frecuentes e inevitables suspensiones. Junto a la audiencia previa a la decisión sobre la libertad o prisión que se establece para todos los procedimientos y que se analizará después, la instrucción de las causas competencia del Tribunal del Jurado comienza con una comparecencia (art. 25) a la que deben asistir el imputado asistido de letrado, el Fiscal y demás partes personadas. Igualmente han de ser convocados los perjudicados y ofendidos por el delito¹⁰. Junto a otros contenidos, en esa comparecencia se ha de formular por las partes la solicitud de diligencias de investigación que consideren oportunas. La aparición de nuevos im-

⁹ Piénsese en la modificación de una violación a un delito de sollicitación sexual o la inclusión de éste; o la mutación de un de-

lito de apropiación indebida en un delito de malversación; por indicar dos ejemplos perfectamente imaginables.

¹⁰ Que en algunos casos pueden ser muchos.

putados¹¹ determinará la necesidad de nuevas comparecencias similares. Y la aparición de nuevas imputaciones obligará a reproducir igualmente la comparecencia.

Tras la práctica de las diligencias de investigación resultantes de la resolución que sigue a la comparecencia, se da traslado a las partes para la solicitud de apertura del juicio oral, aunque cabe pedir nuevas diligencias¹² en el preclusivo término de los tres días siguientes al de la comparecencia o al de aquel en que se practique la última de las diligencias acordadas, lo que obliga a las partes a estar especialmente atentas para evitar que transcurra ese plazo perentorio. Olvida el prelegislador que la denegación de algunas diligencias de investigación solicitadas es susceptible de apelación y que el recurso puede resolverse con posterioridad al trámite de traslado a las partes acusadoras para solicitar la apertura del juicio oral. No se ha previsto algo semejante a lo establecido en el párrafo último del artículo 622 para el procedimiento ordinario.

Obviando ahora otras posibles incidencias, tras la petición de apertura del juicio oral sigue la denominada audiencia preliminar, donde pueden practicarse nuevas diligencias de prueba y cuya finalidad es proporcionar al Juez los elementos para decidir sobre la apertura o no del juicio oral (arts. 30 y 31). Aunque todavía el Instructor después de esa audiencia está facultado para acordar nuevas diligencias antes de decidir (art. 32.3).

Abierto el Juicio oral se emplaza a las partes ante el Tribunal competente, donde igualmente puede ser necesaria una vista previa tramitada con arreglo a lo previsto para los artículos de previo pronunciamiento para resolver las cuestiones previas que con gran amplitud prevé el artículo 36.1.

El sistema que se ha expuesto esquemáticamente resulta excesivamente complejo y encorseta la fase de instrucción de forma poco deseable, lo que pone de relieve con más fuerza la improcedencia de diseñar un sistema de instrucción nuevo para el ámbito del Tribunal del Jurado. Sistema que, por otra parte, es difícil de armonizar con muchas de las instituciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse establecido las necesarias concordancias. Entre otras, la rebeldía. No se prevé nada para el supuesto de que el imputado esté en paradero desconocido y por tanto no pueda celebrarse la comparecencia que prevé la ley. O, al menos no pueda realizarse ni con su presencia ni con la de su letrado. Aunque el modelo puede funcionar en investigaciones muy simples, sus complicados engranajes han de chirriar necesariamente en los casos de investigaciones complejas (por ejemplo, grandes malversaciones), donde la rigidez del nuevo modelo de instrucción va a ser fuente de dilaciones.

¹¹ O «presuntos inculcados» como reza la redacción del nuevo artículo 309 bis que propone el Proyecto incurriendo en un defecto que hereda del actual artículo 118. El confusionismo a la hora de designar a la parte pasiva del proceso penal llega así en nuestra ley al paroxismo. Junto al «imputado», «presunto reo», «procesado», «encartado», «acusado», tenemos al «presunto in-

MEDIDAS CAUTELARES: EL NUEVO REGIMEN DE LA PRISION PROVISIONAL

La prisión provisional es también afectada por el Proyecto de Ley del Tribunal del Jurado de forma innecesaria, como señaló en su informe el Consejo General del Poder Judicial. La reforma es particularmente desdichada en estos momentos en que se ha levantado una polémica sobre la prisión preventiva por causas nada desconocidas y muy sospechosas. Precisamente en una época en que el uso de la prisión preventiva que hacen los Jueces es mucho más cauta y constitucional, se han desatado las críticas a la misma tachando de abusivas las decisiones de los Jueces de Instrucción cuando determinadas personas de los estratos sociales más altos han sido sometidas a tal medida, en lo que representa algo más que una simple coincidencia. Del famoso «entran por una puerta y salen por la otra», palabras cuyo eco todavía resuena por su cercanía en el tiempo y que estaban en boca de responsables políticos y de muchos sectores sociales, se ha pasado a la denuncia del vigente régimen de prisión preventiva, como si ésta fuese un invento de los últimos años, desconocido anteriormente. Ahora parecen descubrir muchos que existe la prisión preventiva. No es que comparta plenamente el régimen de prisión preventiva que establece nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 503 y 504 que, desde luego, son susceptibles de algunas mejoras. Pero si hay un momento poco adecuado para abordar su reforma sería éste.

