

ESTUDIOS

RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES DEL JUEZ DE MENORES: APELACIÓN Y REFORMA (*)

ALBERTO MANUEL LÓPEZ LÓPEZ

*Fiscal de la Audiencia Provincial de Jaén
Doctor en Derecho*

*SUMARIO: I. Introducción.—II. Recursos en la Ley Orgánica 5/2000.—
III. Clases de recursos.—IV. Efectos de las distintas clases de recursos.—V. El
llamado recurso de anulación del condenado en ausencia.*

I. INTRODUCCIÓN

El estadio en que actualmente se encuentra la evolución dogmática del Derecho Penal de Menores —a caballo entre la dependencia del Derecho penal y procesal común, con el que comparte tipos penales y procedimientos, y la sustantividad jurídica que exige la aplicación práctica de muchos de los principios que lo sustentan (descri-minalización de la delincuencia de bagatela; paralización de los procedimientos penales, cuando se haya logrado el reproche social de la conducta por otros medios; resolución informal de los conflictos mediante compensación extrajudicial entre el autor y la víctima; intercambiabilidad de las sanciones, según la evolución carcelaria del penado; etc.)—, es una fuente inagotable de problemas, algunos tan complejos de resolver como los que seguidamente se van a presentar.

Para conseguir que, en el dificultoso y aún inexplorado terreno de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores todas nuestras ideas guarden entre sí una indispensable coherencia epistemológica, creo que debo comenzar advirtiendo que todo cuanto en adelante se expone tiene su base axiológica en dos ideas: primera, que el Derecho Penal de Menores es Derecho penal, y segunda, que el procedimiento para exigir responsabilidad penal a los menores delincuentes es un verdadero proceso.

(*) Texto actual y documentación complementaria en este *Boletín de Información*, Suplemento al número 1884-1885.

A) EL DERECHO PENAL DE MENORES ES DERECHO PENAL

El Derecho Penal de Menores, heredero del ideario positivista de la Ilustración⁽¹⁾, es por naturaleza un Derecho antiformalista, que con frecuencia ha despreciado las rigideces formales propias del Derecho penal⁽²⁾ en aras de la pretendida función educadora a la que dirige sus pasos⁽³⁾.

Sin embargo, la función educadora del Derecho Penal de Menores⁽⁴⁾ no pasa de ser un bello *desideratum*, una visión utópica de la Justicia, que desmiente una y otra vez la tozuda realidad cotidiana. Los Fiscales, antes que nadie, hemos de emprender el estudio y aplicación de esta rama del Derecho absolutamente convencidos de que, como advierte Albrecht, el Derecho Penal de Menores es Derecho penal. «La trivialidad de esta tautología se pierde de vista, demasiado a menudo, en los escritos de euforia reformista criminológica de menores», los que, confundidos por un humanitarismo por completo fuera de lugar, suelen contener propuestas de dudosa aplicabilidad práctica, cuando no abiertamente ilegales.

Por sus fines, el Derecho Penal de Menores no es un derecho social destinado a atender las necesidades económicas, sociales o culturales de la población, sino que, como el Derecho Penal común, está encaminado a proteger a la comunidad de las conductas desviadas de parte de sus miembros.

El Derecho Penal de Menores, como cualquier otro Derecho Penal, lo único que puede exigirle a sus destinatarios es un comportamiento ajustado a la legalidad, y esta exigencia, desde el punto de vista técnico, nunca podrá estar considerada integrada en el concepto de educación —al menos en el sentido que a éste le conceden los artículos 27.2 de la Constitución es-

⁽¹⁾ STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.º: «la regulación aprobada por el Decreto de 11 de junio de 1948 está inspirada en el modelo positivista y correccional, que considera al menor irresponsable de sus actos, al que no se han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponer medidas de carácter represivo, que tengan la consideración de penas o sanciones. Por ello, el procedimiento establecido para reformar a los menores prescinde de las formas procesales»

⁽²⁾ Curioso resulta comprobar que, como en su día propusieron PANTOJA, MUÑOZ PÁRAMO Y DEL MORAL [«La Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)». *Actualidad Penal*, núm. 10/8, marzo 1993, p. 153]], a pesar de contravenir las normas generales de la LOPJ (art. 187), las Salas de la mayor parte de los Juzgados de Menores carecen de estrados y la vista oral se celebra sin togas, ni distintivos de clase alguna.

⁽³⁾ Sostenía DORADO MONTERO, padre del correccionalismo español, que «el derecho de menores no es penal propiamente dicho, sino obra benéfica y humanitaria de la psiquiatría, pedagogía y arte del buen gobierno». DORADO MONTERO, P.: *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Hijos de Reus, Madrid, 1906. Ideas que vuelve a repetir en *El derecho protector de los criminales, Imprenta clásica española*, Madrid, 1915.

⁽⁴⁾ Dice la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000: «Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una *intervención de naturaleza educativa*, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquellos que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares».

⁽⁵⁾ Recordemos que el tenor literal del artículo 27 CE es el siguiente:

«1. Todos tienen el derecho a la educación. [...]

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

No ponemos en duda que la mejor forma de prevención es la reeducación del delincuente en los valores comunes de la sociedad, lo que estamos sosteniendo es que esta “reeducación penal” no tiene nada que ver con el sentido pedagógico del término.

Acudiendo a la educación los juristas nos introducimos voluntariamente en un área indefinida gobernada por las experiencias vitales, de muy distinto calado, que favorecen o marcan el desarrollo de la personalidad del individuo, y que sólo muy remotamente pueden estar relacionadas con el Derecho Penal. Proporcionar unas expectativas de vida aceptables al individuo, y la distribución igualitaria de éstas entre los distintos sectores de la población es una tarea que desborda los estrechos límites del Derecho Penal, adentrándose en lo que es el programa sociopolítico del Estado.

pañola ⁽⁵⁾ y 1 de la Ley Orgánica 8/85, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación–, sino puro y duro control social ⁽⁶⁾.

Pues bien, la decisión que se adopte sobre la naturaleza penal o no del proceso contra menores delincuentes, no es baladí en modo alguno, porque de ella dependerá la flexibilidad o el rigor con que hayan de ser interpretadas sus normas. Por ejemplo, y dirigiéndonos al tema objeto de esta ponencia, de todos es sabido, que no existe norma ni principio constitucional alguno que imponga, entre nosotros, la necesidad ineludible de una doble instancia en toda clase de procesos, siendo perfectamente posible e imaginable un proceso judicial en el que las partes carezcan de medios de impugnación, porque el derecho a los recursos hay que entenderlo como el derecho a utilizar los recursos reconocidos por la Ley, o lo que es lo mismo, la regulación concreta de los medios de impugnación para cada tipo de proceso es una materia reservada a la legalidad ordinaria.

Salvo, claro está, en el estrecho ámbito del Derecho Penal, donde los Textos Internacionales ratificados por España ⁽⁷⁾ y la jurisprudencia constitucional ⁽⁸⁾ reconocen al acusado el derecho fundamental a que su causa sea examinada por dos órganos jurisdiccionales distintos y jerárquicamente ordenados.

Si el proceso penal de menores tuviera naturaleza simplemente educativa y no penal, podría pensarse que el derecho a recurrir la sentencia de condena carecería de relevancia constitucional, o lo que es lo mismo, que la segunda instancia en esta clase de procedimientos no sería imprescindible e incluso podría terminar perjudicando los fines educativos perseguidos, por lo que debiera ser de interpretación restrictiva por los funcionarios públicos que intervienen en el proceso de Menores.

No es indiferente, pues, la naturaleza penal o educativa del proceso instaurado por la Ley Orgánica 5/2000.

⁽⁶⁾ ALBRECHT, PETER ALEXIS: *El Derecho Penal de Menores*, PPU, Barcelona, 1990, p. 190.

⁽⁷⁾ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1969: «Artículo 14. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.»

Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984: «Artículo 2. 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o de la condena sea examinada por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, serán regulados por la ley.»

2. Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución.»

⁽⁸⁾ «El Tribunal ha declarado, con carácter general, que no incluye el derecho a un doble pronunciamiento salvo cuando la Ley lo establezca, y todo ello sin perjuicio de las peculiaridades en materia penal (S 4/1984). En efecto, en materia penal, el legislador debe prever un sistema de recurso aplicable en todo caso, dado, de una parte, que el artículo 24.1 de la Constitución ha de interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.2, el cual establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»” y, de otra, que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo previsto en la Ley”; por ello, como precisa la Sentencia 42/1982, si bien estas consideraciones son suficientes para crear por sí mismas recursos inexistentes, sí obligan a entender que entre las garantías del proceso penal se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable de un recurso de este género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento.» STC 140/1985, de 21 de octubre, y en el mismo sentido, SSTC 19/1986, de 7 de febrero y 67/1986, de 27 de mayo.

B) EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000 ES UN VERDADERO PROCESO

Las dudas que antaño existían sobre la naturaleza procesal del sistema de enjuiciamiento de menores delincuentes no se han disipado en absoluto tras la nueva Ley Orgánica 5/2000, que en su Exposición de Motivos contiene afirmaciones tan ambiguas como la siguiente: «la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad».

Si hacemos caso a estas palabras, el nuevo procedimiento de los Juzgados de Menores adquiere la estructura de un proceso adversarial sólo formalmente, porque materialmente carece de naturaleza penal y en él no existen partes enfrentadas, ya que todos los sujetos procesales intervinientes, Juez, acusación y defensa persiguen una misma meta: el superior interés del menor.

Con carácter general, la citada Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000 advierte que «en el Derecho Penal de Menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, *el superior interés del menor*. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas en el ámbito de las ciencias no jurídicas [...]», hallándose manifestaciones de este principio a todo lo largo de su articulado.

a) En el procedimiento penal contra menores delincuentes el Ministerio Fiscal, además del ejercicio exclusivo de la acción penal⁽⁹⁾, le «corresponde la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su *interés* y la observancia de las garantías del procedimiento [...]» (art. 6); «La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá por objeto [...] proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al *interés del propio menor* valorado en la causa» (art. 23.1); en *interés del menor*, el Ministerio Fiscal puede instar ante el Juez de Menores, la anulación de la medida impuesta, su reducción o sustitución por otra distinta (art. 14.1); si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del Código Penal [...], puede solicitar, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al *interés del menor* de entre las previstas en la Ley 5/2000 (art. 29.2).

b) El Juez de menores, «oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración *el interés del menor*» (art. 28.1); El Juez podrá acordar en *interés de la persona imputada* o de la víctima, que las sesiones de la audiencia no sean públicas (art. 35.2) o que el menor abandone temporalmente la sala (art. 37.4).

c) El informe del equipo técnico buscando el *interés del menor*, propondrá que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima o el archivo del expediente

⁽⁹⁾ «Artículo 25. *Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular.*—En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares [...].»

