ESTUDIOS

Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Proceso Penal

Antonio DEL MORAL GARCIA

INTRODUCCION

La Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Ley 1/2000 (LEC 2000) supone un vuelco radical en la práctica procesal civil. Esto es una obviedad. Pero su eficacia no se agota en el orden jurisdiccional civil. Aunque en los primeros comentarios sobre la ley la cuestión pase más inadvertida, va a tener repercusiones de indudable fuste en los procesos que se siguen en el resto de los órdenes jurisdiccionales.

Estas líneas, escritas sin afán ni de exhaustividad ni de profundidad académica, quieren abordar la incidencia que la nueva ley va a comportar en el proceso penal. Se trata tan sólo de dar noticia sistemática de los puntos principales o con mayor relevancia práctica en que la regulación contenida en la Ley 1/2000 va a alcanzar al proceso penal regulado básicamente, como es bien sabido, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

A través de tres vías se produce ese influjo de la LEC 2000 en el procedimiento penal:

a) Una primera, directa, viene constituida por la propia reforma de normas procesales penales contenidas bien en la LECrim, bien en leyes especiales.

b) La segunda senda está representada por las llamadas que se hacen desde la normativa procesal penal a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Modificada ésta, la remisión ha de entenderse efectuada a la nueva norma que con ello extiende algunos aspectos de su regulación al enjuiciamiento penal.

c) Por fin, en el ámbito que se presenta como más fecundo en consecuencias prácticas y más necesitado de explorar, el carácter supletorio que la Ley Procesal Civil tiene respecto de su homónima Penal (art. 4 LEC 2000) proporciona una extensa batería de disposiciones que acarrean la modificación de determinados extremos del procedimiento penal.

MODIFICACIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

La reforma directa de la LECrim es abordada en la Disposición Final duodécima.

a) *Recusación y abstención.* La regulación que se contiene en la LECrim de los incidentes de abstención y recusación es profundamente remodelada para adecuarla tanto a las modificaciones vigentes desde que se promulgase la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ), como a la nueva reforma que de esta materia acomete la LEC 2000. El procedimiento para sustanciar la recusación será el mismo en el proceso penal que en el civil, tal y como dispondrá según su nueva redacción el artículo 54 LECrim[1]. Tal tramitación está regulada en los artículos 101 —abstención de jueces y magistrados—; 109 —recusación; y 111 y 190 a 192 —recusación frente a cambios en la composición del órgano inmediatamente anteriores a la vista—.

El nuevo artículo 56 LECrim[2] establece la necesidad de plantear la recusación —son pena de inadmisión— en el primer momento en que se tenga conocimiento de la causa o al intervenir por primera vez en el proceso si se conocía ya. Por su parte los artículos 63 y 68 LECrim son también modificados para reordenar las competencias para instruir y decidir los incidentes de recusación.

Toda la reforma de la recusación y abstención —incluidas sus vertientes civil y laboral— afecta a la LOPJ por lo que su vigencia queda en suspenso hasta que se proceda a su modificación[3]: disposición final 17ª. Esta situación de *impasse* justifica que a los efectos de estas líneas se considere suficiente con el enunciado de esas variaciones, sin adentrarnos más en su análisis. Hoy por hoy, la abstención y recusación en cualquier tipo de procesos va a seguir rigiéndose por la normativa anterior a la LEC 2000 constituida por las disposiciones de la LOPJ complementadas parcialmente con las contenidas en las respectivas leyes procesales.

Sí tiene un interés más inmediato dar cuenta de las previsiones que contienen los artículos 190 a 192 LEC 2000 en cuanto a las posibles recusaciones por variación en los integrantes del órgano judicial cuando ya está señalada la vista. A esos preceptos no alcanza la disposición final 17ª. Entiendo que serán de aplicación en el proceso penal, no ya por la remisión del artículo 54 LECrim antes citado (reforma suspendida en su vigencia), sino por el carácter supletorio de la LEC (art. 4).

El artículo 190 obliga a comunicar a las partes esos cambios antes del comienzo de la vista, a fin de que las partes puedan ejercer su facultad de recusar incluso verbalmente, sin perjuicio de la formalización por escrito en el término de tres días, pero

[1] "La abstención y la recusación se regirán en cuanto a sus causas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, en cuanto al procedimiento, por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

[2] En concordancia con el artículo 223.1 de la LOPJ.

[3] Como es bien sabido, la falta del *quorum* indispensable, impidió la aprobación de la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial que era complemento imprescindible de algunos aspectos de la LEC 2000. Así sucede precisamente con la recusación y abstención.

con necesidad siempre de exteriorizar las causas de la recusación. La recusación obliga a suspender la vista y a tramitar el incidente, aunque nada impide el rechazo *a limine* si concurriese algún motivo que justifique esa decisión de inadmisión: no expresión de la causa o constatación de tratarse de un supuesto de abuso de derecho o fraude de ley merecedor de la respuesta prevenida en el artículo 11.2 LOPJ.

Si, por no hacerse objeción alguna por las partes ante la comunicación del cambio de composición del órgano se celebrase la vista, habrán de dejarse transcurrir tres días antes de dictar la sentencia o resolución o de proceder a su deliberación y votación (art. 191.1), plazo que se abre para mantener viva la posibilidad de recusación por causas que no se conociesen al iniciarse la vista (arts. 191.2 y 3). La recusación planteada en ese momento y que llegase a prosperar supondrá la anulación de la vista y la necesidad de su repetición ante un órgano en el que hayan sido sustituidos en la forma legalmente prevista los jueces cuya recusación hubiese sido admitida. Desestimada la recusación, se reabrirá el plazo para dictar sentencia.

La ausencia de previsiones específicas en la LECrim permite aplicar supletoriamente estas disposiciones al ámbito del proceso penal. Conviene apostillar que la no comunicación a las partes de la modificación de la composición del Tribunal —práctica que ha sido ya incorporada por muchos órganos judiciales pese a que la LOPJ sólo obliga a esa comunicación cuando el cambio afecta al ponente (art. 203.2) o el nuevo integrante no forma parte de la plantilla de la Sala (art. 202)— no supondría por sí sola una irregularidad con entidad para provocar la nulidad de la resolución. Sólo sucederá así cuando a esa falta de notificación vaya anudada alguna indefensión de carácter material, que en este caso pasa necesariamente por la alegación de una causa de recusación concreta que se hubiese hecho valer de haber mediado la comunicación a que obliga el artículo 190 LEC 2000. Un botón de muestra de esa doctrina, reiterada en muchas ocasiones, puede ser el Auto 305/1994, de 14 de noviembre del Tribunal Constitucional:

"Es cierto, y así lo hemos advertido ya, que no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal (STC 47/1983). En el caso que ahora nos ocupa se contempla tan sólo el segundo de los dos aspectos más arriba indicados. No se pone en tela de juicio la composición abstracta, sino la personal, como consecuencia de no haber sido notificado a los querellantes el nombre de los magistrados que iban a formar el colegio judicial, por lo que no se les brindó la oportunidad de recusar a cualquiera de ellos, si hubiera concurrido en su persona causa suficiente. Esto, que es cierto, no resulta sin embargo suficiente para producir la indefensión —material—, no meramente formal, de quien se duele de ella. No basta la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías (en relación con algún interés) de quien lo invoca (STC 90/1988).

