

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 3/1995, de 27 de diciembre, sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado: su ámbito de aplicación.

Referencia: FIS-C-1995-00003

I. Introducción

La reimplantación del Tribunal del Jurado en nuestro ordenamiento procesal punitivo, en desarrollo de la declaración contemplada en el art. 125 del Texto Constitucional, representa una innovación cuya trascendencia no es necesario glosar. Es también patente que la novedosa institución exige por parte del Ministerio Fiscal una respuesta adecuada para que el Jurado se amolde sin grandes disfunciones a nuestro sistema de enjuiciamiento y se convierta en un cauce más de realización de la justicia penal. Al servicio de ese valor superior del ordenamiento jurídico que es la justicia han de estar todas las instituciones procesales y entre ellas el Tribunal del Jurado. Y con esa finalidad ha de colaborar decididamente el Ministerio Fiscal para que, ayudando a olvidar experiencias históricas, quizás poco afortunadas, y a superar las distorsiones que la introducción de todo nuevo sistema de enjuiciamiento acarrea necesariamente, pueda cristalizar y cuajar en nuestro ordenamiento procesal esta institución de relieve constitucional.

La serie de Circulares que se inician con la presente pretende, precisamente, ser una especial continuación desde la Fiscalía General del Estado a esas finalidades.

Ante la publicación de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado (reformada por Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre) se abrían dos alternativas. La primera consistía en esperar a que transcurriesen los primeros meses de vigencia de la Ley para, al hilo de su aplicación práctica, detectar los problemas interpretativos y las soluciones que se presentasen como más operativas. Partiendo de esa experiencia y contando con el inestimable punto de referencia de las observaciones que pudiesen ir haciéndose desde las diversas Fiscalías, se abordaría la tarea de elaborar una o varias Circulares. De esa forma se sorteaba el peligro de imponer unas pautas interpretativas desde la Fiscalía General del Estado que luego pudiesen tropezar con una aplicación práctica que discurriese por terrenos divergentes.

Se ha preferido, sin embargo, afrontar esos riesgos y avanzar ya unos criterios interpretativos allí donde la Ley muestra zonas oscuras, lagunas o puntos que se prestan a interpretaciones muy distintas y, a veces, diametralmente opuestas. Adelantando estos iniciales criterios se fortalecerá el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal y se ofrecerán soluciones a los problemas que se susciten en estos primeros meses de andadura de la Ley, proporcionando a los Fiscales unas pautas que les sirvan de guía en la labor de interpretación del nuevo proceso.

En todo caso, la falta de rodadura de la Ley confiere un carácter abierto a las propuestas interpretativas que se recogen. Esas soluciones no son las únicas posibles y admisibles y, por tanto, hay que dejar abiertas muchas cuestiones para permitir que en un período razonable puedan reconsiderarse nuevamente a la luz de un prudencial plazo de contraste con la plasmación práctica de la Ley. A tal fin se interesa de todos los Fiscales que evacuen las consultas procedentes y vayan remitiendo a esta Fiscalía General informes recogiendo sugerencias y observaciones.

El legislador no se ha conformado con realizar las innovaciones estrictamente exigidas por la institución del jurado, sino que, con acierto o no, ha diseñado todo un nuevo modelo procesal cuyas especialidades se extienden a todo el «iter» procedimental: desde la fase de instrucción hasta la de impugnación. La inserción de un tipo procesal de nueva planta, no experimentado e inspirado en principios a veces divergentes de los que moldean los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, necesariamente ha de provocar muchas dudas y vacilaciones interpretativas para cubrir, de un lado, los aspectos de cuya regulación se ha olvidado el legislador y para tratar de ensamblar, de otro, las instituciones de la Ley Procesal Penal en el proceso ante el Jurado, lo que a veces no es fácil. Aun tratándose de una primera aproximación, la densidad y abundancia de las cuestiones que se suscitan aconsejaban para un más ordenado y sistemático análisis repartir las distintas materias en una serie de Circulares, evitando así amontonar en un solo y extenso texto toda la temática. En esta primera se trata lo referente al ámbito de aplicación del proceso ante el Tribunal del Jurado.

Conviene recordar de cualquier forma, que no es misión de una Circular de la Fiscalía General del Estado ni realizar un análisis doctrinal exhaustivo de la norma, ni adentrarse en críticas dogmáticas. Se trata tan sólo de individualizar los problemas interpretativos estableciendo pautas de actuación que orienten a los Fiscales en su tarea de aplicación de la norma, y sirvan así de instrumento para mantener el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

II. Ámbito temporal

a) Entrada en vigor de la ley

En cuanto a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1995 la Disposición Final Quinta distingue las siguientes partes:

El Capítulo II dedicado a «Los jurados» (arts. 6 al 23) y la Disposición Transitoria Tercera (referida a la primera lista de candidatos a jurado) entraron en vigor a los dos meses de la publicación de la Ley en el «Boletín Oficial de Estado». Por tanto, habiéndose efectuado dicha publicación el 23 de mayo de 1995, la vigencia efectiva se produjo en fecha 24 de julio de 1995. En esta materia incide el Real Decreto 1398/1995, de 4 de agosto, por el que se regula el sorteo para la formación de las listas de candidatos a jurados.

El resto del contenido de la Ley contó con un período de «vacatio legis» de seis meses, por lo que adquirió vigencia el 24 de noviembre de 1995 (art. 5 del Código Civil y sentencia del Tribunal Supremo -Sala 3ª- de 21 de diciembre de 1987).

Debe tenerse presente, además, que la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre (publicada en el BOE de 17 de noviembre de 1995), por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995, establece en su Disposición Final Unica, apartado 2, la entrada en vigor al día siguiente al de su publicación, esto es el día 18 de noviembre. Esta fecha de vigencia tiene sentido para las modificaciones operadas en los arts. 6 al 23, ya vigentes desde julio. Sin embargo, para el resto del articulado de la Ley se produce una situación paradójica: la reforma de los preceptos entra en vigor el día 18 mientras que el cuerpo legal reformado cobra vigencia días después -el 24 de ese mes-. Esta situación no puede llevar, como han propugnado aisladas voces, a atribuir a los preceptos reformados de la Ley Orgánica 5/1995 distinta y anterior vigencia frente a los no reformados; o, incluso, a considerar que la Ley 5/1995 ha derogado a la Ley 8/1995 por ser aquélla posterior en el tiempo (art. 2 del Código Civil). Hay que sostener, en una interpretación lógica, que esa vigencia, aun producida formalmente días antes de la de los preceptos que modifica, queda materialmente diferida a la fecha ya antes señalada del 24 de noviembre de 1995.

b) Régimen transitorio

Señala la disposición transitoria primera de la Ley:

«Los procesos penales incoados o que se incoen por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán ante el órgano jurisdiccional competente conforme a las normas vigentes en el momento de acontecer aquellos».

