

# POSIBLE INDEFENSIÓN POR INCONGRUENCIA OMISIVA Y AUSENCIA DE ESCRITO DE DEFENSA. DOBLE INSTANCIA

JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO  
*Fiscal*

**Palabras clave:** sentencia, incongruencia omisiva, doble instancia, ausencia de escrito de defensa.

## ENUNCIADO

Dos personas, portadoras de un paquete con cocaína, con un peso de 100 gramos y pureza de 78 por 100, que son consumidoras habituales de dicha sustancia psicotrópica, deambulan tranquilamente por la calle y son detenidas por la policía. Se presume que la cantidad de droga tiene una finalidad preordenada al tráfico.

Cuando se incoan las pertinentes diligencias previas penales y se procede definitivamente a la calificación de los hechos, al dar el traslado oportuno a la defensa, no formula escrito de defensa de sus clientes. Se insta por providencia a ello. Deja transcurrir un tiempo sin pedir otra cosa que la misma prueba solicitada por el fiscal en su escrito de acusación.

Dictada la sentencia condenatoria se interpone recurso de casación por la defensa, alegando infracción de la doble instancia, tras invocar la vulneración del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por falta de un nuevo juicio de culpabilidad e íntegra repetición de juicio oral previo ante un tribunal de apelación. También se argumenta que se ha producido indefensión, pues el juicio oral se desarrolló sin que existiera escrito de defensa ni petición alguna de otra prueba en otro momento procesal.

El relato de hechos probados es sucinto, breve. Con pocos argumentos se relaciona el juicio histórico y se subsumen los hechos en la norma o normas vulneradas, sin detallar de manera exhaustiva

el hecho o los hechos probados, sin que ello obste a la deducción de lo acontecido, ni aparezca sombra de confusión. Es una redacción poco afortunada de lo que aconteció y se declaró como probado. Es una redacción de hechos tal y como se describe en el apartado primero de este supuesto práctico. No dice más la sentencia condenatoria.

#### CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Hay incongruencia omisiva?
2. ¿Hay indefensión por falta de escrito de defensa?
3. ¿Hay infracción de la doble instancia por falta de nuevo juicio que revise la culpabilidad con arreglo a los requisitos del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos?

### **SOLUCIÓN**

1. La incongruencia omisiva es un presupuesto de falta de comprensión de las sentencias que dictan los tribunales, lo que se convierte asimismo en algo proscrito. Las sentencias de los jueces tienen que ser precisas y claras, porque han de ser entendidas por el justiciable, por la sociedad que tiene derecho al conocimiento de las sentencias públicas y por el órgano superior que puede y debe decidir ante previsibles recursos.

En el caso se indica que los hechos probados son breves en su desarrollo argumental, sucintos. Pues bien, toda sentencia ha de relacionar el hecho que prueba con la fundamentación jurídica en que apoya la norma y basa la sanción. Por tanto, el primer requisito que hemos de contemplar para llegar a la conclusión de si existió *error in iudicando*, es saber si, no obstante la brevedad de la argumentación fáctica, lo probado está en armonía con la norma en la que se subsume, porque todo desarrollo de una resolución pretende subsumir un hecho en una norma. Si se da este primer requisito de conexión, se va alejando el fantasma de la incongruencia omisiva.

Pero también hemos dicho que la redacción de hechos es importante porque si no se entienden, difícilmente se pueden valorar o trasladar a la subsunción pretendida. Y es aquí donde cobra importancia la pregunta del caso. ¿Es la redacción de hechos lo importante o lo importante es el conocimiento de los mismos sea cual sea la narración? La pregunta sin duda tiene fácil contestación, porque se trata de entender no tanto de una buena lírica, también deseable. Cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitativa o imprecisa se quebranta la forma de la sentencia de manera esencial, porque no cabe hacer un juicio histórico comprensible. Por tanto, si bien es deseable un relato exhaustivo que enriquece la «solidez técnica de la sentencia», no es determinante de la incongruencia omisiva que se escriba con poca precisión, siempre que no haya lugar a la confusión o a la duda. «Dos personas, portadoras de un paquete con cocaína, con un peso de 100 gramos y pureza de 78 por 100, que son

consumidoras habituales de dicha sustancia psicotrópica, deambulan tranquilamente por la calle y son detenidas por la policía. Se presume que la cantidad de droga tiene una finalidad preordenada al tráfico», si bien parece un relato que no ofrece dudas, carece de argumentación sólida, y aisladamente considerado del juicio normativo, parece poca cosa y se advierte en él cierta omisión de otros elementos necesarios para condenar. No obstante, lo que importa es quedarse con la idea de cómo debe argumentar una sentencia para no caer en el *error in iudicando* aludido.

