

I.2. DERECHO PROCESAL

**SUSTANCIACIÓN DE DOS PROCESOS PENALES
POR LOS MISMOS HECHOS Y SUBSIGUIENTES ERRORES
PROCESALES. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL (SECCIÓN 3.ª) DE SEVILLA 416/2008,
DE 5 DE DICIEMBRE**

Por el Dr. GREGORIO SERRANO HOYO
*Profesor titular de Derecho Procesal
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura*

Resumen

La vulneración de la vertiente o garantía procesal de la prohibición de «non bis in idem» derivada de la incoación y tramitación de dos procesos por unos mismos hechos punibles da lugar a importantes errores procesales e injusticias. La sentencia comentada pone de manifiesto indeseables interferencias cruzadas de lo resuelto en ambos procedimientos. Por ello, se analizan los efectos de la litispendencia penal y su correcto tratamiento procesal para poner fin cuanto antes al doble enjuiciamiento penal.

Abstract

Violation of the procedural guarantee of banning «double jeopardy», connected to the initiation and development of two processes for the same offense leads to significant procedural errors and injustices. The sentence that is commented highlights undesirable mutual interferences of the decisions in both procedures. Therefore, the effects of the lis pendens and its proper procedural treatment are analyzed, in order to put an end as soon as possible to Double Jeopardy.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DUPLICIDAD DE PROCESOS COETÁNEOS PARA INVESTIGAR UNOS MISMOS HECHOS PUNIBLES
- III. LITISPENDENCIA PENAL Y ARCHIVO DEL SEGUNDO PROCESO CON OBJETO IDÉNTICO
- IV. ACUMULACIÓN DE DILIGENCIAS INSTRUCTORAS
- V. ERRÓNEO AUTO DE SOBRESEIMIENTO LIBRE CUANDO LOS HECHOS SON CONSTITUTIVOS DE FALTA
- VI. SOBRESEIMIENTO LIBRE EN VEZ DE CONVERSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN JUICIO DE FALTAS
- VII. SUSPENSIÓN DEL SEGUNDO PROCEDIMIENTO Y AUTO DE SOBRESEIMIENTO SÓLO TRAS FIRMEZA DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL PRIMERO

I. INTRODUCCIÓN

El caso que vamos a analizar parte del supuesto consistente en que unos mismos hechos criminales dan lugar a distintas denuncias y a la incoación de dos procesos penales (en concreto, dos diligencias previas por ser los hechos relevantes penalmente constitutivos de delitos menos graves y no ser procedente la incoación de dos sumarios) ante el mismo Juzgado de Instrucción. Durante la tramitación coetánea de los mismos se dictan por el mismo órgano judicial (y –bien pudiera ser, dada la proximidad temporal– por la misma persona titular del mismo, es decir, por el mismo juez instructor) decisiones contradictorias en cuanto a su posterior enjuiciamiento: de una parte, un auto de conversión en procedimiento abreviado, procedimiento adecuado para el enjuiciamiento de los hechos imputados, que termina con una sentencia de condena dictada por el Juzgado de lo Penal competente; y, de otra, un auto de sobreseimiento libre (consentido por las partes) por considerar que los mismos hechos no son constitutivos de delito sino de falta, auto que determina el enjuiciamiento de tales hechos por el mismo instructor en el correspondiente juicio de faltas; en este procedimiento, al haberse dictado ya una sentencia condenatoria en el primer proceso penal, tiene lugar la apreciación por el mismo juez –mediante auto– de la excepción de cosa juzgada, pese a no ser firme la primera sentencia sobre los hechos.

Pero las interferencias entre ambos procesos con idéntico objeto no terminan ahí; en efecto, en el primer proceso penal por delito el imputado condenado en la instancia aduce –en el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria recaída el día 12 de mayo de 2008– la vulneración del principio *ne bis in idem* al enjuiciarse los mismos hechos también en el juicio de faltas, sin que de las actuaciones se deduzca que tal imputado haya alegado en tal juicio de falta la excepción de litispendencia (excepción que hubiese determinado el consiguiente sobreseimiento de este proceso posterior en el tiempo); la referida apelación es estimada por la Audiencia Provincial en la sentencia que comentamos. Esta sentencia estimatoria del recurso contra la sentencia de instancia recaída en el primer procedimiento sobre los hechos no sólo deja sin efecto tal sentencia condenatoria basándose en la firmeza del auto de sobreseimiento libre recaído el día 13 de mayo de 2008 en el segundo proceso, sino que además revoca el auto de archivo del día 27 de junio que declaraba la cosa juzgada y ponía fin al segundo proceso por existir una sentencia definitiva sobre los mismos hechos recaída en el primer proceso.

Pudiera parecer que, siquiera sea tardíamente, se pone fin al doble enjuiciamiento y se sobresee uno de los procesos que se tramitan simultáneamente,

aunque hubiese sido el primero que se incoó en lugar del segundo; pero nótese que, pese a ser cierto que tal sentencia condenatoria del primer proceso ha sido revocada y desaparece la posible vulneración del principio *non bis in idem*, el auto de sobreseimiento del segundo proceso no se había recurrido y, consiguientemente, era un auto firme cuando se dicta la sentencia de apelación de 5 de diciembre en el primer proceso. Tal auto recaído en el segundo procedimiento –desconociendo la correspondiente Sección de la Audiencia la eficacia interna de la firmeza de las resoluciones y sin competencia funcional para revisarlo por no haberse recurrido ni, en su caso, repartido tal recurso a la misma– es revocado o, mejor, dejado sin efecto de oficio en el primer proceso sobre los hechos y la Audiencia ordena que el juez instructor reabra el segundo proceso (juicio de faltas) sobre los mismos hechos, proceso archivado por auto firme, a fin de que enjuicie los hechos, aunque teniendo en cuenta que no son constitutivos de delito de atentado, como se entendió por el Juzgado de lo Penal cuya sentencia revoca y como el mismo juez instructor consideró al dictar el auto de sobreseimiento libre en el segundo proceso y el subsiguiente de continuación del enjuiciamiento de tales hechos por los trámites del juicio de faltas.

Como se ve, la duplicidad de tramitaciones provoca que se hagan valer en cada uno de los procesos las resoluciones recaídas en el otro, es decir, se producen interferencias cruzadas no deseables que hubieron de evitarse en el momento procesal oportuno de haberse apreciado, de oficio o a instancia de parte, que se habían iniciado dos procesos por los mismos hechos y el segundo proceso, bien debía archivar por existir litispendencia, bien había de suspenderse hasta que la sentencia recaída en el primero adquiriese firmeza y pudiera apreciarse la excepción de cosa juzgada (no habiendo lugar a decidir el sobreseimiento –en ningún caso, libre– por no ser los hechos constitutivos de delito, sino de falta).

Además, hemos de hacer constar que desconocemos el resultado del segundo proceso (juicio de faltas que debía ser reabierto a tenor de lo acordado en la sentencia de la Audiencia que da origen a este trabajo), dado que no hemos encontrado en la base de datos del Centro de documentación judicial del Consejo General de Poder Judicial, pese a utilizar distintos criterios de búsqueda, una sentencia de ninguna de las Secciones de la Audiencia Provincial sobre tal asunto. Mucho nos tememos que, pese a la irrecurribilidad de la sentencia que comentamos, en el juicio de faltas que se ordenó reabrir el imputado, bien hizo valer la inmodificabilidad de la resolución firme de sobreseimiento recaída en ese segundo proceso y no se celebró tal juicio de faltas, bien se aquietó con una condena por falta de lesiones considerando que en el primer proceso había sido condenado por esos mismos hechos declarados constitutivos de un delito de atentado y falta de lesiones. Incluso, de oficio el Juzgado de Instrucción de Sevilla pudo desatender lo ordenado por el órgano judicial superior por carecer de competencia funcional en tal procedimiento y por comportar una rescisión de una resolución absolutoria en la instancia no prevista legalmente. En efecto, la Audiencia Provincial, aunque el Juzgado de Instrucción fuese el mismo en los

dos procesos, debió –manteniendo la eficacia del auto de sobreseimiento libre dictado por considerar los hechos constitutivos de falta recaído en el segundo proceso, revocar la Sentencia del Juzgado de lo Penal y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno para que el Juzgado de Instrucción que incoó el primer proceso adoptase el auto de conversión de las diligencias previas en juicio de faltas, respetando el auto de sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito recaído en el segundo proceso, y enjuiciase por primera vez si los hechos denunciados eran constitutivos de falta de lesiones.

En cualquier caso, aunque no están claras las concretas infracciones de preceptos procesales debido a la deficiente regulación de la litispendencia penal, nos encontramos ante la presencia de errores judiciales de carácter procesal que provocan, bien una resolución injusta de carácter penal, si el imputado fue absuelto, bien una resolución injusta de carácter procesal, si el imputado fue condenado como autor de una falta de lesiones en un proceso que previamente fue sobreseído por una resolución firme, cuya revisión, pese al error consistente en apreciar la cosa juzgada, ni está prevista legalmente ni es competencia de la Audiencia Provincial en el seno del primer proceso, por mucho que se hiciese para no empeorar la situación del condenado por delito cuando existía una resolución firme que vedaba castigar los hechos a título de delito y sólo permitía hacerlo como falta.