En definitiva, la indefensión que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el artículo 24 de la CE, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (STC 181/1994). Puestas así las cosas, parece claro que el desconocimiento anticipado de quienes iban a resolver la apelación no cercenó ni mutiló la amplitud o la eficacia de la defensa en juicio de sus pretensiones, ya que a ninguno de los Magistrados que entraron en Sala se les ha imputado luego, una vez conocidos, causa alguna de abstención o recusación, aduciéndose tan sólo que el presidente había oído la grabación con anterioridad. Se degrada así la omisión denunciada a mera irregularidad, quizás con efectos en otros ámbitos como el disciplinario, pero desprovista de trascendencia constitucional para considerar enervado o debilitado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva"[4]

b) *El recurso de casación por infracción de precepto constitucional.* A partir de la LOPJ a los tradicionales motivos de casación en el proceso penal (al igual que en el resto de los procesos) se unió otra categoría: la casación por infracción de precepto constitucional contemplada en el artículo 5.4 LOPJ:

"En todos los casos en que según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional".

En el orden penal se debatió la naturaleza de esta nueva modalidad casacional y su consideración o no como un *tertium genus*, distinto de los términos de la clásica tipología: infracción de ley y quebrantamiento de forma. Se llegó a discutir cuáles habían de ser los efectos de la estimación de un recurso de tal tipo (anulación de la sentencia y reenvío; o casación y segunda sentencia); y si era un cauce específico autónomo que obligaba a acudir a él, sin que fuese dable la invocación de derechos constitucionales (singularmente la presunción de inocencia) a través de otras vías casacionales distintas (las dos abiertas en el art. 849 LECrim) o, por el contrario, el artículo 5.4 tan sólo suponía ensanchar los mismos cauces ya regulados en la LECrim. Se impuso una línea pragmática y flexible. Aunque parece predominar la tesis que cataloga el artículo 5.4 LOPJ como una nueva vía de impugnación, se ha considerado que es admisible tanto la simple invocación de ese precepto como la utilización del artículo 849.1 (e incluso el artículo 849.2 en relación a la presunción de inocencia o los artículos 850 y 851 en relación

[4] Vid también S TC 64/1997.

con otros derechos) para que el recurso esté bien interpuesto y se pueda hacer valer en casación la infracción de una norma constitucional. Y en cuanto a los efectos de una eventual estimación se atiende a las características específicas del asunto concreto, para dar una solución u otra.

La LEC 2000 prevé la introducción de un artículo 852 en la LECrim[5] con el siguiente tenor:

"En todo caso, el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional".

La modificación tiene carga simbólica pero no creo que vaya a estar acompañada de repercusiones prácticas. Por una parte, podría argüirse que la mención específica del recurso de casación por infracción de precepto constitucional en un artículo sistemáticamente ubicado a continuación de los que enumeran los motivos de casación (arts. 849 —*error iuris y error facti*— y 850 y 851 —*errores in procedendo*— fortalece la consideración de este tipo como un medio casacional con autonomía propia.

Pero, por otra parte, el hecho de que el artículo 847 LECrim permanezca inalterado y siga hablando exclusivamente de recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, así como la ausencia de toda regulación específica del recurso de casación por vulneración de precepto constitucional en los artículos 855 y ss, parece dar la razón a quienes venían considerando que el artículo 5.4 de la LOPJ no había abierto una nueva vía de impugnación, sino que se limitaba a complementar los tradicionales tipos casacionales, dándoles nuevo contenido[6].

La simple mención del artículo 852 LECrim no tiene aptitud para modificar el criterio de flexibilidad que se ha enseñoreado en la jurisprudencia. No parece que la falta de invocación específica del nuevo artículo 852 pueda erigirse en causa suficiente para rechazar un motivo de casación en que se denuncie la infracción de un precepto constitucional. Y deberá seguir considerándose una práctica correcta la reconducción de la queja por violación de norma constitucional a cualquiera de los motivos de casación de los artículos 849 a 851 con el que aparezca vinculada la infracción.

c) *La modificación del artículo 201 LECrim.* Se da nueva redacción al artículo 201. La antigua dicción —"Los días en que los Juzgados y Tribunales vacaren con sujeción a la Ley, serán sin embargo, hábiles para las actuaciones del sumario"— es sustituida por otra menos rancia y ya armonizada con el artículo 184.1 LOPJ[7]:

"Todos los días y horas del año serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial".

En una primera aproximación podría parecer que se trata de una mera modificación de estilo sin trascendencia práctica alguna. No deja de llamar la atención que el legislador se detenga en esa cuestión de detalle, casi ornamental, al abordar una reforma de tanto fuste: ¡cómo si fuese la única cuestión de estilo digna de ser rectificada en la ley procesal penal!

La Exposición de Motivos de la Ley, como sucede tantas veces, no aclara absolutamente nada. No porque se guarde silencio —que casi sería mejor—, sino porque lo que se dice sobre esta modificación es tan vacuo que podría predicarse de cualquier otra reforma:

"En la ley procesal penal, resulta oportuno modificar el precepto relativo a los días y horas hábiles para las actuaciones de instrucción".

Como no se compadece bien con la lógica esa modificación puntual con fines puramente literarios, me parece fundado tratar de extraer alguna consecuencia exegética de mayor relieve. Y desde esa perspectiva considero legítimo anudar la reforma a la debatida cuestión del alcance de la habilitación legal de todos los días y horas para las actuaciones en fase de investigación.

Se ha discutido si a efectos de los plazos de recursos en fase de instrucción es correcta la inclusión en el cómputo de los días inhábiles. Los artículos 201 LECrim y 184.1 LOPJ han venido sirviendo de base a una extendida praxis según la cual en los plazos para interponer recursos contra resoluciones dictadas en fase de instrucción han de contarse también los días festivos. Este criterio ha sido convalidado por el TC en su sentencia 1/1989, de 16 de enero, luego confirmada por otras resoluciones como la providencia de 9 de octubre de 1991:

"La STC 1/89 ya dejó claro que cuando el artículo 184.1 LOPJ declara hábiles todos los días para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial, se está refiriendo a (todos los actos procesales que realicen tanto las partes como los órganos judiciales, dentro de lo que la Ley llama instrucción de las causas, período en el cual se encuentra indudablemente englobada la instrucción del sumario y los recursos interpuestos dentro de ella contra las resoluciones judiciales) Por tanto, no computar el domingo como inhábil en el plazo para la interposición del recurso no supone infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sino interpretación de la legalidad ordinaria que es función de los órganos judiciales".

El criterio no deja de ser discutible. Cuando se declaran hábiles todos los días a efectos de instrucción se está pensando en la actividad propiamente de instrucción —práctica de diligencias con las finalidades previstas en el artículo 299 de la LECrim—,

[5] Tal artículo estaba vacío de contenido desde la reforma de 28 de junio de 1933

[6] Por todos, Martínez Arrieta, *Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional* en "Recursos en el orden jurisdiccional penal", "Cuadernos de Derecho Judicial", XXI, 1995, pág 51.