«Artículo 8. *Principio acusatorio.*—El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal.»

por haber sido expresado suficientemente el reproche penal a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos (art. 27. 3 y 4).

En la comparecencia para la adopción de la medida cautelar de internamiento los representantes del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores informan al Juez sobre la adopción de la medida solicitada, desde la perspectiva del *interés del menor* y de su situación procesal (art. 28.2).

d) Una explicación algo más detenida merece la intervención del Letrado defensor en el procedimiento de menores.

Desde el Decreto de incoación del expediente de menores el menor tiene derecho «a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio» [art. 22.1.b)].

En ambos casos, defensa privada y defensa pública, la finalidad última de la asistencia letrada es idéntica: conseguir, utilizando todos los medios legales, alcanzar los intereses particulares de su cliente⁽¹⁰⁾. Lo que, sin embargo, no puede ocultar las tremendas diferencias axiológicas que existen entre las dos, motivadas por el muy distinto carácter de las fuentes jurídicas que respectivamente las alimentan, pues la relación que liga al Abogado de libre designación con su cliente nace del Derecho Privado, mientras que, por el contrario, la asistencia letrada de oficio es una institución de Derecho Público⁽¹¹⁾.

Aunque el artículo 22.1.b) de la Ley Orgánica 5/2000 reconozca expresamente al menor objeto del expediente el derecho a designar abogado que le defienda, el menor no puede cumplir con él, sencillamente porque carece de la capacidad de obrar necesaria⁽¹²⁾ para celebrar por sí mismo⁽¹³⁾ un contrato (innominado de patrocinio procesal)⁽¹⁴⁾ con un Letrado en ejercicio.

Por eso, dicho sea de paso, resulta difícil de compatibilizar la incapacidad de obrar del menor y el allanamiento con la pretensión penal de la acusación, que significa la conformidad del artículo 36 de la Ley Orgánica 5/2000⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁰⁾ Repito palabras ya vertidas en «Defensa Técnica y Proceso Penal», *Actualidad Penal*, núm 39, semana 24 a 30 de octubre. 1994.

⁽¹¹⁾ «La cualidad del Abogado de oficio tiñe la función de este profesional con un carácter semipúblico, de colaboración no sólo con el cliente, sino con la institución del proceso mismo y con los fines de un juicio justo y adecuado [...]». STC 71/1988, de 19 de abril, fundamento jurídico 5.º

⁽¹²⁾ Artículo 12 CE: «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.»

Artículo 315 CC: «La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos.»

Artículo 322 CC: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil [...]».

⁽¹³⁾ Artículo 1261 CC: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1.º Consentimiento de los contratantes [...]».

Artículo 1263 CC: «No pueden prestar consentimiento:

1.º.- Los menores no emancipados [...]».

⁽¹⁴⁾ GIMENO SENDRA, VICENTE: *El nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 117.

⁽¹⁵⁾ Como, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, el proceso ordinario por delitos podía válidamente enjuiciar a personas que no habfan alcanzado la mayoría de edad, se salvaba el defecto de capacidad del sujeto pasivo suponiendo que la capacidad procesal «equivale a la capacidad de participar conscientemente en el juicio: a la aptitud mental y corporal para seguir el procedimiento y poder hacer valer en él las propias razones. En lo referente al inculpado, el proceso penal no tiene en cuenta para nada la capacidad jurídica de obrar, o para el ejercicio de los derechos, en el sentido del derecho civil. Como en el caso del testigo, se requiere únicamente la aptitud de entender y de explicarse voluntariamente y a sabiendas. Por eso dispone el artículo 409 que «para recibir declaración al procesado menor de edad no habrá necesidad de nombrarle curador». Tampoco la necesita para ningún otro acto procesal, ni siquiera para que la ratificación en la conformidad con las conclusiones de la acusación y la confesión produzcan los efectos establecidos en los artículos 655 y 694. En otras palabras, no se plantea nunca, con relación al inculpado, el problema de una capacidad que pueda suplirse (mediante un representante legal). Y la capacidad que toma en cuenta el derecho —la refe-

Quien elige y designa al Abogado de libre elección –y paga sus honorarios– no es el menor, sino sus padres⁽¹⁶⁾, tutores⁽¹⁷⁾ o representantes legales⁽¹⁸⁾. Por esta causa, el Secretario del Juzgado de Menores, una vez que recibe de la Fiscalía el parte de incoación del expediente, debe requerir «al menor y a sus *representantes legales* para que designen Letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, aquél le será nombrado al menor de oficio entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados» (art. 22.2 LO 5/2000). No nos encontramos ante una designación de alternativa, del menor o de sus representantes legales, porque sólo es posible una de ellas: la que pueden llevar a efecto los representantes legales del menor, que son los únicos que tienen capacidad legal para apoderar a un profesional de la Abogacía, dirigir la actuación de su mandatario durante el proceso y, en su caso, revocarle el mandato.

Ciertamente, en la mayor parte de las ocasiones, los intereses procesales del menor y sus representantes legales coincidirán, pero tampoco es tan extraño que diverjan. Puede ocurrir, y de hecho ocurre con frecuencia, que el menor, como el enfermo que rechaza seguir el engorroso tratamiento que le ha sido prescrito, intente evitar la imposición de cualquier medida, y sus padres, en cambio, la reclamen con urgencia del Juzgado, ¿a quien atenderá el Letrado, a sus mandantes o a su defendido?

Aunque por diversas razones, el Abogado designado de oficio también se encuentra alejado de los deseos particulares del menor, pues, como ha quedado dicho un poco más arriba, el Abogado de oficio cumple con un servicio público, sostenido económicamente por el Estado, lo que condiciona su actitud profesional ante el proceso procesal en que interviene.

La defensa de oficio relaja inevitablemente el vínculo personal y profesional entre Letrado y defendido, a la vez que confiere al Abogado un hábito de imparcialidad que, de simple parte privada, lo eleva al rango de colaborador de Administración de Justicia⁽¹⁹⁾, con lo que, de manera inevitable, se encuentra psicológicamente mucho más cerca del Tribunal que de la parte a quien representa.

Por lo expuesto, en el procedimiento de menores será comprensible la rotunda oposición del menor, incluso en su propio perjuicio, a que se le imponga alguna de las medidas relacionadas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, pero, si el equipo técnico, el Juez y el Fiscal han actuado conforme tienen prescrito en la Ley, es decir, en interés del menor, su Letrado defensor no puede más que conformarse con la medida impuesta, y si la recurre estará actuando en contra de su propio defendido.

rente a la participación consciente en el juicio y en los debates– no puede ser suplida». GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1984, p. 80.

⁽¹⁶⁾ Artículo 162 CC: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores.»

⁽¹⁷⁾ Artículo 267 CC: «El tutor es el representante legal del menor o incapacitado [...]»

⁽¹⁸⁾ Resulta curioso comprobar cómo la Ley Orgánica 5/2000 reconoce mayor capacidad de obrar al menor delincuente que al menor víctima.

Por ejemplo, la conciliación entre el menor y la víctima que determina el archivo del expediente de menores no es otra cosa que una especie de contrato entre las partes, menor y perjudicado, que precisa del consentimiento de ambas, salvo que la víctima fuere menor de edad o incapaz, en cuyo caso el compromiso habrá de ser asumido por su representante legal de la misma y aprobado por el Juez de Menores (art. 19.6 LO 5/2000).

⁽¹⁹⁾ Este es el papel que reserva a la Abogacía, sin distinguir entre defensa privada o de oficio, el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía, tanto en su exposición de motivos («colaborador necesario de la función jurisdiccional») como en su articulado («participe en la función pública de la Administración de Justicia») (art. 30).

En otras palabras, si las medidas buscan el interés del menor, ¿a qué recurrirlas?

Lógicamente, las anteriores objeciones a la Ley Orgánica 5/2000 carecen de validez si se acepta, como nosotros proponemos, que el Derecho de Menores es una especie de Derecho Penal, creado para castigar las conductas tipificadas como delitos, a través de un proceso jurídicamente regulado.

II. RECURSOS EN LA LEY ORGÁNICA 5/2000

El derecho fundamental a la doble instancia en el proceso penal tiene múltiples fuentes. Junto a los Tratados internacionales citados con anterioridad y la uniforme jurisprudencia constitucional sobre la cuestión⁽²⁰⁾, existen numerosos Convenios y Tratados sectoriales que lo imponen en el enjuiciamiento de los menores delincuentes. Entre todos merecen destacarse las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, de 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing), en su punto 7⁽²¹⁾, o la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 40.1.v)⁽²²⁾.

Sin olvidar que la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, además de declarar la inconstitucionalidad de parte del articulado de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, fijó las bases del futuro proceso penal de menores, declarando que «los derechos fundamentales que consagra el artículo 24 de nuestra Constitución han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales».

Con estos antecedentes –y lo dispuesto en los arts. 20.2 de la Constitución Española⁽²³⁾ y 1.3 Ley Orgánica 5/2000⁽²⁴⁾– el Legislador no tuvo otro remedio que, mejorando a la Ley

⁽²⁰⁾ El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, protegido y sancionado en el artículo 24.1 CE, es un derecho de contenido complejo (STC 89/1985, de 19 de julio) que «comprende no sólo el acceso a los Tribunales, sino también el derecho a los recursos que para cada género de procesos estén establecidos por el ordenamiento. El legislador, en principio, es libre de disponer cual sea el régimen de recursos dentro de cada proceso, pero esta disponibilidad tiene un límite en el proceso penal que viene impuesto por el artículo 14. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la Ley”. “Este mandato –como dijimos en la S 42/1982– no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes”, pero obliga a considerar que entre las garantías derivadas del artículo 24 CE se encuentra la del recurso ante el Tribunal superior» (STC 37/1988, de 3 de marzo).

⁽²¹⁾ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, de 29 de noviembre de 1985 (Reglas de Beijing), «7. *Derechos de los menores.*– 7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como [...] el derecho de apelación ante una autoridad superior.» *Vid.* en Suplemento a este *Boletín de Información*, número 1884-1885.

⁽²²⁾ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990). Artículo 40.2.v): «Si se considera que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad y órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley.» *Vid.* Suplemento antes citado.

⁽²³⁾ Artículo 10.2 CE:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

⁽²⁴⁾ Artículo 1.2 Ley Orgánica 5/2000:

«Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.»

Orgánica 4/92⁽²⁵⁾, ofrecer a las partes procesales un completo sistema de recursos contra las resoluciones judiciales, contenido en el Título VI, «Del régimen de recursos».

Este título tiene sólo dos artículos, dedicado el primero de ellos, el 41, a la regulación de los recursos ordinarios de apelación y reforma, y el segundo, el 42, al recurso extraordinario de casación para unificación de doctrina, sin perjuicio, claro está, de lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que será de aplicación supletoria en caso de laguna, según establece la disposición final primera de la Ley Orgánica 5/2000.