Por tanto, nos vamos a ocupar de la posibilidad de que los mismos hechos relevantes penalmente se investiguen en distintos juzgados y los mecanismos previstos legalmente para poner fin a esa duplicidad de procedimientos generadora de inseguridad jurídica y posibles contradicciones, además de otros inconvenientes. En efecto, dado que la existencia de distintos procesos por unos mismos hechos punibles entraña riesgos de contradicción y, consecuentemente, de inseguridad jurídica, además de mayores costes para la Administración de Justicia (dos jueces instructores investigando, dos fiscales, dos oficinas judiciales encargadas de la tramitación, etc.), de gastos mayores para las partes (el Abogado del imputado y, en su caso, del acusador habrán de intervenir en dos procesos distintos) y de un enjuiciamiento duplicado de la conducta reprochable penalmente atribuida al acusado, el ordenamiento procesal debe arbitrar los mecanismos necesarios para poner fin a esa situación de la forma más rápida y adecuada posible. Parece que el doble enjuiciamiento debe evitarse cuanto antes y, por tanto, en la fase de instrucción y mediante la revisión de una de las sentencias firmes por existir otra anterior sobre los mismos hechos¹. El análisis

¹ El ejemplo de la existencia de dos procesos con objeto idéntico que se sustancian hasta el final de forma paralela ganando firmeza las sentencias recaídas en los mismos lo encontramos en la S.T.S. (2.ª) 164/2007, de 1 de marzo, que declara haber lugar al recurso de revisión interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, que confirmó en apelación la Sentencia de un Juzgado de lo Penal, declarándola nula y manteniendo la Sentencia de otro Juzgado de lo Penal que con antelación había condenado a dos personas por los mismos hechos (falsificación de recetas que prescribían fármacos tranquilizantes a persona distinta).

de los instrumentos legales conducentes a tal objetivo, esto es, a que uno de tales procesos por los mismos hechos ilícitos se archive (el llamado tratamiento de la litispendencia) es la finalidad que persigue el breve trabajo que, desde ahora, anunciamos no tiene ánimo de exhaustividad.

II. DUPLICIDAD DE PROCESOS COETÁNEOS PARA INVESTIGAR UNOS MISMOS HECHOS PUNIBLES

Aunque no es demasiado frecuente en la práctica procesal penal, no faltan ocasiones en que unos mismos hechos con relevancia penal son denunciados por las distintas personas implicadas (piénsese en riñas, agresiones o violencias verbales mutuas) o por terceros testigos de los mismos. Recibida la «notitia criminis» por el órgano judicial o, con más frecuencia, por los órganos judiciales competentes, el mismo (como sucede en el caso que examinamos) o los mismos órganos jurisdiccionales incoan distintos procesos penales para el esclarecimiento y enjuiciamiento de tales hechos. Recuérdese que el objeto del proceso penal no viene determinado por el órgano jurisdiccional que instruye o investiga, sino por el hecho criminal y el sujeto que presuntamente lo ha realizado.

En el caso objeto de análisis el hecho criminal consiste en los golpes presuntamente propinados por una determinada persona (Jorge) a un concreto agente policial hacia las 10 de la noche de 2006, según se plasma en el apartado de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla. Tales hechos probados se entremezclan con resoluciones procesales que –en puridad– se deben reflejar en los antecedentes de hecho. El tenor literal de lo que la Audiencia hispalense, desafortunadamente en nuestra opinión, reputa hechos probados es el siguiente:

«No se aceptan los Hechos Probados de la sentencia recurrida que se sustituyen por los siguientes.

Por el Juzgado de Instrucción número 11 de Sevilla se siguieron las Diligencias Previas 3773/07, que dieron lugar al Procedimiento Abreviado 127/07, contra Jorge por un supuesto delito de atentado y falta de lesiones, en el que se le acusaba de golpear al agente de la Policía Nacional con carnet profesional NUM000, sobre las 21,45 horas del 10 de octubre de 2006, en la calle Berlín de Sevilla. Este procedimiento, se remitió al Juzgado de lo Penal número 12 de Sevilla registrándolo como Asunto Penal número 42/08, celebrándose el correspondiente acto del juicio oral el 12 de mayo de 2008, dictándose sentencia con esa misma fecha, en la que se condenó a Jorge como autor de un delito de atentado y una falta de lesiones.

En el Juzgado de Instrucción número 11 de Sevilla se siguieron Diligencias Previas 2069/08, por estos mismos hechos, en las que se dictó, con fecha 13 de mayo de 2008, a instancias del Ministerio Fiscal, auto de sobreseimiento libre al no ser el hecho constitutivo de delito, reputándose falta los hechos, dando lugar al Juicio de Faltas 316/08. Dicho auto fue notificado al Ministerio Fiscal con fecha 19 de mayo de 2008, y a la representación del denunciado, el 23 de mayo de 2008, no formulando recurso, siendo las únicas partes personadas en el procedimiento.

Con fecha 27 de junio de 2008, por el Juzgado de Instrucción número 11 de Sevilla se dictó en el Juicio de Faltas 316/08 auto por el que se declara la excepción de cosa juzgada al haberse dictado por los mismos hechos sentencia por el Juzgado de lo Penal número 12 en el asunto penal 42/08».

La calificación jurídica de los hechos punibles (constitutivos de delito de atentado y falta de lesiones o sólo de estas últimas) imputados al presunto autor no determina el objeto del proceso penal, aunque tiene su importancia desde el punto de vista del derecho a ser informado de la acusación, de la competencia objetiva para su instrucción y fallo y, cuando menos, del procedimiento adecuado. Por tanto, lo que identifica el objeto del proceso son los golpes causantes de lesiones leves al agente de la autoridad imputados al presunto sujeto activo que son investigados en dos procesos –entre los que media un lapso temporal de casi un año– que se tramitan en el mismo Juzgado de Instrucción (el número 11 de Sevilla). De inmediato surge la cuestión de por qué tal Juzgado no aprecia la identidad de objeto de ambos procesos penales, ya de oficio, ya a instancia de parte (el Ministerio Fiscal, el acusado o el agente policial si es que éste se hubiese personado como acusación particular en ambos).

III. LITISPENDENCIA PENAL Y ARCHIVO DEL SEGUNDO PROCESO CON OBJETO IDÉNTICO

Una vez abierto un proceso penal con un objeto determinado no deberá incoarse otro con el mismo objeto, es decir, con objeto idéntico. Esto es lo que se llama por la doctrina litispendencia o, más precisamente, un efecto procesal de la misma o excepción de litispendencia que podrá alegarse en el segundo proceso penal, aunque esté en fase de investigación, a fin de que se archive y sólo siga sustanciándose el primero. La cuestión estriba en determinar dónde se regula, cuándo y cómo se aprecia tal litispendencia.

Parece fuera de toda duda que la prohibición de doble enjuiciamiento por los mismos hechos se trata de un postulado de justicia y se recoge en Tratados internacionales². En cualquier caso, la Constitución no consagra expresamente la

² El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) no recogió expresamente la interdicción de doble proceso, aunque se ha entendido que era deducible de su art. 6.1 que consagra el derecho a un juicio justo.

Fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) el primero que en su art. 14.7 dispone: «Nadie podrá ser *juzgado* ni sancionado por un delito por el cual haya sido *ya condenado o absuelto por una sentencia firme* de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país». Se establece la prohibición de doble procedimiento o doble sanción penal en la vertiente interna, esto es, no exigible entre Estados.

Más tarde, el art. 4.1 del Protocolo n.º 7 anexo al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984 (en lo sucesivo, «Protocolo n.º 7 del C.E.D.H.»), bajo la rúbrica «Derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces», establece lo siguiente: «Nadie podrá ser *inculpado* o sancionado penalmente por un órgano jurisdiccional del mismo Estado, por una infracción de la que ya hubiere

vertiente sustantiva ni la procesal del principio *non bis in idem*³. Por ello, parece digno de ser destacado el interés manifestado recientemente por el prelegislador en regular de forma expresa y detallada el aspecto procesal o vertiente formal de tal principio en una ley procesal penal⁴.

En la sentencia que comentamos se puede leer en su fundamento de derecho primero:

«En el presente caso, el examen de la actuaciones nos permite afirmar: 1. Que por el Juzgado de Instrucción número 11 de Sevilla se siguieron las Diligencias Previas 3773/07, que dieron lugar al Procedimiento Abreviado 127/07, contra Jorge por un supuesto delito de atentado y falta de lesiones, al golpear al agente de la Policía Nacional con carnet profesional NUM000, sobre las 21,45 horas del

sido anteriormente absuelto o condenado en virtud de sentencia definitiva conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado».

En el ámbito comunitario y con eficacia inter-estatal o transnacional, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (1990), firmado por España el 30 de julio de 1993, se refiere a este principio en el art. 54 del siguiente modo: «Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante *no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante*, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena».

Más tarde, el art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), bajo la rúbrica «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», establece: «Nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

³ El Tribunal Constitucional ha considerado a dicho principio en su aspecto sustantivo incluido en el de legalidad del art. 25 C.E.; además, encaja en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) la garantía consistente en la interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto, garantía que en la doctrina norteamericana se consigna como *double jeopardy*.

⁴ Se ocupaba de este principio el decaído Anteproyecto de Ley orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales vinculados al proceso penal (2011) del Gobierno. Su art. 13, bajo el título *ne bis in idem*, en su apartado 1 establecía: «Nadie podrá ser perseguido penalmente más de una vez por los mismos hechos. No obstante, el acusado podrá ser nuevamente juzgado en el seno del mismo proceso cuando por vía de recurso se disponga la nulidad del juicio celebrado en primera instancia y se acuerde su repetición». Más tarde el Gobierno popular encomienda a una Comisión de expertos la redacción de un Borrador de Código Procesal Penal (2013), que, dentro de su título preliminar, en su art. 11, intitulado Prohibición del doble enjuiciamiento. *Non bis in idem*, dispone: «1.–Nadie puede ser perseguido ni enjuiciado penalmente más de una vez por el mismo hecho. No obstante, el encausado puede ser juzgado de nuevo en el seno del mismo proceso cuando, por motivo de nulidad de las actuaciones o rescisión de la sentencia, el juicio se deba repetir». Nótese que no sólo se prohíbe el doble enjuiciamiento sino que, dando un paso más, viene a consagrar el derecho a que el encausado no sea objeto de una doble persecución, de una doble investigación, de una instrucción múltiple por los mismos hechos. Más adelante, siquiera sea sucintamente, volveremos sobre la litispendencia penal y el archivo de una instrucción que comience posteriormente sobre el mismo objeto con el fin de garantizar el derecho o garantía procesal.