[7] "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, todos los días del año y todas las horas serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial".

pero no en actos de las partes como los recursos. La interposición de recursos no es un acto de instrucción. Y cuando se trata de recursos frente a autos de archivo dictados en fase de diligencias previas (art. 789.5 LECrim), o de autos de inadmisión de querella (art. 313 LECrim), el fundamento para mantener ese criterio es todavía más frágil pues la resolución recurrida lo que hace precisamente es poner fin a la instrucción. Sostener que el recurso ha de interponerse en el plazo legalmente previsto, con inclusión de los días inhábiles, por exigir la instrucción una actividad continuada y rápida parece más un sarcasmo que un argumento y así se ha hecho notar por algunos autores[8].

Pues bien, observada desde esta perspectiva, la modificación del artículo 201 LECrim puede cobrar una nueva dimensión. Nótese que ese precepto hablaba de que todos los días y horas serán hábiles "para las *actuaciones del sumario*". Con esa dicción se propicia con más facilidad el entendimiento a que hemos hechos referencia. La expresión puede entenderse referida con naturalidad a toda la fase de instrucción: durante la misma, todos los días serán hábiles a todos los efectos.

Sin embargo la fórmula del artículo 184 LOPJ, trasladada ahora al artículo 201 LECrim, favorece mucho menos esa interpretación. Se dice que todos los días y horas serán hábiles "*para la instrucción* de las causas criminales". Esta locución se refiere así, no a una fase procesal, sino a un tipo de actividad: la instructora, la investigadora. La habilitación ha de alcanzar tan solo a los que supone investigación o instrucción —un levantamiento de cadáver, una declaración testifical, una inspección ocular, un reconocimiento pericial...—. Pero no a otras actividades procesales ubicadas en la fase de instrucción pero que no son *instrucción*. Señaladamente, la actividad impugnatoria de las partes procesales.

Entiendo que la modificación legal comentada reduce así la fuerza de los argumentos legales que podrían sostener esa interpretación a tenor de la cual también para el cómputo del plazo para recurrir deben tomarse en consideración durante la fase de instrucción los días no laborables.

d) *El artículo 143 de la Ley de Propiedad Intelectual.* Estamos aquí ante un simple ajuste para concordancia del ordenamiento. No se trata ya de la LECrim, sino de una norma procesal penal contenida en legislación especial. Pero para dejar completo el cuadro convenía referirse a ella.

El artículo 143 citado (según la numeración que dio la Ley 5/1998, de 6 de marzo) disponía que las medidas cautelares previstas en la Ley de Propiedad Intelectual[9] (art. 141, que correspondía al 136 anterior) podían ser adoptadas en las causas criminales seguidas por delitos contra tales derechos, debiéndose seguir para su adopción las disposiciones procesales que establecía la Ley. Como esas disposiciones han sido suprimidas de la legislación especial para ser sustituidas por la detallada regulación de las medidas cautelares incorporada a la LEC 2000 (disposición derogatoria única, párrafo 2, nº 13 y arts. 721 y ss), era obligada la armonización del artículo 143 que es llevada a cabo por la Disposición Final 2ª LEC 2000 que le confiere la siguiente redacción:

"En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal".

REMISIONES A LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN LA NORMATIVA PROCESAL PENAL

Un segundo bloque de puntos, según la sistemática anunciada, en que se dejará notar la influencia de la nueva LEC en el proceso penal viene formado por aquellas materias reguladas por remisión a la citada Ley. El artículo 143 de la Ley de Propiedad Intelectual que se acaba de mencionar es un ejemplo de ello. Pero no es el único. Los reenvíos a la LEC son relativamente abundantes en la LECrim. Está claro que a partir de la entrada en vigor de la LEC 2000 han de entenderse hechas a ésta, sin que sea asumible una interpretación a tenor de la cual la derogada LEC gozase de ultraactividad en el proceso penal a través de esas remisiones.

Pueden citarse como más relevantes las siguientes:

a) Existen en primer lugar varias referencias a la denominada *vía de apremio* que se regulaba en los artículos 1481 a 1531 de la derogada Ley. El procedimiento de apremio está ahora disciplinado en los artículos 634 a 680 LEC 2000. Habrá que acudir a esa normativa en todos los supuestos en que la LECrim remite a la vía de apremio de la LEC: artículos 245 (ejecución tasación de costas), 536 (realización de fianzas), o artículo 613 (ejecución en general de las responsabilidades pecuniarias).

Problema interesante es determinar si esa remisión ha de entenderse hecha a toda la regulación, incluido el régimen de recurribilidad que regula la LEC. Dogmáticamente la cuestión es dudosa y en lo que yo conozco no ha sido planteada por los comentaristas habituales ni siquiera en relación a la LEC derogada. Aunque la literalidad de la Ley permitiría esa interpretación, serían tantas las distorsiones del sistema y tan difícil la adaptación a un proceso penal, que resulta preferible entender que las resoluciones dictadas por un órgano jurisdiccional penal en aplicación de los artículos 634 y siguientes LEC 2000 serán recurribles o no según lo dispuesto en la LECrim y con arreglo al régimen general de tal Ley.

[8] Por todos, Rodríguez Ramos, L.; *Días fastos y nefastos para actuaciones y plazos en la instrucción penal*, en "Justicia Penal (comentarios de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)", ed. Akal/Iure; págs. 31 a 38. Puede verse también Escobar Jiménez, Moreno Verdejo y Del Moral García, *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Ed. Comares, Granada, 1999, págs. 11 y ss.

[9] Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual

b) En materia de *fianzas y embargos*, no sólo hay una declaración expresa de supletoriedad de la normativa civil (art. 614 LECrim), sino que, además, en algunos puntos concretos la LECrim reenvía a preceptos concretos de la LEC. Así la remisión del artículo 598 LECrim a los artículos 1447, 1448 y 1449 de la LEC hay que referirlos ahora a los artículos 592 (orden en los embargos); 605 (bienes absolutamente inembargables); 606 (bienes inembargables del ejecutado) y 607.1 (inembargabilidad del sueldo, retribución o equivalente que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional).

c) Para las *correcciones disciplinarias* el artículo 258 LECrim también se remite a la LEC:

"Sin perjuicio de las correcciones especiales que establece esta Ley para casos determinados, son también aplicables las disposiciones contenidas en el título XIII del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuantas personas, sean o no funcionarios, asistan o de cualquier modo intervengan en los juicios criminales, siendo los jueces municipales, los jueces de Instrucción, los tribunales de lo criminal y el Supremo quienes, respectivamente en su caso, podrán imponer las correcciones disciplinarias correspondientes".

El Título XIII citado comprendía los artículos 437 a 459 que sólo eran aplicables en cuanto no se opusiesen a lo dispuesto sobre esta materia en la LOPJ. Dentro de ésta, los artículos 448 a 453 regulan las sanciones que pueden imponerse a abogados y procuradores por faltas cometidas con motivo de su intervención en los procedimientos, así como el procedimiento para imponerlas; y los artículos 191 a 195 las posibles correcciones disciplinarias de otros intervinientes o asistentes a actos procesales que no ostenten tales funciones. En realidad, pocas de las cuestiones reguladas en ese Título XIII podían considerarse vigentes.