Las Leyes se dictan para el futuro y su eficacia respecto de hechos, actos o situaciones se produce desde su entrada en vigor. El fenómeno de la retroactividad es posible si la propia Ley lo autoriza; es obligado si esta Ley es de naturaleza penal y más beneficiosa para el inculpado (art. 24 del Código Penal reiterado por el art. 2.2º del nuevo Código; y es imposible si se trata de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales -artículo 9 del Texto Constitucional-.

Las Leyes procesales pertenecen al primer grupo de los tres enumerados y por tanto no inciden sobre los procesos pendientes, incoados y en marcha salvo que así lo digan explícitamente, lo que no sucede con la presente Ley según se desprende de la disposición antes transcrita.

La Ley Orgánica 5/1995 ha resuelto esta cuestión con un total respeto al constitucionalizado derecho al Juez ordinario fijado por la Ley. No basta con la determinación legal del Juez ordinario, sino que la Ley debe «predeterminar» el mismo, es decir, establecer con anterioridad a la comisión de la conducta que haya de ser enjuiciada cuál es el juez llamado a conocer de la misma. En definitiva, ese elemento cronológico exigido por la Constitución al emplear el término «predeterminación» impone que los procesos iniciados o que se inicien en el futuro por hechos acaecidos con anterioridad al 24 de noviembre de 1995, se incoen o continúen tramitándose con arreglo a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal existentes antes de la vigencia de la Ley del Jurado.

El sistema de transitoriedad de la Ley puede sistematizarse así:

a) Por los hechos acaecidos con anterioridad al 24 de noviembre de 1995 no podrá seguirse procedimiento ante el Tribunal del Jurado. Por tanto, si antes de la citada fecha se hubiese incoado causa criminal no procederá en ningún caso la conversión del procedimiento. Lo mismo debe sostenerse para los supuestos de incoación posterior a la entrada en vigor de la Ley por hechos acaecidos con anterioridad al 24 de noviembre de 1995: El enjuiciamiento se ajustará a las normas del procedimiento ordinario o abreviado, según corresponda en atención a la penalidad.

b) Se seguirá procedimiento ante el Tribunal del Jurado cuando los hechos o delitos comprendidos en su ámbito se hubieren cometido en fecha posterior al 23 de noviembre de 1995.

c) Cuando no conste si la fecha de comisión del delito es anterior o posterior al 24 de noviembre de 1995, no será procedente incoar el procedimiento de jurado. El proceso por jurado es una excepción a las normas generales (como demuestra, entre otras cosas, el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -art. 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado-), sólo procede cuando se den con claridad todos los requisitos que lo permiten y en casos de duda ha de darse primacía a las normas generales.

d) En los casos de delito continuado en que algunas de las acciones hayan sido cometidas antes de la expresada fecha y otras después, e igualmente en los casos de delito permanente iniciado antes y finalizado después de la vigencia de la Ley Orgánica 5/1995, la solución no es clara. A favor del enjuiciamiento por jurado podría argüirse que el delito, a efectos del inicio de la prescripción, se entiende cometido desde la última de las acciones delictivas o desde la finalización de la conducta (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1945 y 21 de diciembre de 1990). Esta tesis se recoge expresamente en el nuevo Código Penal (art. 132). Aun cuando esta doctrina se refiere al inicio de la prescripción y no al momento consumativo, en los casos expuestos se entenderá procedente el enjuiciamiento a través del proceso ante el Tribunal del Jurado.

e) Si se trata de delitos habituales se seguirá la solución anterior cuando la conducta reiterada se despliegue, al menos en parte, en el tiempo posterior a la vigencia de la Ley.

III. Ámbito objetivo por razón de la materia

Para la delimitación de la competencia objetiva y el tipo de procedimiento en lo que a delitos respecta, la Ley de Enjuiciamiento Criminal atendía a la pena asignada en abstracto a la

infracción penal (arts. 14 y 779 en la redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/1995).

Este sistema que se mantiene en su esencia para el reparto de asuntos entre los procedimientos ordinario y abreviado, se ha visto alterado por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1995, modificada sustancialmente en este punto por la Ley Orgánica 8/1995.

El doble criterio competencial -tipo de delito y penalidad- que señalaba para el Jurado el art. 83.2, d), de la Ley Orgánica del Poder Judicial no ha sido atendido. La Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/1995 ha dado nueva redacción al referido precepto, que ahora dispone:

«La composición y competencia del Jurado es la regulada en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado».

La Ley, en su art. 1, pone su atención en la naturaleza de la infracción penal, con independencia de la pena que ésta lleve aparejada, para determinar los hechos que hayan de ser enjuiciados a través del nuevo procedimiento.

La Ley fija en los dos primeros apartados del art. 1 el catálogo de delitos que se enjuiciarán por este procedimiento.

En el art. 1, apartado 1, establece una especie de declaración programática o un marco general de competencia que luego se concreta o desarrolla en el apartado siguiente. Las rúbricas del art. 1 apartado 1, tras haber sido modificadas por la Ley Orgánica 8/1995, son las siguientes:

- a) Delitos contra las personas.
- b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
- c) Delitos contra el honor.
- d) Delitos contra la libertad y seguridad.
- e) Delitos de incendios.

Resulta inútil la fijación de tales rúbricas. Basta con el listado de delitos del apartado 2 del art. 1 para establecer la competencia del procedimiento del jurado. Por consiguiente:

En la medida en que el legislador no haya complementado alguna de las rúbricas del apartado 1 estableciendo concretos preceptos delictivos en el apartado 2, dicha rúbrica queda en suspenso, a modo de simple declaración programática de futuro, de posible techo competencial aún no cubierto. Sin embargo, la existencia de dicha declaración es innecesaria o superflua pues ni condiciona la competencia actual, ni obliga al legislador en el futuro, en tanto que le basta con no desarrollarla en el apartado 2 del precepto -lo que sucede en la actualidad con los delitos contra el honor- o con cambiar la lista de rúbricas del apartado 1 del art. 1 lo que ya se ha hecho en la Ley Orgánica 8/1995 respecto de la Ley Orgánica 5/1995.

La inclusión en el apartado 2 del art. 1 de alguna figura delictiva sin correspondencia exacta o encaje en alguna de las rúbricas del apartado 1, no debe llevar a la exclusión de tal delito del ámbito competencial del procedimiento ante el jurado. En concreto, así sucedía en la Ley Orgánica 5/1995, antes de su modificación, con el delito de incendios, que no tenía encaje en el derogado art. 1.1, apartado g), que llevaba por rúbrica la de «delitos contra el medio ambiente», y no por ello se había de entender ajeno el delito de incendios a la competencia del jurado. Se trata, en definitiva, de una antinomia legal que ha de salvarse optando por dar preferencia a la ley especial, representada por el apartado 2 del art. 1, frente a la norma general, como es el apartado 1 de dicho precepto.

En conclusión, habrán los Sres. Fiscales de fijarse para determinar las figuras delictivas de las que conoce el jurado exclusivamente en el listado de delitos que recoge el art. 1.2 de la Ley.

Por otra parte, a tenor del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, en nada afectan a la competencia el grado de ejecución del delito -a salvo lo que se dirá posteriormente respecto de los delitos contra las personas- o de participación.

