

Revista del Foro Canario

78

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

**REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO
PENAL ABREVIADO**
(L.O. 7/1988, de 28 de diciembre)

ELADIO ESCUSOL BARRA

DOCTOR EN DERECHO
FISCAL JEFE DE LA AUDIENCIA NACIONAL

FUE PROFESOR DE DERECHO PENAL DURANTE LOS CURSOS 84/85 Y 85/86

SUMARIO

- A. Sobre la facultad del Juez de Instrucción para dictar auto de sobreseimiento.
- B. Los principios de legalidad y de oportunidad reglada (consenso).
 - a) Planteamiento.
 - b) Significado y alcance del principio de oportunidad reglada o de consenso, en el nuevo procedimiento penal abreviado.
 - c) El principio del consenso en el procedimiento penal abreviado (L.O. 7/88, de 28 de diciembre).
- C. El debate previo o preliminar en la fase de enjuiciamiento.
 - a) Competencia del órgano jurisdiccional.
 - b) Vulneración de derechos fundamentales.
 - c) Causas de suspensión.
 - d) Existencia de artículos de previo pronunciamiento.
 - e) Sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas.
- D. El debate a que se refiere el artículo 793.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

I

La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, ha dado nueva redacción al Título III, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con ello se han incorporado a nuestro ordenamiento procesal penal, en alguna medida, las tendencias actuales en Europa que reclaman que el proceso penal se desarrolle en tiempo razonable y que dicho proceso, sea instrumento eficaz para la realización de la justicia penal.

El procedimiento penal abreviado, ya incorporado a nuestra Ley Procesal Penal, se desarrolla en tres fases: la fase de investigación; la fase de preparación del juicio oral, y la fase de enjuiciamiento. Las dos primeras fases tienen su desarrollo ante el Juez de Instrucción; la fase de enjuiciamiento se desarrolla ante el Juez de lo Penal (cuando la acusación no contenga petición de pena superior a la de seis años), o ante la Audiencia Provincial (cuando la acusación solicite pena superior a seis años sin exceder de doce). La referencia al Juez de lo Penal y a la Audiencia Provincial, debe entenderse en favor del Juez Central de lo Penal y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en sus específicos ámbitos competenciales.

II

El nuevo procedimiento va a ser, en adelante, el de mayor aplicación. Y una de sus características es la presencia del principio acusatorio en todas las fases del procedimiento, quedando así superada la tradicional contraposición entre inquisición y acusación. La acusación debe ser contemplada como instrumento de garantía del imputado, puesto que éste tiene derecho a saber por qué se le persigue y cuál es el contenido de la acusación. La acusación, como instrumento de garantía, es indispensable para que el imputado pueda alegar, en su caso, el derecho de presunción de inocencia, a destruir con la prueba a practicar, y para que pueda ejercer el derecho fundamental de defensa.

En virtud del principio acusatorio, la iniciativa en el proceso corre a cargo del Ministerio Fiscal (salvo en los delitos de calumnia e injurias contra particulares, en los que no interviene) y de la acusación particular si la hubiere. Por tal principio, que exige contradicción en el momento procesal adecuado, y oralidad, la acusación debe descansar en una previa investigación oficial con control judicial.

III

Amparados en lo que acabamos de expresar, queremos exponer cuatro cuestiones concretas que estimamos de interés. Estas cuestiones son: la facultad de sobreseimiento que la Ley concede al Juez de Instrucción en la fase de preparación del juicio (790.3 y 790.6, de la L.E.Crim.); los principios de legalidad y de oportunidad reglada (consenso); el debate previo o preliminar en la fase de enjuiciamiento (art. 793.2 de la L.E.Crim.), y el debate a que se refiere el artículo 793.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A. Sobre la facultad del Juez de Instrucción para dictar auto de sobreseimiento

a) Al finalizar la investigación, se entra en la fase de preparación del Juicio Oral, a no ser que el Juez de Instrucción haya resuelto a tenor de lo dispuesto en el artículo 789.5.1ª, 2ª y 3ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pues bien, el artículo 790.1 dispone que el Juez de Instrucción, finalizada la investigación (según nuestra interpretación), *debe dar traslado de las actuaciones* a las partes acusadoras, a las que corresponde valorar todo el material que la instrucción haya traído a las Diligencias Previas (tal es la denominación del procedimiento penal abreviado, según indica el artículo 789.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). La valoración del contenido de las actuaciones por parte del Ministerio Fiscal y de la acusación o acusaciones, tiene esta finalidad: fundamentar la acusación si hubiere méritos para ello, o bien, en otro caso, solicitar el sobreseimiento.