El art. 11.2 C.P.P. relaciona el principio *non bis in idem* con la eficacia negativa o función excluyente de la cosa juzgada: «Las sentencias firmes condenatorias o absolutorias y las resoluciones a las que la Ley atribuya el efecto material de la cosa juzgada excluyen el proceso penal posterior contra la misma persona por el mismo hecho».

10 de octubre de 2006, en la calle Berlín de Sevilla. Este procedimiento una vez tramitado se remitió a los Juzgados de lo Penal, correspondiéndole al Juzgado Penal número 12 que, tras la celebración del juicio oral, dictó sentencia, con fecha 11 de mayo de 2008 condenando a Jorge como autor de un delito de atentado y una falta de lesiones. Esta sentencia no ha adquirido firmeza al haber sido recurrida en apelación por el condenado, siendo este recurso el que se está resolviendo en el presente rollo.

2. Por el Juzgado de Instrucción número 11 de Sevilla se siguieron también las Diligencias Previas número 2069/08 por las lesiones sufridas por el agente de la Policía Nacional NUM000 el 10 de octubre en la calle Berlín, y tras recibir declaración al Agente y al presunto autor de las lesiones, Jorge, se dictó por el Juzgado de Instrucción auto de procedimiento abreviado, interesando el Ministerio Fiscal el sobreseimiento libre de las actuaciones por entender que los hechos no eran constitutivos de delito y se siga por los mismos el correspondiente juicio de faltas. Con fecha 13 de mayo de 2008 se dicta por el Juzgado de Instrucción auto por el que se decreta el sobreseimiento libre de las actuaciones de conformidad con lo establecido en el artículo 637.2 de la L.E.Crim. Al considerar que los hechos no son constitutivos de delito acordando seguir las actuaciones por el trámite del Juicio de Faltas. El auto fue notificado al Ministerio Fiscal el 19 de mayo de 2008 y a la representación del imputado el 23 de mayo, sin que el mismo haya sido recurrido.

Nos encontramos, por tanto, con que se siguen dos actuaciones por unos mismos hechos, la supuesta agresión del aquí recurrente al agente de la Policía Nacional NUM000, el 10 de octubre de 2006».

El tratamiento de la litispendencia, como decíamos, no es claro. La Ley procesal penal no establece con precisión los mecanismos para poner fin a dos procesos simultáneos sobre unos mismos hechos y, es más, podría pensarse que se plantea la existencia de dos procesos sucesivos, es decir, de un proceso cuando ya se ha cerrado uno anterior sobre los mismos hechos en virtud de la eficacia negativa o excluyente de la cosa juzgada. En cualquier caso, parece lógico que la existencia de dos procesos sobre los mismos hechos debe evitarse cuanto antes y, por tanto, en la fase de instrucción, pero no es lo que sucede en el caso que analizamos.

La tramitación de dos diligencias previas por las mismas actuaciones no se detecta en la fase de instrucción como hubiese sido lo correcto, sino en la fase de recurso y cuando en el segundo proceso, pese a la decisión (auto) del instructor de que se sigan los trámites del procedimiento abreviado (arts. 779.1.4.^a y 780.1 L.E.Crim.) que conlleva implícitamente la calificación de tales hechos como constitutivos de delito, finalmente se había dictado auto de sobreseimiento al no solicitar el Fiscal (nada se dice de que lo hiciese la acusación particular) la apertura de juicio oral ni formular escrito de acusación, sino el sobreseimiento de la causa por no entender los hechos constitutivos de delito, sino de falta. El Juez de instrucción dicta auto de sobreseimiento libre de la causa, por imperativo de lo dispuesto en el art. 782.1 L.E.Crim. al no existir acusación (ni pública ni particular) que repute los hechos constitutivos de delito, pero los hechos denun-

ciados se van a enjuiciar como constitutivos de falta por ese mismo instructor siguiendo el trámite procesal del juicio de faltas⁵.

No apreciada de oficio la duplicidad de procesos por los mismos hechos, podría entrar en juego el control a instancia de parte. El agente del Cuerpo Nacional de Policía, si le había sido notificada la sentencia recaída en el primer proceso, debió pedir el sobreseimiento o archivo inmediato de este segundo proceso, oponiéndose al enjuiciamiento de los mismos hechos por los trámites del juicio de faltas (como veremos el segundo proceso no se sobresee, sino que se reconvierte procedimentalmente). En cambio, en la tramitación del juicio de faltas el imputado ya condenado, aunque mediante sentencia definitiva (no firme), alega la existencia de tal sentencia y obtiene el archivo de tal procedimiento. Pero, también en el primer proceso alega que se está sustanciando otro por los mismos hechos.

La correcta identificación del objeto del proceso tiene incidencia en la adecuada aplicación del principio *ne bis in idem* y, de haberse apreciado la identidad subjetiva (imputado) y objetiva (hechos penalmente relevantes), hubiese conllevado el archivo de las segundas diligencias previas por los mismos hechos.

En cualquier caso, insistimos, la regulación de la litispendencia (y, más ampliamente, del objeto del proceso) no aparece clara en la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, parece que debe deducirse la litispendencia penal de lo dispuesto en el art. 300 L.E.Crim., cuyo tenor es el siguiente: «Cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario. Los delitos conexos se comprenderán, sin embargo, en un solo proceso»⁶. Por tanto, sólo debe abrirse un proceso penal para el ejercicio de una acción penal, para la investigación y enjuiciamiento de un hecho criminal atribuido a una persona.

La cuestión surge cuando los mismos hechos han dado lugar a dos procesos y nada dice la Ley procesal penal sobre la solución a esta anomalía procesal por poco frecuente que sea. Como es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Civil es supletoria de la ley procesal penal (art. 4.º L.E.C.); consiguientemente, en defecto de disposiciones sobre litispendencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son de aplicación los preceptos de la ley procesal civil, *mutatis mutandi*, que regulan la litispendencia en el proceso civil. Por tanto, habrá que estar a lo dispuesto

⁵ Al estar personado el agente que consiente el auto de sobreseimiento, quizá concedor de la sentencia condenatoria dictada en el primer proceso, no resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 782.2 L.E.Crim. (búsqueda del ofendido por si quiere constituirse en parte acusadora).

⁶ En parecidos términos, el art. 428.2 del decaído Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de julio de 2011 disponía: «Salvo lo establecido en esta ley para los supuestos de conexidad, cada hecho investigado dará lugar a la incoación de un único procedimiento» y en el art. 21.3 del mismo Anteproyecto se establece que «los delitos conexos se enjuiciarán en un solo proceso». Añadía en su art. 126, intitulado *ne bis in idem*, que «las resoluciones con efecto de cosa juzgada excluirán todo proceso penal posterior con idéntico objeto dirigido contra la misma persona». Pero guardaba silencio sobre la posibilidad de que, indebidamente, se sustanciasen dos investigaciones a la vez sobre los mismos hechos.

en el art. 421.1 L.E.C. Este artículo, uno de los que regula las cuestiones o excepciones procesales que pueden obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia de fondo, preceptúa que cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio sobre objeto idéntico dictará en el plazo de los siguientes cinco días auto de sobreseimiento⁷. Es el procedimiento en el que se ha hecho valer la litispendencia el que se sobresee o archiva; normalmente se hará valer por el demandado en el proceso posterior en el tiempo.

En cualquier caso, en el proceso penal la existencia de distintos posibles acusadores puede provocar que el fiscal o el ofendido no opongan esta cuestión procesal en el segundo procedimiento sino en el primero y, parece claro, determinar si se hace valer ante el juez que ha empezado a investigar en primer o segundo lugar no debe dejarse al arbitrio o conveniencia de las partes. Llama la atención que la Audiencia Provincial de Sevilla no haga ninguna alusión a la posible existencia de mala fe, abuso de derecho o fraude procesal en la conducta del imputado consistente en denunciar la litispendencia en el primer proceso cuando ya se había alegado con éxito en el segundo⁸.

Incoadas las segundas diligencias previas, en cuanto se advirtiese su identidad con las primeras debieron archivarse las mismas. En este sentido, la ley procesal civil se encarga de establecer que es el segundo proceso, posterior en el tiempo, el que debe archivarse.

En cuanto al momento para apreciar la litispendencia, aunque el juez puede apreciar la irrelevancia penal del hecho denunciado e inadmitir la denuncia, la Ley no precisa si el juez puede inadmitir una segunda denuncia sobre unos mismos hechos relevantes penalmente y, consiguientemente, no abrir diligencias previas o, como parece más acertado dada la falta de datos que permitan apreciar la identidad, si el juez debe acordar la apertura de diligencias y, apreciada la litispendencia, dictar auto de sobreseimiento en lugar de dictar el auto de incoación de procedimiento abreviado o si el instructor habrá de apreciar la litispendencia y archivar en la llamada fase intermedia⁹.

⁷ Se ha planteado la cuestión de si sobreseimiento y archivo son conceptos diferentes, pero debe entenderse que el segundo es el efecto material del primero, como se ha encargado de aclarar la reforma del procedimiento abreviado operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre.