La pírrica regulación legal, sumada a la dependencia procedimental de un cuerpo normativo extraño, plantea dificultades sin cuento. Dos de ellas, que antes de entrar en materia conviene aclarar, son la intervención del perjudicado personado en la tramitación de los recursos o los medios impugnatorios utilizables en la pieza de responsabilidad civil.

A) LA INTERVENCIÓN DEL PERJUDICADO

La Ley Orgánica 5/2000 no se pronuncia sobre la participación del perjudicado personado en el expediente en los recursos de reforma, apelación o queja⁽²⁶⁾ interpuestos por el Letrado del menor o el Fiscal.

Como sabemos, el artículo 25 Ley Orgánica 5/2000 excluye la existencia de acusaciones privadas, para acto seguido, por excepción, permitir la personación en el expediente principal de menores, con Abogado y Procurador, de los perjudicados que lo hayan sido por delitos atribuidos «a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de comisión de los hechos, con violencia o intimidación, o grave riesgo para la vida o integridad física de las personas [...]».

Pero la intervención del perjudicado no es completa, sino excepcional y limitada a las facultades legales que, en un catálogo *numerus clausus*, realiza el propio artículo 25. Dentro de este catálogo cerrado no se halla el participar en la tramitación de los posibles recursos interpuestos por las verdaderas partes procesales, por lo que, en nuestra opinión, el perjudicado carece de legitimación procesal para ser parte en los recursos planteados por la representación del menor expedientado o por el Ministerio Fiscal.

Apoyan esta idea, además, los siguientes argumentos:

1.º Como explica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000, el interés del menor impide que la participación del perjudicado se realice con plenitud de derechos y cargas procesales⁽²⁷⁾, por lo que lo dispuesto en el artículo 25 ha de ser interpretado de forma es-

⁽²⁵⁾ Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, regulaba los recursos de esta escueta manera. Artículo 16: «4. Contra los Autos y Resoluciones de los Jueces de Menores cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que interpondrá en el plazo de cinco días, contados a partir de su notificación.

5. Contra las providencias de los Jueces de Menores cabe recurso de reforma ante el propio Juzgado, que se interpondrá en el plazo de tres días, contados a partir de su notificación.»

⁽²⁶⁾ Los términos en que está redactado el artículo 42 de la Ley Orgánica 5/2000 impiden la participación del recurso de casación de doctrina a la representación procesal del perjudicado.

⁽²⁷⁾ Dentro del apartado II, su número 8 contiene el siguiente párrafo: «Esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos. Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí acusación particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, por que en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del propio menor.»

tricta, y este artículo permite al Letrado de la víctima personada recurrir en defensa de las facultades que le han sido reconocidas, pero no ser parte con plenitud de derechos procesales.

2.º Es absurdo, procesalmente hablando, negar la capacidad de recurrir una determinada resolución judicial para, luego, admitir esta posibilidad por la vía indirecta de la impugnación del recurso.

Por ejemplo, si la Ley Orgánica 5/2000 prohíbe al perjudicado recurrir la procedencia, extensión o naturaleza de la medida impuesta en la sentencia de condena, carece de sentido que pueda realizar válidamente esta petición en el escrito de impugnación del recurso que, haciendo uso de su derecho, hubiese interpuesto el Letrado del menor.

Muy a pesar de la fuerte y extendida corriente de opinión en favor de una verdadera acusación particular en el procedimiento de menores, y en tanto no se modifique en este extremo la vigente Ley, la participación en los recursos del perjudicado personado en el expediente habrá de ser como sigue:

Como recurrente activo, sólo podrá impugnar –mediante reforma y apelación–, los autos y providencias del Juez de Menores que afecten al ejercicio de las facultades que se le reconocen en el artículo 25 de la Ley Orgánica, y la sentencia, por los siguientes tasados motivos:

- Incompetencia del Juzgado;
- inadecuación del procedimiento;
- quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que le haya ocasionado indefensión;
- o la falta de apreciación de algún elemento de prueba esencial para la calificación de los hechos, pudiendo, si fuera necesario, solicitar su práctica conforme a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La representación procesal del perjudicado no puede, por tanto, basar la impugnación de la sentencia en una errónea apreciación de las pruebas o en la infracción de un precepto constitucional o legal que, por aplicación supletoria del artículo 795.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sí pueden alegar las genuinas partes procesales ante la Audiencia Provincial.

Por inversos motivos, el perjudicado sólo podrá contestar los recursos de las partes si éstos afectan al reconocimiento o efectividad de sus facultades legales, sin extenderse a otras consideraciones para las que carece de legitimación procesal, y muy especialmente, en lo que se refiere al recurso de apelación contra la sentencia, su escrito de impugnación o adhesión deberá también ceñirse a los extremos que puede legítimamente discutir y que acabamos de enumerar *supra*.

B) LOS RECURSOS EN LA PIEZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

La Ley Orgánica 5/2000 resulta innovadora en muchos extremos y uno de ellos es el tratamiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, para cuya exacción se ha instaurado un juicio declarativo paralelo, y jurídicamente dependiente del expediente principal, que termina con una sentencia sin efectos de cosa juzgada.

Es sobradamente conocido que un amplio sector doctrinal español viene sosteniendo la conveniencia de «unificar las normas sobre la responsabilidad civil concentrándolas en un solo cuerpo legal, que debería ser el Código Civil, con absoluta independencia de que traigan su

causa de un acto delictivo o no, y de que medie un comportamiento doloso o culposo»⁽²⁸⁾, por lo que, tal vez, el Legislador ha querido caminar por este camino pero, como tantas otras veces, sin la valentía necesaria para afrontarlo.

Por lo pronto, como no se ha modificado el artículo 1092 del Código Civil («Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal»), el artículo 62 de la Ley Orgánica 5/2000⁽²⁹⁾ nos vuelve a remitir a las normas que el Código Penal dedica a la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales causados por el delito (arts. 109 a 115), pero en todo lo referente a la determinación de las personas civilmente responsables y al procedimiento a seguir habremos de sujetarnos a sus propias reglas.

Por lo que se refiere a los recursos utilizables por las partes personadas en la pieza de responsabilidad civil, el artículo 64.9.^a se contenta con señalar que la sentencia del Juez de Menores absolviendo a los demandados o declarando los responsables civiles, con el contenido indicado en el artículo 115 del vigente Código Penal, podrá ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial por los trámites de la apelación regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que por la cuantía corresponda, lo que, para algunos, significa que las restantes resoluciones dictadas por el Juez de Menores en el ámbito de la pieza de responsabilidad civil también deberán ser recurridas de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, apoyándolo además, en que el patrón de referencia seguido por el Legislador en el procedimiento para ejercicio de la acción civil en la Ley Orgánica 5/2000 no ha sido la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino el de los procesos declarativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en que, como acabamos de decir, la sentencia civil del Juez de menores podrá ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial, por los trámites de la apelación regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que por la cuantía corresponda; y en que, una vez firme la sentencia, sólo podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del Código Penal y de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, esta conclusión no puede ser compartida en modo alguno.

El régimen de los recursos contra los autos y providencias del Juez de Menores previsto en el artículo 41.2 de la Ley Orgánica 5/2000 no tiene porque limitarse al expediente principal, pudiendo y debiendo también ser aplicado en la pieza de responsabilidad civil, y sus lagunas llenadas acudiendo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nunca a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los precisos y taxativos términos de la disposición final primera de la Ley Orgánica 5/2000 (*in claris non fit interpretatio*), según la cual, «tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma», así lo imponen.

Es decir, el auto por el que el Juez de Menores archiva la pieza por haberse rebasado el plazo límite para el ejercicio de la acción; el que acuerda el inicio del procedimiento, en el que se identifican subjetivamente las partes activas y pasivas del pro-

⁽²⁸⁾ RODRÍGUEZ DE VESA, J. M.: *Responsabilidad civil derivada del delito y culpa extracontractual*. Homenaje a Jaime Guaps. Granada, 1984, pp. 526 y 527.

⁽²⁹⁾ «Artículo 62. *Extensión de la responsabilidad civil*. - La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente.»

cedimiento; o el que decide la pertinencia o impertinencia de las pruebas propuestas por las partes será recurrible mediante los recursos penales de reforma y queja (art. 787.1 LECrim)⁽³⁰⁾, nunca mediante los recursos civiles de reposición, apelación o queja (arts. 451 y ss. LEC).

III. CLASES DE RECURSOS

El recurso es un acto procesal de parte que, frente a una resolución judicial impugnabile, pide la actuación de la Ley en su favor, distinguiendo la doctrina entre recursos que son impugnaciones propiamente dichas y otros que sólo cabe considerar como medios de gravamen⁽³¹⁾.

Las impugnaciones en sentido estricto son recursos dirigidos a lograr la nulidad o rescisión de una resolución judicial que, por razones de fondo o de forma, se proclama por contraria a la Ley. En el procedimiento de menores tienen esta naturaleza el llamado recurso de anulación, previsto en el artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el de apelación de la sentencia por motivos formales y el de casación para unificación de doctrina del artículo 42 de la Ley Orgánica 5/2000.

Los medios de gravamen, en cambio, son recursos que persiguen conseguir una nueva resolución judicial que sustituya a la impugnada, no por ser contraria a la Ley, sino simplemente porque se estima perjudicial a los intereses particulares del recurrente. Son medios de gravamen los recursos de reforma, súplica, apelación o queja contra resoluciones judiciales interlocutorias y también algunas apelaciones contra las sentencias definitivas del Juez de Menores.

A) RECURSO DE REFORMA

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las resoluciones judiciales de mera tramitación o providencias (art. 141 LECrim) están exentas de todo recurso, ya que, por más que el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal afirme, con carácter general, que «contra las resoluciones del Juez de Instrucción podrán ejercitarse los recursos de reforma, apelación y queja», lo cierto es que los artículos siguientes sólo consideran recurribles las resoluciones judiciales que adopten la forma de auto⁽³²⁾.

En cambio, el recurso de reforma de la Ley Orgánica 5/2000 es un medio de gravamen que, por mención expresa de su artículo 42.1, puede ser utilizado contra todas las resolucio-

⁽³⁰⁾ Así lo afirma también la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, que contiene el siguiente párrafo: «Contra el auto del Juez inadmitiendo la personación de alguien como perjudicado podrá interponerse recurso que, a tenor del artículo 41, será de reforma y queja.»

⁽³¹⁾ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., obra colectiva: *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pp. 643 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., obra colectiva: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 707.

⁽³²⁾ El propio artículo 141 LECrim manifiesta que tomarán la forma de auto «la reposición de alguna providencia», lo que lleva a pensar que las providencias pueden ser recurridas en reposición ante el mismo Juez que las haya dictado, pero una interpretación correcta y sistemática de las normas de la LECrim nos lleva a hacer pensar que deben adoptar la forma de auto las resoluciones en que el Juez modifica, de oficio o a instancia de parte, el sentido de una providencia, no que la providencia pueda ser recurrida en reforma.