Veamos a continuación algunas cuestiones en relación con los concretos delitos atribuidos al Tribunal del Jurado.

a) Delitos contra las personas

Tal rúbrica coincide con la del actual Título VIII del Libro II del Código Penal.

Las figuras delictivas concretas del actual Código Penal competencia del jurado son: parricidio (art. 405), asesinato (art. 406), homicidio (art. 407), auxilio o inducción al suicidio (art. 409) e infanticidio (art. 410).

Tales delitos sólo se atribuyen al jurado cuando hayan alcanzado el grado de consumación, en virtud del art. 5.1 de la Ley. La razón para excluir las formas imperfectas puede ser doble: evitar que un alto número de infracciones penales atribuidas al jurado pudieran colapsar dicho procedimiento resquebrajando la Institución y, además, sustraer al jurado la compleja tarea de realizar el difícil deslinde entre el «animus laedendi» y «necandi».

El delito de robo con homicidio doloso (art. 501.1) no es competencia del jurado al no recogerse en el art. 1.2 de la Ley. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que existen varias muertes, la formación del delito complejo se producirá con una de ellas y las restantes entrarán en concurso de delitos. En estos supuestos, la competencia para conocer de las muertes restantes se atribuye al jurado. Para dilucidar si el robo con homicidio se enjuicia junto con las otras muertes a través del procedimiento ante el Jurado o, por el contrario, por separado a través del procedimiento ordinario, deberá tenerse en cuenta lo establecido en los arts. 5.2 y 5.3 de la Ley que más adelante se analizan.

Todas estas conductas delictivas contra las personas no serán competencia del Tribunal del Jurado cuando hayan sido cometidas por imprudencia.

b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos

Esta rúbrica del art. 1.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se corresponde con el Título VII del Libro II del Código Penal.

Se encomiendan al Tribunal del Jurado las siguientes figuras delictivas del vigente Código Penal: Infidelidad en la custodia de presos (arts. 362 y 363); infidelidad en la custodia de documentos (arts. 364 a 366); cohecho (arts. 385 a 393); algunas formas de malversación de caudales públicos (en concreto las incluidas en los arts. 394 a 396) por cuanto se excluyen las malversaciones consistentes en dar una aplicación pública diferente a los caudales, la consistente en no efectuar los pagos a que se esté obligado y la malversación impropia; fraudes y, exacciones ilegales (arts. 400 a 403); negociaciones prohibidas a los funcionarios (art. 404); y, por último, tráfico de influencias -arts. 404 bis a) a 404 bis c)-.

El art. 5.2 de la Ley excluye en forma tajante el delito de prevaricación de entre los que pueden ser conocidos por el Tribunal del Jurado, pues aun en el supuesto de que sea conexo a otro delito competencia del Jurado su enjuiciamiento deberá efectuarse por separado en otro procedimiento. No se alcanza a comprender del todo la causa de tal exclusión. Si se debe al hecho de considerar insalvable la dificultad que representará para los jurados emitir veredicto sobre el carácter justo o injusto de una determinada resolución, también debiera haberse excluido de este procedimiento el delito de cohecho, que exige igual valoración (aunque sea cierto que en la prevaricación ello constituya el hecho nuclear y en el cohecho una circunstancia determinante de la imposición de mayor o menor pena). Además, en ocasiones no será fácil separar, como exige el art. 5.2 de la Ley, del Jurado, el enjuiciamiento de los delitos de cohecho y prevaricación cuando uno haya sido medio para la comisión del otro: ello podría suponer la ruptura de la continencia de la causa y un abierto peligro de posibles resoluciones contradictorias. Aun con todo, el mandato legal es claro y, consecuentemente, ningún delito de prevaricación podrá enjuiciarse por el Tribunal del Jurado.

c) Delitos contra el honor

Como se dijo líneas atrás, y pese al parecer contrario de alguna postura doctrinal, el art. 1.2.c), que lleva por rúbrica «Delitos contra el honor», no es suficiente para entender atribuidos tales delitos al conocimiento y fallo del Tribunal del Jurado, por cuanto que en el apartado 2 de dicho

artículo no se recoge en concreto ninguna de tales infracciones penales. Por tanto, deberán los Sres. Fiscales oponerse a la tramitación de causas por delitos de injurias o calumnias a través de este procedimiento. Siguen pues vigentes los criterios establecidos sobre el procedimiento aplicable para el enjuiciamiento de tales delitos en la Consulta 21/1994 de esta Fiscalía General.

d) Delitos contra la libertad y seguridad

Esta rúbrica coincide con la del Título XII del Libro II del Código Penal. Se señalan como delitos competencia del jurado los siguientes: omisión del deber de socorro (art. 489 ter); allanamiento de morada (arts. 490 a 492 bis) y, por último, el delito de amenazas (art. 493.1).

No todas las figuras delictivas de amenaza son competencia del jurado. Tras la reforma del art. 1.2 operada por la Ley Orgánica 8/1995 sólo se incluyen las amenazas de causar un mal que constituya delito hechas en forma condicional. El resto de los delitos de amenazas deberá tramitarse a través del procedimiento abreviado.

e) Delitos de incendios

Se atribuyen al Tribunal del Jurado los delitos de incendios forestales recogidos en los arts. 553 bis a) a 553 bis c) del Código Penal.

f) Incidencia del código penal de 1995

La vigente redacción del art. 1 apartado 2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, se verá alterada con la entrada en vigor del nuevo Código Penal. Como quiera que en el listado de tal precepto los delitos se identifican en atención al número del artículo del Código Penal en el que se tipifican, el nuevo texto punitivo en su disposición final segunda se ha visto en la necesidad de modificar el art. 1.2 de la Ley Orgánica 5/1995, con un alcance que, en ocasiones, excede de la mera acomodación numérica del articulado. Sin embargo, no se modifica el apartado 1 del art. 1, pese a que el nuevo Código altera la estructura y sistemática del anterior.

Esta reforma entrará en vigor el 25 de mayo de 1996 al tiempo que el nuevo Código.

Respecto de los «delitos contra las personas» deben tenerse en cuenta varias cuestiones. En primer lugar cabe observar que la rúbrica del art. 1.1.a) -«delitos contra las personas»- no guarda correspondencia con alguno de los enunciados del nuevo Código. Este regula en el Título I del Libro II bajo la rúbrica «Del homicidio y sus formas», los delitos que se recogen como competencia del jurado en el futuro art. 1.2 y que son los arts. 138 a 140. Así, sólo el homicidio y el asesinato -éste como una forma más grave de homicidio- serán competencia del jurado. Quedan excluidos formalmente el parricidio y el infanticidio por haber desaparecido como figuras penales autónomas, aunque materialmente tales conductas se integrarán en el homicidio o asesinato.