⁸ Aunque referido a la existencia de un doble proceso por los mismos hechos en España y fuera de nuestro país, el art. 93 B.C.C.P., intitulado suspensión por litispendencia internacional, en su apartado 1 prevé: «Cuando se tramite ante un Tribunal internacional o ante un Tribunal extranjero un proceso penal frente al encausado en el que pueda dictarse sentencia que despliegue efecto de cosa juzgada en España, el Ministerio Fiscal podrá acordar la suspensión del proceso en interés de la justicia hasta que finalice el proceso seguido ante el Tribunal internacional o ante el Tribunal extranjero. Levantada la suspensión se adoptará la resolución que corresponda conforme al efecto que deba otorgarse a la resolución que le haya puesto fin». Además, el art. 249 B.C.P.P., que lleva por título litispendencia, señala en su apartado 1 lo siguiente: «Solicitada la inscripción de la causa ante el Tribunal de Garantías *no podrá ser solicitada la inscripción de una causa ante el mismo u otro Tribunal sobre el mismo hecho*». La cursiva es nuestra.

⁹ El A.A.P. (7.º) de Barcelona de 22 de junio de 2006 en su F.J. 1.º señala: «Aunque resulta difícil entender realmente qué procedimientos se siguen por hechos relacionados con el objeto de

En aras a no causar un perjuicio al doblemente denunciado podría sostenerse la conveniencia de archivar provisionalmente el segundo proceso por los mismos hechos sin incoar el procedimiento abreviado¹⁰; incluso cabría defender

la querrela, y qué personas son las implicadas, dado que el testimonio, recordemos que formado a iniciativa de las partes, remitido es limitado por lo que a contenido se refiere, no cabe duda que hay que partir de que la querrela tramitada en estas diligencias previas arrancan desde el daño que se haya podido causar al menor (no es el momento procesal de efectuar calificación jurídica) Íñigo. Determinar el ajuste del auto impugnado en lo que se refiere a litispendencia, esto es, la existencia de otras causas penales, no enerva el hecho de que existen indicios de una conducta que puede revestir los caracteres de delito. Recordemos que el auto de sobreseimiento que puede dictarse en esta fase procesal queda reservado para los supuestos de inexistencia del hecho que hubiere dado lugar a la formación de la causa, mientras que la existencia de controversias de naturaleza procesal, como se razona en el auto que parece existe aquí, exigen su valoración tras la adecuación de las diligencias previas a los trámites del procedimiento abreviado, en donde tras la calificación surgen una serie de posibilidad y alternativas procesales que pueden llevar o no a que el Juzgado de Instrucción abra el juicio oral. La resolución impugnada sólo puede ser adoptada cuando las diligencias de instrucción, que no de prueba, practicadas evidencien de forma objetiva y clara, sin necesidad de interpretaciones o valoraciones subjetivas, la inexistencia o la atipicidad manifiesta de los hechos objeto de la investigación, esto es, carentes claramente de apariencia delictiva. Basta pues que no aparezca descartada la existencia de la infracción penal, sea delito o falta, para que el proceso deba continuar y, tras la adecuación de las diligencias a los trámites del abreviado, examinada la imputación provisional que se realiza en el escrito de acusación, esto es, acotados los términos del debate procesal penal, el Juzgado de Instrucción cuenta con libertad de criterio para el enjuiciamiento de los requisitos y presupuestos procesales, así como, por supuesto, de la razonabilidad de la pretensión punitiva. Por ello se ha de estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Oscar y Penélope, padres del menor Íñigo».

¹⁰ En lo que ahora interesa en el A.A.P. (I.^a) de Logroño 60/2011, de 17 de marzo, se puede leer: «como se señaló por esta Audiencia en auto de 30 de noviembre de 2009, es de recordar en este punto la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que declara que el querellante no tiene derecho más que a una respuesta judicial razonada que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela o denuncia presentada (S.S.T.C. 11/1985, 148/1987, 33/1989, 191/1992, 37/1993, 217/1994 y 111/1995), sin que exista a favor de la parte *ius procedatur* alguno en aquellos casos en que el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela o denuncia, carecen de ilicitud penal, en cuyo supuesto el derecho a la jurisdicción que ejerce el querellante no conlleva el de la apertura de una instrucción. Ello supone, como inmediata consecuencia, que el Juez, cuando aprecie de forma evidente que los hechos denunciados carezcan de relevancia penal, debe realizar, con la mayor premura, las actuaciones necesarias para el inmediato archivo de la causa (S.T.C. 138/97 de 22 de julio). El art. 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente, tras la Ley 38/2002 de 24 de octubre, ha reforzado incluso la labor de criba del Juez Instructor, al disponer que «Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. Ha introducido, pues, una importante modificación respecto a la legislación anterior, al permitir el sobreseimiento en fase de Diligencias Previas por tres motivos: No ser el hecho constitutivo de infracción penal (sobreseimiento libre); no haber autor conocido (sobreseimiento provisional); y por falta de justificación del delito denunciado (sobreseimiento provisional).

Ello permite al Juez Instructor, bien al presentarse la denuncia o querrela o bien con posterioridad, proceder a una criba de las denuncias o querrelas faltadas de los suficientes indicios de

la necesidad de dictar un auto de archivo porque el auto de incoación de tal procedimiento excluye que haya un óbice que obste a la misma¹¹.

Aunque pensando en el mismo proceso y no en la duplicidad de procesos, el art. 742 L.E.Crim. proscribía la posibilidad de acordar el sobreseimiento del proceso una vez abierto el juicio oral para absolver a los procesados a quienes no proceda condenar –léase el párrafo XV de la Exposición de Motivos–, parece que, *sensu contrario*, tampoco puede acordarse el sobreseimiento y archivo del proceso incoado en primer lugar y en el que, tras la fase de plenario o juicio oral, ha recaído sentencia condenatoria, para que en el segundo, si procede, se condene a título de falta¹².

certeza en cuando a su contenido que justifique la incoación de un procedimiento penal y la citación para declarar como imputados de las personas denunciadas, perjuicio éste que debe evitarse cuando contra los mismos no existan tales indicios racionales de criminalidad» (F.J. 2.º).

¹¹ El A.A.P. (1.ª) de La Rioja 66/2008, de 8 de mayo, en su F.J. 2.º, sostiene: «La regla cuarta del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena al Juez Instructor incoar procedimiento abreviado cuanto una vez practicadas las diligencias pertinentes considere que el hecho constituye un delito de los comprendidos en el artículo 757 de la misma Ley Procesal: delitos castigados con penas privativas de libertad no superiores a nueve años, o bien de otra naturaleza.

Cuando el Instructor adopta esta decisión no se limita sólo a constatar la innecesariedad de practicar otras diligencias relevantes para la investigación judicial, abriendo un trámite más de manera automática y puramente formal, sino que realiza una *verdadera valoración, fáctica y jurídica*, tanto de los hechos y del componente probatorio incorporado a la causa, como de la imputación subjetiva de aquellos, y así *tal resolución presupone: una apreciación judicial negativa, consistente en la no concurrencia de ninguno de los supuestos que hacen imposible la continuación del proceso o determinar la procedencia la continuación por otro trámite procedimental, rechazando de modo especial la decisión de archivar o sobreseer las actuaciones*, y la apreciación punitiva de que el hecho imputado y objeto del proceso es constitutivo de un delito comprendido en el artículo 757 de la Ley Procesal Penal.

Nos encontramos con una resolución en la que, a través de la necesaria motivación, en la que se establezca una descripción de los hechos que se reputan punibles y se formule una calificación jurídica, con expresa determinación de las personas eventualmente responsables, *por primera vez el Juez, mediante un control de la legalidad, valora el contenido y relevancia penal de la instrucción realizada y hace implícitamente, desde la perspectiva judicial, una imputación formal a la persona determinada que constituye el sujeto pasivo del procedimiento. No se limita el Juez a dar traslado de una imputación de parte, sino que, apreciando la existencia de indicios racionales de criminalidad y la suficiencia de lo actuado para formular acusación, acuerda dirigir el procedimiento que ha de conducir al juicio oral contra quien pasa a tener la condición de imputado judicialmente.*

De acuerdo con lo expuesto, que constituye doctrina Constitucional (S.S.T.C. de 15 de noviembre de 1990 y 31 de enero de 1991), el vigente artículo 779-1-4 de la Ley Procesal Penal recoge la exigencia de que la resolución contenga “la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan”. ...

El Tribunal Supremo recuerda el deber de concretar los hechos de imputación en el auto de acomodación de las diligencias previas a los trámites del procedimiento abreviado, en consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia 186/90, de 15 de noviembre» (S.S.T.S. de 25 de noviembre de 1996 n.º 716/1996).

¹² El A.A.P. (1.ª) Burgos 252/2011, 25 de abril, advierte: «conviene recordar que ya la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 186/1990, señaló que, “cuando el instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado –y no hay diferencia alguna si la resolución acordara seguirlo como juicio de faltas–, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva”. Para acometer el primero de los pedimentos se hace

IV. ACUMULACIÓN DE DILIGENCIAS INSTRUCTORAS

Hay tribunales que entienden que en caso de litispendencia procede, más que el sobreseimiento del segundo proceso, la acumulación de procesos. En cualquier caso, esa acumulación de las segundas diligencias a las primeras, comporta el sobreseimiento del segundo proceso y la única sustanciación del primero.

