



JOSÉ IGNACIO ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

ENUNCIADO

Durante la tramitación de una causa penal en el juzgado de instrucción correspondiente y concluida la fase de investigación, conforme indica el artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) el juez confiere el traslado de las actuaciones a las partes para la formulación por plazo de cinco días de los escritos de acusación provisionales. Sucede que una de las acusaciones presenta el escrito a los siete días del traslado precitado y no obstante la extralimitación, el juez dicta auto de apertura del juicio oral, entendiendo que el plazo es preclusivo y sólo admitiendo la acusación del fiscal, quien sí presentó un escrito en tiempo y forma.

La acusación particular, además, no se personó en las actuaciones al principio. No formuló denuncia; no acreditó poder y no acredita su condición de simple administrador de hecho de una sociedad presumiblemente defraudada. Concorre con la presentación de un escrito de acusación y se persona en el procedimiento, con el fin de intervenir la fase de juicio oral, exclusivamente, haciéndose valer de las pruebas que, en el momento procesal oportuno, considerare conveniente. La defensa, conocedora desde el principio del procedimiento de esta irregularidad procesal, no hizo mención alguna a la misma hasta el escrito suyo de defensa y, después, en el acto de la vista oral.

Al formularse la acusación provisional originaria por el fiscal se califican los hechos como delito de estafa en grado de tentativa. Se celebra la vista y, en trámite de conclusiones definitivas, se produce una modificación considerándose consumada la estafa. El juez procede al aplazamiento del juicio oral y confiere un plazo de diez días a la defensa ante el cambio suscitado en la calificación, a fin de que pueda aportar elementos de descargo o probatorios que estime convenientes.

Se reanuda la vista oral, tras el aplazamiento, no advirtiendo ni el juzgador ni las partes que carecía de competencia, por cuanto la nueva pena pedida por las acusaciones superaba el límite

temporal previsto la ley para la competencia del juzgado de lo penal en el procedimiento abreviado, siendo que debía resolver la Audiencia. Después, en la sentencia, se percata del error el juzgador y dicta un auto aclaratorio, declarando la nulidad.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Qué trascendencia tiene que se formule acusación pasado el plazo de cinco días que indica el artículo 790.1 de la LECrim., en el auto de apertura del juicio oral?
2. ¿Es admisible la personación sin poder del administrador de hecho como acusación particular?
3. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la modificación de la calificación original de estafa intentada en consumada, desde el punto de vista procesal? ¿Es nulo todo lo actuado desde la modificación de conclusiones por la acusación? ¿Se retrotrae la nulidad a ese momento procesal?

SOLUCIÓN

1. Que una de las partes –en este supuesto la acusación particular– presente un escrito de acusación transcurridos siete días desde el traslado, supone, tras la interpretación literal del precepto indicado en el supuesto fáctico, el 790.1 de la LECrim., una aparentemente clara vulneración de la legalidad, pues este precepto define que el plazo será común y de cinco días para formular escritos de acusación. Ahora bien, el problema radicaría en entender vulnerada algo más que la legalidad ordinaria, porque, si bien es cierto que ésta se entiende infringida, no lo es menos que, al ser un plazo común, de calificarse a los siete días, pareciera más un plazo sucesivo que preclusivo indefectiblemente, con lo cual, la alegación de vulneración de ley por la vía, por ejemplo, del artículo 849.1 de la LECrim. para justificar la interposición de un recurso de casación, tiene cierto interés.

¿Ir más allá, entonces, de lo que establece la legalidad ordinaria, artículo 790.1 de la LECrim., puede afectar al auto de apertura del juicio oral por posible nulidad? De entrada, llama la atención que la invocación del recurso de casación por la vulneración del plazo del artículo 790.1 de la LECrim., supone la invocación de la vulneración de precepto procesal, no de precepto penal sustantivo. El artículo 849.1 es claro: sólo cabe invocarlo por la vulneración de normas sustantivas. Desde esta perspectiva ya podríamos decir que no estaría bien planteado el recurso de casación. Ahora bien, la tutela judicial efectiva exigiría examinar la cuestión nuclear de la nulidad o no del auto, aun admitiéndose el error de vicio *in procedendo* que no *in iudicando*, propio del artículo 849.1, en el planteamiento del recurso. Pero como de lo que

se trata es de saber si la vulneración ordinaria del precepto 790.1 de la LECrim. tiene trascendencia o no en un proceso con todas las garantías y en la igualdad procesal entre las partes, que podría afectar al Ministerio Fiscal (quien sí presentó su escrito dentro de plazo, interpretando correctamente el concepto «común» del plazo, no así la acusación particular, que lo aplica como sucesivo), veamos, en consecuencia, qué importancia tiene (si la tiene), la dilación de la acusación particular.

En nada se ve afectado el derecho constitucional. Es una irregularidad procesal que sí puede originar una dilación indebida mínima, sin trascendencia jurídica. En ningún caso, la presentación fuera de plazo puede dar por precluido el derecho para la acusación particular, privándola de intervenir en la fase de juicio oral. No se aplicaría a este supuesto el plazo preclusivo para la interposición de recursos, pues en nada se asemeja el plazo para calificar con el plazo para recurrir.