En cualquier caso, y a pesar de lo dicho, por una generalizada interpretación *pro actione* y porque no son pocas las providencias cuyo contenido excede de la mera tramitación, en la práctica forense admite que también pueden ser objeto de reforma.

nes interlocutorias, autos y providencias ⁽³³⁾ del Juez de Menores, y sirve para que el propio Juez decida de nuevo la cuestión impugnada.

La tramitación del recurso de reforma se ajusta a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que son las siguientes:

1. El recurso de reforma se interpondrá, por escrito, autorizado con firma de Letrado (art. 221 LECrim) ante el propio Juez que hubiere dictado el auto o providencia impugnados (art. 219 LECrim), en el plazo de tres días a partir de la notificación.

El escrito de recurso se acompañará de una copia para la otra parte procesal (art. 222 LECrim).

2. El Juez dará traslado de la copia a la parte no recurrente, para que conteste los argumentos esgrimidos por la contraparte en el recurso.

3. El Juez resuelve el recurso por auto al segundo día de entregada la copia, hubiese presentado o no su escrito la otra parte (art. 222 LECrim).

Contra el auto que resuelve la reforma cabe recurso de apelación, si lo recurrido fue una providencia o alguno de los autos apelables del Juez de Menores (art. 41.2 LO 5/2000), y queja para las restantes resoluciones (art. 781.7 LECrim).

El recurso de reforma puede interponerse conjuntamente con el de apelación, cuando proceda, que se sustanciará de forma automática al denegarse la reforma (art. 222 LECrim).

B) RECURSO DE SÚPLICA

Nada dice la Ley Orgánica 5/2000 sobre el recurso de súplica que procederá, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra todos los autos que dictados por la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo (art. 236 LECrim) en la tramitación de los recursos devolutivos de que conocen.

El recurso de súplica es un medio de gravamen que persigue la revisión de los autos dictados por los Tribunales de lo criminal y se tramita de la misma manera que el recurso de reforma anteriormente visto (art. 238 LECrim), por lo que a él nos remitimos.

C) RECURSO DE QUEJA

Como sucede con el recurso de súplica, el de queja tampoco aparece expresamente previsto en la Ley Orgánica 5/2000, lo que plantea no pocos problemas interpretativos.

En principio, todos los autos del Juez de Menores no susceptibles de apelación lo podrán ser en queja, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 787.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que declara, con carácter general, que «contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrá ejercitarse el de reforma y, si no fuera

⁽³³⁾ Siguiendo en esto a la Ley Orgánica 4/92, que en el número 5 de su artículo 16 decía que «contra las providencias de los Jueces de Menores, cabe recurso de reforma ante el propio Juzgado, que se interpondrá en el plazo de cinco días, contados a partir de su notificación».

estimado, el de queja. El de apelación únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados en este título».

Careciendo el recurso de queja de regulación en la 5/2000, sólo podremos conocer los autos del Juez de Menores susceptibles de este recurso siguiendo un proceso de eliminación.

No podrán ser recurridos en queja los autos a los que la Ley de Menores declara expresamente irrecurribles, como ocurre con el auto que resuelve los recursos contra las sanciones disciplinarias, a que se refiere el artículo 60.7 de la Ley Orgánica 5/2000, o los autos contra los que se admite expresamente el recurso de apelación.

Contra todos los demás autos del Juez de Menores las partes podrán ejercitar el recurso de reforma, si no fuera estimado el de queja, incluido el auto por el que se acuerda la celebración de la audiencia (equivalente al auto de apertura del juicio oral que excluye de todo recurso el artículo 790.7 LECrim), que se declara expresamente recurrible en el artículo 33 de la Ley Orgánica 5/2000 y, como vimos al principio, los dictados en el marco de la pieza de responsabilidad civil.

La tramitación del recurso de queja es como sigue:

1.º Se interpondrá ante el Tribunal competente para resolverlo (arts. 219 y 797 LECrim), es decir, ante la Audiencia Provincial respectiva –o en su caso, la Audiencia Nacional–, sin sujeción a plazo alguno mientras esté pendiente la causa (art. 213 LECrim).

La indeterminación del plazo favorece que, en el procedimiento abreviado, los autos del Juez de Instrucción se puedan recurrir en queja hasta que se cierra formalmente la instrucción, ya que la apertura del juicio oral determina la competencia funcional de un Juez distinto⁽³⁴⁾. En el procedimiento de menores no existe ese cambio competencial y el Juez de Menores sigue conociendo de la causa hasta el archivo definitivo de la ejecutoria. No obstante, habremos de suponer que la causa penal finaliza con la sentencia firme y que hasta ese momento procesal, al menos en teoría, estarán las partes habilitadas para poder recurrir en queja alguna de las resoluciones judiciales en ella dictadas.

La queja viene configurada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como un genuino medio de gravamen que busca someter a un Tribunal superior la materia impugnada. De acuerdo con este carácter, el escrito de interposición –como es lógico por medio de Letrado y acompañado de sus copias– no tiene por qué alegar la violación de un precepto legal, bastando con pedir de la Audiencia Provincial que resuelva en la forma pretendida por el recurrente.

2.º Presentando el recurso, la Audiencia lo comunicará por el medio más rápido al Juez de Menores que dictó la resolución (art. 787.2 LECrim), requiriéndole para que emita un informe sobre los extremos a que se contrae el recurso, en el corto término que al efecto le señale (art. 233 y 787.2 LECrim).

⁽³⁴⁾ Acertadamente señala CORTÉS DOMÍNGUEZ que «la indeterminación en el plazo de interposición crea o puede crear problemas importantes de tipo procesal; existen supuestos en los que es absolutamente necesario fijar un plazo perentorio pues de otra manera se produce un impasse claramente contrario a la seguridad y la certeza jurídica.

Obsérvese, por ejemplo, que el artículo 790.7.º permite recurrir el auto de apertura del juicio oral en lo que se refiere a la situación personal del acusado. Dado que la Ley no se refiere expresamente a ese recurso como el de apelación, hay que deducir que contra ese aspecto del auto de apertura del juicio oral cabe recurso de reforma y posteriormente, en su caso, recurso de queja. Pues bien, como la Ley regula que sólo cuando el auto de apertura del juicio oral sea firme se continuará el proceso ante el órgano competente para el conocimiento y fallo, es imprescindible establecer un plazo perentorio para la interposición del recurso de queja, pues si no fuera así quedaría en manos de la parte el que se continuara el proceso. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. Obra colectiva: *Derecho Procesal*, tomo II, *Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 657.

3.º Recibido el informe del Juez de Menores, la Audiencia solicitará de la parte no recurrente un informe escrito en el término de tres días (art. 234 LECrim), tras lo cual el Tribunal resolverá lo que estime justo (art. 235 LECrim).

Respecto a los efectos del recurso de queja, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 235, párrafo 2.º) distingue dos supuestos:

– Que el recurso se haya interpuesto fuera del término ordinario de las apelaciones, en cuyo caso «el auto que se dicte no podrá afectar al estado que tuviere la causa, sin perjuicio de lo que el Tribunal acuerde en su día cuando llegue a conocer de aquella».

– Que la queja se interponga dentro del término previsto para el recurso de apelación, produciendo, entonces, los mismos efectos que un recurso de apelación al que, de hecho, se asimila.

D) RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de apelación, como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene una naturaleza híbrida, pues aparece como un medio de impugnación para destruir por motivos formales la resolución combatida, y como un medio de gravamen, que simplemente pretende un nuevo examen de la causa por un Tribunal distinto.

El recurso de apelación procede contra las sentencias definitivas y determinados autos del Juez de Menores.

a) Recurso de apelación contra los autos del Juez de Menores.

Como ya hemos dicho con anterioridad, la Ley Orgánica 5/2000, imitando el sistema de recursos del Procedimiento abreviado, ha convertido el recurso de apelación en la excepción y el de queja en la regla general.

Sólo podrán ser recurridos por las partes en apelación ante la Audiencia Provincial los siguientes autos del Juez de Menores:

1.º El auto que resuelva la impugnación de la providencia (art. 41.2)

2.º El que pone fin al procedimiento, por sobreseimiento libre o provisional [art. 33, apartados b) y c)], o por remisión de las actuaciones al Juez competente [art. 33, apartado d)],

3.º El que acuerda o deniega la medida cautelar de internamiento, libertad vigilada o convivencia con una persona, familia o grupo educativo del artículo 28.

4.º Los autos que afecten al ejercicio de las facultades que el artículo 25 reconoce al perjudicado.

5.º El que modifica las medidas impuestas en sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 14.

6.º El que, por considerar concurrente alguna de las causas de exención criminal previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del Código Penal, acuerda la aplicación de una medida cautelar de protección (art. 29 LO 5/2000).

7.º El que acuerda o deniega la suspensión del fallo (art. 40).

8.º Y el auto resolutorio de recursos en materia de ejecución de medidas a que se refiere el artículo 52.

El recurso de apelación contra las resoluciones interlocutorias del Juez de Menores es fundamentalmente un medio de gravamen, que no precisa motivar jurídicamente las razones de la impugnación. Su tramitación, por aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 787.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que comienza relevando a la parte recurrente de iniciar el proceso impugnatorio con el recurso de reforma, de general observancia en el procedimiento sumario por delitos graves (art. 222 LECrim)–, es la siguiente:

1.º El recurso de apelación se interpondrá ante el Juez de Menores dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, quien, acto seguido, resolverá sobre su admisión a trámite (art. 223 LECrim).

2.º Admitida la apelación por el Juez, se pondrá el expediente de manifiesto a la otra parte para que, en el plazo de seis días, alegue por escrito lo que estime conveniente y presente los documentos justificativos de sus pretensiones (art. 797.3 LECrim).

3.º Transcurrido el plazo de alegaciones, el Juez de Menores remitirá las actuaciones a la Audiencia respectiva que, sin más trámite, resolverá dentro de los tres días siguientes.

Como vemos, el recurso de apelación –como el de queja, por otra parte– contra las resoluciones interlocutorias del Juez de Menores es fundamentalmente escrito, lo que casa mal con la trascendencia procedimental de las resoluciones que son objeto de este recurso y con los principios constitucionales que informan el proceso penal (art. 120.2 CE: «El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal»).

b) Recurso de apelación contra las sentencias del Juez de Menores.

El recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Jueces de Menores viene configurado en la Ley Orgánica 5/2000 con una doble naturaleza, pues tanto es un simple medio de gravamen como un genuino medio de impugnación.

Es un medio de gravamen cuando lo solicitado de la Audiencia Provincial es que realice un nuevo y completo examen fáctico y jurídico de lo debatido en la primera instancia. Y es un medio de impugnación cuando, alegándose una infracción de las normas y garantías procesales que hubiere causado indefensión, se pide la nulidad del juicio celebrado en la primera instancia.