El auto de sobreseimiento como resolución judicial que suspende el curso del proceso (sobreseimiento provisional) o lo termina definitivamente, produciendo efecto de cosa juzgada material (sobreseimiento libre), debe ser una resolución del órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento de conductas, dado el significado que el sobreseimiento tiene. Sin embargo, ante la petición de sobreseimiento, conforme a los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por parte de la acusación, dice la Ley *que el Juez lo acordará* ⁽¹⁾, excepto que la petición de sobreseimiento se funde en los supuestos que se contemplan en los números 1º, 3º, 7º y 10º del artículo 8 del Código

(1) El artículo 790.4 de la L.E.Crim. si no se hubiera personado en la causa acusador particular dispuesto a sostener la acusación, contempla la posibilidad de que el Juez de Instrucción remita la causa al superior jerárquico del Fiscal de la Audiencia, para que el superior resuelva si procede o no sostener la acusación.

Penal. En estos supuestos, la Ley manda que las actuaciones sean devueltas a las acusaciones para calificación, con el fin de que el curso del procedimiento continúe hasta el Juicio Oral y sentencia. Puede decirse que en estos concretos casos, pese al defecto inicial de atribuir al Juez de Instrucción la facultad de dictar auto de sobreseimiento, la Ley, corrige la equivocación inicial y provoca que, en los citados supuestos del artículo 8 del Código Penal, sea el órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento (Juez de lo Penal o Juez Central de lo Penal, o, en su caso, la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), el que resuelva la petición de sobreseimiento a través de la sentencia tras el Juicio Oral. Debe consignarse que, con anterioridad a la L.O. 7/88, de 28 de diciembre, ya era necesario juicio contradictorio en los casos de los números 1º y 3º de dicho precepto del Código Penal (sentencias del T.S. 16-4-79 y 5-11-79). El significado de ello es doble: el control judicial de la petición de sobreseimiento en esos casos, y la necesidad de resolver lo relativo a medidas de internamiento y lo relativo a la responsabilidad civil. La solución que da la Ley, corrigiendo, debe reputarse correcta. Pero en los demás casos, la facultad de sobreseimiento otorgada al Juez de Instrucción, nos parece un desacierto de la Ley.

b) Por otra parte, la Ley permite que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento libre o provisional, sin que exista petición de la acusación al respecto. Ello ocurre si formulado escrito de acusación y solicitada la apertura del Juicio Oral, el Juez de Instrucción estimase que el hecho no constituye delito (art. 637.2º de la L.E.Crim.) o que, constituyéndolo, entendiéndose que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado (art. 790.6, párrafo 1º de la L.E.Crim.).

Estos casos, en los que el principio acusatorio quiebra, y permiten que el Juez de Instrucción, valorando conductas, resuelva y cierre el proceso por sobreseimiento libre o provisional deben ser criticados negativamente. Acaso pueda decirse que el artículo 790.6 párrafo primero no es acorde con la Constitución. Veamos:

1. El artículo 117.3 de la Constitución, proclama que la potestad jurisdiccional sólo puede ser ejercida según las normas de competencia y de procedimiento que las leyes establezcan.

2. La valoración de conductas debe corresponder a un juzgador imparcial. Teniendo en cuenta este principio, resulta:

2.1 Que el Tribunal Constitucional (sentencias nº 113/87, de 3 de julio, Sala 2ª (recurso de amparo) y nº 145/88, de 12 de julio (cuestión de inconstitucionalidad) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han afirmado que el enjuiciamiento es incompatible con la instrucción.

2.2 Que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en las normas relativas al procedimiento ordinario, establece la separación entre la instrucción y el enjuiciamiento. El Juez de Instrucción puede concluir el sumario con o sin procesamiento⁽²⁾, pero el sobreseimiento, en su caso, hay que solicitarlo del Tribunal competente para enjuiciar.

2.3 La Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, en su artículo 87.1, a) establece que los Juzgados de Instrucción conocerán en el orden penal “de la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal”⁽³⁾. Por tanto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en dicha norma procesal que es eficaz en el nuevo proceso penal abreviado, distingue nítidamente entre instrucción y el enjuiciamiento.

Pues bien, en la medida en que el Juez de Instrucción valora el material de la instrucción para sobreseer, en nuestro sentir está enjuiciando. Por ello, el artículo 790.6 párrafo 1º, en la medida que impide la separación entre la instrucción y el enjuiciamiento, no es acorde con la Constitución.

Ante un auto de sobreseimiento dictado por el Instructor en esos casos ¿cuál debe ser la posición del Ministerio Fiscal y de las partes acusadoras?

Desde nuestro punto de vista, el Fiscal y la parte acusadora si la hubiere deben, sin dudarlo, interponer recurso de apelación⁽⁴⁾. Interpuesto el recurso para ante la Audiencia Provincial (artículo 790.6, párrafo 1º, último inciso), se produce el efecto de trasladar a un órgano de enjuiciamiento separado de

(2) Hoy se duda sobre la constitucionalidad del auto de procesamiento: véase, por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura Constitucional*. Barcelona, 1988, pág. 237 y sgs.