De otro lado, el delito de auxilio e inducción al suicidio, recogido en el art. 143 del nuevo Código, desaparece del art. 1.2 de la Ley, quedando así fuera del catálogo de delitos competencia del jurado. Hasta la vigencia del nuevo Código Penal podrán pues incoarse procesos para el enjuiciamiento ante el Tribunal del Jurado por delitos de auxilio e inducción al suicidio cometidos bajo la vigencia de la Ley Orgánica 5/1995. Sin embargo, de los delitos de este tipo que se cometan tras la vigencia del nuevo Código Penal conocerá la Audiencia Provincial o Juzgado de lo Penal, según los casos. Los procesos de Jurado incoados por estas infracciones antes de la entrada en vigor del nuevo Código deberán seguir tramitándose por tales normas, siendo incorrecta su transformación en procedimiento abreviado u ordinario, aunque pudieran ser aplicables en lo sustantivo los preceptos del nuevo Código Penal. Ello tanto por ser el Tribunal del Jurado el Juez ordinario «predeterminado» por la Ley para tales hechos, como por la inexistencia de disposición transitoria alguna que disponga lo contrario.

Al desaparecer en el nuevo Código el delito complejo de robo con homicidio, según se desprende de su art. 242, se amplía indirectamente el ámbito competencial del Tribunal del Jurado, pues toda muerte dolosa producida con motivo u ocasión de robo se podrá enjuiciar a través del procedimiento del jurado. Igualmente en estos casos tampoco procederá transformar

los procedimientos ordinarios incoados por tales infracciones antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, aunque pudieran ser aplicables los nuevos preceptos penales.

Los actuales «delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» se agrupan en el nuevo Código Penal en el Título XIX de su Libro II que lleva por rúbrica la de «Delitos contra la Administración Pública», con una excepción: el futuro delito de infidelidad en la custodia de presos que se recoge en el Título siguiente bajo el epígrafe «Delitos contra la Administración de Justicia».

Todas las figuras delictivas que vimos comprendía este apartado se recogen también en la modificación del art. 1.1 de la Ley que efectúa el nuevo Código Penal como incluidas en el ámbito de este procedimiento. Ahora bien, el futuro delito de infidelidad en la custodia de presos (art. 471) será una muestra de la falta de con relación existente entre los apartados 1 y 2 del art. 1, ya que se trata de un delito encuadrado entre los «Delitos contra la Administración de Justicia», rúbrica esta que, sin embargo, no se recoge entre las menciones del art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Conforme a lo ya señalado, una vez en vigor el nuevo Código Penal, la solución a este problema debe ser la de entender incluido el delito de infidelidad en la custodia de presos entre los atribuidos a la competencia del Tribunal del Jurado.

En cuanto a los «delitos contra la libertad y seguridad», en el nuevo Código Penal se alteran en parte las rúbricas de los Títulos en los que tales infracciones se encuadran, si bien se mantienen los mismos delitos competencia del jurado. Debe apuntarse, no obstante, en relación al allanamiento de morada que sólo se atribuirán al Jurado los delitos tipificados en los arts. 202 y 204 del nuevo Código, excluyéndose las figuras delictivas del art. 203 (allanamiento cometido por particulares cuando se produzcan en el domicilio de personas jurídicas públicas o privadas, despachos profesionales u oficinas, o establecimientos mercantiles o locales abiertos al público fuera de las horas de apertura), que se tramitarán a través de las normas del procedimiento abreviado. Si por tales casos y antes de la vigencia del nuevo Código se hubiera incoado procedimiento ante el Tribunal del Jurado no procederá la transformación del mismo en procedimiento abreviado, por las razones arriba expuestas para el similar supuesto del delito de auxilio e inducción al suicidio.

g) Exclusión de los delitos atribuidos a la competencia de la Audiencia Nacional

La Ley establece en su art. 5.3:

«En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional».

Examinando los delitos que se atribuyen al enjuiciamiento de la Audiencia Nacional, recogidos en el art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, puede explicarse tal exclusión desde distintos puntos de vista.

Si se piensa en la competencia de la Audiencia Nacional para enjuiciar los delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes, fácilmente se comprende la inconveniencia del Tribunal del Jurado.

Otros delitos competencia de la Audiencia Nacional, en concreto los cometidos fuera del territorio nacional art. 65.1.º e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial plantearían igualmente problemas para su enjuiciamiento por jurado, pues el art. 8.4 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado exige como requisito para ser jurado la vecindad en cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiere cometido. Esto, unido a que el jurado habrá de ser español (art. 8.1), dificultaría, si es que no lo hace imposible, el juicio por jurado en tales casos.

Por fin la complejidad de algunos de los delitos atribuidos a la Audiencia Nacional que en ocasiones desembocan en los que se han venido a denominar «macroprocesos» tampoco es campo propicio para el enjuiciamiento por Jueces legos.

El problema interpretativo aparece al contemplar los supuestos en que colisionan dos reglas de competencia: Comisión por persona aforada de delitos atribuidos a la competencia de la

Audiencia Nacional. En tales casos la regla de aforamiento prevalece sobre cualquier otra y, por ende, el delito en un principio competencia de la Audiencia Nacional pasa a ser competencia de la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Segunda del Tribunal Supremo por razón del fuero personal.

Cabe plantearse si cuando esto ocurra regirá o no la regla del art. 1.3 de la Ley que prevé la exclusión del jurado y, en consecuencia, si el Tribunal competente por razón de fuero deberá o no enjuiciar uno de estos delitos mediante jurado.

La respuesta afirmativa a tal cuestión, que se apoyaría en la literalidad del art. 1.3 en tanto que la exclusión del Jurado se refiere a la Audiencia Nacional pero sin mencionar a otros órganos jurisdiccionales, no es satisfactoria.

Ha de optarse por la contraria por las siguientes razones:

a) La exclusión del juicio por jurado en la Audiencia Nacional tiene un fundamento que persiste también para el caso de aforados que ahora se contempla, por lo que en una interpretación teleológica del precepto se llega a esta solución.

b) El art. 1.3 de la Ley excluye de la competencia del jurado los delitos cuyo enjuiciamiento «venga atribuido» a la Audiencia Nacional, debiendo interpretarse tal expresión en el sentido de atribución en abstracto de competencia objetiva por razón de delito, sin atender más que a esa consideración para que la exclusión opere. Es decir, basta con que la Ley asigne determinados delitos a la Audiencia Nacional para que su enjuiciamiento se excluya del Tribunal del Jurado, con independencia de que por razones de aforamiento el juicio oral sea desplazado a otro órgano. En otro caso la Ley hubiera empleado una locución distinta refiriéndose a la imposibilidad del juicio por jurado en la Audiencia Nacional y no, como hace el art. 1.3, dirigiendo la exclusión a determinados delitos -que es la nota esencial- aunque después, empleando una equívoca técnica legislativa, los identifique por su atribución competencial a un determinado órgano que resulta ser -dato de carácter secundario- la Audiencia Nacional.

IV. Enjuiciamiento en el ámbito de la Audiencia Provincial

El art. 1.3 de la Ley Orgánica 5/1995 señala que el juicio del Jurado se celebrará sólo en el ámbito de la Audiencia Provincial a excepción de los juicios contra personas aforadas que se analizan en el siguiente apartado.