La LEC 2000 omite la regulación de esta materia, dejando jugar a la LOPJ. No obstante subsisten en la LEC 2000 algunas normas que contemplan sanciones gubernativas procesales.

Por un lado, la prevista en el artículo 292: multa entre treinta y cien mil pesetas, previa audiencia por cinco días, ante la incomparecencia de un testigo o perito que hubiese sido citado[10] La previsión no es aplicable al enjuiciamiento penal por existir disposiciones especiales en la LECrim: artículos 175.5º, 420 y 661.

Por otra parte, las contempladas en los artículos 183.5 y 288 LEC 2000. Este habilita al órgano judicial para imponer una multa comprendida entre diez y cien mil pesetas al "litigante por cuya causa no se ejecutare temporáneamente una prueba admitida... salvo que acreditase falta de culpa o desistiese de practicar dicha prueba, si él la hubiese propuesto". La multa se puede imponer en el acto, previa audiencia de las partes. El artículo 183.5 permite igualmente al juez o tribunal acordar como sanción una multa con igual tope superior, cuando testigo, perito, letrado o parte han hecho un uso torticero o injustificado de la posibilidad de solicitar la suspensión de una vista por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad. Ambas previsiones, sin antecedente claro en nuestro ordenamiento procesal resultan aplicables en el orden jurisdiccional penal, bien sea por aplicación del artículo 258 LECrim; bien por la supletoriedad general de la LEC.

Creo que a igual conclusión puede llegarse —aplicabilidad al proceso penal— en relación al artículo 247 LEC 2000. Tras reiterar el principio de la buena fe procesal que proclama el artículo 11 LOPJ, se dice:

"3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de treinta mil a un millón de pesetas, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.

4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria".

La previsión puede ser particularmente útil para hacer frente a determinadas actuaciones, como la presentación de querellas injustificadas que sin llegar a constituir el delito de acusación o denuncia falsa, sí pueden comportar mala fe procesal por ocultarse datos relevantes o representar un manifiesto abuso de derecho o la utilización del proceso penal con fines torticeros. No obstante conviene hacer alguna precisión en cuanto al traslado al campo penal de esta norma (art. 258 LECrim y art. 4 LEC 2000).

Por una parte en el ámbito subjetivo, no puede olvidarse que el nivel de buena fe exigible al imputado es muy inferior al *standard*: en la persona del inculpado determinadas actuaciones, que no serían disculpables en un demandado, pueden serlo. Y, respecto del Ministerio Fiscal, hay que puntualizar igualmente que escapa a esta previsión en virtud de su autonomía funcional: el órgano judicial ante una conducta incorrecta por parte del representante del Ministerio Fiscal ha de limitarse a poner los hechos en conocimiento de su superior jerárquico[11].

En lo atinente a la cuantía de la multa pueden surgir dificultades para traducir la limitación de no exceder del triplo de la cuantía del litigio al proceso penal donde no puede hablarse en rigor de cuantías. La fortuna no ha acompañado al legislador en esa previsión: también existen procesos civiles

[10] Vid tambien para las partes, artículo 304.

[11] Vid antiguo articulo 448 LEC

(piénsese en los procesos de incapacidad) donde no puede hablarse de cuantías.

d) Para la *liquidación de los daños y perjuicios en la ejecución de las sentencias dictadas en el juicio de faltas* existen unas previsiones específicas en los artículos 974.2º y 984.3º LECrim, según la redacción dada por la Ley 3/1967, de 8 de abril. El primero permite la condena a la responsabilidad civil sin fijación de importe en cantidad líquida:

"Si en la sentencia se hubiere condenado al pago de la responsabilidad civil, sin fijar su importe en cantidad líquida, se estará a lo que dispone el artículo 984 de esta Ley".

Por su parte el artículo 984.3º, se remite a la LEC:

"Para la ejecución de la sentencia en cuanto se refiere a la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios se aplicarán las disposiciones establecidas en los artículos 927 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 738 de la misma Ley".

El legislador en las últimas reformas se ha olvidado de adecuar el precepto transcrito. En primer lugar, y en relación con la reforma de 1992, porque el artículo 738 LEC derogada al que se remitía había quedado vacío de contenido en 1992. Y en otro orden de cosas, porque introducida en 1988 la posibilidad de fijar el importe indemnizatorio en fase de ejecución en el procedimiento abreviado, extendida esa posibilidad luego a todos los procesos por virtud del artículo 115 del Código Penal, y regulados expresamente los trámites para tal incidente en la LECrim, no tenía sentido mantener la dualidad de tratamientos, según se tratase de un juicio de faltas u otro procedimiento, siendo en el primer caso, además, más complicada y garantista la tramitación.

Porque, en efecto, el artículo 984.3º introduce en la fase de ejecución de condenas indemnizatorias no líquidas recaídas en juicio de faltas toda la tramitación que para tales casos se regulaba en los artículos 927 y siguientes LEC y que ha pasado a estar regida por los artículos 712 a 716 LEC 2000. Surgía así la duda, duda que subsiste bajo la vigencia de la nueva Ley Procesal Civil, de si esa remisión global abarca también el sistema de recurribilidad y la forma de tramitación de los recursos. Aunque no está del todo claro, creo más correcto entender que efectivamente los recursos procedentes serán los previstos en la LEC lo que se traduce sintéticamente en los siguientes puntos:

— No cabrá recurso alguno frente a la resolución (providencia) que fije el importe que debe ser pagado cuando exista conformidad del ejecutado con la relación presentada por el ejecutante (art. 714.1 LEC 2000)[12].

— En los demás casos, cabrá el recurso de apelación que prevé el artículo 716 LEC 2000[13]; recurso que, por tanto, no puede ir precedido de reforma, que se admitirá en un solo efecto y que se sustanciará ante la Audiencia Provincial o Juzgado de Instrucción, si se trata de una resolución dictada por un Juzgado de Paz, con una peculiaridad frente al proceso civil: la Audiencia se constituirá con un sólo magistrado (art. 82.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

La solución que se propone no deja de ser discutible y, desde luego, en algunos puntos es insatisfactoria[14].

e) La *ejecución provisional de los pronunciamientos de una sentencia penal relativos a la responsabilidad civil* está prevista en el artículo 989 LECrim que se remite asimismo a la LEC para todo lo relativo a esa materia. La mención del artículo 385 ha de entenderse sustituida por los artículos 524 a 537 LEC 2000 que disciplinan de forma mucho más detallada la ejecución provisional de resoluciones judiciales. De los problemas que suscita la incrustación de estos trámites en un proceso penal destaca otra vez el del régimen de recurribilidad. La previsión del artículo 527.4 LEC 2000 (posibilidad de apelación cuando se deniega la ejecución provisional) no parece fácilmente conciliable con el proceso penal cuando se trata de las ejecución de sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales. Por eso, al igual que se ha sostenido en relación al procedimiento de apremio, parece preferible considerar que la remisión global es compatible con el mantenimiento del régimen de recurribilidad diseñado por la LECrim.

f) En cuanto a la *tercerías de dominio o mejor derecho* que pudieran deducirse en la fase de ejecución de un proceso penal a tenor de lo dispuesto en el artículo 996 LECrim habrán de decidirse "con sujeción a las disposiciones establecidas en la LEC". Una nueva remisión a la normativa procesal civil que a partir de ahora hay que cubrir con la LEC 2000 y en concreto con sus artículos 593 y ss y 614 y ss. Las tercerías en la fase de ejecución del proceso penal plantean un problema de competencia. La LEC 2000, al igual que su precedente, atribuye la competencia (art. 599) al órgano que esté conociendo de la ejecución. Sin embargo, se ha venido entendiendo por la jurisprudencia (sentencia del TS de 6 de junio de 1906), la Fiscalía del Tribunal Supremo (Consulta 2/1972 y Circular de 31 de marzo de 1989), y la mayoría de la doctrina[15]. que la competencia para conocer de las tercerías entabladas en fase de ejecución de un proceso penal corresponden a la jurisdicción civil[16].