En supuestos de distintas denuncias por el delito permanente de impago de pensiones se ha entendido que lo procedente es la acumulación de diligencias instructoras¹³. Asimismo, hace alguna precisión sobre el momento final en que se puede producir tal acumulación derivada de la naturaleza permanente del delito¹⁴.

preciso recordar el camino procesal seguido por las actuaciones y las notificaciones practicadas a los interesados. Se incoan diligencias previas el 17 de julio de 1995 tras denuncia de Gema V. S., la cual el 8 de agosto del mismo año y a presencia judicial ratifica su denuncia y manifiesta que “reclama los perjuicios ocasionados mostrándose parte en el proceso y designando en este acto para su defensa al letrado...”. Pese a lo anterior se dicta auto de 22 enero 1996 acordando declarar los hechos susceptibles de constituir falta prosiguiéndose las actuaciones por las reglas del juicio de faltas. Tal auto sólo se pasa al visto, de otro modo, cuando el juez adopta la decisión de continuar el proceso también rechaza (implícitamente) la procedencia de las otras resoluciones del art. 789.5 (hoy art. 779. 4) L.E.Crim. y, de modo especial, el archivo o sobreseimiento de las actuaciones.

Naturalmente, la resolución que modifica el procedimiento (de diligencias previas u otro, a falta) ha de serle notificada a las partes y, singularmente, aunque no esté personado, al imputado bajo sanción de nulidad».

¹³ La S.A.P. de Las Palmas de Gran Canaria de 30 de enero de 2007 aborda la litispendencia «por entender que *con anterioridad a este procedimiento existe otro que acabó con auto de sobreseimiento recurrido* en apelación, de modo que la existencia de este proceso y la consiguiente sentencia condenatoria implica que ha sido juzgado dos veces por los mismos hechos. La resolución de este primer motivo de apelación se enlaza con una interesante cuestión atinente a la naturaleza jurídica del delito de impago de pensiones, si se trata de un delito permanente o un delito continuado». Después añade: «el delito permanente, al constituir un único delito, la respuesta penal ha de ser igualmente única abarcando todo el período de tiempo en que se mantenga la situación antijurídica, de manera que *no es posible una sucesión de procedimientos penales por cada conducta integradora del delito permanente, y de existir varios deberán necesariamente acumularse, surgiendo el problema de que alguno de ellos, sea por las vicisitudes propias de su tramitación procesal o simplemente en atención a la diversa carga de trabajo entre órganos judiciales, concluya antes por sentencia firme o resolución equivalente que produzca los efectos de la cosa juzgada. En estos casos, al haber existido un único delito, la resolución que recaiga producirá los efectos propios de la cosa juzgada material, de modo que todos los demás deberán sobreseerse o terminar con sentencia absolutoria por estricta aplicación del principio non bis in idem, lo que evidentemente no excluirá un nuevo juicio si se reitera la conducta típica, en cuanto la previa sentencia absorberá todo el disvalor de la conducta antijurídica hasta el momento en que se imponga la sanción penal, pero no el resultado antijurídico creado por una conducta posterior.* De mantenerse lo contrario se llegaría a la impunidad de todos los incumplimientos posteriores a la condena, lo que sencillamente es absurdo y contrario al mismo fundamento del Derecho Penal. Por el contrario, en el delito continuado es posible que la respuesta penal se manifieste autónomamente sin que en tal caso sea posible que entre los diversos hechos criminales opere la eficacia de la cosa juzgada, sencillamente porque son delitos distintos desde el punto de vista espacio-temporal, aunque sean homogéneos, si bien de constatarse el propósito criminal único nada impedirá que ese dolo unitario pueda obtener un tratamiento diferenciado, pero no a través de la cosa juzgada sino por la vía de la acumulación de penas que se contiene en el art. 988 párrafo 3.º de la L.E.Crim. en relación con el art. 76.2 del C.P.» (F.D. 1).

¹⁴ La S.A.P. de Las Palmas de Gran Canaria de 30 de enero de 2007 sostiene: «en el presente supuesto, y a tenor de lo que consta en autos, *se han tramitado tres procedimientos penales en relación al*

La acumulación de diligencias no está prevista expresamente en la ley procesal penal ni, consiguientemente, indica que diligencias se acumulan a las otras¹⁵.

impago de pensiones por parte del acusado, las Diligencias Previa n.º 20/2003 del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Telde, en virtud de denuncia interpuesta en fecha 14 de enero de 2003, que fueron sobreseídas provisionalmente estando pendientes de resolverse recurso de apelación, las Diligencias Previa 1.644/2003 del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Telde en virtud de denuncia de noviembre de 2003, y el que es objeto de esta causa, en virtud de denuncia de fecha 13 de mayo de 2003, habiéndose acumulado a este último procedimiento las Previa del Juzgado n.º 2 de Telde.

Al tratarse de un delito permanente, y por tanto un único delito en los términos ya indicados, solo podía ser objeto de un procedimiento por imperativo del art. 299 de la L.E.Crim., luego procesalmente lo correcto era la acumulación de las tres Diligencias Previa en cuanto lo que resulta evidente es que cuando se formuló la última denuncia en noviembre de 2003 no se había dictado auto de P.A. en el primer procedimiento ni por tanto había recaído sentencia firme o auto de sobreseimiento libre, ya que debe recordarse que solo este tipo de auto y no el de sobreseimiento provisional produce similares efectos a la cosa juzgada material, no siendo admisible someter a un ciudadano a tres procedimientos distintos con todas sus fases cuando el delito por él cometido es uno solo.

Lo anterior supone la infracción del citado art. 299 de la L.E.Crim., más correlacionando este hecho con lo dispuesto en los arts. 238 y siguientes de la L.O.P.J. no puede extraerse la nulidad absoluta del presente procedimiento en cuanto siendo evidente que no hay una infracción de la competencia objetiva o funcional, ya que desde este punto de vista son igualmente competentes los distintos Juzgados de Instrucción de Telde, solo podría articularse la posible nulidad por infracción de normas esenciales del procedimiento (el art. 299 L.E.Crim.) pero siempre que se haya causado efectiva indefensión, lo que al mismo tiempo puede ser objeto de apelación en base a lo dispuesto en el art. 790.2 de la L.E.Crim. Sin embargo, la posibilidad de decretar la nulidad por tal motivo está sujeto a que expresamente se interese en vía de recurso (art. 790.2 de la L.E.Crim. y 240.2 párrafo 2.º de la L.O.P.J.), más ni lo pide el apelante ni consta en el acta del juicio oral que la defensa del penado haya hecho constar su protesta como también se exige para que pueda examinarse tal motivo de apelación. Ello obliga a este Tribunal a desestimar la invocada pretensión de litispendencia, debiendo añadirse a mayor abundamiento que ni siquiera se ha causado indefensión al condenado ya que en todo momento ha tenido conocimiento del objeto de acusación, que se sustenta en los incumplimientos desde febrero de 2003 en adelante, período al que se ha circunscrito la propia sentencia condenatoria, y por tanto ha podido articular una efectiva defensa en la forma que ha tenido por conveniente, lo que por otra parte no impide, dada la naturaleza de delito permanente y el dato evidente de que existe otro procedimiento penal por incumplimientos anteriores, que la sentencia recaída en este proceso produzca efectos de cosa juzgada respecto de los mismos».

¹⁵ En un caso en que se acumulan las diligencias más antiguas en el tiempo a las del Juzgado que lleva más avanzada la tramitación, en concreto, el Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid dictó, en las Diligencias Previa número 3120/2005 auto acordando el sobreseimiento provisional y archivo de la causa por entender que los hechos enjuiciados en el presente procedimiento habían dado lugar a otro procedimiento, diligencias previa 3510/2006 del Juzgado de Instrucción n.º 38 de Madrid, y han sido remitidas al Juzgado de lo Penal para su enjuiciamiento y fallo, y ello en evitación de la duplicidad de procedimientos. Así, en los F.J. del A.A.P. (7.º) Madrid 1149/2009, de 29 de diciembre, se puede leer: PRIMERO.—Se alza la representación de CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID contra la resolución de la Instructora decretando el sobreseimiento y archivo de la causa, alegando que no existe constancia de la identidad de partes, ya que en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Instrucción n.º 38 de Madrid no se le ha verificado el oportuno ofrecimiento de acciones, ni tampoco consta la identidad del imputado, por lo que no se ha acreditado la identidad a que la resolución impugnada se refiere, interesando que se acuerde dejar sin efecto el archivo acordado, continuando la instrucción de la causa hasta tanto no quede acreditada la litispendencia a que alude el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del Recurso de Reforma.

El fundamento del sobreseimiento acordado por la Instructora radica en la existencia de otro procedimiento, el arriba aludido, que se sigue por los mismos hechos, entendiendo la Magistrada-Juez que es procedente el archivo para evitar la duplicidad de actuaciones.

En el supuesto de que se hayan incoado dos procesos sobre los mismos hechos y se ponga fin al segundo, las diligencias de investigación practicadas en el segundo habrán de remitirse al juez que conoce del primero. Es lo que se llama acumulación de diligencias instructoras y ello con el fin de que no se pierdan actos de investigación que de no ser coincidentes y sí complementarios contribuirán al logro de los fines de esta fase del proceso penal. Además, con ello se conseguiría que si en una de dichas diligencias está personada una acusación que no lo está en las otras diligencias habrá de tenérsela como parte acusadora¹⁶.

SEGUNDO.—La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa, consistente simplemente en que, *una vez resuelta por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho contra la misma persona*, pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos.

Según la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de diciembre de 1992: “Tal derecho, que es una manifestación del principio *ne bis in idem* en el ámbito del Derecho procesal, puede ser considerado como una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2.º de la Constitución Española, y por ello debe ser reputado con rango constitucional, máxime si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 10.2.º de nuestra Ley Fundamental, en relación con el art. 14.7.º del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España, que dice literalmente así: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Como consecuencia precisamente del mencionado rango constitucional de que goza en nuestro Derecho la referida eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en materia penal, ha de entenderse que cabe su alegación y aplicación en cualquier estado del procedimiento.