El Proyecto incorpora un nuevo artículo 504 bis.2 que introduce las siguientes novedades:

- Tras la detención es preceptiva en el plazo de setenta y dos horas la celebración de una audiencia con la asistencia preceptiva del Ministerio Fiscal, imputado y letrado de la defensa. También han de ser convocadas el resto de las partes personadas. La audiencia es obligada aunque el Juez no tenga duda alguna de que debe acordarse la libertad provisional, lo que supondrá una prolongación injustificada de la situación de detención en algunos casos.
- La decisión sobre la procedencia de decretar la libertad o prisión provisional sólo puede producirse tras la celebración de esa audiencia. Para acordar la prisión es necesario que alguna de las partes la inste (nueva merma a los poderes del Juez de Instrucción, que sería lógica en un contexto normativo en que estuviese debidamente reforzada y garantizada la imparcialidad del Ministerio Fiscal).
- En la audiencia se pueden proponer medios de prueba siempre que sean susceptibles de practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes. Nada se dice sobre las facultades del instructor de denegar tales medios de prueba y, en su caso, de los eventuales recursos.

culpado», expresión cuyo significado no se alcanza a comprender. O se es inculcado o no se es inculcado. Pero qué se quiera decir con la fórmula «presunto inculcado» es algo enigmático.

¹² Supuesto que es frecuente en la práctica en que de la realización de unas diligencias se deriva la necesidad de solicitar otras nuevas.

- La audiencia ha de celebrarse precisamente ante el Juez o Tribunal que deba conocer de la causa. Aparece así un grave problema práctico: las detenciones practicadas fuera del partido judicial del Juez llamado a conocer de los hechos. Problema que se acrecienta con la necesidad de desplazamiento del detenido cuya asistencia a la audiencia es preceptiva. Y no parece muy factible la celebración de esa audiencia a través del auxilio judicial.
- Si la audiencia no puede celebrarse, el Juez puede acordar la prisión o la libertad pero deberá convocarla de nuevo dentro de las setenta y dos horas siguientes. No se prevé qué sucederá si tampoco puede llevarse a cabo por incomparecencia del imputado. La experiencia enseña que son muchos los imputados que desoyen sistemáticamente las citaciones, lo que puede convertir el sistema en una cadena ininterrumpida de citaciones y suspensiones, cuando en algunos casos sería evidente la procedencia de la libertad provisional a la vista de la pena señalada al delito y demás circunstancias.
- En el párrafo 4.º del nuevo precepto se introduce un importante matiz que parece modificar el régimen de la prisión preventiva actual: para decretar la prisión provisional parece exigirse además de los presupuestos generales de los artículos 503 y 504 la constatación de que existe «riesgo de fuga», aunque la fórmula empleada es gramaticalmente incorrecta¹³. En una primera aproximación se desprende que la exigencia de riesgo de fuga para decretar la prisión provisional sólo jugará en el caso de que la audiencia no haya podido celebrarse pero no en los demás casos en que deberá estarse exclusivamente a lo dispuesto en los artículos 503 y 504 de la ley. Pero el auténtico riesgo estriba en que se intente extrapolar ese nuevo requisito a todos los supuestos exigiendo siempre para toda decisión de prisión la existencia de riesgo de fuga y olvidando que la prisión provisional cumple otras finalidades (prevención especial; evitar ocultación de pruebas...). En los delitos de mayor gravedad la prisión preventiva se impone, cuando la base probatoria es sólida, aunque esté completamente descartado el peligro de fuga.

Ese régimen, excesivamente rígido a mi juicio, se completa con una modificación del artículo 539. Toda decisión a lo largo del curso de la causa que agrave la situación personal del imputado habrá de ir precedida de una audiencia en los términos descritos. Con una salvedad, la prisión puede adoptarse directamente cuando el Juez o Tribunal entiendan que hay riesgo de fuga, si bien en tales casos deberá celebrarse la audiencia *a posteriori*.

¹³ Se dice: «Si por cualquier razón la comparecencia no pudiera celebrarse, el juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurren los presupuestos y estimase riesgo de fuga...». Parece en una interpretación puramente literal que el riesgo de fuga ha de concurrir para decretar la libertad provisional.