Planteada la tercería, de acuerdo con la preven-

[12] Equivalente a los artículos 930, 934.2º y 936 de la LEC derogada.

[13] Artículo 942 de la LEC derogada.

[14] Ya defendí esa postura con idénticas dudas en relación con la legislación derogada: *Recursos en la fase de ejecución del proceso penal. Recurribilidad en otras materias propias de la jurisdicción penal* en "Recursos en el Orden Jurisdiccional Penal", Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, nº XXI, pags. 393 y 394.

[15] Fenech, *El proceso penal*, 1978, pág 454, Herce Quemada y Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal Penal*, 1975, pag. 323, o Moreno Catena, *Derecho Procesal*, T. II, 3ª ed., 1990, pág 787

[16] Ese es el criterio expresamente asumido en la legislacion procesal de la jurisdicción militar (art 381.3º de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar). No obstante no faltan quienes han defendido el criterio contrario invocando el artículo 9 LECrim.

ción contenida en el artículo 598.1 LEC 2000, procederá la suspensión de la ejecución penal en lo que respecta al bien a que se refiere, si se trata de una tercería de dominio; o la suspensión de los pagos (art. 616 LEC 2000) si es una tercería de mejor derecho. La resolución que recaiga en la tercería es vinculante para el juez penal que está conociendo de la ejecución y que ha de atenerse a lo decidido en la misma (artículos 603, 604 y 616 de la LEC 2000). Esto no significa que si el juez que está conociendo de la ejecutoria penal, sin necesidad de que nadie haya planteado una tercería de dominio, llega a la conclusión por evidencias de que el bien embargado no es propiedad del penado o del responsable civil, pueda levantar el embargo[17].

CARACTER SUPLETORIO EN EL PROCESO PENAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La supletoriedad de la LEC respecto de la LECrim era opinión común. Hoy esa opinión cuenta con un expreso respaldo legal. Dispone el artículo 4 LEC 2000:

"En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales... serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente ley".

Para que proceda la aplicación supletoria de la LEC 2000 es necesario que se trate de una materia no regulada expresamente por las normas que disciplinan el proceso penal. De todas formas, el sistema de fuentes exige acudir antes que a la LEC a la LOPJ. Si el punto carece de tratamiento en la legislación procesal penal sí está contemplado en la LOPJ, es ésta la llamada a ser aplicada y no la LEC.

Cosa distinta es que la LEC 2000 anuncie la modificación de determinadas materias de la LOPJ que sólo serán aplicables al proceso penal cuando en efecto se reforme en ese sentido la LOPJ. Singularmente es esto predicable de instituciones como la abstención y recusación (arts. 101 a 119 LEC 2000), nulidad (arts. 225 a 230), o aclaración y rectificación de resoluciones (art. 214 LEC 2000): las modificaciones operadas en esas materias quedan en suspenso hasta la reforma de la LOPJ según previene la disposición final 17ª LEC 2000.

La cuestión de determinar si concurre o no esa "ausencia de regulación" puede ser en algunos casos problemática: que dentro de una materia general no se diga nada en la LECrim sobre un aspecto puntual, no necesariamente ha de interpretarse como laguna a cubrir con la correspondiente disposición de la LEC. Hay que indagar si el silencio del legislador procesal penal es consciente y expresivo de un deseo de no establecer previsión alguna sobre un tema o, por contra, estamos propiamente ante una laguna que debe ser colmada con la aplicación subsidiaria de la normativa procesal civil.

Este campo se me antoja tremendamente prolífico en consecuencias prácticas. En las líneas que siguen tan sólo se pretende una aproximación, sin propósito alguno de sentar conclusiones definitivas. Empezaré por enunciar algunas normas de la LEC 2000 que, en principio, pueden considerarse aplicables por supletoriedad al proceso penal. En epígrafes sucesivos abordaremos otras que, por su mayor relevancia, aconsejan una glosa más extensa.

a) En sede de *capacidad, legitimación y postulación* son aplicables gran parte de las disposiciones de la LEC 2000 que abordan materias sobre las que la LECrim no contiene mención alguna. Piénsese en la capacidad para ser parte del concebido y no nacido (arts. 6.1.2º y 7.3), la necesidad de poder especial en ciertos casos (art. 25), o los procesos especiales para reclamación de honorarios de letrados y procuradores (arts. 34 y 35). Merece especial mención el tratamiento procesal de los intereses difusos, trasladable en mi opinión con las modulaciones necesarias, al ámbito del proceso penal. Los artículos 11, 15, 221 y 519 LEC 2000 ofrecen un novedoso panorama de estos temas que, con sus defectos[18], puede tener una enorme virtualidad también en el proceso penal. Un cuidadoso pero efectivo injerto de estos preceptos en el proceso penal permitiría haber dado una solución mucho más ágil y efectiva a supuestos como los de la presa de Tous o los de la Colza en el tema de las responsabilidades civiles o de los ofrecimientos de acciones[19] El artículo 15 puede erigirse en esos casos en un sustitutivo del ofrecimiento de acciones y los artículos 221 y 519 permitirían dar respuesta adecuada a ciertos supuestos de olvido de algunos perjudicados. Ni es momento ni hay tiempo de adentrarse en ese terreno. Baste aquí este apunte.

b) Todas las normas que contemplan el uso de *nuevas tecnologías* en la actividad procesal resultan también aplicables supletoriamente al proceso penal. Es más, algunas de ellas, como la grabación de las vistas orales y comparecencias (arts. 147 y 187 LEC 2000) tienen mucho más sentido en el proceso penal que en el civil. Otra cosa es que posiblemente, pese a las buenas intenciones plasmadas en la disposición adicional 3ª de la Ley (propósito de proporcionar los medios necesarios), la ausencia de los medios materiales imprescindibles haga presumir que en la mayoría de los territorios la excepción (art. 187.2) se convierta en regla y todo siga igual. En ese mismo terreno pueden citarse también como trasplantables al proceso penal las posibilidades de comunicación procesal previstas en los artículos 135.5 o 162.

c) El procedimiento especial para *la reconstrucción de autos* contenido en los artículos 232 a 235 es también plenamente aplicable, por supletoriedad, cuando hayan desaparecido o se hayan extraviado

[17] Así la aclara Aguilera de Paz, ob cit, Tomo IV, 1924, pág. 660.