Conforme a lo dispuesto en dicho precepto, en aquellos casos en que el delito atribuido al conocimiento del jurado -por hallarse incluido en la lista del art. 1.2 de la Ley- fuere, por razón de la pena que tuviere señalada y conforme al art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los que caen dentro del ámbito competencial del Juzgado de lo Penal, el enjuiciamiento por jurado se hará en el ámbito de la Audiencia Provincial (art. 5.3) y nunca en el ámbito del Juzgado de lo Penal. Se excluye así la posibilidad de que en los Juzgados de lo Penal puedan celebrarse juicios de Jurado.

En consonancia con lo anterior dispone el art. 2.1º que el Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un Magistrado integrante de la Audiencia Provincial que lo presidirá.

V. Aforamientos

La regla según la cual el juicio por jurado se desarrolla en el ámbito de la Audiencia Provincial tiene su excepción en caso de enjuiciamiento de personas aforadas. En tal supuesto, el juicio se celebrará -arts. 1.3 y 2.2- en el ámbito de los Tribunales que correspondan por razón del aforamiento.

Conforme a lo ya razonado, si el aforado hubiere cometido un delito de los que se atribuyen a la Audiencia Nacional y, además, recogido en el art. 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, será de aplicación lo dispuesto en el art. 1.3, «in fine», negándose así el enjuiciamiento de dicho delito a través del Tribunal del Jurado.

Los arts. 57 y 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no han sido modificados a raíz de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1995. Surge así una aparente discordancia entre estos

preceptos con los arts. 1.3 y 2.1.2 de la Ley, que prevén el juicio por jurado en el Tribunal correspondiente al aforado. Ante la comisión por persona aforada de un delito del art. 1.2 de la Ley cabe cuestionarse si el enjuiciamiento por Jurado respeta la especialidad que el aforamiento supone y, en definitiva, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Es cierto que el juicio por jurado, tratándose de aforado, se llevará a cabo con un Magistrado Presidente miembro del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo y por ello distinto del que presidiría el Jurado en otro caso (un Magistrado de la Audiencia Provincial). Pero también es cierto que la decisión -la emisión de veredicto- se atribuye a nueve personas que pudieran ser las mismas en uno u otro caso.

Pese a lo expuesto, debe entenderse que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley no se conculca en estos supuestos. Los arts. 57 y 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ven ahora completados por otros preceptos de igual rango -los arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado- que han venido, sin necesidad de reformar la literalidad de aquéllos, a modificar su contenido en tanto que respecto de hechos acaecidos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1995, cometidos por aforados, e incluidos en el listado de su art. 1.2, ya no es Juez ordinario determinado por la Ley la Sala 2ª del Tribunal Supremo o la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, sino que lo es el Tribunal del Jurado integrado por nueve jurados y un Magistrado Presidente miembro de tales órganos jurisdiccionales (art. 2.1). Como los arts. 1 y 2 de la Ley 5/1995 tienen carácter de Ley Orgánica no existe problema alguno en el hecho de que afecten al derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Ahora bien, estas apreciaciones no pueden trasladarse a los aforamientos establecidos directamente por la Constitución. Sus arts. 102.1 y 71.3 establecen, respectivamente, que la responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno y la de los Diputados y Senadores será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tales normas, dado su rango constitucional, no pueden verse modificadas por los arts. 1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. En consecuencia, partiendo, según se razonó antes, de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es diferente a un Tribunal compuesto por nueve jurados y un Magistrado del Tribunal Supremo que lo presidirá, debe concluirse -en una interpretación favorable a la constitucionalidad de los arts. 1.3 y 2.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado- que cuando el aforado sea el Presidente o un miembro del Gobierno, un Diputado o un Senador, no podrá ser enjuiciada su conducta a través del Tribunal del Jurado en ningún supuesto. El juicio deberá tramitarse por procedimiento sumario o abreviado atribuyendo el enjuiciamiento a la Sala Segunda del Tribunal Supremo sin intervención del Tribunal del Jurado.

VI. Reglas complementarias de competencia

El art. 5 de la Ley proporciona una serie de reglas que inciden en la delimitación del ámbito competencial.

a) Delitos conexos

En su número 2, el citado art. 5 extiende la competencia del Tribunal del Jurado al enjuiciamiento de los delitos que sean conexos a los recogidos en la lista del art. 1.2. Ahora bien, a continuación se restringe por varias vías esa cláusula general.

En primer lugar, el art. 5.2 da una relación de los delitos conexos de los que podrá conocer el jurado. El contenido de este precepto se corresponde con los cuatro primeros apartados del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los casos comprendidos en el apartado 5º del citado artículo -«los diversos delitos que se imputan a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieran analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubieran sido hasta entonces sentenciados»- han quedado excluidos del posible enjuiciamiento como delitos conexos por el Tribunal del Jurado.

La limitación del concepto de conexidad a los cuatro primeros apartados del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obliga a dar respuesta a varias cuestiones:

a) En primer lugar las que surgen en aquellos supuestos en que una persona comete dos o más delitos, conexos por razón del art. 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no siendo

todos competencia del Tribunal del Jurado (por ejemplo, una misma persona comete dos homicidios relacionados entre sí, uno de los cuales queda en grado de frustración). Si los delitos están tan íntimamente relacionados en su comisión que su enjuiciamiento por separado, a lo que en principio parece obligar la Ley, supone la ruptura de la continencia de la causa (piénsese, en el ejemplo citado, que las circunstancias concretas de la prueba obligaren a su enjuiciamiento conjunto y nunca fragmentado), será irrenunciable la tramitación y enjuiciamiento conjunto por imponerle elementales exigencias procesales. Y en trance de optar por los procedimientos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el establecido en la Ley del Jurado, habrá que decantarse por aquéllos, tramitándose la causa por las normas del procedimiento ordinario o del abreviado, según corresponda, dada la imposibilidad del enjuiciamiento por jurado (art. 5.2 que expresamente impide enjuiciar por jurado los delitos que no sean conexos en los términos allí señalados, y el homicidio frustrado, por seguir con la hipótesis expuesta, ni se halla en la lista del art. 1.2 de la Ley, ni se trata de delito conexo según el art. 5.2 de tal Texto Legal). Esta solución, se fundamenta, además, en el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto del procedimiento del jurado (art. 24.2), que hace venir en aplicación lo dispuesto en el art. 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ampara la solución propugnada. Se dará por tanto prevalencia en esos casos de conflicto a las normas generales de la Ley Procesal Penal tramitándose por procedimiento ordinario o abreviado los supuestos de infracciones conexos del art. 17.5 que no puedan ser enjuiciados por separado, pese a estar atribuida una de ellas, aisladamente, a la competencia del Jurado. Esta interpretación, de otra parte, puede encontrar cierto asidero en una vieja jurisprudencia recaída bajo la vigencia de anteriores Leyes del Jurado.