Si, pese a la prohibición de seguirse causa contra una persona ya juzgada anteriormente por el mismo hecho —condenada o absuelta— el segundo proceso se inicia, en cualquier momento de este último cabe plantear y resolver su exclusión del mismo, bien en la llamada fase intermedia como artículo de previo pronunciamiento (art. 666.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) bien en el seno del propio juicio oral a resolver en sentencia (arts. 676 y 678 de la misma ley) bien antes, en cualquier fase de la instrucción de la causa, bien después, a través del recurso de casación, utilizando en este último caso el cauce del art. 5.4.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sin embargo, siempre han de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la cosa juzgada material en materia penal, que constituyen, a la vez, los límites de su aplicación, los cuales se deducen de lo antes expuesto. ...

Si hubo o no antes acusación particular o popular, y luego en el proceso posterior existe otra distinta, que es precisamente lo que ocurrió en el caso presente, ello no puede ser obstáculo para la operatividad de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada, pues *el derecho fundamental del acusado a no verse envuelto en un nuevo proceso penal por el mismo hecho ya enjuiciado no puede quedar sujeto a la circunstancia de que alguien que no actuó en el proceso anterior quiera hacerlo después ejercitando la acción penal en el nuevo proceso*, máxime cuando nuestro Derecho positivo es tan abierto en esta materia permitiendo la acusación por cualquier persona, incluso aunque no sea perjudicada por el delito.

Por razón semejante tampoco tiene eficacia alguna, en orden a impedir la producción de la cosa juzgada material, la norma penal en que se funda la acusación. Por los mismos hechos ya enjuiciados e imputados a una misma persona no cabe acusar a ésta después en otra causa distinta con el subterfugio de pretender que se trata del ejercicio de distinta acción penal porque se le acusa por delito diferente.

Lo antes expuesto son criterios pacíficamente admitidos en la doctrina que enlazan con lo que esta Sala ha venido proclamando en esta materia en Sentencias de 24 de septiembre de 1981, 3 de marzo de 1983, 24 de abril de 1984 y 24 de noviembre de 1987, entre otras».

¹⁶ En el F.J. 3.º del A.A.P. (7.ª) Madrid 1149/2009, de 29 de diciembre, antes citado, se señala: «Aplicando la anterior doctrina al caso que hoy nos ocupa, han de hacerse las siguientes precisiones.

Aquí radica el primer error procesal que comete el Juez de Instrucción que conoce de las segundas diligencias previas al no archivarlas tempestivamente¹⁷. A tal error se suma el consistente en que se dicta auto de sobreseimiento libre por reputarse los hechos falta y el que proviene de que, en el juicio de faltas, se dicta auto de archivo por haberse dictado ya sentencia condenatoria definitiva en el primer proceso. Esos errores los agrava la Audiencia Provincial al estimar el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de lo Penal que revoca y,

En primer lugar, examinados los autos, resulta evidente que tiene razón el instructor cuando afirma que son los mismos hechos los que se investigan en el procedimiento que hoy nos ocupa y el seguido ante el Juzgado de Instrucción n.º 38 de Madrid.

Pero resulta asimismo evidente que no consta, al menos a la fecha en que se dicta la presente resolución, que se hubiera dictado en aquel procedimiento resolución definitiva en el sentido apuntado en el fundamento jurídico precedente. Es más, *las dos causas se instruyeron de forma prácticamente simultánea, y ello motivado por la duplicidad de denuncias*, la formulada en dependencias policiales de Madrid por CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID en fecha 9 de mayo de 2005, y la formulada en dependencias policiales de Vigo por José Pedro en fecha 23 de marzo de 2005. En la primera, que dio lugar a las presentes diligencias previas, se dictó, en fecha 27 de abril de 2006 Auto de inhibición a favor de los Juzgados de Instrucción de Vigo, y al propio tiempo, en las segundas, se había incoado procedimiento abreviado por el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Vigo, resolución que fue objeto de recurso por el Ministerio Fiscal, interesando la inhibición a favor de los Juzgados de Instrucción de Madrid, lo que se acordó por Auto de fecha 6 de abril de 2006, remitiéndose la causa para su reparto a los Juzgados de Instrucción de esta ciudad, correspondiendo por reparto al n.º 38 con el número de diligencias previas 3510/2006. Por tal motivo el Juzgado de Instrucción n.º 5 de Vigo rechazó por auto de fecha 4 de abril de 2008 la inhibición acordada por el Juzgado de Instrucción n.º 9 de Madrid, remitiendo a éste las actuaciones.

Como consecuencia de ello resulta efectivamente la existencia de dos causas paralelamente seguidas por los mismos hechos, pero con la resultancia de que el que se atribuye la condición de perjudicado, la entidad CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID, ha quedado excluido del procedimiento, al no haberse acumulado ambos procedimientos en el momento procesal en que se constató la duplicidad, según consta en el Auto dictado en 4 de abril de 2008 por el Juzgado de Instrucción de Vigo.

Sólo puede seguirse un procedimiento por un delito, y es por ello que ambas causas, al versar sobre los mismos hechos, debieron ser acumuladas. En consecuencia procede la estimación parcial del recurso, ya que el sobreseimiento acordado no es la resolución precedente, por no concurrir ninguna de las causas señaladas en los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no constar tampoco con certeza la situación de cosa juzgada material a que se refiere el artículo 666.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, tampoco procede, como sostiene el apelante, la continuación de la instrucción, teniendo constancia de la existencia de un procedimiento seguido por los mismos hechos. *Deberá por ello dejarse sin efecto el sobreseimiento y archivo acordado, a fin de que se dicte la resolución oportuna en orden a la acumulación de ambos procedimientos* (salvo que los hechos hubieran sido ya sentenciados en otro procedimiento, en cuyo caso habría de dictarse la resolución que resulte precedente).

¹⁷ Podría sostenerse que el segundo Juez instructor si tuviese conocimiento de que el hecho tipificado penalmente está siendo investigado en otro juzgado, podría acordar la inadmisión de la segunda denuncia, atestado o querrela y, coherentemente, decidir la no incoación de un segundo proceso penal, haciendo saber a los transmisores de la noticia criminal que hagan valer sus derechos ante el juez que instruye el oportuno proceso. Cabe plantearse si el segundo juez puede decidir incoar el proceso a fin de practicar alguna diligencia de investigación que repute necesaria y urgente para su posterior remisión al juez que instruye el primer proceso. Si desconoce o tiene la duda sobre la incoación de un proceso al efecto, habrá que incoarlo para practicar las diligencias de investigación necesarias. Y si, después de practicadas, resulta la existencia otro proceso abierto sobre los mismos hechos habrá de dictar el auto de archivo del segundo proceso, remitiendo al juez instructor de aquél testimonio de tales diligencias practicadas.

archivando implícitamente el primer proceso, ordena reabrir el segundo proceso al dejar sin efecto la sentencia condenatoria apreciada para archivarlo.

Como apuntábamos, es un error acordar el sobreseimiento libre cuando los hechos no son constitutivos de delito, pero sí de falta.

Distinto es que una vez adquirida firmeza la resolución judicial que considera constitutivo de falta un hecho pueda posteriormente desconocer el órgano judicial esa resolución firme o con efecto de cosa juzgada formal y enjuiciarlo como delito¹⁸.

¹⁸ En ese sentido transcribimos los razonamientos jurídicos del A.A.P. (3.ª) Badajoz 126/2008, de 24 de julio: «PRIMERO. Las diligencias de las que deriva el presente recurso se iniciaron en virtud de parte facultativo de lesiones de José Antonio, apareciendo como denunciado el apelante Narciso, y se resolvió inicialmente incoar el procedimiento como diligencias previas por delito, dictándose auto en fecha 17 de agosto de 2007 por el que se reputaron los hechos como falta, resolución que fue notificada a las partes personadas sin que contra ella se interpusiera recurso alguno; el Ministerio Fiscal también fue notificado y devolvió la causa con la fórmula de “visto”.

Firme, por tanto, la mentada resolución, se mandó incoar el oportuno juicio de faltas y se convocó a las partes para su celebración; durante la celebración del juicio, el Ministerio Fiscal interesó la calificación de los hechos como un posible delito de lesiones, dictándose auto transformando el juicio de faltas en diligencias previas. Este auto es el que ha sido objeto de recurso por la defensa del denunciado, recurso al que, por cierto se ha adherido el Ministerio Público a pesar de que la resolución apelada se dictó atendiendo a su propia solicitud en el acto del plenario.

SEGUNDO. Pues bien, el recurso tiene que ser estimado atendiendo a la consideración de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada material en derecho penal, eficacia que, como bien señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 2.ª), de fecha 29 de diciembre de 2006, tiene rango constitucional, bien en cuanto vinculada a los principios de legalidad y tipicidad infracciones (art. 25.1), o más precisamente, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24). Así, la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de octubre de 1987 señala que tal derecho constitucional a la tutela judicial efectiva «garantiza, en una de sus diversas proyecciones, el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia propia que el ordenamiento les reconoce pues, si así no fuera, el derecho mismo a la jurisdicción en todo su complejo contenido, quedaría, sin más, privado de sentido. Manifestaciones de esta exigencia constitucional son, de acuerdo con una constante doctrina de este Tribunal, el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos y también, en lo que aquí más importa, el respeto a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada (“material” según la más arraigada expresión doctrinal) fuese desconocida vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso (Auto 703/1986, de 17 de septiembre). En el ámbito definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme...