¹⁴ A este respecto resultan de enorme interés los trabajos de

ESPECIALIDADES EN MATERIA DE PRUEBA

Marginando otras cuestiones más generales, muchas de ellas de psicología jurídica o incluso meta-jurídicas¹⁴, y centrándonos en el Proyecto de Ley que se comenta, lo que más llama la atención en este punto es el régimen especial de valoración de la prueba sumarial que se aparta radicalmente de lo establecido jurisprudencialmente y a impulsos tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo para el resto de los procesos. Resultaría superfluo exponer ahora detalladamente las líneas de esa jurisprudencia que es ya bien conocida y es aplicada diariamente por todos nuestros Jueces y Tribunales. El principio general de que la sentencia ha de dictarse con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) no es tan absoluto que haga perder todo su valor probatorio a la actividad sumarial. Las diligencias sumariales pueden servir de base para dictar una sentencia condenatoria cuando han sido reproducidas en el juicio oral; cuando su resultado ha podido ser sometido a contradicción; o en los supuestos, con ciertas matizaciones, en que se hace imposible su reproducción en el juicio oral (caso de testigos fallecidos o en desconocido paradero). El artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debidamente interpretado mantiene su vigencia. Igualmente las declaraciones sumariales realizadas con todas las garantías, aunque luego sean rectificadas en el acto del juicio oral, permiten al Juez o Tribunal entrar a dilucidar qué versión de los hechos merece mayor credibilidad y, en su caso, basar la sentencia condenatoria en la declaración sumarial debidamente contrastada en el acto del juicio oral. Todos cuantos desempeñan su labor en los tribunales penales conocen múltiples casos en que la presunción de inocencia se considera destruida precisamente en virtud de confesiones o declaraciones sumariales. Significativamente frecuente es ésto en delitos contra la vida: la confesión inicial ante el Juez de Instrucción es luego desmentida en el acto del juicio y, sin embargo, aquella, es tomada en consideración, al merecer mayor fiabilidad, como elemento decisivo para motivar una sentencia condenatoria.

Pues bien este sistema jurisprudencial, lleno de matices y de contrapesos, quebrará completamente en el juicio ante el Tribunal del Jurado si el Proyecto de Ley llega a cobrar vigencia con su actual redacción.

El Proyecto traza los nuevos perfiles de esta cuestión en sus artículos 34 y 44.5. El primero de los preceptos citados ordena al Juez de Instrucción, al acordar la apertura del juicio oral, la deducción de testimonio de los escritos de calificación de las partes, el propio auto de apertura del juicio oral y *las diligencias no reproducibles y que hayan de ser ratificadas en el acto del juicio oral*. Estas diligencias su-

Paul de Velasco, *Estudios psicosociales sobre la toma de decisión de los miembros del jurado y De la composición y del veredicto del jurado. Comentarios psicológicos al Anteproyecto de Ley del Jurado en «Jueces para la Democracia»*, números 14 y 20, respectivamente.

mariales (un informe de balística; el informe de autopsia; o en general los informes periciales) pueden ser exhibidas al Jurado durante la práctica de la prueba (art. 44.4).

El régimen es distinto para el resto de las diligencias sumariales. Las partes pueden pedir testimonio de las mismas para utilizarlas durante el juicio oral (art. 34.3). En el curso de éste las partes pueden interrogar a acusados, testigos y peritos sobre las posibles contradicciones entre las declaraciones o informes que están prestando en ese acto y las que verificaron durante la fase de instrucción (art. 44.5.1°). Hasta aquí todo resulta adecuado. Pero lo más grave viene a continuación. A tenor del inciso final del art. 44.5.1° las declaraciones sumariales previas no pueden ser objeto de lectura en el acto del juicio, lo que dificulta la forma de interrogar sobre las posibles contradicciones, aunque sí pueden unirse al acta que será entregada al jurado antes de reunirse para deliberar (art. 51.3). Y, por fin, el artículo 44.5.2° proclama enfáticamente que «las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción no podrán constituir prueba sobre los hechos en ellas afirmados». De esa forma parece que el prelegislador está pensando en que las contradicciones puestas de manifiesto en el juicio pueden constituir un elemento indiciario para no dar credibilidad a lo que se ha declarado en el juicio, pero nunca pueden servir para apoyar la convicción precisamente en la declaración sumarial. Esto es absurdo y contradice no ya sólo la doctrina jurisprudencial al respecto, sino también la lógica, alentando un indeseable impunidad en muchos casos. Algunos ejemplos pueden adornar ese aserto:

- No es infrecuente en los delitos contra la vida que el imputado confiese los hechos ante el Juez de Instrucción, debidamente asistido de letrado. Y tampoco lo es que llegado el momento del juicio oral, cuando ya ha tenido ocasión de meditar sobre las consecuencias de esa confesión y sobre la inexistencia de otras pruebas de cargo suficientes, se retracte. En el sistema actual el Tribunal a la hora de dictar sentencia podrá basar la condena exclusivamente en esa inicial confesión si le merece total credibilidad, siempre que en el acto del juicio oral se haya interrogado sobre esa confesión. En el sistema ideado por el Proyecto de Ley, las cosas cambian. Si el acusado niega los hechos en el acto del juicio oral, cabrá la posibilidad de interrogar sobre esas contradicciones, pero como la declaración anterior no puede leerse en el juicio oral, quedará la duda de hasta qué punto puede utilizarse esa confesión para fundamentar el veredicto de culpabilidad. Y, sobre todo, bastará que el acusado se niegue a declarar sobre esos extremos usando su derecho constitucional, para que quede completamente prohibida la posibilidad de valorar la inicial confesión, por clara, convincente y detallada que haya sido en virtud del mandato expreso del artículo 44.5.2° del Proyecto.
- Idénticos son los resultados respecto de las declaraciones de los coimputados. La negati-

va del coimputado en el acto del juicio oral a declarar sobre sus imputaciones sumariales frente a otros acusados, impide absurdamente entrar a valorar las mismas.