Si en el caso anterior, por no romperse la continencia de la causa, pudieran ser enjuiciadas por separado y de hecho lo fueran así las diversas infracciones, hay que aclarar que será aplicable en fase de ejecución de las penas impuestas en los diversos procesos, lo dispuesto en el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pese a la no consideración por el art. 5 de la Ley Orgánica 5/1995 de tales delitos como conexos.

b) En segundo lugar, la Ley se cuida de señalar expresamente que «en ningún caso» podrá enjuiciarse por conexidad el delito de prevaricación (art. 5.2, párrafo 2). De ahí se colige que cuando el enjuiciamiento por separado de este delito rompa la continencia de la causa deberán enjuiciarse la prevaricación y el delito conexo competencia del jurado a través del procedimiento ordinario o abreviado que corresponda en atención a la pena. Son reproducibles aquí las razones antes dadas para acoger esta solución en los casos del art. 17.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) Por fin, el mismo precepto señala que no conocerá el Tribunal del Jurado de aquellos delitos conexos cuyo enjuiciamiento pueda efectuarse por separado sin que se rompa la continencia de la causa. El Legislador cuida especialmente que en este procedimiento llegue a conocimiento de los Jueces legos un objeto sencillo, huyendo en lo posible de causas con varios delitos, entre otras razones, por el mayor riesgo de que el jurado obtenga veredicto respecto de uno de tales hechos y no alcance las mayorías necesarias respecto de algún otro de los conexos, provocando así una situación plagada de inconvenientes y problemas. Por ello, la expresión legal «ruptura de la continencia de la causa» deberá ser interpretada de forma restrictiva. No obstante, los Sres. Fiscales tratarán de impedir el enjuiciamiento por separado cuando, en atención a las circunstancias fácticas y a las especialidades de la prueba de los delitos de que se trate, ello implique tanto que se malogre la práctica de la prueba como el riesgo de futuras resoluciones contradictorias. No es posible dar reglas concretas y sí sólo esas indicaciones generales en esta materia, que por otra parte no es exclusiva del procedimiento ante el jurado.

b) Concurso de delitos

Dispone el art. 5.3 de la Ley:

«Cuando un solo hecho pueda constituir dos o más delitos será competente el Tribunal del Jurado para su enjuiciamiento si alguno de ellos fuera de los atribuidos a su conocimiento».

Es claro que la previsión no comprende el concurso de leyes o concurso aparente, pues en otro caso se ampliaría enormemente el ámbito competencial del jurado, lo que sin duda no estaba

en la voluntad del legislador. Así, por citar algunos ejemplos ilustrativos, en todo robo con intimidación o en toda violación o agresión sexual intimidatorias podría existir un concurso aparente con la figura de la amenaza condicional, sin que por ello aquellos delitos vayan a resultar competencia del jurado.

El precepto contempla el concurso de delitos, si bien no todas sus modalidades, en tanto que deberán descartarse los concursos real e ideal medial, pues ambos se recogen como posibles supuestos de conexidad ya tratados líneas atrás. Se está pensando pues en el concurso ideal propio, que se da cuando una sola acción constituye dos delitos distintos a penar conforme a las reglas del art. 71 del Código Penal. Así, serán competencia del jurado los supuestos en los que una sola acción provoque dos distintos delitos, uno incluido en la lista del art. 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y el otro excluido. Ambas infracciones deberán ser enjuiciadas conjuntamente y a través del procedimiento del jurado (por vía de ejemplo, se atribuyen al jurado los casos de una sola acción que provoque un homicidio y un aborto, o un homicidio y atentado, etc., pese a que los delitos citados en segundo lugar no se incluyan en el listado del art. 1.2 de la Ley).

c) Enjuiciamiento de faltas

Nada prevé la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sobre el posible enjuiciamiento de las faltas que estén relacionadas con los delitos competencia del jurado.

A tal posibilidad parece oponerse el reiterado empleo del término «delito» en los artículos que regulan la competencia (arts. 1, 2 y 5 de la Ley). Sin embargo, no basta con dicho argumento, se hace preciso indagar más sobre esta cuestión, pues como se verá seguidamente nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal apenas si contiene en general normas genéricas de atribución competencial para el enjuiciamiento de faltas en los procesos por delito, llegándose empero por la vía interpretativa a la admisión de dicha posibilidad.

En el Procedimiento Ordinario no existe precepto alguno que atribuya de forma expresa a la Audiencia competencia objetiva para conocer de faltas. Sin embargo, los arts. 142.5 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal suponen indirectamente la atribución de competencia objetiva a las Audiencias para conocer de las faltas que sean incidentales. Son incidentales, según define el art. 142 de la misma Ley, las faltas que los procesados hubiesen cometido antes, al tiempo o después del delito como medio de perpetrarlo o encubrirlo. En todo caso, la Audiencia no será competente para conocer de las faltas que no sean incidentales.

La evolución en el enjuiciamiento de faltas ha venido marcada por una dirección: el incremento de la competencia del órgano encargado de enjuiciar delitos para decidir también sobre las faltas con base en la idea de no romper la continencia de la causa, el principio de que quien puede lo más puede lo menos y, por último, en aras de una mayor celeridad y economía procesal.

En los derogados procedimientos de urgencia (antiguos arts. 800 y 802), así como en el también desaparecido procedimiento que instauró la Ley Orgánica 10/1980, se ampliaron esas atribuciones otorgando al órgano de enjuiciamiento competencia para juzgar en los procedimientos por delito de las faltas aunque no resultasen incidentales.

Esta dirección se acentuó más todavía en la Ley Orgánica 7/1988, reguladora del procedimiento abreviado, extendiendo la competencia de los Juzgados de lo Penal al enjuiciamiento de las faltas, aunque fuesen imputables a terceros cuando su comisión o prueba esté relacionada con el delito objeto de enjuiciamiento (art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ahora bien esa especialidad no alcanza al procedimiento abreviado competencia de la Audiencia Provincial. Esta conocerá, por remisión a lo que sucede en el procedimiento ordinario y al no existir una regla como la del art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de las faltas sólo cuando sean incidentales o conexas y hayan sido cometidas por el autor del delito.

En atención a dicha panorámica cabe admitir, pese al silencio de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, el enjuiciamiento por jurado de las faltas que sean incidentales al delito competencia del jurado, siguiendo la regla del procedimiento ordinario y en atención a la aplicación supletoria del mismo por vía del art. 24.2 de la Ley Orgánica 5/1995. No obstante, y

como quiera que el concepto de «falta incidental» es coincidente, aunque sólo en parte por ser más restringido, con el de conexidad, cuando la falta incidental pudiera ser enjuiciada por separado sin que ello suponga la ruptura de la continencia de la causa, los señores fiscales interesarán que así se haga mediante la oportuna deducción de testimonios a tenor de la regla restrictiva del art. 5.2 de la Ley que, aunque referida a los delitos conexos, alcanza igualmente a las faltas incidentales.

No contradice lo dicho la nueva redacción del art. 14.3.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Disposición Final Segunda de la Ley):

«No obstante, en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, si el delito fuera de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste».