[18] Una acertada exposición crítica de la regulación de este punto en la LEC 2000 puede encontrarse en Lozano-Higuero Pinto, *Legitimacion, protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos*, en "El Proceso Civil y su reforma". ICSE y COLEX, obra colectiva, págs 169 y ss.

[19] Piénsese en la sentencia 324/1994, de 1 de diciembre del TC recaída precisamente en el caso de la presa de Tous, donde se explica que en el supuesto de un amplísimo colectivo de personas perjudicadas puede no ser exigible constitucionalmente el ofrecimiento de acciones individualizado.

o destruido, total o parcialmente, unas actuaciones penales. Lógicamente será necesario matizar ligeramente en esos casos el peso que al principio dispositivo parece darse en el artículo 235.3 y traducir el régimen de recurribilidad —apelación— que previene el artículo 235.4 al ámbito penal según el grado jurisdiccional en que se haya llevado a cabo la reconstrucción.

d) Tiene un alcance mucho más particular la respuesta que el artículo 280 LEC da a la *presentación de copias inexactas*. Esa incidencia puede provocar la nulidad a partir de la entrega a las partes de la copia inexacta. No puede discutirse la posibilidad de hacer valer esta norma en el proceso penal mediante la invocación del artículo 4 LEC 2000.

e) En cuanto al *orden de preferencias en caso de coincidencia de señalamientos judiciales* no estamos ante un caso de aplicación supletoria de la LEC, sino ante una disposición de la LEC que contempla una materia general y que, por tanto, es directamente aplicable al proceso penal. El artículo 188.6º sienta la preferencia de la vista relativa a causa criminal con preso. Cualquier otra vista de celebración incompatible se suspenderá. En defecto de ese criterio o cuando existen varias vistas de causas con personas en situación de prisión provisional, el citado precepto sólo atiende a criterios cronológicos: tendrá preferencia la vista señalada con mayor anticipación; y si fuesen de la misma fecha, la del procedimiento más antiguo[20].

RELEVANCIA PROCESAL DE LAS NORMAS DE REPARTO

La relevancia procesal de las normas de reparto carece de toda regulación específica en el proceso penal. Los aspectos orgánicos están tratados en el artículo 167 LOPJ y en los artículos 24 a 28 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio del Consejo General del Poder Judicial sobre Aspectos Accesorios de las actuaciones judiciales. Novedad nada despreciable en este panorama es el artículo 68 de la LEC 2000:

"1. Todos los asuntos civiles serán repartidos entre los Juzgados de Primera Instancia cuando haya más de uno en el partido. La misma regla se aplicará a los asuntos de los que deban entender las Audiencias Provinciales cuando estén divididas en Secciones.

2. Los Tribunales no permitirán que se curse ningún asunto sujeto a reparto si no constare en él la diligencia correspondiente. En caso de que no conste dicha diligencia, se anulará, a instancia de cualquiera de las partes, cualquier actuación que no consista en ordenar que el asunto pase a reparto.

3. Contra las decisiones relativas al reparto no procederá la declinatoria, *pero cualquiera de los litigantes podrá impugnar la infracción de las normas de reparto vigentes en el momento de la presentación del escrito o de la solicitud de incoación de actuaciones.*

4. *Las resoluciones dictadas por tribunales distintos de aquel o aquellos a los que correspondiese conocer según las normas de reparto se declararán nulas a instancia de la parte a quien perjudicaren, siempre que la nulidad se hubiese instado en el trámite procesal inmediatamente posterior al momento en que la parte hubiere tenido conocimiento de la infracción de las normas de reparto* y dicha infracción no se hubiese corregido conforme a lo previsto en el apartado anterior".

Es lógico considerar que, *mutatis mutandi*, estas previsiones son de aplicación supletoria en el proceso penal, aunque, a mi juicio, la regulación no sea en absoluto afortunada. La solución de la nulidad es demasiado drástica si se sopesa que el artículo 238.1º LOPJ sólo anuda ese remedio a la ausencia manifiesta de competencia objetiva. En materia de competencia territorial —y con mayor razón de temas de reparto—, especialmente cuando se trata de resoluciones interlocutorias, no parece que la nulidad sea la respuesta adecuada. El principio de conservación de los actos judiciales ha llevado al Tribunal Constitucional a entender que la tramitación por órgano incompetente no comporta la nulidad de lo actuado, sino la necesidad de que se continúe la tramitación por el órgano competente (Auto 297/1987, de 11 de marzo). En la fase de instrucción del proceso penal no creo que la respuesta que da el artículo 68 LEC sea adecuada, aunque al mismo tiempo considero indiscutible su aplicabilidad.

A mi juicio el legislador ha incurrido en un cierto exceso —tanto por extender la regulación de la LEC a esta materia, como por la respuesta desproporcionada que le da—, y por otra parte, no ha previsto como incrustar sin disfunciones estas previsiones en el sistema gubernativo de resolución de los temas de reparto. La Exposición de Motivos se siente obligada a salir al paso de esas previsibles —y fundadas a mi juicio— objeciones dedicando una extensa disertación a justificar esas normas, extensión que contrasta con el laconismo con que trata la Exposición otras cuestiones de mayor enjundia. Las explicaciones no acaban de convencer y al leerlas viene a la cabeza el viejo aforismo, *excusatio non petita*...:

"Sobre la base de la regulación jurisdiccional orgánica y con pleno respeto a lo que en ella se dispone, se construye en esta Ley una elemental disciplina del reparto de asuntos, que, como es lógico, atiende a sus aspectos procesales y a las garantías de las partes, procurando, al mismo tiempo, una mejor realidad e imagen de la Justicia civil. No se incurre, por tanto, ni en duplicidad normativa ni en extralimitación del específico ámbito legislativo. Una cosa es que la fijación y la aplicación de las normas de reparto se entienda como función gubernativa, no jurisdiccional, y otra, bien distinta, que el cum-

[20] Se rompe así, creo que sin haberlo meditado demasiado, con el clásico criterio del orden jerárquico del órgano judicial (art 323.8º LEC derogada). Ciertamente es plausible la prioridad otorgada a las causas con preso. Pero, sentada esa preferencia, creo que debería haber seguido dando cierta operatividad al nivel jerárquico del organo. No parece lógico que el Tribunal Supremo tenga que suspender una vista porque con anterioridad estaba señalada una vista en un Juzgado de 1ª Instancia en que sea preceptiva la asistencia del letrado.

plimiento de esa función carezca de toda relevancia procesal o jurisdiccional.

Algún precepto aislado de la LEC de 1881 ya establecía una consecuencia procesal en relación con el reparto[21] Lo que esta Ley lleva a cabo es un desarrollo lógico de la proyección procesal de esa —competencia relativa—, como la denominó la Ley de 1881, con la mirada puesta en el apartado 2 del artículo 24 de la Constitución, que, según doctrina del Tribunal Constitucional, no ha estimado irrelevante ni la existencia ni la infracción de las normas de reparto[22].