- Con las declaraciones testificales sucede algo semejante, aunque con algunas modulaciones. El testigo no puede negarse a declarar. Pero sí puede ampararse en el olvido para rechazar toda explicación de eventuales contradicciones y afirmar con rotundidad que lo que declara en el juicio oral es lo que se ajusta a la realidad. De esa forma también va a ser más que problemática la posible utilización de sus declaraciones sumariales, aunque exista la convicción absoluta de que son más fieles a lo realmente sucedido.
- Y, por último, queda el tema de las pruebas sumariales que, por motivos independientes de la voluntad de las partes, no pueden reproducirse en el acto del juicio (art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) como sucede con el testigo sumarial fallecido inesperadamente o ilocalizable al empezar las sesiones del juicio oral. Aunque aquí las cautelas deben ser mayores, no cabe, como se deduce del Proyecto, negar toda relevancia a esa actuación sumarial.

El principio de valoración de la prueba practicada en el juicio oral no puede ser tan absoluto que lleve a negar toda relevancia probatoria a las actuaciones sumariales. Singularmente es válida tal apreciación para aquellas actuaciones sumariales que se hayan realizado con arreglo al principio de contradicción y con asistencia de todas las partes y posibilidad de preguntas y repreguntas, lo que va a suceder con frecuencia en el procedimiento diseñado en el Proyecto en el que la primera declaración del imputado y, en su caso, de muchos de los testigos, se realizará en la comparecencia prevista en el artículo 25 con asistencia de los letrados respectivos y presencia del propio imputado. Salvado el principio de contradicción, no tiene sentido negar relevancia probatoria a esas declaraciones.

Y menos sentido tiene aún establecer un doble régimen de valoración de la prueba sumarial según estemos ante un Tribunal del Jurado o ante los procedimientos comunes. ¿Qué motivo existe para ser más escrupuloso y riguroso a la hora de valorar la prueba sumarial en los delitos de la competencia del Tribunal del Jurado? El sistema puede dejar muy malparado el principio de la verdad material, irrenunciable en el ámbito del proceso penal. Pero si se conviniese en que el modelo del Proyecto es el adecuado, ¿por qué reducir su vigencia al procedimiento competencia del Tribunal del Jurado? Otra vez emerge esa esquizofrenia intolerable: establecimiento de delitos cuya probanza, por imperativo legal y no por razones relacionadas con sus estructuras típicas, es más difícil que en la generalidad de las infracciones penales. En un asesinato cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal del Jurado la confesión sumarial del acusado, asistido de letrado, pero desmentida en el acto del juicio determinará la absolución si no existen otros elementos de convicción suficientes por sí solos. Si ese mismo asesina-

to por haber sido cometido por un nacional fuera de nuestras fronteras, es enjuiciado por la Audiencia Nacional, la confesión sumarial, en las mismas condiciones, podrá determinar una sentencia condenatoria. Por esa vía se crea un escenario adecuado para cierto impunitismo en el ámbito del Tribunal del Jurado que puede conducir a su desprestigio social. Los delitos sometidos a tal Tribunal, y entre ellos los cometidos por los funcionarios públicos, gozarán de un régimen de valoración de la prueba más severo que el resto de los delitos.

En otro orden de cosas, no se prevé específicamente en el Tribunal del Jurado la posibilidad de que se practiquen pruebas no propuestas por las partes pero que el Tribunal considere necesarias, tal y como sucede en los procedimientos ordinarios (art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Posiblemente se trate de una omisión consciente¹⁵. Pero aunque fuese así creo que el Proyecto deja margen para sostener la interpretación, que considero más conveniente, de la viabilidad de ese mecanismo procesal que sirve igualmente al principio de la verdad material, no dejando que el Tribunal quede constreñido por la desidia, olvido —consciente o no— o pasividad de las partes acusadoras. En la regulación del Proyecto parece que esa facultad habría de residenciarse en el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, lo que no es coherente, pues quien ha de valorar la prueba y debe decidir si resulta necesaria la introducción de nuevos elementos de prueba debe ser el propio Jurado. Como no resulta congruente que la suspensión del juicio por incomparecencia de testigos sea decidida autónomamente por el Magistrado-Presidente, sin intervención alguna del Jurado. Quien debe valorar la prueba es el órgano adecuado para decidir si resulta imprescindible la declaración de un testigo no comparecido. La valoración que a tales efectos haga el Magistrado-Presidente puede correr por terrenos muy distintos de la que haga el Tribunal del Jurado. El tema no está específicamente previsto en el Proyecto de Ley y sería plausible que en esa decisión de suspensión o no se confiase intervención al Jurado.