Los plazos de esta naturaleza, procesales, deben ser observados desde la «perspectiva de la practicidad». Son, como ha declarado en diversas sentencias el Tribunal Supremo, «infracciones formales» que no deben evitar conocer las verdaderas cuestiones planteadas. En el mismo sentido se pronuncia la Fiscalía General de Estado en Consulta 3/1994, de 30 de noviembre, tras la cual concluye en la dificultad de conciliar en tiempo los plazos procesales con el tiempo que la entrada de asuntos requiere para su reparto. Las vías de corrección de estas irregularidades procesales han de ser otras, no entender precluido el derecho a formular el escrito de acusación por asimilación a plazos de prescripción de acciones.

2. Se dice en el caso práctico que la acusación particular no se presenta con poder. Que no interpone denuncia. Se deduce que, tras el traslado oportuno de algo que le afecta, se limita a interponer el escrito de acusación particular, con el fin de hacerse valer de las pruebas en el acto de la vista, donde sí tiene intención de intervenir. Lo que realmente le interesa es el juicio. ¿Es admisible procesalmente tal conducta? ¿Supone una infracción de ley la vulneración de ley que no se presente poder o que no se acredite la representación del administrador?

Tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. de 6 de febrero de 1990 y 14 de enero de 2003): «La exigencia del poder especial no cabe reputarla constitutiva de un requisito procesal esencial e insubsanable sino de carácter subsanable». Podemos añadir que, el conocimiento, en todo momento, de la defensa de esta posible irregularidad procesal contraviene los principios elementales de la buena fe procesal. No es correcto no aludir durante la tramitación del procedimiento estos hechos, que hubieran podido ser perfectamente subsanables antes de la vista oral. En todo caso la alegación, al principio de la misma, podría haber supuesto la suspensión del juicio para la subsanación, pero nunca la nulidad.

Por otro lado, de tratarse de un delito perseguible de oficio, la falta de acreditación del poder o de la representación que se ostenta, carece de relevancia, pues no es un requisito de procedibili-

dad. Nos hallamos ante un supuesto de personación de una parte perjudicada, y la simple declaración que hubiere prestado ante el juez durante la instrucción de la causa, puede ser interpretada como una ratificación de denuncia previa, que hace innecesaria la querrela o la acreditación de la representación con que actúa.

3. La modificación de la calificación provisional, y el aplazamiento del juicio a fin de que la defensa pueda aportar los elementos probatorios de descargo, es una facultad conferida expresamente por el artículo 793, cuando, a resultas de lo probado durante la vista oral, las acusaciones cambien la tipificación de los hechos o aprecien un grado de perfección del hecho delictivo mayor, como sucede en el caso, al cambiar la consideración de tentativa por el de delito consumado. Realizada esta modificación y permitida a la defensa actuar en descargo, con los elementos probatorios que fueren necesarios, resulta que el juez, tras la celebración del juicio, dicta sentencia, sin percatarse (ni él ni las partes) de que la modificación de tentativa a delito consumado, producía una pena que, ya en abstracto, excedería del límite temporal de su competencia, confiriéndosela a la Audiencia, lo cual debería haber supuesto el auto de remisión de lo actuado a dicha Audiencia, cosa que no hizo, dictando la inadecuada sentencia.

Al actuarse de esta forma, el caso está planteando una nulidad de lo actuado, y, a consecuencia de ella, la posible vulneración del principio acusatorio y si la nulidad declarada se retrotrae hasta la calificación provisional por delito de estafa intentada, que, en este supuesto temporal de la pena que correspondería, sí mantendría la competencia dentro del procedimiento abreviado, del Juzgado de lo penal. Es posible la vulneración del principio acusatorio si el juez condena a más de lo que se le pide, si se entiende que el escrito válido para sentenciar es el provisional (por tentativa, con pena dentro de su competencia) y no el definitivo tras la modificación (si ha de declararse nulo con pena superior) y la sentencia se pronuncia sobre el delito consumado.

Se colige de esta cuestión, que lo trascendente no es la modificación de la calificación a pena mayor por delito consumado. Lo que realmente importa es lo acontecido con posterioridad a este escrito. Cuando, a resultas de lo actuado en el juicio, una de las partes acusadoras cambie la tipificación penal de los hechos o aprecie un mayor grado de participación o de ejecución de circunstancias de agravación de la pena, lo que exige el artículo 759.3 de la LECrim. es la remisión de las actuaciones al órgano competente para el enjuiciamiento, sin otra apreciación. Es decir, no es la modificación de la calificación lo nulo, sino que lo que podría estar afectado de nulidad es lo actuado con posterioridad; pero si el juez de lo penal se abstiene de dictar sentencia y se remite a la Audiencia la misma, como no es nula la modificación de la calificación, la Audiencia no estaría vinculada por la calificación originaria por delito de estafa intentada, pudiendo condenar por estafa consumada sin vulneración alguna del principio acusatorio. Cosa distinta es que se repitieran las pruebas a practicar con posterioridad a la modificación de las conclusiones, tras el aplazamiento; pero lo que sí es innegable es que la modificación a definitivas de la acusación, ya puso en conocimiento de las partes y del juez una

nueva tipificación sobre un elemento de agravación de la penalidad, que debe quedar intacta, como debe quedar inmodificada la calificación final de la acusación.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 759.3, 790.1, 793 y 849.1.
- SSTS 26/2002, de 22 de enero, 6 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1995, 3 de marzo de 1997, 7 de mayo de 1999, 18 de febrero de 2002 y 14 de enero de 2003.
- Consulta de la Fiscalía General del Estado n.º 3/1994, de 25 de junio.