A la regulación de este recurso está dedicado el número 1.º del artículo 41 de la Ley Orgánica 5/2000, completado, en lo no previsto por él, por el artículo 795 Ley de Enjuiciamiento Criminal. La tramitación del recurso de apelación será como sigue:

1.º La apelación se ha de presentar por escrito ante el Juez de Menores que dictó la sentencia impugnada en el plazo de cinco días, a contar desde su notificación (art. 41.1 LO 5/2000). Durante este período se hallarán las actuaciones a disposición de las partes en la Secretaría (art. 795.1 LECrim).

El artículo 795.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal señala a las partes los tres únicos motivos en que puede basarse la apelación de la sentencia, pues el escrito de formalización del recurso expondrá, «ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación [...]».

La Ley Orgánica 5/2000 no dice nada sobre el contenido del escrito de formulación del recurso, que será distinto si lo solicitado de la Sala es la revisión de la sentencia que se estima perjudicial para los intereses procesales de la parte recurrente (medio de gravamen) o la nulidad del juicio por infracción de normas y garantías procesales que causaren indefensión, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia (medio de impugnación). En el primer caso bastará con que se aleguen las razones por las que el Juez de Menores debió llegar a un fallo de contenido distinto en la instancia, mientras que en el segundo se deberán citar inexcusablemente las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo deberá acreditarse haber pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubiere cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación (art. 795.2 LECrim).

2.º En el escrito de interposición y formulación «el recurrente podrá solicitar de la Sala la práctica de la prueba que, propuesta y admitida en la instancia, no se hubiera celebrado, conforme a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Como vemos, de los tres motivos de admisión probatoria previstos en el artículo 795.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica 5/2000 sólo recoge uno, que la prueba, propuesta y admitida en la instancia, no se hubiera celebrado, por lo que, si la prueba no fue propuesta en la primera instancia por el recurrente, o propuesta, su práctica le fue expresamente denegada por el Juez de Menores en el auto de apertura de la audiencia (arts. 33 y 34 LO 5/2000, auto recurrible en reforma y queja⁽³⁵⁾), no es posible volverla a solicitar en la apelación.

⁽³⁵⁾ La Circular 1/2000 considera que contra el auto que deniega la práctica de las pruebas propuestas por las partes no cabe recurso alguno, diciendo:

«Surge la cuestión de si será también recurrible por el menor o por el perjudicado la denegación por el Juez de la prueba. La respuesta en principio parece afirmativa habida cuenta de lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 25 y en el artículo 33.e) que remiten al régimen de recursos del artículo 41.2 sin efectuar distinción alguna según el sentido admisorio o denegatorio de la prueba de la resolución. Sin embargo, la solución negativa se puede apoyar en la aplicación supletoria del artículo 792 LECrim, más acorde con el principio de economía procesal, en cuya virtud en supuestos de denegación de prueba interesada no se interpondrá recurso alguno sino que la prueba podrá ser nuevamente solicitada en el inicio de las sesiones de la audiencia, a tenor de los artículos 28, párrafo 8.º, y 37.1 de la Ley.

Así, estimando preferible esta segunda interpretación, cuando la prueba se solicitara en el acto inicial de la audiencia, si el juez resolviera recordar, o no, su práctica sin suspender para ello la celebración de la audiencia, tal decisión sólo sería recurrible mediante el correspondiente recurso que procediese frente a la sentencia de fondo.»

Con todos los respetos que merece la Fiscalía General del Estado, la opinión acertada es exactamente la contraria, esto es, que el auto denegatorio de la prueba propuesta por la parte es recurrible en reforma y queja.

Llegamos a esta conclusión por dos razones:

1.ª Únicamente debemos acudir a la LECrim en caso de laguna, pero no en sustitución de las normas de la Ley Orgánica 5/2000, cuando éstas, además, no ofrecen duda interpretativa alguna.

La Ley Orgánica 5/2000 reconoce expresamente el derecho del perjudicado a impugnar la resolución del Juez de Menores en que se les deniega la práctica de alguna diligencia de prueba en dos momentos procesales:

Durante la instrucción, el párrafo 4 del artículo 25 reconoce el derecho del perjudicado personado en la causa a «Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión [...]», y el párrafo 9 del mismo artículo claramente dispone que «contra los autos y providencias de los Jueces de Menores que afecten al ejercicio de las facultades reconocidas en este artículo, se estará a lo dispuesto en el artículo 41.2».

En la fase intermedia, el artículo 33.e) Ley Orgánica 5/2000 dice que el Juez de Menores adoptará alguna de las siguientes decisiones:

«Practicar por sí las pruebas propuestas por el letrado del menor y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y al letrado del menor, antes de iniciar las sesiones de la audiencia.

Contra las precedentes resoluciones cabrán los recursos previstos en esta Ley.»

Tras esto, resulta complicado de sostener que quien no es parte dentro de un proceso tenga acceso a recursos que se vetan a las genuinas partes procesales.

La admisión judicial de una diligencia de prueba supone su pertinencia, de manera que, si luego no es practicada, se perjudica injustamente la situación procesal de la parte que la propuso. Esta es la causa de que la Ley Orgánica 5/2000 no exija que el escrito de interposición del recurso contenga las razones por las que la ausencia de las diligencias de prueba –propuestas, admitidas y no practicadas, volvemos a repetir– le han ocasionado indefensión, porque ésta se da siempre por supuesta.

3.º Recibido el escrito de formalización del recurso, el Juez de Menores dará traslado a la otra parte por un plazo de diez días y, transcurrido el mismo, haya o no presentado la contraparte su escrito de impugnación del recurso, elevará en los dos días siguientes a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados (art. 795.4 LECrim).

4.º Si el recurso contiene la proposición de prueba, la Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la prueba propuesta y, en el mismo acto, señalará día para la vista dentro de los quince días siguientes (art. 797.7 LECrim).

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento procesal común, en el procedimiento de menores la celebración de vista pública es siempre obligatoria, «salvo que en interés de la persona imputada o de la víctima, el Juez acuerde que se celebre a puerta cerrada» (art. 41.1 LO 5/2000). Lógicamente, aunque la Ley hable del Juez, quien decidirá sobre la publicidad o no de los debates, será la Sala que haya de celebrarlos. (art. 41.1 LO 5/2000).

La vista comenzará con la práctica de la prueba propuesta y admitida. A continuación las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones (art. 795. 8 LECrim).

5.º La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral y contra ella no se admitirá otro recurso que el de revisión, cuando proceda, y el de anulación del artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La sentencia de la Audiencia Provincial puede, básicamente, confirmar la sentencia de instancia que, desde ese momento, adquiere firmeza, revocarla total o parcialmente, o anular el procedimiento.

La Sala revocará la sentencia cuando estime algún motivo de infracción de Ley material o constitucional que afecte al fondo de la cuestión debatida, o cuando llegue a una valoración jurídica distinta a la realizada por el Juez de Menores en la primera instancia.

Acordará la nulidad cuando aprecie el quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, en cuyo caso, «el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin per-

2.ª En el procedimiento abreviado la resolución denegatoria de prueba se declara irrecurrible (art. 792.1 LECrim), porque la parte puede evitar la indefensión en que pueda haber quedado, proponiendo en la apelación la práctica de las pruebas que, propuestas en primera instancia, «le fueron indebidamente denegadas siempre que formulare en su momento la oportuna reserva [...]» (art. 795.3 LECrim).

En la Ley Orgánica 5/2000, sin embargo, tal posibilidad no existe, porque el apelante solo puede «solicitar del Tribunal la práctica de la prueba que, propuesta y admitida en la instancia, no se hubiera celebrado, conforme a las reglas de la Ley Enjuiciamiento Criminal» (art. 41.1 LO 5/2000).

No es posible sostener que la resolución del Juez de Menores denegatoria de la práctica de prueba está exenta de todo recurso, por aplicación de lo dispuesto en la LECrim, y además, aplicando las normas de la Ley Orgánica 5/2000, las partes no pueden reproducir esta petición en el recurso de apelación ante la Audiencia provincial.

juicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida» (art. 796.2 LECrim).

IV. EFECTOS DE LAS DISTINTAS CLASES DE RECURSOS

Nada dice la Ley Orgánica 5/2000 sobre los efectos de los recursos que regula en su Título VI, por lo que serán de aplicación, también aquí, las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de acuerdo con las cuales cabe hablar de tres clases de efectos, el devolutivo, el suspensivo y el extensivo.

1.º El efecto devolutivo se produce cuando la tramitación y resolución del recurso corresponde al superior jerárquico del órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida.

En el proceso penal, como consecuencia de la vigencia general del principio de doble instancia, este efecto acompaña a todos los recursos, menos a los de reforma y súplica que se tramitan y resuelven por el mismo órgano que dictó la resolución recurrida.

2.º El efecto suspensivo paraliza el cumplimiento de la resolución judicial objeto del recurso.

En el sistema de recursos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los recursos contra las resoluciones interlocutorias, de reforma, súplica y queja, siempre tienen el efecto suspensivo, mientras que al recurso de apelación le acompaña muy raramente.

3.º El efecto extensivo.

El efecto extensivo de los recursos en el orden penal –no existe en el civil– tiene su apoyo legal en el artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dice: «cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia, aprovechará a los demás en lo que les fuera favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les sea adverso».

Es obvio que este artículo se refiere exclusivamente al recurso de casación, pero nada impide que sea aplicado a toda clase de recursos, siempre que todos los que pretendan beneficiarse de la nueva resolución tengan una vinculación común con el objeto del proceso seguido en su contra o a su instancia.

Antes de terminar con el efecto extensivo de los recursos penales, conviene tener presente que:

– por imperativo de la prohibición de la *refomatio in peius*, la extensión se limita a los efectos favorables de la nueva resolución, nunca a los perjudiciales.

– y que el efecto extensivo no tiene nada que ver con la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, que se ejecutarán con respecto a quien no haya recurrido, sin perjuicio de que la resolución futura del recurso se le aplique en aquello que le pueda favorecer⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Dice el artículo 861 bis b) LECrim: «Cuando el recurso hubiera sido preparado por uno de los procesados, podrá llevarse a efecto la sentencia, desde luego, en cuanto a los demás, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 903.»

El efecto extensivo es trasladable, punto por punto, a los recursos del procedimiento de menores.

Veamos qué ocurre, sin embargo, con el efecto suspensivo y devolutivo en el procedimiento de menores y cómo podemos adaptar a él las normas que a esta materia dedica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para lo cual distinguiremos entre los recursos de apelación contra las sentencias definitivas, y los de apelación y queja contra las resoluciones interlocutorias del Juez de Menores.

A) RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LAS SENTENCIAS

En las normas del procedimiento abreviado no aparece expresamente previsto que el recurso de apelación contra las sentencias definitivas del Juez de lo Penal se admita en ambos efectos.

El derogado procedimiento de urgencia para determinados delitos reconocía expresamente el carácter suspensivo del recurso de apelación contra las sentencias definitivas del Juez de Instrucción (antiguo art. 792.2.ª LECrim), a diferencia del vigente artículo 795 Ley de Enjuiciamiento Criminal que nada dice sobre el particular, lo que lleva a pensar que el Legislador quiso modificar conscientemente el régimen del recurso de apelación que derogaba, privándolo en el nuevo procedimiento de su tradicional efecto suspensivo.

Así parece, si tenemos en cuenta que la sentencia absolutoria produce determinados efectos a pesar de haber sido apelada, pues siempre determinará la inmediata puesta en libertad del acusado en prisión provisional, así como la cancelación de las demás medidas cautelares acordadas durante el curso del proceso, como también ocurre, por otra parte, con los autos de sobreseimiento acordados durante la instrucción (art. 790.3 LECrim).

Sin embargo, la lógica del principio de doble instancia, que rige en lo penal, exige que las sentencias definitivas puedan ser impugnadas en ambos efectos (suspensivo y devolutivo), y así cabe estimarlo también en el proceso penal contra menores delincuentes.

B) RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LOS AUTOS

Como hemos visto con anterioridad, la Ley Orgánica 5/2000 se limita a enumerar los autos del Juez de Menores que son susceptibles de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, sin expresar los trámites y efectos de esta clase de recurso, que, como siempre, habremos de ir a buscar a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Antes de seguir adelante debemos tener bien presente que el Juez de Menores no puede identificarse con el Juez de Instrucción del Procedimiento Abreviado ni aplicarle miméticamente el régimen jurídico de éste. Durante la instrucción del expediente de menores el Juez de Menores desempeña el papel de un Juez de garantías constitucionales (a la manera del *giudice per le indagini preliminari* del derecho italiano), que más adelante se convierte en una especie de Juez de lo penal para menores, y finalmente adquiere competencias propias de nuestro Juez de vigilancia penitenciaria.

Para explicar lo que queremos decir, acudamos a los autos del Juez de Instrucción a que se refiere el artículo 789.5 Ley de Enjuiciamiento Criminal. La apelación contra estos autos

tiene efecto suspensivo, no porque así se diga expresamente, sino porque se induce del párrafo segundo de la regla cuarta de este artículo 789.5, que ordena ejecutar lo resuelto cuando el Fiscal devuelva las diligencias con la fórmula del visto, lo que *a sensu contrario* demuestra que si devuelve las diligencias previas con un escrito de interposición del recurso de apelación, se suspenderá la ejecución del auto del Juez de Instrucción acordando el archivo, el sobreseimiento o la remisión al Juez competente.

Pues bien, estos autos del Juez de Instrucción nada tienen que ver con los del Juez de menores que ponen fin al procedimiento, por sobreseimiento libre o provisional [art. 33, apartados *b*) y *c*)] o por remisión de las actuaciones al Juez competente [art. 33, apartado *d*)], a que expresamente se refiere el artículo 41.3 de la Ley Orgánica 5/2000, porque los autos del Juez de Menores no cortan el procedimiento durante la instrucción, que ya se ha concluido, sino en la fase intermedia.

Si hubiera que buscar dentro del procedimiento de menores un equivalente a los autos del Juez de instrucción a que se refiere artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habría que dirigirse a los Decretos del Fiscal ordenando archivar las diligencias preliminares por no ser los hechos constitutivos de delito o por falta de autor conocido (art. 16.2 LO 5/2000), o bien remitir las actuaciones al órgano legalmente competente (art. 21 LO 5/2000), pero, como sabemos, todas estas resoluciones del Fiscal no son recurribles.

Por lo expuesto, los autos apelables del Juez de Menores, a que se refiere el artículo 41.3 de la Ley Orgánica 5/2000, habrá que asimilarlos a los autos del Juez de Instrucción que acuerdan el archivo de las actuaciones en la fase intermedia del procedimiento abreviado. Nos estamos refiriendo, claro está, a los autos del artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra los que procede la apelación en un solo efecto. Así se deduce, por ejemplo, del artículo 790.3, que ordena al Juez de Instrucción dejar sin efecto la prisión y demás medidas cautelares, nada más acordar el sobreseimiento de la causa.

Resumiendo, el recurso de apelación, que la Ley Orgánica 5/2000 admite contra determinados autos del Juez de Menores, se admitirá siempre en un solo efecto: el devolutivo.

C) RECURSO DE QUEJA

Sobre la ausencia del efecto suspensivo en el recurso de queja nada dice la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero se deduce de la naturaleza y regulación de esta clase de recurso en el marco del procedimiento abreviado, ya que si la queja se interpone sin sujeción a plazo, está claro que el recurso se utilizará cuando la resolución atacada ya se ha ejecutado.

Mientras que si se recurre dentro del término fijado para la apelación, la ausencia de efecto suspensivo habrá que buscarla en la propia naturaleza de las resoluciones contra las que procede, que por ineludibles razones prácticas precisan de ejecutarse sin dilación alguna. Por ejemplo, el auto del artículo 788.8.ª, por el que el Juez de Instrucción acuerda la detención, prisión o libertad provisional del imputado, perdería toda su eficacia si pudiera ser impugnado con un recurso de efectos suspensivos.

Pero aquí sucede como con el recurso de apelación, que trasladar el régimen jurídico de los recursos oponibles contra los autos del Juez de instrucción a un Juez de garantías, como es el Juez de Menores, es verdaderamente complicado. Concretamente las utilidades prácticas que

acabamos de mencionar, no se cumplen dentro de un procedimiento en que no existe un Juez de Instrucción, por lo que la ausencia de efecto suspensivo en la queja, en el procedimiento de menores, carece de toda justificación.

V. EL LLAMADO RECURSO DE ANULACIÓN DEL CONDENADO EN AUSENCIA

La posibilidad de enjuiciar al acusado ausente en ningún caso debe ser confundida con la rebeldía.

La rebeldía es la situación procesal en que se halla el que, tras su procesamiento, no comparece, o no es habido y presentado, ante el Juez o Tribunal competente, en el término señalado en la requisitoria (art. 834 LECrim), que habrá de expedirse siempre que el acusado, sustrayéndose a la acción de la Justicia, se encuentre en ignorado paradero (art. 835 LECrim)⁽³⁷⁾.

Bueno es saber, que esta declaración judicial de rebeldía equivale a una orden general de detención, que cualquier persona puede llevar a efecto (art. 490.7 LECrim) y que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad están obligadas a practicar (art. 492.1 LECrim).

En el procedimiento abreviado la rebeldía se produce después de abierto el juicio oral por el Juez de Instrucción, cuando los acusados no comparecen o no son hallados en el término fijado en la requisitoria que mandará expedir el Juez de Instrucción para su llamamiento y busca, si se encuentran en ignorado paradero y no hubiesen hecho la designación de domicilio a que se refiere el artículo 789.4, y en cualquier caso, si la pena solicitada excediera de los límites establecidos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 793 (art. 791.4 LECrim).

En estos casos, la declaración de rebeldía del acusado determinará la inmediata suspensión de la causa y el archivo provisional (art. 840 y 841 LECrim) hasta tanto se presente o sea habido —en que se abrirá nuevamente la causa para continuarla según su estado (art. 846 LECrim)— o finalmente se extinga la responsabilidad penal con la prescripción del delito, momento en que se cancelarán de oficio las requisitorias y medidas cautelares acordadas.

Pero no siempre la ausencia del acusado supone la declaración de rebeldía ni la obligatoria paralización del proceso, que podrá continuar hasta la sentencia firme, si con conocimiento de la acusación vertida contra él y estando asistido de Letrado, deja voluntariamente de comparecer al juicio oral⁽³⁸⁾.

En tal caso, el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, oída la defensa y siempre que existan elementos suficientes para el enjuiciamiento, ordenará la celebración del juicio, salvo que la pena solicitada excediera de un año de privación de libertad o de seis años, si fuera de distinta naturaleza (art. 793.1 LECrim). La sentencia dictada

⁽³⁷⁾ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO: «El juicio en ausencia y el recurso de anulación de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre», *Poder Judicial*, núm. 19, p. 48.

⁽³⁸⁾ Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que introdujo el procedimiento abreviado, la Recomendación (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, «sobre simplificación de la Justicia Penal» aconsejaba a los Estados miembros «que consideren la posibilidad de permitir a los órganos judiciales sentenciadores, al menos por lo que se refiere a las infracciones menores y teniendo en cuenta la naturaleza de la pena que pudiera imponerse, que celebraran la vista y dictaran sentencia en ausencia del inculpado, siempre que éste haya sido debidamente informado de la fecha de la vista y de su derecho a hacerse representar por un abogado o de cualquier otra manera» (Recomendación 3, B, 3).

en ausencia es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia (art. 797.2 LECrim).

Estas son, en síntesis, las normas a las que se ajusta la ausencia del acusado en el procedimiento abreviado y que, ante la absoluta falta de regulación de esta figura procesal en la Ley Orgánica 5/2000, deberán ser adaptadas y aplicadas en el proceso penal de menores.

Sin lugar a dudas, la naturaleza materialmente educativa que a sí misma se atribuye la Ley Orgánica 5/2000 en su Exposición de Motivos casa verdaderamente mal con un procedimiento seguido en ausencia del menor. En puridad de principios, el juicio en contumacia no debería tener cabida en el procedimiento penal contra menores delincuentes, pero lo cierto es que esta solución dejaría en manos del infractor la continuidad del procedimiento, que se vería cortado en cuanto voluntariamente dejara de acudir a los llamamientos judiciales.

Por lo dicho anteriormente, si citado en su persona –no será válida la citación a través de su Procurador (art. 182.1 LECrim)⁽³⁹⁾, si lo tuviere, debiendo realizarse personalmente al menor, a la persona o en domicilio que designó, con los requisitos y formalidades previstos en los artículos 170 y 171 Ley de Enjuiciamiento Criminal⁽⁴⁰⁾– el menor no compareciere a la vista oral por causas involuntarias debidamente acreditadas, el Juez de Menores ordenará la suspensión del acto y su citación para un nuevo día, pero si la ausencia no está fundada en un motivo legítimo, el Juez de Menores tiene ante sí las dos opciones anteriormente vistas:

– Acordar el internamiento del menor en un centro cerrado de reforma a los efectos de evitar ulteriores suspensiones (art. 504 LECrim), lo que para los delitos menos graves sin violencia o intimidación es difícilmente justificable (arts. 9.2.^a y 28.2 LO 5/2000).