En materia de conformidad, al igual que ha sucedido con el procedimiento abreviado, se olvida el prelegislador de prever la conformidad producida en la fase intermedia a través de los escritos de calificación (art. 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y si en el procedimiento abreviado tal laguna ha podido ser suplida por el régimen supletorio establecido en el artículo 780, en el procedimiento competencia del Tribunal del Jurado la cuestión presenta más dificultades por las peculiaridades y puede llevar a la necesidad de constituir el Jurado —procedimiento engorroso y enojoso—, pese a existir ya esa conformidad plasmada en los escritos de conclusiones.

Sí se contempla en el artículo 48 la disolución del Jurado por conformidad al inicio del juicio, siempre que las penas se mantengan dentro de los límites de seis años de privación de libertad. En esos ca-

sos se faculta al Magistrado-Presidente para acordar la continuación del juicio cuando considere que existen motivos bastantes para estimar que el hecho justificable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado (art. 48.2). Semejantes atribuciones se le otorgan cuando, pese a la conformidad, estima que los hechos pueden no ser constitutivos de delito o puede existir una causa eximente o atenuante no apreciada. Pero en tales supuestos, al igual que en el procedimiento abreviado (art. 790.3.2º) no se lleva a cabo íntegramente el juicio, sino únicamente una audiencia a las partes antes de someter al Jurado el objeto del veredicto. Dos observaciones sugiere este punto. De un lado que el prelegislador no ha contemplado otros posibles motivos, como la prescripción del delito, que debieran permitir rechazar la conformidad. Y, de otro, que la apreciación de una eximente que aparezca como muy probable pero no segura, puede exigir la práctica de cierta prueba en el juicio, como la pericial. Y en esos supuestos, en caso de conformidad, el Magistrado-Presidente habrá de estar a tal conformidad, quedándole vedada improcedentemente la posibilidad de iniciar el juicio a los efectos de decidir sobre la concurrencia o no de esa eximente, o, en su caso, atenuante.

La articulación que se da al principio de presunción de inocencia resulta ingeniosa. Se presentaba como tarea ardua la de combinar con el Tribunal del Jurado la consolidada doctrina jurisprudencial, repleta de matices y excepciones que sólo un técnico en derecho puede conocer, sobre el principio constitucional de presunción de inocencia. Al finalizar el juicio oral, la defensa puede solicitar del Magistrado-Presidente o éste decidir de oficio la disolución del Jurado si considera que la actividad probatoria de cargo desarrollada es insuficiente para motivar una sentencia condenatoria sin vulneración del principio constitucional de presunción de inocencia (art. 47), en cuyo caso al término del tercer día deberá dictar sentencia absolutoria motivada. El Proyecto parece exigir una decisión inmediata. Pero la lógica impone que en muchos casos el Magistrado-Presidente deba utilizar un cierto tiempo para adoptar esa decisión de gran relevancia. No obstante amenaza un peligro a la vista de los términos en que aparece redactado el Proyecto. El Magistrado-Presidente, para no usurpar las funciones del Jurado, debe limitarse a constatar si existe actividad probatoria de cargo. No puede entrar a valorar ese bagaje probatorio. Su posición en ese momento será semejante a la que debe adoptar el Tribunal Supremo al decidir un recurso de casación por vulneración de la presunción de inocencia; o el Tribunal Constitucional al examinar un recurso de amparo por vulneración del citado derecho fundamental. El Magistrado-Presidente ha de plantearse exclusivamente si en el caso de dictarse una sentencia condenatoria la misma podría ser anulada por vulneración de la presunción de inocencia. No puede ir más allá y en particular debe vencer la tentación de disolver el Jurado en todos

¹⁵ No comparto en absoluto las consideraciones apuntadas por algunas sentencias sobre la inconstitucionalidad de tal precepto, en doctrina que, sin embargo, no puede estimarse conso-

lidada en la Sala 2.ª del Tribunal Supremo al existir otros pronunciamientos que apunta en la dirección contraria (sentencias de 1 de diciembre de 1993).

los casos en que personalmente considere que él dictaría una sentencia absolutoria por no parecerle suficientemente convincentes los elementos probatorios de cargo aportados. Como esa decisión es fácilmente revisable y para disipar esos peligros, creo que debiera articularse alguna forma de impugnación de la misma (¿apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia?: artículo 846 bis a), que, por lo expuesto, no supondría en modo alguno romper con el principio de la única instancia, al igual que tampoco afecta a ese principio la revisión de sentencias condenatorias por el Tribunal Supremo por vulneración de la presunción de inocencia.