Y entre las resoluciones de las que puede predicarse que producen el efecto de cosa juzgada material están, a juicio de la sala –además de las sentencias y autos de sobreseimiento libre firmes–, el auto por el que se decide poner fin a las diligencias previas por considerar que los hechos podrían constituir falta y no delito (aun cuando esta tesis podría ser discutible cuando estaba en vigor el art. 789.15 de la L.E.Crim., no lo es ya tras la reforma de dicha ley procesal que derogó tal precepto y que estable ahora en el art. 779.1.ª y 2.ª que cuando el hecho no constituya infracción penal se acordará el sobreseimiento que corresponda, y prescinde de la expresión “archivo”, y cuando lo reputare falta mandará remitir las actuaciones al Juez competente si no le correspondiere su enjuiciamiento).

En este caso, constando efectivamente la firmeza del auto por el que se reputaron los hechos investigados como falta y se puso fin, por tanto, a la investigación de un posible delito, las ac-

El efecto del auto de sobreseimiento libre es impedir la apertura del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal y, en definitiva, el enjuiciamiento de tales hechos; en cambio, el del sobreseimiento provisional es la suspensión o paralización del proceso, sin perjuicio de su posible reanudación posterior para continuar la instrucción y, en su caso, acordar la apertura del juicio oral. Frente a esto, el sobreseimiento derivado de reputar el hecho punible constitutivo de falta provoca el efecto de que no se abra juicio oral por no estar previsto tal trámite en el juicio de faltas, pero no el efecto de que no se enjuicie el hecho punible calificado como falta; la conducta constitutiva de falta se juzgará, si bien por el propio juez instructor y en un procedimiento más sencillo. Por tanto, la causa sigue abierta, el proceso como instrumento de la función jurisdiccional continúa en marcha, siquiera sea con una fisonomía externa distinta, con un procedimiento diferente.

V. ERRÓNEO AUTO DE SOBRESEIMIENTO LIBRE CUANDO LOS HECHOS SON CONSTITUTIVOS DE FALTA

Cuando se incoa un sumario o unas diligencias previas, practicadas las diligencias oportunas, el propio Juez de Instrucción puede apreciar que los hechos son constitutivos de falta y, consiguientemente, que tales conductas (no conexas a ningún delito) se enjuicien por los trámites del juicio de faltas¹⁹.

tuciones posteriores a la firmeza de ese auto, en concreto el auto ahora recurrido, pondrían de nuevo al recurrente en calidad de acusado delito y no por falta de lesiones, cuando lo cierto es que la resolución firme mencionada, en tanto asimilable a un sobreseimiento libre en relación con el delito, desapoderó al Estado de cualquier derecho a castigar como delito los hechos a los que afectaba el auto que los consideraba como presuntamente constitutivos de falta; entender otra cosa constituye un *bis in idem* que supone una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24 de nuestra Constitución). En consecuencia procede la estimación del recurso, con declaración de nulidad del auto impugnado, y ordenándose la continuación de la tramitación de la causa como juicio de faltas, tal como había acordado en su momento el juzgado instructor».

¹⁹ El art. 637.2.º L.E.Crim. recoge como uno de los motivos que pueden provocar el sobreseimiento del proceso que «el hecho no sea constitutivo de delito», es decir, no tipificado penalmente o lo que podemos denominar supuestos de intrascendencia penal del hecho. El art. 639 complementa lo dispuesto en el art. 637.2, pero no es realmente un supuesto de sobreseimiento libre puesto que los hechos están tipificados penalmente como falta; en definitiva, contempla una inadecuación de procedimiento (y, además, la incompetencia del Juez, ausencia de competencia objetiva que ahora no concurre por no tratarse de una falta cuyo enjuiciamiento esté atribuido al Juzgado de Paz). Algo parecido sucede con el supuesto previsto en el art. 624 L.E.Crim., pero, a diferencia del que estamos analizando, lo aprecia el juez de oficio y lo declara en el auto que pone fin a la instrucción; ahora, por el contrario, son las partes quienes lo proponen al Juez de Instrucción como motivo de sobreseimiento. En efecto, el art. 639 dispone que cuando se solicite el sobreseimiento libre por considerar que el hecho no es constitutivo de delito, si, no obstante, fuera constitutivo de falta, se remite la causa al juez competente para la celebración del juicio.

En el procedimiento abreviado en términos similares se resuelve la cuestión relativa a que los hechos sean constitutivos de falta (no a la atipicidad penal de los hechos) en los arts. 779.1.2.ª y 798.2.1 *in fine* L.E.Crim.; en los mismos nada se dice del sobreseimiento y menos que sea libre, sino del enjuiciamiento de tales hechos como falta. Además, frente a lo que sucede en el art. 639,

Cabe también la posibilidad de que el juez repunte delito los hechos, pero ni el Ministerio Fiscal ni la persona ofendida en caso de estar personada consideren tales hechos constitutivos de delito, sino de falta. En ambos casos, sea de oficio, sea a instancia de parte (en este supuesto, el principio acusatorio provoca que tales hechos que el instructor consideró delito no puedan enjuiciarse como tal, sino como falta), procede su enjuiciamiento siguiéndose los trámites del juicio de faltas.

Se ha planteado la cuestión de si debe dictarse y notificarse el auto reputando los hechos como falta; al respecto, la jurisprudencia no es pacífica. Existen Audiencias que consideran que no debe dictarse y notificarse tal auto²⁰. En cambio, otras consideran que sí debe hacerse²¹.

se contempla la remisión sólo cuando al juez no le corresponda el enjuiciamiento de la falta; por tanto, nada se dice del archivo del proceso.

²⁰ En un caso en que la parte ofendida recurrió en apelación la sentencia dictada en el procedimiento solicitando que se declarase la nulidad de las actuaciones practicadas desde la fecha en que se dictó el auto reputando falta de lesiones los hechos objeto de enjuiciamiento, al no habersele notificado dicha resolución a la parte, la S.A.P. (3.ª) Barcelona 524/2009, de 8 de junio, en su F.J. 1.º establece: «La petición de nulidad de actuaciones no puede prosperar. El recurrente cita en apoyo de su pretensión el art. 779.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se dispone lo siguiente: si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.

Como vemos, de la simple lectura del precepto se desprende que, dicha notificación, es exigible en los casos los casos en los que se declare que los hechos no son constitutivos de delito o cuando el sobreseimiento provisional de las actuaciones se acuerda al amparo de lo dispuesto en el art. 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por el contrario, los casos en los que se acuerde el sobreseimiento provisional de las actuaciones por no haber autor conocido no es necesaria dicha notificación.

De hecho, la Doctrina (por todos Gascón Inchausti y Aguilera Morales) ha entendido que la razón por la que la Ley obliga a notificar la resolución en los supuestos mencionados (hechos no constitutivos de delito o no quedar debidamente justificada la perpetración del mismo), es para que los perjudicados conozcan que ha finalizado el proceso penal a los efectos de poder ejercitar las correspondientes acciones civiles en el proceso civil correspondiente (recogiendo así la jurisprudencia que sobre dicha cuestión había establecido el Tribunal Constitucional), siendo dicha notificación imprescindible para poder computar el plazo de prescripción de la acción civil.

Por el contrario, en los supuestos en que se reputen falta los hechos objeto de enjuiciamiento, no existe ninguna necesidad de comunicar dicha circunstancia a los perjudicados, toda vez que el proceso penal aun no ha finalizado y, por tanto, no se inicia el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción civil. En este sentido, el art. 779.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento”, sin que se establezca la necesidad de notificar dicha resolución a quienes pudieran causar perjuicio, por lo que no se aprecia el motivo de nulidad alegado por el recurrente y, en consecuencia, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto».

²¹ Reproducimos literalmente los razonamientos jurídicos del A.A.P. (2.ª) León 3/2008, de 8 de mayo:

«PRIMERO.—Las presentes actuaciones se iniciaron por denuncia formulada ante el puesto de la Guardia Civil de Valencia de Don Juan por Melisa, contra Marí Juana, por presuntos delitos de calumnias de injurias, y en cuya virtud se incoaron Diligencias Previas n.º 2720/07 por el Juzgado

VI. SOBRESEIMIENTO LIBRE EN VEZ DE CONVERSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN JUICIO DE FALTAS

Se sigan los trámites del proceso ordinario o los del procedimiento abreviado, cuando los hechos se reputan falta lo procedente es el cambio de procedimiento, dada la inadecuación del seguido hasta tal momento, pero nunca el sobreseimiento libre: el *ius puniendi* debe ejercerse a través del juicio de faltas para sancionar tales hechos. Lo mismo sucede cuando por razón de la persona que ha cometido los hechos, la competencia para su enjuiciamiento es de la jurisdicción militar o del Juzgado de Menores (art. 779.1.3.^a): procede la inhibición del instructor y el traslado de lo actuado, pero a nadie se le ocurriría hablar de sobreseimiento por mucho que las diligencias previas o el sumario que se incoaron deban archivar y deban abrirse otras por el instructor competente para que, sin estar vinculado por lo instruido sin competencia objetiva, decida lo que proceda.

El problema estriba en la remisión del apartado 1 del art. 782 a lo dispuesto sobre el sobreseimiento de la causa en sede de proceso ordinario por delitos graves, sobreseimiento que no es libre al ser los hechos constitutivos de falta y haber de enjuiciarse en el procedimiento adecuado (juicio de faltas), cuestión que abordaremos a continuación.

de Instrucción n.º 4 de León el que, por Auto de 17 de junio de 2007, acordó inhibirse en favor del Juzgado de Instrucción n.º 3 de León, el cual, recibidas aquellas, dictó Auto de fecha 6 de agosto de 2007, en el que acuerda la incoación de juicio de faltas, y contra el que, desestimado por Auto de 7 de noviembre de 2007 el recurso de reforma interpuesto contra el mismo, se alza en apelación la representación de la denunciante Melisa.