Es claro, en efecto, que el reparto acaba determinando el juez ordinario que conocerá de cada asunto. Y si bien se ha considerado constitucionalmente admisible que esta última determinación no haya de llevarse a cabo por inmediata aplicación de una norma con rango formal de ley, no sería aceptable, en buena lógica y técnica jurídica, que una sanción gubernativa fuera la única consecuencia de la inaplicación o de la infracción de las normas no legales determinantes de que conozca un 'juez ordinario', en vez de otro. Difícilmente podría justificarse la coexistencia de esa sanción gubernativa que reconocería la infracción de lo que ha de predeterminar la 'juez ordinario', y la ausencia de efectos procesales para quienes tienen derecho a que su caso corresponda según normas predeterminadas.

Por todo ello, esta Ley, prevé, en primer lugar, que se pueda aducir y corregir la eventual infracción de la legalidad relativa al reparto de asuntos y, en caso de que ese mecanismo resulte infructuoso, prevé, evitando la severa sanción de nulidad radical —reservada a las infracciones legales sobre jurisdicción y competencia objetiva y declarable de oficio—, que puedan anularse a instancia de parte gravada[23], las resoluciones dictadas por órgano que no sea el que debiera conocer según las normas de reparto".

[21] Vid. artículos 430 a 436. Los artículos 433 a 436 estaban vacíos de contenido en virtud de las reformas de 1992 y 1994.

[22] La afirmación que se hace precisaría de muchas matizaciones. Repárese, si no, en las consideraciones del Auto TC 13/1989, de 16 de enero. "...no puede equipararse la atribución de competencia a los diversos organos judiciales, a la que afecta la predeterminación por ley formal *ex* artículo 24.2 de la Constitución, con el reparto o distribución del trabajo entre las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material, que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo". En una línea similar puede consultarse el Auto del TC 652/1986 ("La circunstancia de que existan varios jueces para realizar las funciones del juez de la capital no obedece más que a las necesidades de distribución del trabajo, lo que no impide que todos ellos tengan la misma condicion legal de juez ordinario, con plenitud de jurisdicción en la órbita de su competencia territorial y objetiva. Ni siquiera se trata de atribución de competencia, puesto que todos los jueces tienen la misma, sino como la misma palabra indica —'reparto'— de distribuir los asuntos con el fin de que todos los jueces conozcan del mismo número de ellos. Lo que no impide que, en su caso, puedan las partes hacer uso de su derecho para asegurar la imparcialidad del juzgador (reglas sobre la recusación)") O la S TC 205/1994, de 11 de julio: ".. como ha venido afirmando este Tribunal, la predeterminación legal del juez que debe conocer de un asunto está referida al órgano jurisdiccional. y no a las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material en relación con las cuales basta con que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad". El Tribunal Supremo —Sala 2ª— vierte idénticas consideraciones en su sentencia de 10 de septiembre de 1997.

[23] Sic. Seguramente debe decir "agraviada".

DISPOSICIONES SOBRE PRUEBA

En la regulación de la prueba pueden encontrarse un buen número de normas en la LEC 2000 con cierta operatividad en el proceso penal. Aunque es preciso aquí extremar las cautelas: no todo lo que no esté expresamente regulado en la LECrim será aplicable supletoriamente, sino sólo aquellas previsiones que sean compatibles con el sistema de enjuiciamiento penal. Así disposiciones como la del artículo 286 que habilita un trámite para la alegación y prueba de hechos nuevos una vez precluidas todas las fases previas a la sentencia; o la del artículo 363, que permite al Tribunal limitar el número de testigos sobre un mismo hecho, resultan incompatibles con los principios que han de regir el proceso penal y, por tanto, resultan intrasvasables.

En otros casos —sirvan de ejemplo los artículos 334 (valor probatorio de copias reprográficas y cotejo) o 382 (filmaciones o grabaciones)—, aunque no existiesen esas normas en el proceso penal, en virtud de su sistema interno se llega a las mismas consecuencias que se deducirían de considerarse aplicables supletoriamente esas normas. No puede hablarse propiamente de aplicación supletoria, sino de coincidencia en la regulación, en un caso (LEC), expresa; en otro (LECrim), extraíble de sus principios.

Algo así sucede con la denominada prueba indiciaria o indirecta. Es bien conocida la jurisprudencia constitucional y ordinaria que en el ámbito penal legitima ese tipo de prueba para destruir la presunción de inocencia y servir de soporte a una sentencia condenatoria siempre que se den tres tipos de condiciones: a) que los indicios sean plurales y puedan considerarse acreditados excediendo de las meras sospechas o conjeturas; b) que los hechos que se deducen de los indicios estén ligados con éstos por un enlace lógico, preciso y directo, lo que significa que la inferencia ha de ser coherente y concluyente, en el sentido de que no sea excesivamente abierta débil o indeterminada; c) y, por último, que el razonamiento deductivo empleado por el Tribunal sea expresamente plasmado en la sentencia (sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985, 175/1985, 217/1989, 40/1990, 384/1993, 93/1994, 206/1994, 182/1995, 24/1997, 189/1998 y 220/1998, entre otras).

Esa doctrina en ocasiones se apoyaba en el artículo 1253 del Código Civil que era expresamente citado. Ahora bien, aunque no hubiese existido el artículo 1253, la jurisprudencia sobre la prueba indiciaria en el ámbito penal hubiese permanecido.

Por eso la desaparición del artículo 1253 del Código Civil (disposición derogatoria única, apartado 2, nº 1º) y su sustitución por el artículo 386.1 LEC 2000 no tiene porque afectar ni en un ápice a esa jurisprudencia, sin perjuicio de que a partir de ahora pueda ser invocado el citado precepto que, por otra parte, no viene más que a subrayar más lo que era la doctrina constitucional:

"A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza a los efectos del pro-

ceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción".

Sin embargo tampoco cabe desdeñar el influjo que pueden tener otras normas, a veces muy puntuales, en el proceso penal. Así, el artículo 370 LEC 2000 que permite que el testigo que, a su vez tenga conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, pueda a su vez ser preguntado por los mismos. No hay inconveniente en trasplantar esa previsión por vía de supletoriedad al proceso penal y no sería irrelevante en la práctica[24]. O, también, el artículo 281.3 que excluye de prueba los hechos "que gocen de notoriedad absoluta y general".

En esa dirección entiendo que puede tener una notable incidencia en el proceso penal solventando un problema actual el artículo 287 LEC que introduce una previsión para canalizar procesalmente la impugnación de una prueba por ilícita:

"1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado en su caso a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio, o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva".