– O celebrar el juicio en su ausencia, de conformidad con las normas comunes, sin perjuicio de su derecho a recurrir en anulación la sentencia dictada⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Sólo existe una referencia expresa a la figura del Procurador en la Ley Orgánica 5/2000, y es para afirmar que no se precisará su intervención en la pieza de responsabilidad civil (art. 64.11 LO 5/2000), pero ¿y el expediente principal?

Parece claro que la personación del perjudicado en el expediente a que se refiere el artículo 25 LO 5/2000, por aplicación supletoria de lo dispuesto en la LECrim, deberá hacerse mediante Abogado y Procurador.

Por las mismas razones, el Letrado designado para la defensa del menor tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido hasta que el Juez de Menores acuerde la apertura de la vista oral (art. 788.3 LECrim en relación con el 33 LO 5/2000), momento en que un Procurador deberá asumir la representación procesal del acusado.

⁽⁴⁰⁾ Artículo 170: «La notificación consistirá en la lectura íntegra de la resolución que deba ser notificada, entregando la copia de la cédula a quien se notifique y haciendo constar la entrega por diligencia sucinta al pie de la cédula original.»

Artículo 171: «En la diligencia se anotará el día y hora de la entrega, y será firmada por la persona a quien ésta se hiciere y por el funcionario que practique la notificación.»

Si la persona a quien se haga la entrega no supiere firmar, lo hará otra a su ruego; y si no quisiere, firmarán dos testigos buscados al efecto. Estos testigos no podrán negarse a serlo, bajo multa de 25 a 100 pesetas.»

⁽⁴¹⁾ La Resolución (75) 11.1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre «criterios a seguir en el procedimiento en ausencia del inculcado», realizaba las siguientes recomendaciones a los Estados miembros:

1.º Es posible el juicio en ausencia del inculcado, en el que deberán practicarse las pruebas en la forma ordinaria, teniendo la defensa derecho a intervenir (punto I.5), pero para ello será necesario:

a) Que previamente haya sido citado con tiempo suficiente para comparecer y preparar su defensa (punto I.1).
b) Que la citación debe precisar las consecuencias de la eventual ausencia del imputado en el juicio (punto I.2).

2.º La sentencia dictada en ausencia debe notificarse al inculcado según las reglas de la citación y los plazos del recurso sólo correrán desde el momento en que el condenado tenga conocimiento efectivo de la sentencia notificada (punto I.6).

3.º La persona juzgada en ausencia debe poder impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueran procedentes de haber estado presente (punto I.7) y a través del recurso de nulidad en caso de que la incomparecencia al juicio fuera debida a causas involuntarias (punto I.8 y 9).

No obstante, el enjuiciamiento del ausente sin que esto suponga un menoscabo intolerable de su derecho a la defensa jurídica tiene difícil encaje en la Ley Orgánica 5/2000, como comprobaremos seguidamente, al repasar los requisitos imprescindibles del llamado recurso de anulación.

A) PRESUPUESTOS LEGALES DEL ENJUICIAMIENTO EN AUSENCIA

a) En la instrucción del expediente de menores se debe recibir declaración al imputado con las formalidades previstas en el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La necesidad o no de esta primera declaración inculpatoria es un problema que habría que clarificar cuando antes, ya que la doctrina jurisprudencial sobre la inconstitucionalidad de las acusaciones sorpresivas es difícil de soslayar sin exponerse a nulidades sobrevenidas⁽⁴²⁾.

Como sabemos⁽⁴³⁾, en nuestro Derecho preconstitucional, las personas a quienes se investigaba judicialmente como sospechosos de una infracción criminal no tenían derecho a la defensa jurídica hasta que no hubieran sido formalmente procesadas, pues era el auto de procesamiento el que determinaba la legitimación pasiva y marcaba el inicio de la contradicción. La Ley 53/1978, para ajustar las normas de nuestro proceso penal a la Constitución, modificó el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, desde entonces, «toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho a la defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia [...]»⁽⁴⁴⁾.

En el proceso penal común, tras la incoación de las Diligencias Previas –salvo en los procesos con autor inicialmente desconocido o aquellos en los que los indicios de criminalidad surjan a lo largo de la instrucción–, el acto judicial inmediato debe ser informar al sospechoso del delito que se le imputa, a modo de un verbal procesamiento, al que debe seguir la indagatoria judicial sobre los extremos concretos de la imputación formulada (art. 789.5.^a LECrim)⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ Son muchas las sentencias del Tribunal Constitucional que repiten los siguientes argumentos:

«Es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 135/1989 y 186/1990) la de que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la inscripción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECrim), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación y el acto de acusación; b) en segundo, y como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin ser oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del Auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o sobrestamiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la “primer comparecencia” contemplada en el artículo 789.4 LECrim.» STC 129/1993, de 19 de abril, fundamento jurídico 2.^o

⁽⁴³⁾ Véase LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA: *Organización judicial española*, Dykinson, 20001, pp. 1250 y ss.

⁽⁴⁴⁾ El derecho a la defensa «ha de surgir desde el momento mismo de la imputación, o, lo que es lo mismo, desde el instante en que la autoridad judicial, el funcionario de policía o el particular ha deducido una denuncia o querrela atribuyendo a un miembro de la sociedad la comisión de un hecho punible». GIMENO SENDRA, VICENTE: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 91.

⁽⁴⁵⁾ «Dicho artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoció la nueva categoría del “imputado” a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundamentalmente, un acto punible permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de la denuncia o querrela o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

Con el reconocimiento de la condición de imputado, y de los derechos de defensa que se le otorgan al mismo dentro del proceso, se colocó a las partes en él interesadas en un plano de equiparación y de contradicción, evitando la supremacía y preponderación

Pues bien, si en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la legitimación pasiva nace de la primera resolución judicial en que se imputa la comisión de un delito a persona o personas determinadas, ¿cuál será el acto procesal que cumplirá con esta misión en la Ley Orgánica 5/2000?

Aplicando los criterios comunes al procedimiento de menores, parece que debiera ser el Fiscal quien, tras la admisión a trámite de la denuncia, cite de comparecencia al menor y cumpla con lo dispuesto en el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero esto no siempre sucede así.

Cuando el menor, tras ser detenido por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, es puesto a disposición del Fiscal, no existe inconveniente alguno en que éste, inmediatamente después de cumplir con las formalidades del artículo 17.1 y 2 de la Ley Orgánica 5/2000, por aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, le requiera para que designe un domicilio en España en el que se le harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia expresa —a él y a sus padres o representantes legales, presentes en la declaración— que la citación realizada en dicho domicilio o en la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia, siempre que la medida en su día solicitada no excediera de un año de privación de libertad o de seis, si fuera de distinta naturaleza ⁽⁴⁶⁾.

Pero, fuera de los casos en que el menor es conducido ante el Fiscal por la Policía, rara vez se le cita a prestar declaración en Fiscalía. Lo habitual es que, si ya ha sido interrogado sobre los hechos que se le imputan en las dependencias Policiales, no se le vuelva a oír antes de concluir el expediente. Por las siguientes razones:

— No todos los menores residen en la capital de provincia y, si la gravedad del delito no aconseja la adopción de una medida cautelar privativa de libertad, citarlo de comparecencia en Fiscalía es una carga añadida que no merece la pena arrostrar antes de la vista oral.

— El Fiscal debe procurar que el contacto del menor con el aparato represivo del Estado —especialmente si se trata de un delincuente ocasional—, sea lo más breve posible ⁽⁴⁷⁾.

— Como advierte la Circular 1/2000, por aplicación supletoria del artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la citación no cumplimentada se convertirá en orden de detención, lo que nos puede conducir a la paradoja de que la instrucción de un delito sin violencia o intimidación en las personas, que nunca puede terminar en una medida de internamiento en régimen cerrado (art. 9.2.^a y 28.2 LO 5/2000), implique por sí sola esta drástica medida, la que además nunca podrá serle computada en el cumplimiento de la medida que por su delito le corresponda.

de las partes acusadoras que, con anterioridad, agravaba la posición de los inculpados. Derecho de defensa que sólo podrá restringirse en los supuestos especiales y extraordinarios que exija la investigación según las leyes procesales, y si resulta indispensable a tal fin. Pero, fuera de estos supuestos excepcionales el derecho a la defensa del imputado se ostenta con carácter absoluto en todas las fases que componen el proceso, como indica la expresión de dicho artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal "actuando el el procedimiento, cualquiera que éste sea".» STC 44/1985.

⁽⁴⁶⁾ Seguramente por un error mecanográfico, la Circular 1/2000 excluye la celebración del juicio en ausencia «en aquellos casos en que la petición del Fiscal en el escrito de alegaciones se refiera a una medida, cualquiera que sea su naturaleza, de duración superior a un año (cfr. art. 793.1 LECrim)», cuando el artículo citado permite la celebración del juicio con penas de hasta seis años, siempre que no fueren privativas de libertad.

⁽⁴⁷⁾ Este es el espíritu que inspira la siguiente recomendación, contenida en la Circular 1/2000:

«Los Fiscales deberán en cada caso evitar sucesivas comparecencias del menor que contribuyen a generar en aquél una nada educativa familiaridad con las oficinas y dependencias oficiales. A tal fin, habrán de ponderar la conveniencia de hacer coincidir una citación única que agote, en la medida de lo posible, la práctica de los actos procesales que exijan la presencia del menor, evitando nuevas e innecesarias citaciones si no existen contrastadas necesidades relacionadas con el éxito de la instrucción.»

– En último lugar, y por inversas razones, una mínima eficacia procedimental aconseja evitar las reiteradas órdenes de detención en que, sin duda alguna, desembocarán las citaciones de menores multirreincidentes, desestructurados familiarmente y/o toxicómanos, que mantienen una actitud abiertamente obstruccionista a la Justicia, incumplen las medidas que se le imponen y desoyen sistemáticamente los llamamientos del Juzgado o la Fiscalía de Menores.

Quizás por ello, la Ley Orgánica 5/2000 permite al Fiscal concluir el expediente de menores, y redactar su escrito de alegaciones, sin necesidad de haber oído previamente al imputado, como demuestra el tenor literal de su artículo 26.2, que sólo considera obligatoria la declaración del menor en la instrucción cuando ésta haya sido expresamente solicitada por el Abogado que le defiende, y aún no se hubiese elevado el expediente al Juzgado de Menores por el Fiscal.