2. Calificados los hechos por el fiscal, se confiere traslado a la defensa para que formule su escrito. Esta no lo hace, y por providencia se le pide dicho escrito que, trascurrido el tiempo fijado en la providencia, tampoco tiene respuesta. Solo se advierte que la defensa presente un escrito pidiendo la misma prueba que el fiscal solicita en el acusatorio. ¿Esto vulnera la tutela judicial efectiva?

La preclusión civil y la preclusión penal si bien tiene puntos convergentes no siempre coinciden en su forma de entender la pérdida del derecho por el transcurso del plazo procesal. En el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prevé la posibilidad de que, al inicio de la vista oral, en la audiencia preliminar, las partes puedan proponer las pruebas a practicar en el acto. Es decir, a pesar de que no se hizo uso del derecho a formular el escrito de defensa en el momento procesal oportuno, la ley confiere a la defensa la facultad de pedir prueba a practicar en el acto en la audiencia preliminar. Una prueba que es discrecional.

No se deduce del caso que la defensa hiciera uso de la facultad aludida, pues en la narración se dice literalmente: «el juicio oral se desarrolló sin que existiera escrito de defensa ni petición alguna de otra prueba en otro momento procesal».

No puede alegarse indefensión «cuando esta tiene su origen, no en la decisión judicial, sino en causas imputables a quien dice haberla sufrido, ya sea por su inactividad, desinterés, impericia o negligencia». Este criterio, asentado por el Tribunal Constitucional, es el que ha de ser aplicado al caso. La situación de indefensión ha sido generada únicamente por la representación letrada de los acusados, por su desinterés o negligencia; en consecuencia, no cabe apreciar indefensión por la parte que la ha causado.

3. No es extraño al sentimiento jurídico actual la necesidad de arbitrar una doble instancia que permita la revisión *in integrum* de la sentencia *a quo*. El artículo 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos así lo establece al perder la revisión de la culpabilidad y de la pena en la instancia superior. El Tribunal Supremo ha ido ampliando la concepción de la casación, de tal suerte que el análisis de la racionalidad de los hechos probados de la sentencia recurrida ha sido analizada con generosidad, a fin de evitar que, la tan conocida intangibilidad de hechos probados por falta de inmediación, parezca infracción de la doble instancia porque el órgano superior está condicionado y limitado. Téngase en cuenta que el citado artículo 14.5, puesto en relación con el Dictamen de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000, en relación con el cumplimiento por España de la doble instancia, llega a la conclusión de que el actual recurso de casación cumple con las exigencias mínimas de esa doble instancia. El artículo 14.5 no pide otro juicio completo, de lo que se

trata es que el tribunal superior pueda controlar la aplicación de las normas que llevan al fallo, a la culpabilidad o a la imposición de la pena. Por otro lado, en muchos otros Estados el recurso conlleva el re-examen tan solo de cuestiones de derecho.

En consecuencia, la falta de posibilidad de un nuevo juicio de culpabilidad, tras la racionalidad a efectuar por el tribunal superior sí daría lugar a la infracción de la doble instancia, pero no la repetición de un nuevo juicio oral sobre la culpabilidad ante un nuevo tribunal de apelación.

#### SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 14.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 786.2.
- SSTC 42/1892, 76/1982, 60/1985, 73/1985, 198/1987, 114/1988, 43/1989 y 52/1999.
- ATS de 14 de diciembre de 2001.
- SSTS 1217/1999, de 20 de julio, 1822/2000, de 25 de abril, 133/2000, de 16 de mayo, 559/2002, de 27 de marzo, 867/2002, de 29 de julio, 429/2003, de 21 de marzo, 260/2004, de 23 de febrero, 945/2004, de 23 de julio y 735/2005, de 7 de junio.