SEGUNDO.—La presente causa se inició como Diligencias Previas, reguladas en el capítulo III del Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que obliga al Instructor, concluida la instrucción, a dictar alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779 de la misma Ley, acordando bien el sobreseimiento, la inhibición al juzgado competente, si el hecho estuviere atribuido a la jurisdicción militar, la transformación de aquellas en procedimiento abreviado, o su remisión al juzgado competente, cuando no le correspondiera su enjuiciamiento, si reputare el hecho falta. Por tanto, en el presente caso, si el Instructor entendía procedente reputar los hechos falta debió proceder a dictar la correspondiente resolución en tal sentido, al amparo del art. 779.1.2.^a de la L.E.Crim. y no, como hizo, acordar directamente la incoación de juicio de faltas al amparo del art. 962 de dicha Ley.

Por otra parte, la resolución recurrida carece de la más mínima fundamentación sobre las razones que han llevado al Instructor a la calificación jurídica de los hechos como simple falta, sin que ninguna actuación e instrucción de investigación de los hechos se haya realizado, pues la remisión que se hace al requisito de procedibilidad, de existir querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, exigido por el artículo 215.1 de la L.E.Crim., para incoar procedimiento por delito de calumnia o injuria, podrá ser relevante para la continuación de la instrucción, imponiendo la necesidad de la pertinente respuesta al respecto, pero en modo alguno puede ser decisivo para la valoración jurídica de los hechos denunciados.

En consecuencia, por todo lo anteriormente expuesto, procede estimar el recurso y acordar, con revocación de la resolución recurrida, continúe la tramitación de las diligencias previas incoadas para poder adoptar con un mínimo y suficiente sustento fáctico alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la que resulte procedente caso de estimarse la falta de algún requisito de procedibilidad».

VII. SUSPENSIÓN DEL SEGUNDO PROCEDIMIENTO Y AUTO DE SOBRESEIMIENTO SÓLO TRAS FIRMEZA DE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL PRIMERO

Tanto en el caso que analizamos como en otros, el Juzgado de Instrucción aprecia la litispendencia, que es la antesala de la cosa juzgada, y dicta auto de sobreseimiento del segundo proceso; se ha entendido que lo que el Juzgado de Instrucción debió hacer fue acordar la suspensión y archivo provisional hasta tanto ganase firmeza la sentencia recaída en el primer proceso, sentencia firme que justificaría el archivo definitivo del segundo proceso por haberse enjuiciado los hechos de manera firme²².

²² En este sentido se ha manifestado el A.A.P. (6.^a) de Barcelona 12/2005, de 3 de enero; en un supuesto en que la Titular del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Barcelona dictó Auto por el que, estimando la excepción de cosa juzgada, se decretaba el sobreseimiento libre de las actuaciones. El referido órgano judicial *ad quem* en su razonamiento primero señala:

«La primera alegación del recurso presentado, se centra en la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la decisión de archivar de la Instructora sin que el denunciante haya podido formular alegaciones oportunas en relación a la excepción de cosa juzgada decretada, interesando la nulidad del auto recurrido; igualmente alega que no es cierto que se haya producido la excepción de cosa juzgada ya que la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 15 de Barcelona aún no ha ganado firmeza, agregando igualmente que los hechos denunciados en la presente causa son posteriores a los enjuiciados en el Juzgado de Instrucción número 15 por lo que los hechos son independientes y diferenciados.

La alegación debe ser desestimada: en efecto, sobre la vulneración del derecho constitucional alegado baste señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución sobre el fondo de las pretensiones, de forma que una decisión de inadmisión será constitucionalmente legítima cuando se apoye en la concurrencia de la causa a la que la norma legal anude tal efecto y se aprecie por el Juez en aplicación razonada de la norma como ocurre en el caso concreto cuando por el ahora recurrente *se pretende un doble o paralelo enjuiciamiento de unos hechos que son los mismos y que el denunciado coincide igualmente, por lo que la Juez a quo de conformidad con las normas y garantías procesales acuerda el archivo en estimación de la excepción de la cosa juzgada, lo que sería aplicable a los supuestos de litispendencia que concurre en el presente caso.*

Ahora bien, siendo posible la adopción de la resolución en las circunstancias antedichas, ciertamente asiste la razón al apelante cuando señala que no concurren los requisitos para apreciar la cosa juzgada, pues no constando la firmeza de la sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción n.º 25 de Barcelona, no cabe apreciar dicha institución y su lógica consecuencia, esto es, el sobreseimiento libre.

Sin embargo, a la vista del testimonio aportado parece que *si se dan las identidades objetivas y subjetivas que la cosa juzgada requiere*, bastando para ello ver la fecha de las dos denuncias presentadas en los Juzgados de Instrucción n.º 15 y 5 de Barcelona, el relato de hechos y los documentos aportados con una y otra denuncia: *ello supone la necesidad de proteger la cosa juzgada futura, función encomendada a la litispendencia.*

En definitiva, el no atender tanto a la cosa juzgada como a la litispendencia entre tanto aquella no se produzca, supondría incurrir en infracción del *ne bis in idem*, ubicando el Tribunal Constitucional en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva la garantía consistente en la interdicción de un doble proceso penal con el mismo objeto, lo que en la doctrina norteamericana se consigna como *double jeopardy*.

Ello nos lleva a la revocación parcial del auto recurrido, no tanto para su prosecución como pretende el recurrente pues nada nuevo se aporta en el presente procedimiento que no estuviese ya aportado en el seguido ante el Juzgado de Instrucción n.º 15 de Barcelona cuyo enjuiciamiento

Por tanto, la litispendencia frente a lo que sucede con la cosa juzgada no autoriza el sobreseimiento libre, sino la suspensión y archivo provisional del segundo procedimiento²³. Sin embargo, en algunos supuestos los órganos judiciales han acordado directamente el sobreseimiento libre al apreciar la litispendencia²⁴.

se realizó el 21 de septiembre de 2004, sino como para dejar sin efecto el sobreseimiento libre por estimar la Juez *a quo* la cosa juzgada, y en su lugar, *acordar la suspensión y archivo provisional de las actuaciones*, al modo de lo que ocurre con la cuestiones prejudiciales, en tanto no conste la firmeza de la resolución dictada por el Juzgado de Instrucción 15 de Barcelona, para en ese momento valorar y comprobar todos y cada uno de los presupuestos necesarios de la cosa juzgada.

Finalmente y respecto a la supuesta falta de legitimación del Letrado, con independencia del derecho *pro actione* y a favor del recurso, hay que tener en cuenta que si la Juez *a quo* estima concurrente la cosa juzgada y que igualmente la litispendencia es asumida por el propio impugnante del recurso y este proveyente, está claro de la legitimación que ostenta el mismo Letrado que interpone el presente recurso de apelación y que se persona como tal en las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Instrucción 15 (folio 32).

²³ El A.A.P. (1.ª) de Guadalajara 29/2009, de 3 de febrero, dispone en su F.J. único: «Se deduce el presente recurso de apelación frente al auto dictado por el Juzgado Instructor acordando acomodar las Diligencias Previas a los trámites del procedimiento abreviado, interesando el recurrente el archivo de la causa por litispendencia dada la existencia de otro procedimiento anterior por los mismos hechos que se encuentra pendiente de señalamiento de juicio. El recurso deducido no puede ser acogido habida consideración que la solicitud de archivo solo podría ser atendida si existiese cosa juzgada (sentencia firme sobre los mismos hechos con sustancial identidad subjetiva y objetiva); excepción que, conforme a lo prevenido en el artículo 675 L.E.Crim., comportaría el sobreseimiento libre de la causa; efecto que, por el contrario, no es predicable de la litispendencia ya que a lo único que podría haber dado lugar es a la acumulación de los procedimientos a los efectos de su enjuiciamiento conjunto. En base a lo cual, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, imponiendo al recurrente las costas de la alzada».

²⁴ En el A.A.P. (6.ª) de Barcelona 45/2011, de 23 de diciembre, en un supuesto en que el Juzgado de Instrucción n.º 2 de los de Granollers dictó Auto en las Diligencias seguidas por un presunto delito de lesiones en cuya parte dispositiva se acordaba el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones por concurrir, aunque no se utilice el concepto jurídico específicamente, causa legal de litispendencia. Notificada dicha resolución a las partes personadas, contra la misma se interpuso por la representación del denunciante, recurso de reforma y subsidiario de apelación, resultando desestimado el primero al tiempo que era admitido el de apelación, pero desestimado con base en lo siguiente: «El auto impugnado fundamenta el sobreseimiento libre en el hecho de que sobre los mismos hechos ya se sigue procedimiento ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer bajo el Procedimiento Abreviado 250/09. Ciertamente cuando en una pelea conyugal se produce resultado de lesiones para ambos contendientes, circunstancia por otra parte muy habitual, de seguirse dos procedimientos distintos se produciría la indeseada división de la contienda de la causa, siendo en este caso la jurisdicción especializada la que ha de asumir la instrucción de todas ellas por atracción».

Hay que pensar que el juzgado competente habrá llevado a cabo las diligencias necesarias para determinar las consecuencias penales de la totalidad de los hechos que en el atestado inicial se recogen, y en todo caso será en aquel procedimiento donde el hoy apelante tenga que hacer valer sus derechos, pero no es admisible la pretensión de abrir un nuevo proceso penal para dilucidar responsabilidades penales sobre hechos de los que ya está conociendo otro juzgado» (F.J. 1.º).