No puede entenderse esta previsión como una forma de arrastrar a la competencia del Jurado todas las atribuciones propias del Juez de lo Penal y, por ende, también de las «faltas sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviese relacionada con aquéllos»(art. 14.3). El art. 29 de la Ley Orgánica 5/1995 indica que el contenido de la calificación provisional será la del art. 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal apartándose de la especialidad que en este punto supone el art. 790.5 que prevé la extensión de la calificación en el procedimiento abreviado a las faltas antes citadas. Además, del art. 5.2 de la Ley se deduce la lógica pretensión del Legislador de limitar al máximo de lo posible el objeto del enjuiciamiento para no dificultar la tarea de los Jueces legos y alejar el peligro de ausencia de mayorías suficientes respecto de objetos parciales y a veces secundarios del veredicto.

Se concluye pues admitiendo la competencia del Tribunal del jurado para conocer de las faltas incidentales (art. 142.5 Ley de Enjuiciamiento Criminal) cometidas por el autor del delito, siempre que su enjuiciamiento por separado no fuera posible por romperse la continencia de la causa.

VII. Delimitación progresiva del objeto del proceso y transformaciones procedimentales

La determinación del procedimiento aplicable, ya se efectúe en atención a la pena en abstracto o, como sucede en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, por la naturaleza del delito plantea siempre el problema de que hasta la sentencia definitiva no puede saberse con plena certeza jurídica el tipo de delito cometido. A lo largo del «iter» procesal la variación en la calificación de los hechos implica resolver acerca de la necesidad o no de una adecuación procedimental. Cuando los hechos inicialmente considerados como un delito de los previstos en el art. 1.2 de la Ley se ven afectados por el resultado de determinadas pruebas y pasan a ser estimados como un delito ajeno al listado del precepto citado, se plantea la necesidad o no de transformar el procedimiento del jurado en otro distinto. Lo mismo puede decirse para el caso contrario.

La dificultad de transformar el procedimiento del jurado en otro, o viceversa, se evidencia si se repara en las numerosas especialidades del nuevo proceso (piénsese en la singularidad de la comparecencia inicial, en los plazos fijados para instar diligencias, en los concretos momentos para interesar el sobreseimiento, en la singularidad de la fase intermedia, en las especialidades probatorias del art. 48, etc.). Se cuenta así en la actualidad con dos tipos de procesos -el del jurado y los restantes procesos penales- que pueden ser calificados como difícilmente coherentes. Lo expuesto debe llevar a evitar en lo posible las transformaciones procedimentales. A tales fines, por un lado, sólo se incoará el procedimiento especial ante el Tribunal del Jurado cuando exista una completa seguridad acerca de la concurrencia de los requisitos exigidos para ello, y, por otra parte, deben fijarse momentos procesales en los que por lo avanzado de la tramitación no pueda ya efectuarse esa transformación, en aras de la celeridad y economía procesal. A tales problemas se dedican los apartados siguientes.

a) Incoación del procedimiento del jurado

La incoación deberá efectuarse con seguridad y cautela. Sólo se dictará auto de incoación cuando se den claramente los requisitos que se deducen del art. 24, a saber: determinación de los hechos como constitutivos de un delito de los enumerados en la lista del art. 1.2; determinación de la persona imputada; y, por último, valoración de todo ello como verosímil por el Juez de Instrucción que haya de resolver sobre la incoación.

En aquellos casos en que no esté clara la tipificación inicial de los hechos como comprendida en el art. 1.2; no aparezca determinada una persona como responsable de los mismos; o los hechos o la imputación no aparezcan a ojos del Instructor como verosímiles, aunque sin llegar a ser «manifiestamente falsos» (art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); no se deberá incoar el procedimiento del jurado sino el de Diligencias Previas o, en su caso, el Sumario. Sólo una vez acreditados con seguridad tales requisitos procederá incoar procedimiento del jurado con las consecuencias que de ello se derivan.

Frente al auto de incoación -o de no incoación-, pese al silencio de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, procederá recurso de reforma y posterior de queja, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b) Momentos procesales previstos por la Ley para interesar la transformación del procedimiento

La Ley contempla de modo expreso determinados momentos procesales para introducir el debate sobre la adecuación del procedimiento. Cabe citar los arts. 29.5, 31.3 y 32.4, referidos a la calificación y a la audiencia preliminar y, por otra parte, el art. 36, en el trámite del planteamiento de cuestiones previas. Sin perjuicio de que en sucesivas circulares se vuelva sobre esta materia, conviene ya adelantar algunas ideas.

Antes de la apertura del juicio oral, las partes podrán en sus escritos de calificación provisional instar la adecuación del procedimiento del jurado en otro distinto. El art. 29.5 dispone:

«Las partes, cuando entiendan que todos los hechos delictivos objeto de acusación no son de los que tienen atribuido su enjuiciamiento al Tribunal del Jurado, instarán en sus respectivos escritos de solicitud de juicio oral la pertinente adecuación de procedimiento.

Si estiman que la falta de competencia ocurre sólo respecto de alguno de los delitos objeto de la acusación, la solicitud se limitará a la correspondiente deducción de testimonio suficiente, en relación con el que deba excluirse del procedimiento seguido para ante el Tribunal del Jurado, y a la remisión al órgano jurisdiccional competente para el seguimiento de la causa que corresponda».

Del precepto transcrito se desprende que:

Si la inadecuación afecta a todos los hechos de la causa y el enjuiciamiento se estima que habrá de llevarse a cabo a través del procedimiento abreviado, las partes han de evacuar el escrito de calificación y no limitarse a pedir la acomodación del procedimiento. A tal conclusión se llega de la lectura del art. 32.4 que prevé la acomodación en procedimiento abreviado con remisión al órgano competente, previa apertura del juicio oral, para que prosiga «el conocimiento de la causa en los términos de los arts. 792 y siguientes» de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Proseguirse la causa en los términos del art. 792 (ya se calificó por las partes y se abrió juicio oral) presupone que la calificación fue formulada en el trámite del art. 29 de la Ley Orgánica 5/1995.

Si la inadecuación se da «sólo -art. 29.5- respecto de alguno de los delitos objeto de la acusación», la solicitud se «limitará -en expresión literal del citado artículo- a la correspondiente deducción de testimonio», sin que entonces deban las partes redactar el escrito de calificación.

Cuando la inadecuación afecte a todos o parte de los hechos y hayan de enjuiciarse por procedimiento ordinario, tampoco procederá formular la calificación, como se desprende «sensu contrario» del art. 32.4 y de la necesidad de volver a la fase de instrucción para dictar auto de procesamiento.