Como se ha escrito[25] el momento en que se declara la nulidad de una prueba no es indiferente. Si se opta por dejar para la sentencia ese pronunciamiento se producirán dos efectos en principio indeseables:

a) La práctica de la prueba que finalmente es declarada nula por violentar derechos fundamentales podrá haber motivado una posición procesal equivocada de las partes y haber propiciado otros elementos de prueba valorables por no existir conexión de antijuricidad[26] —como la confesión del procesado—, que no se hubiesen llevado a cabo de haberse declarado previamente esa ilicitud.

b) Un influjo psicológico de la prueba que se declara ilícita, influjo al que será difícil sustraerse, por más que oficialmente no se reconozca, en la valoración global de la actividad probatoria. La apreciación puede ser especialmente predicable de un jurado, pero vale también para un tribunal profesional. Tomando prestado un ejemplo[27]: el hallazgo de droga tras un registro ilegal, cuando ya han desfilado por el juicio los policías que ocuparon los efectos explicando cómo se hizo el registro, de forma inevitable se tomará en consideración a la hora de graduar la credibilidad de un testigo que dice haber visto como llevaban allí droga. Y aunque en la sentencia se proclame que el registro ha sido ilegal y no se ha valorado y que la condena se basa únicamente en la fiabilidad del testigo, es muy difícil no sospechar que íntimamente el resultado hubiese sido diverso de no haberse acreditado, a través de una prueba ilegal, que existía droga en aquel lugar.

El que se ha llamado principio de "higienización" o "saneamiento procesal"[28] aconseja dilucidar en cuanto sea posible el tema de la ilicitud de determinados elementos probatorios para expulsarlos del proceso y evitar que contamine a otras pruebas o a toda la actividad de valoración produciéndose lo que se ha denominado de manera plástica una "metástasis procesal"[29].

En el procedimiento abreviado existe un trámite legalmente habilitado para, entre otros, tal fin al inicio del juicio oral: la llamada audiencia sanadora o debate preliminar del artículo 793.2. En el procedimiento ante el Tribunal del Jurado a través de las cuestiones previas del artículo 36 de su Ley Orgánica Reguladora, también puede buscarse un pronunciamiento sobre este extremo[30]. En el procedimiento ordinario aunque no existe trámite específico semejante se ha propuesto aplicar analógicamente la previsión del abreviado[31], o acudir al expediente de los artículos de previo pronunciamiento, basándose en la consideración de que la relación del artículo 666 LECrim no tiene el carácter de *numerus_clausus*[32]. En todo caso se afirma que el artículo 240.2 LOPJ proporcionaría un cauce para hacer valer esa nulidad en cualquier momento[33].

---

[24] He visto en más de una ocasion la denegación de preguntas de tipo pericial al testigo que reune esas condiciones, por no haber sido propuesto formalmente más que como testigo (v.gr., el médico que atendió al herido; o el que asistió a la operación en que se produjo la posible negligencia médica)

[25] Vid en particular el sugerente trabajo de Carmona Ruano, *De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?* en Revista "Jueces para la Democracia (información y debate), nº 25, marzo 1996, págs. 95 y ss.

[26] Por todas, sentencias del TC 86/1995, de 6 de junio o 81/1998, de 2 de abril.

[27] El ejemplo, bien expresivo, lo expone Carmona Ruano en el trabajo citado.

[28] Vid. el breve pero atinado análisis que hacen de esta cuestion, con un comentario crítico de la jurisprudencia, Marchena Gómez y Lozano-Higuero Pinto, en *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*. Ed Comares, Granada, 1994.

[29] Marchena Gomez. ob. cit., pág. 113.

[30] Un estudio de las distintas posibilidades de estos trámites puede encontrarse en Rodríguez Sol, *Registro domiciliano y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, págs. 282 y ss La existencia de esos trámites en todo caso no implica preclusión, ni imposibilidad de que la cuestión se plantee con anterioridad. Sobre este punto, vid. Marchena Gómez y Lozano-Higuero Pinto, ob. cit

[31] Pastor Borgoñon, *La prueba ilegalmente obtenida* en "La restriccion de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal", Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pág 211.

[32] Sentencia TS 808/1997, de 7 de junio.

[33] En relación con las intervenciones telefonicas que adolezcan de vicios insubsanables así lo argumenta la Circular 1/1999, de 29 de diciembre de la Fiscalía General del Estado sobre In-

Todos los expedientes aludidos adolecen de un grave defecto que no ha pasado inadvertido a los comentaristas[34]: en la declaración de nulidad de un medio probatorio están implicadas con frecuencia cuestiones fácticas que pueden estar precisadas de prueba específica. Muchas veces solo tras el desarrollo de la actividad probatoria existirán elementos de juicio suficientes para concluir si un medio de prueba era ilícito o no y declarar su ilegalidad. En el debate preliminar del procedimiento abreviado no hay posibilidad de práctica de prueba, sino tan solo de efectuar alegaciones: por eso cuando la decisión ante la impugnación por ilegal de un medio de prueba no dependa exclusivamente de consideraciones jurídicas, sólo se podrá contestar difiriendo la solución a la sentencia. Y tanto en el incidente del artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, como en los artículos de previo pronunciamiento del procedimiento ordinario, la práctica de prueba se ciñe a la documental, normalmente insuficiente para solventar estas cuestiones.

Por eso se ha propuesto[35] importar del derecho anglosajón el llamado *voire dire* o *trial into the trial* (juicio dentro del juicio). Cuando se suscita una cuestión de validez probatoria el órgano judicial la resuelve con la práctica de la prueba que sea necesaria y con carácter previo al inicio del juicio propiamente dicho. Si se trata de un proceso con Jurado, no interviene éste en ese incidente previo. Y la prueba se practica a los únicos efectos de resolver sobre la licitud de la prueba.

Pues bien, como se observa con facilidad, el artículo 287 LEC 2000 ha introducido en el ámbito del proceso civil un incidente inspirado en aquél cuya finalidad es filtrar, antes del juicio propiamente dicho, los elementos probatorios ilícitos. No veo objeción alguna y sí muchas ventajas, en considerar que ese trámite es de aplicación supletoria (art. 4 LEC 2000) al proceso penal. Así quedarían solventadas las disfunciones que se han puesto de manifiesto.

EDITORIAL TROTTA
Tel. 34-91-593 90 40
E mail: trotta@infornet.es
http://www.trotta.es

LUIGI FERRAJOLI
Los fundamentos de los derechos fundamentales
Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello

ANTONIO MADRID
La institución del voluntariado

MAURIZIO FIORAVANTI
Constitución. De la Antigüedad a nuestros días

CARLOS DE CABO
Sobre el concepto de ley

HÉCTOR SILVEIRA GORSKI (ed.)
Identidades comunitarias y democracia

MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO
Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder

JACOBO MUÑOZ Y JULIÁN VELARDE (ED.)
Compendio de epistemología

SIMONE WEIL
Escritos de Londres y últimas cartas

MAX HORKHEIMER
Anhelo de justicia. Teoría crítica y religión
Ed. de Juan José Sánchez

ÁNGEL GABILONDO
La vuelta del otro. Diferencia, identidad y alteridad

ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE
Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia

LUIGI FERRAJOLI
Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (4.ª edición)
Derechos y garantías. La ley del más débil (2.ª edición)

PEDRO PLASENCIA
La fiesta de los toros. Historia, régimen jurídico y textos legales

IGNACIO PÉREZ-SOBA
Cooperación para el desarrollo. Legislación y directrices

ESTHER HAVA
Protección jurídica de la fauna y flora en España

JUAN IGARTUA SALAVERRÍA
El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares

tervención de las Comunicaciones Telefónicas en el seno de los procesos penales.

[34] Carmona Ruano, ob. cit., pag. 97; o Rodríguez Sol, ob. cit., pág. 286.

[35] Carmona Ruano, cit , pág 97.