En resumen, tal y como están ahora las cosas, sólo una pequeña parte de los expedientes instruidos por el Fiscal contendrán los requisitos previstos en el artículo 789.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal, y como en la fase intermedia del procedimiento de menores no existe un trámite procesal que permita subsanar ese defecto, rara vez se podrá celebrar la vista oral en ausencia del acusado.

b) Según se deduce del párrafo segundo del artículo 793.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para poder acceder al recurso de nulidad el menor citado regularmente en su persona, en la que persona por él designada o en el domicilio a que se refiere el artículo 789.4, debe justificar cumplidamente la causa de su inasistencia a la vista oral, pues en otro caso nos hallaríamos ante un supuesto de fraude de ley y deslealtad procesal⁽⁴⁸⁾.

c) La medida solicitada por el Fiscal en el escrito de alegaciones y recogida por el Juez de Menores en la sentencia (art. 8 LO 5/2000), no debe superar un año de duración, si es privativa de libertad, o de seis años, si fuera de naturaleza distinta, ya que, en otro caso, la vista oral nunca habría podido celebrarse sin la presencia física del acusado, acordándose la suspensión y la expedición de requisitorias, como hemos visto antes.

De las medidas contenidas en el catálogo del artículo 9 de la Ley Orgánica 5/2000 únicamente se entenderán privativas de libertad los internamientos de sus cuatro primeros apartados, como demuestra, por otra parte, que para acordarlos cautelarmente se precise la cele-

⁽⁴⁸⁾ «La ausencia voluntaria e injustificada del reo citado personalmente o en domicilio y persona por él elegidos y señalado no puede convertirse en un privilegio ni una fuente de fraude legal. Por ello parece que el primer requisito a exigir para que sea estimado el recurso deber ser que se acredite que la no comparecencia del recurrente al juicio fue involuntaria y no deliberada.» Circular 1/89, «El procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre.» Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1989, p. 505.

«La circular número 1/89 de la Fiscalía General del Estado, en base a la aplicación analógica de las normas reguladoras del recurso civil de audiencia al rebelde, llega a la conclusión de que en todo caso será requisito necesario para la estimación del recurso que se acredite que la no comparecencia del recurrente al juicio fue voluntaria y no deliberada, pues en caso contrario podrá oponerse la excepción de fraude de ley y falta de lealtad procesal.

Por mi parte entiendo que para llegar a esa conclusión no era necesario hacer aplicación analógica de una institución de naturaleza civil, sino que a la misma se llega tras el estudio de las instituciones penales en las que encuentra su fundamento.

Los derechos del acusado a ser oído y a estar presente en el proceso reconocidos por el Convenio Europeo y el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, son configurados por la Resolución (75) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, al menos por lo que se refiere a los procesados por delitos menos graves, como de naturaleza disponible, ya que el acusado puede renunciarlos no compareciendo voluntariamente al juicio, lo que no será causa de suspensión; pero en todo caso será requisito imprescindible que se le dé la oportunidad de su ejercicio, lo que ocurrirá cuando sea citado legalmente y no existan causas que le impidan la comparecencia.» RIVES SEVA, ANTONIO PABLO: *El juicio en ausencia...*, cit., pp. 55 y 56.

bración de la comparecencia que, a semejanza de lo previsto en el artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 5/2000.

d) El Juez no puede acordar de oficio la continuación del juicio en ausencia sin que se lo haya solicitado el Ministerio Fiscal, y oír seguidamente a la defensa a los efectos de que ésta pueda justificar, en ese momento, la incomparecencia de su defendido y la consiguiente suspensión del juicio oral con citación de las partes para un nuevo señalamiento.

B) LA TRAMITACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN

1.º Notificación de la sentencia condenatoria.

Al condenado en ausencia le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o en apelación a los efectos de cumplimiento de la pena aún no prescrita ⁽⁴⁹⁾. Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso de anulación, con indicación del plazo para ello y el órgano competente (art. 797.1 LECrim) ⁽⁵⁰⁾.

2.º Interposición del recurso.

La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación (art. 797.2 LECrim).

Es decir, el Letrado del menor condenado deberá presentar el escrito de formalización del recurso de anulación ante el Juez de Menores que dictó la sentencia impugnada en el plazo de cinco días, a contar desde que le fue notificada personalmente la sentencia o se acredite que tuvo conocimiento de ella.

La Circular 1/89 considera que «no puede dejarse al arbitrio del penado la pendencia de una sentencia firme cuya existencia conoce, si bien, por «conocimiento» debe entenderse el de los términos de la sentencia y no el mero hecho de haber sido condenado pero sin conocer el alcance de la condena. Por ello, aunque indudablemente la prueba no siempre será fácil, si se acreditara que había conocido el recurrente la sentencia tiempo antes de comparecer o ser habido y de serle formalmente notificada, los Sres. Fiscales alegarán la preclusión del plazo para interponer el recurso si tal plazo hubiera transcurrido en exceso desde aquel momento, aduciendo falta de lealtad procesal y abuso de derecho de quien así ha actuado» (Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1989, pág. 506).

En el escrito de interposición y formulación, el recurrente se limitará a expresar las razones que, en su opinión, justifican la ausencia del acusado en el juicio oral ⁽⁵¹⁾, así como la petición de que, anulando la sentencia condenatoria, se proceda a un nuevo enjuiciamiento.

⁽⁴⁹⁾ Artículo 160 LECrim: «Las sentencias definitivas se leerán y notificarán a las partes y a sus Procuradores en todo juicio oral el mismo día en que se firmen, o a lo más en el siguiente.

Si por cualquier circunstancia o accidente no se encontrare a las partes al ir a hacerles la notificación, se hará constar por diligencia y bastará en tal caso con la notificación hecha a sus Procuradores.»

⁽⁵⁰⁾ Artículo 248.4 LOPJ: «Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano competente ante el que deben interponerse y plazo para ello.»

⁽⁵¹⁾ «[...] el recurso de apelación procederá en los siguientes casos:

1.º Cuando no se haya hecho la citación para el juicio y pese a ello se celebre no obstante la prohibición contenida en el párrafo 2.º del número 1 del artículo 793 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.º Cuando se hubiese hecho la citación personalmente al acusado encontrándose en el momento de hacerla en un estado que le imposibilitara tomar conocimiento de su contenido (trastorno mental, inconsciente, bajo los efectos del alcohol, etc.).

A diferencia de lo que sucede en el recurso de apelación, aquí no cabe proponer la práctica de prueba alguna, pues las diligencias que se dejaron de practicar en la instancia, a pesar de haber sido previamente admitidas, nada tienen que ver con el objeto del recurso de anulación —decidir si procede la rescisión de la sentencia condenatoria del ausente—, sino con la culpabilidad o inocencia del acusado y eso aquí no se discute.

La doctrina se pronuncia casi de forma unánime sobre la ausencia de efecto suspensivo del recurso de anulación sobre la sentencia firme que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá ser inmediatamente ejecutada⁽⁵²⁾.

Sin embargo, lo más prudente será esperar a la resolución del recurso para ejecutar la sentencia de condena, pues no sería extraño que la anulación llegara cuando la medida se hubiera definitivamente cumplido, dejando al recurso vacío de contenido. Por lo demás, el efecto suspensivo del recurso de anulación no deja de tener cierto apoyo legal, pues la anulación se interpone con los mismos «requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación» (art. 797.2 LECrim), y, como sabemos, el recurso de apelación contra las sentencias del Juez de Menores se admite siempre en ambos efectos.

3.º Presentado el escrito de formalización del recurso, el Juez de Menores dará traslado al Ministerio Fiscal por un plazo de diez días y, transcurrido el mismo, elevará en los dos días siguientes a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados.

4.º Recibidos los autos en la Audiencia Provincial, señalará día para la vista dentro de los quince días siguientes. La vista se limitará al informe de las partes en defensa de sus respectivas pretensiones, tras la cual, en cinco días se dictará sentencia, confirmando o dejando sin efecto la sentencia impugnada, según se entienda que concurrieron los requisitos necesarios para juzgar al condenado en ausencia o se quebrantó su derecho a la defensa ordenando la continuación del juicio.

5.º Rescindida la sentencia de instancia, la Audiencia ordenará remitir las actuaciones al Juzgado de Menores, que procederá a la celebración de un nuevo juicio con todas las garantías.

No tendrá aplicación en el recurso de anulación lo dispuesto en el artículo 796.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual, cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento —como la infracción del derecho a la autodefensa en juicio del acusado—, el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, «sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida», debiendo celebrar el juicio íntegramente⁽⁵³⁾, pues, como dice Rives Seva, el acusado tiene derecho a que cualquier actuación procesal en la que pueda

3.º Cuando el acusado, no obstante tomar conocimiento de la citación hecha personalmente, no pudiera comparecer por causas ajenas a su voluntad, en cuyo supuesto pueden comprenderse las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor (incomunicación por la nieve, avería del vehículo con el que se dirigía al Juzgado, etc.) o estado de necesidad (tuvo que auxiliar a una persona que se encontraba en grave situación de peligro, no pudo comparecer por carecer de recursos económicos para hacer el viaje, etc.).

4.º Cuando habiéndose hecho la citación a la persona o en el domicilio designado por el acusado en la primera comparecencia, acredite que la persona que la recibió no se lo comunicó.» RIVES SEVA, ANTONIO PABLO: *El juicio en ausencia...*, cit., p. 56.

⁽⁵²⁾ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO: *El juicio en ausencia...*, cit., p. 63.

GARBERI LLOBREGAT, JOSÉ: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Colex, 1992, p. 222.

CALDERÓN CUADRADO, MARÍA PÍA: *El recurso de anulación penal*, Comares, Granada, 1995, pp. 70 a 73.

⁽⁵³⁾ En contra se pronuncia CORTÉS DOMÍNGUEZ: «Por su propia naturaleza existen actos que lógicamente deben tener el mismo contenido en el juicio anulado y en el que haya que celebrar: en concreto, la lectura por el Secretario de los escritos de acusación

fundarse su culpabilidad se practique en su presencia y, en caso de suspensión del juicio, el artículo 793.4 Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo concede validez a los actos practicados si se reanuda en el plazo de treinta días; precepto que por analogía es también de aplicación al caso de que se trata, en el que, por el cómputo de los plazos del juicio rescindente, los treinta días citados siempre habrán transcurrido con exceso⁽⁵⁴⁾.

y defensa (art. 793.2), las intervenciones que pudieran haberse planteado de acuerdo con las normas citadas en orden a la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, y existencia de artículos de previo pronunciamiento.

Podrán tener un contenido distinto, evidentemente, la alegación de causas de suspensión del juicio, así como el contenido y la finalidad de las pruebas propuestas o que se practiquen en el acto.

En puridad, las declaraciones de los testigos y la práctica de las pruebas realizadas en el juicio anulado no deberían, en principio, ser repetidos, puesto que por lógica deberían tener el mismo contenido que las de en su momento practicadas (un testigo, por ejemplo, no puede decir A en el juicio anulado y B en el *iudicium rescissorium* puesto que incurriría claramente en un delito de falso testimonio).

Esto mismo ocurre con todas y cada una de las pruebas que se hayan podido practicar. Por consiguiente, no deberían repetirse.» CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal...*, cit., pp. 710 y 711.

⁽⁵⁴⁾ RIVES SEVA, ANTONIO PABLO: *El juicio en ausencia...*, cit., p. 65.