Si en los supuestos de los dos últimos apartados una de las partes solicitare la adecuación del procedimiento sin formular calificación y otra parte acusadora calificase por entender correcto el seguimiento del procedimiento ante jurado y el Juez, tras la audiencia preliminar, acordare la continuación del procedimiento del jurado y la apertura del juicio oral, la parte que no hubiere calificado por solicitar la transformación deberá hacerlo, para lo cual la Ley no prevé un nuevo traslado. La posibilidad reconocida a las partes de modificar en la audiencia preliminar sus escritos de acusación, que se establece en el art. 31.3, no sirve a estos efectos pues mal podrá en la audiencia preliminar «modificar» quien no calificó y menos aún sin saber lo que vaya a

resolver el Juez acerca de la transformación o continuación del procedimiento. Por tanto, cabe concluir como única opción posible que, tras la audiencia preliminar y tras haber sido dictado el auto de apertura de juicio oral, deberá darse nuevo traslado para calificación a la parte que no calificó antes por haber solicitado la transformación procedimental no atendida por el Juez. Después de calificar esta parte, si la calificación no se aparta de los términos de la ya acordada apertura del juicio oral no será necesario convocar a una nueva audiencia preliminar por estar ya resuelta la apertura del juicio sobre dicho objeto procesal, aunque sí deba darse traslado del escrito a las restantes partes.

En todo caso, aunque la Ley no lo contemple expresamente, debe sostenerse la posibilidad de que en cualquier momento durante la fase de instrucción del procedimiento del jurado, las partes puedan interesar del Juez de Instrucción o éste acordar de oficio, a la vista del resultado de las diligencias practicadas, la acomodación del procedimiento. Sería contrario a la economía procesal el que hubiera necesariamente de evacuarse la calificación provisional y celebrar la audiencia preliminar para adoptar dicha decisión, si la pertinencia de la misma se advirtiera con anterioridad.

Frente a la resolución que se dicte por el Juez de Instrucción acordando transformar o no el procedimiento, bien en cualquier momento durante la fase de instrucción, o bien en el auto dictado tras la audiencia preliminar (art. 32.4), procederá interponer recurso de reforma y ulterior de queja ante la Audiencia Provincial.

Ahora bien, en tanto que la acomodación procedimental podrá nuevamente ser planteada como «cuestión previa» ante el Magistrado-Presidente, al amparo del art. 36.1, a), y, ulteriormente, por medio de recurso de apelación, llegar ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia, debe repararse en que ante tal doble vía de planteamiento del asunto (Juez de Instrucción-Audiencia y Magistrado Presidente-Tribunal Superior de Justicia), deberá ceder el criterio de la Audiencia Provincial ante la resolución del Tribunal Superior de Justicia al que por la vía de los arts. 36.1, a) y 846 bis, a), hubiera llegado tal cuestión. Además, el Magistrado-Presidente no podrá resolver la cuestión previa sobre este asunto en forma distinta a la sostenida por la Audiencia Provincial en la resolución de un recurso de queja, salvo que se dieran nuevos elementos de juicio desconocidos entonces para la Audiencia.

c) Mutaciones en el desarrollo del juicio oral o en sentencia

Hay que diferenciar los siguientes supuestos:

a) En el juicio ante el Tribunal del Jurado, para las conclusiones definitivas rige el art. 48.3 que dispone:

«Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, éste continuará conociendo».

b) En el juicio seguido por procedimiento ordinario o por abreviado nada prevé la Ley para estos supuestos en los que se introduzca en las conclusiones definitivas un delito competencia del Tribunal del Jurado. La opción que se estima preferible, aun no siendo quizás la correcta desde un punto de vista estrictamente dogmático, es la de continuar el juicio oral por dicho procedimiento sin necesidad de transformarlo en procedimiento del jurado, solución a la que se llega considerando aplicable analógicamente el art. 48.3 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y en aras del principio de economía procesal.

c) No obstante, si la modificación introducida en las conclusiones definitivas de un procedimiento abreviado lo fuere para incluir un delito de la lista del art. 1.2 que, además, por la pena que llevare aparejada, excediera de la competencia decisora del órgano jurisdiccional ante el que se estuviere tramitando el juicio (esto sólo será posible si se tratare de abreviado ante el Juez de lo Penal), la acomodación -ya obligada por razón de la pena- procederá en favor del Tribunal del Jurado por tratarse de un delito del art. 1.2 de la Ley. En tales supuestos, el procedimiento especial del Jurado no se iniciará desde el principio, partiendo pues de la comparecencia inicial del art. 25, sino que seguirá en el momento del juicio, es decir en el trámite de los arts. 38 y ss., sin necesidad de cubrir otras especialidades anteriores de la Ley (comparecencia, audiencia preliminar, etc.) que no se ven alcanzadas por la transformación

procedimental (art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La retroacción a la fase de instrucción y a la fase intermedia, aun cuando tales fases contengan especialidades en el procedimiento del jurado, carece por completo de sentido. La transformación se opera para permitir que enjuicie alguien distinto (el Tribunal del Jurado en el ámbito de la Audiencia Provincial) de quien carece de competencia para enjuiciar (el Juez de lo Penal), pero partiendo de dos premisas claras: 1º) Ya están suficientemente precisados los términos de la *litis*, por lo que se reputa innecesaria e inútil la comparecencia inicial; y 2º) El juicio oral ya está abierto por quien tenía competencia para ello en el procedimiento abreviado y la ostenta también en el procedimiento del jurado -en ambos casos el Juez de Instrucción- de lo que resulta la improcedencia de retornar a la audiencia preliminar.

d) El art. 52.g) al tratar de la determinación del objeto del veredicto establece:

«El Magistrado-Presidente, a la vista del resultado de la prueba, podrá añadir hechos o calificaciones jurídicas favorables al acusado siempre que no impliquen una variación sustancial del hecho justiciable, ni ocasionen indefensión. Si el Magistrado-Presidente entendiese que de la prueba deriva un hecho que implique tal variación sustancial, ordenará deducir el correspondiente tanto de culpa».

Por consiguiente, ningún problema existe en el hecho de que el objeto del veredicto, respetando el hecho justiciable, contenga un abanico de posibilidades fácticas abocadas a una calificación o tipificación con formas subsidiarias o alternativas que se sometan a la decisión del jurado. Cuando alguna de estas posibilidades sea extraña al listado del art. 1.2 (por ejemplo, se abre como posibilidad subsidiaria al delito de homicidio doloso, el de homicidio por imprudencia, lo que implica una pregunta sobre la inobservancia de un determinado deber de cuidado por el acusado en su conducta) es claro que no procede, por el solo hecho señalado, dictar resolución de incompetencia y acomodación del procedimiento, sino que el veredicto y la ulterior sentencia se extenderán a dicha opción.

Tampoco existirá problema en el supuesto inverso: La Audiencia Provincial o el Juzgado de lo Penal en su sentencia estiman la comisión de un delito competencia del Tribunal del Jurado por rechazar la inicial calificación de las partes acusadoras (por ejemplo, conversión en sentencia de un robo con homicidio invocado por la acusación en un delito de homicidio). No existirá inconveniente alguno en que la Audiencia dicte tal sentencia. Al respecto conviene recordar que el objeto del proceso penal no viene representado por los hechos que realmente han sucedido, lo que no se sabe hasta la sentencia firme, sino por los hechos que alegan las acusaciones que han sucedido, siempre que esa pretensión supere el filtro de la valoración indiciaria judicial (apertura del juicio oral). Es la pretensión acusatoria la que define la competencia.