El tratamiento de la prueba ilícita no merece un juicio favorable pues deja muchas cuestiones sin resolver. Al personarse las partes ante el Tribunal una de las cuestiones previas que pueden plantear es la vulneración de algún derecho fundamental (art. 36.1.b). Por ahí puede reconducirse la impugnación de una prueba sumarial por considerarla ilícita, correspondiendo al Magistrado-Presidente, tras la tramitación como artículo de previo pronunciamiento, la decisión al respecto, decisión que es susceptible de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (apelación que tendrá indudables efectos dilatorios). No se vuelve a aludir al tema de la prueba ilícita hasta llegar al momento de las instrucciones que ha de dirigir el Magistrado-Presidente al Jurado, una vez finalizado el juicio e inmediatamente antes de comenzar la deliberación. El apartado 3 del artículo 52 establece que en ese trámite de instrucciones del Magistrado-Presidente ha de advertir a los componentes del Jurado para que «no atiendan a aquellos medios probatorios cuya ilicitud o nulidad hubiese sido declarada por él».

El tratamiento, una vez más, es marcadamente insuficiente y soslaya los grandes problemas que se esconden tras la prueba ilícita. De un lado no se precisa con claridad en qué momento el Magistrado-Presidente deberá haber hecho esa declaración de ilicitud. Ciertamente que puede hacerlo en el trámite de las cuestiones previas, pero es claro que ese momento no puede ser preclusivo a tales fines, pues la ilicitud de una prueba puede ponerse de manifiesto con posterioridad e incluso durante el propio juicio oral. Durante éste no prevé el Proyecto nada sobre tal declaración de ilicitud y su posible impugnación. De otra parte, la declaración de ilicitud de una prueba exige conocimientos jurídicos, por lo que sólo un técnico en derecho puede realizar esa declaración. Pero no es sólo una cuestión jurídica pues en ella se entremezclan también temas fácticos de pura valoración probatoria. Así, los supuestos en que se discute si el delito era flagrante o no a los efectos de estar autorizada una entrada en el domicilio sin necesidad de mandamiento judicial. Para determinar si hay o no flagrancia será preciso en primer lugar determinar cuál era la situación fáctica, lo que muchas veces no aparece con claridad y exige valoraciones probatorias. O, utilizando otro ejemplo paralelo, a veces la cuestión de si la entrada y registro es prueba lícita o no, depende de determinar si hubo o no consentimiento del titular del domicilio. Este puede negarlo y afirmarlo sin embargo los agentes policiales.

La cuestión de si los resultados de ese registro domiciliario superan el test de legalidad y por tanto pueden ser valorados como elementos de convicción exige una valoración de una cuestión puramente fáctica: efectivamente en el supuesto concreto hubo consentimiento o no. Una vez más se entremezclan cuestiones fácticas y jurídicas, sin que el Proyecto haya acertado a dar una solución clara. Hasta que no se fijen los hechos, lo que corresponde al Jurado el Magistrado-Presidente no podrá determinar si la prueba es lícita o no. Y confiar esa decisión al Magistrado-Presidente supone, de un lado, usurpar las funciones más propias del Jurado: la fijación de los hechos. Y, de otro, correr el riesgo de que su valoración fáctica no coincida con la que realice el Tribunal del Jurado. En este punto, al igual que en la necesaria motivación de las sentencias, el escabinado se presenta como una vía apta para sortear airosamente algunas difíciles encrucijadas, en cuanto evita la a menudo imposible tarea de discriminar cuestiones fácticas y jurídicas.

EL VEREDICTO

El Proyecto pretende armonizar las características del Jurado Puro con las exigencias constitucionales de motivación de las sentencias, en labor que no es nada fácil. El artículo 59.1.d), al expresar el contenido del acta de la votación, aborda esta cuestión al indicar que en su cuarto apartado el acta habrá de contener «una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados». No será sencillo en muchos supuestos compatibilizar las diversas apreciaciones de cada uno de los miembros del Jurado que pueden estar motivados en su votación por consideraciones muy dispares y, a veces, incluso contradictorias. Por esas dificultades esa sucinta explicación puede llegar a degenerar en una simple fórmula ritual donde ser enumeren sin aditamento argumental alguno los distintos elementos de prueba practicados.

Muchas más disfunciones puede generar la atribución al Jurado no sólo de la determinación de los enunciados fácticos que se consideren probados, sino también de la declaración de culpabilidad o inculpabilidad de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos imputados (art. 59.1.c). Estamos ante un grave desacierto, porque para realizar la declaración de culpabilidad o inculpabilidad se precisan conocimientos jurídicos de los que carece el Jurado. No se trata ya de que ese pronunciamiento sobre la culpabilidad o no pueda resultar contradictorio con los hechos que se declaran probados, cuestión que queda resuelta en el Proyecto mediante la devolución del acta al Jurado por el Magistrado-Presidente (art. 61.1.d). Están en juego otras cuestiones.

Dado que el veredicto alcanza no sólo a las cuestiones fácticas sino también a su calificación jurídica, en la determinación de su objeto el Magistrado-Presidente debe incluir el delito o delitos por los que el acusado debe ser declarado culpable o no culpable (art. 50.1.d) y e). La declaración de culpabilidad o no ha de versar precisamente sobre los delitos

contenidos en el escrito donde el Magistrado plasma el objeto del veredicto. De ahí que se prevea, a iniciativa del Magistrado, la posibilidad de «añadir... calificaciones jurídicas favorables al acusado (y distintas de las efectuadas por las acusaciones), siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable». Pero esa posible adición se hace por el Magistrado-Presidente a tenor de la valoración de la prueba que él pueda verificar (art. 50.1.g), pues desconoce por qué derroteros va a discurrir la valoración realizada por el Jurado. Los posibles cambios de tipificación penal pueden ser muy variados. Un delito de malversación de caudales públicos, por ejemplo, puede convertirse en un delito de apropiación indebida, según la valoración de la prueba que se haga. O un delito de homicidio en un delito de imprudencia con resultado de muerte. O el mismo delito de homicidio en un delito de omisión del deber de socorro. Si el Magistrado-Presidente considera que el resultado de la prueba conduce a un delito de homicidio por dolo eventual y, por tanto, se abstiene de incluir en el escrito para la determinación del objeto del veredicto otras posibles calificaciones, puede surgir la sorpresa de que el Jurado defina como probados hechos constitutivos de un delito de imprudencia, pero declare la no culpabilidad por el delito de homicidio, única calificación incluida en el escrito y única por la que puede pronunciarse el veredicto de inocencia o culpabilidad. Igual puede suceder con la malversación de caudales públicos y la apropiación indebida. Y los ejemplos podrían multiplicarse (asesinato y homicidio; homicidio y omisión del deber de socorro; ...). Es al menos dudoso que en esos casos el Magistrado-Presidente pueda devolver el acta, aunque a la vista de los artículos 61.1.d) y 62.1 podría interpretarse que sería factible proceder a la devolución del acta al Jurado incluyendo *ex novo* la calificación novedosa que puede resultar de los hechos declarados probados. Pero, aún admitiéndose esa solución, no se entiende el porqué de ese empecinamiento en confiar al Jurado una cuestión puramente jurídica como la declaración de culpabilidad o inocencia para someterla luego al visto bueno del Magistrado-Presidente a través del mecanismo de devolución del acta. Es más lógico que se confiriese directamente la facultad de extraer las consecuencias jurídicas de las declaraciones fácticas realizadas por el Jurado al Magistrado-Presidente y no crear ese absurdo mecanismo de aparentar que esa decisión la adopta el Jurado cuando, en definitiva, a través de la devolución del acta, será el Magistrado-Presidente quien decida si la valoración jurídica es correcta o no, partiendo de los hechos probados definidos por la Sección de Hecho.

EL SISTEMA DE RECURSOS

Se producen aquí también sensibles variaciones a través de la extensísima disposición final 2.ª que dedica a esta materia sus apartados 14 a 17. Las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado son apelables ante la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente

Tribunal Superior de Justicia. Y, a su vez, frente a la resolución que decida la apelación cabe recurso de casación.

El cuadro de la impugnabilidad de las sentencias en el proceso penal quedará configurado de la siguiente forma:

- Frente a las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado será posible la apelación y la casación.
- Frente a las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal, exclusivamente apelación.
- Y, por fin, las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial serán recurribles exclusivamente en casación.

La disparidad de régimen no se entiende ni es justificable.

Sin embargo el recurso de apelación en el ámbito del Tribunal del Jurado no es tal. Se configura como un auténtico recurso extraordinario por motivos tasados, lo que rompe con toda la tradición procesal: a partir de la entrada en vigor de la Ley quedarán inservibles todos los tratados clásicos de Derecho Procesal que definían la apelación como el más caracterizado de los recursos ordinarios.

Los motivos tasados de este innovador recurso de apelación están enumerados en el que será nuevo art. 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se recogen los clásicos motivos de casación por quebrantamiento de forma de los arts. 850 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (letra a), y por infracción de precepto legal o constitucional (arts. 849.1 de la Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), aunque ceñidos éstos a los errores en la calificación legal, determinación de la pena y fijación de responsabilidades civiles (letra b). La letra d) recoge un motivo exclusivamente aplicable al Tribunal del Jurado: la indebida disolución del Jurado.

Los restantes motivos representan variaciones sobre un mismo tema: la presunción de inocencia. Por un lado, la letra c) establece como motivo de apelación la desestimación de la disolución del Jurado por inexistencia de prueba de cargo. Ante la existencia de ese motivo carece de sentido el siguiente que literalmente reza así:

«Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta».

La redacción de esa norma proviene de las sugerencias contenidas en el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto. Por ese portillo se introduce la posibilidad de revisar completamente la valoración de la prueba que haya realizado el Jurado, minándose los mismos fundamentos de la Institución: el Tribunal profesional impone en definitiva sus criterios sobre valoración de la prueba, pues el término «razonable» no es un límite preciso para fijar los contornos de la potestad de revisión de la prueba del Tribunal de Apelación. El posible exceso de los Tribunales de Apelación en esa revisión de la valoración de la prueba, suplantando el criterio del Tribunal del Jurado por el propio, difícilmente va a poder ser corregido a través del recurso de casación dados los limitados cauces de éste. La interpretación más o menos laxa de ese motivo

puede provocar que en algunos territorios la apelación frente a las sentencias del Tribunal del Jurado se convierta en una auténtica apelación (*novum iudicium*) aunque solo para las sentencias condenatorias, subvirtiendo las mismas bases de lo que significa un Tribunal del Jurado.

Aunque existan razonadas y muy atendibles tesis doctrinales que tienden cada vez más a identificar el clásico *in dubio* con el principio constitucional de presunción de inocencia, lo cierto es que conforme a nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional, ambos principios han de permanecer netamente diferenciados. Existiendo un mínimo de actividad probatoria de cargo, queda salvada la presunción de inocencia, y la valoración de esa prueba ha de corresponder en exclusiva en un sistema de Jurado a éste, sin que la misma pueda ser revisada por un Tribunal profesional. La inexistencia de prueba de cargo —ámbito propio de la presunción de inocencia— se hará valer a través del motivo contenido en la letra c) del artículo 846 bis c) antes comentado. Este otro motivo de la letra d) o es poner albarda sobre albarda o es introducir la posibilidad de que el veredicto del jurado sea revisado por jueces profesionales. Pero sólo el veredicto condenatorio y no el absolutorio. Y si se permite esa revisión, como hace el Proyecto, han de conferirse a la acusación las mismas armas: permitir que el Tribunal de apelación pueda revisar la sentencia absolutoria por no ser razonable la valoración de la prueba que se ha hecho. En el fondo late una cierta desconfianza al Jurado y el temor a que se dicten veredictos condenatorios intolerables para un profesional por ausencia de prueba suficiente.

Existe otra disfunción importante en esos motivos de apelación que, posiblemente, haya pasado inadvertida al prelegislador. No está previsto un motivo paralelo al *error facti* que contempla el párrafo 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo que significa que ese motivo no podrá invocarse en la inicial apelación pero sí posteriormente en la eventual casación contra la sentencia de apelación. Se trata de un grave defecto que debiera ser enmendado durante la tramitación parlamentaria. La única solución acorde con lo que significa el Jurado es suprimir ese motivo de casación para los juicios en el ámbito del Tribunal del Jurado.

Se admite la adhesión a la apelación también por

motivos distintos a los alegados por el impugnante principal en contra de la reiterada línea jurisprudencial (por todas, sentencia de 16 de septiembre de 1994 de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo), lo que considero un acierto. Seguramente eso es lo que ha motivado un cambio en la terminología: no se le llama ya adhesión al recurso, sino recurso supeditado de apelación, que, en lo formal y sólo en lo formal, depende del recurso principal, de modo que si éste no se mantiene, aquél no se sustanciará tampoco.

Por lo demás, la tramitación del recurso de apelación prevista en los artículos 846 bis d) y e) es extremadamente sencilla y no suscita especiales comentarios. La regulación es paralela a la prevista para la apelación en el procedimiento abreviado con la única especialidad de que se impone la vista obligatoria ante el órgano *ad quem*, lo que obliga a introducir un trámite de emplazamiento. El plazo para recurrir es de diez días. Del recurso se da traslado en el propio órgano *a quo* al resto de las partes para que lo impugnen o formulen el denominado recurso supeditado de apelación en un plazo de cinco días. Sólo en el caso de interponerse ese nuevo recurso, se da un traslado similar al recurrente principal. A continuación vienen los emplazamientos y la vista preceptiva ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. En mi opinión el establecimiento de la vista obligatoria introduce un elemento retardatorio sin que pueda decirse con propiedad que viene impuesta por el principio de oralidad que exige fundamentalmente que la actividad probatoria se lleve a cabo oralmente, pero no que las alegaciones se realicen de igual forma.

La previsión de dos recursos sucesivos para estas causas (apelación y casación), de otra parte, hace prever que la resolución definitiva de las causas sometidas al Tribunal del Jurado vendrá con un retraso muy superior a las del resto de las causas por delito. Si a esto unimos las apreciaciones realizadas anteriormente en torno a la prueba y los motivos del recurso de apelación, la conclusión es que en el Tribunal del Jurado, legalmente y sin entrar en otras consideraciones, será más difícil llegar a un pronunciamiento condenatorio pues se reduce el ámbito de la prueba de cargo valorable. Y los pronunciamientos llegarán con lentitud superior a la del resto de los procesos. No es ésta una buena antecala para la consolidación social de la Institución.