(3) Redacción dada por la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre.

(4) También éste es el criterio de la Fiscalía General del Estado. La Circular 1/1989, de 8 de marzo, del Fiscal General del Estado, en este punto dice: “... por la necesidad de que la cuestión de fondo la resuelva uno de los órganos de enjuiciamiento; deben los señores fiscales recurrir en apelación esos acuerdos de sobreseimiento del Juez de Instrucción, para dar a la Audiencia Provincial la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del proceso, ratificando o revocando el sobreseimiento discrepante del Juez de Instrucción”.

la instrucción, como es la Audiencia Provincial, la decisión última sobre tal cuestión⁽⁵⁾.

Pero ocurre que si el recurso de apelación prospera, no habrá mayor cuestión; en cambio, ¿qué ocurre en el caso de que la Audiencia Provincial confirme el auto de sobreseimiento? ¿Cabrán el recurso de casación, en su caso, al amparo del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal? Es bien dudoso que, dados los términos del artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pueda defenderse la posibilidad de interposición del recurso de casación.

B. Los principios de legalidad y de oportunidad reglada (consenso)

a) Planteamiento

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA⁽⁶⁾ señalan que el *principio de legalidad* es el complemento imprescindible del sistema de acusación oficial, en el que el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acción penal por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la Ley.

El ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal implica una previa valoración de los elementos con que cuente. El artículo 105 de la L.E.Crim. dice: “Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales *que consideren procedentes*, haya o no acusador particular en las causas, *menos aquellas* que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada”. Por ello, lo que dice ALMAGRO NOSETE⁽⁷⁾, al señalar que el objeto del proceso penal es

(5) Nótese, además un importante defecto de la Ley. Es el siguiente: cuando el Fiscal y/o la acusación particular solicitan la apertura del Juicio oral y formulan acusación, lo hacen ante el Juez de Instrucción; la acusación puede serlo por delito o delitos a los que la Ley señala pena inferior o superior a seis años sin exceder de doce años, y, en ambos casos, si el Juez de Instrucción sobresee la apelación corresponde a la Audiencia Provincial, orillándose al Juez de lo Penal al que, como órgano jurisdiccional de enjuiciamiento cuando la acusación no exceda de seis años, le correspondería valorar la conducta penal comprendida en el escrito de acusación. Lo correcto sería que, en estos casos que nos ocupan, el sobreseimiento estuviera sustraído al órgano jurisdiccional instructor y que tal resolución, en su caso, quedara en manos del Juez de lo Penal o de la Audiencia Provincial. En tal caso, sobreseído un asunto por el Juez de lo Penal (o por el Juez Central de lo Penal), el auto de sobreseimiento sería apelable ante la Audiencia Provincial (o ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), y habría congruencia con el artículo 795.1 de la L.E.Crim.

(6) *Derecho Procesal Penal*, 10ª Edición, Madrid, 1984.

(7) *El Nuevo Proceso Penal* en colaboración con MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y SIMENO SENDRA. Valencia, 1989, pág. 139.

indisponible, hay que matizarlo porque si contemplamos nuestro Derecho Penal resulta que el artículo 476 del Código Penal, por ejemplo, ponía en manos de los particulares⁽⁸⁾ o del Gobierno⁽⁹⁾ la posibilidad de perseguir el hecho punible por razones de oportunidad.

Por otra parte, la valoración del material de instrucción nos conduce, desde la perspectiva del Fiscal, a lo siguiente:

1. El artículo 781 de la L.E.Crim., impone al Fiscal estas obligaciones: velar por el respeto de las garantías procesales del imputado; velar por que la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados sea efectiva, e impulsar y simplificar (procurar que no se practiquen diligencias superfluas) la tramitación, sin merma del derecho de defensa y del carácter contradictorio del procedimiento.

2. En Europa se aprecian una serie de tendencias de las que, en alguna medida, se hace eco la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. Entre esas tendencias deben destacarse la de que es necesario que el proceso penal se desarrolle en un tiempo razonable; la de que el proceso penal descansa en una investigación oficial, con control judicial, que, además de ser instrumento eficaz para la realización de la Justicia, constituya la base en la que fundamentar la acusación, y la de que frente a la existencia de zonas de conflicto en el proceso, deben preverse zonas de consenso⁽¹⁰⁾.

3. Si en el nuevo proceso penal se aprecian zonas de consenso, la pregunta que se impone es la siguiente: el Fiscal, que debe observar y defender la legalidad y está vinculado al principio de legalidad, ¿puede hacer uso del principio de oportunidad o de consenso?

En el procedimiento penal monitorio (en los países en que existe), concretado a hechos de menor entidad, una de sus notas características es la posibilidad que tiene el imputado de eludir el juicio oral, mostrando su conformidad con la petición de la acusación. Se trata de impedir una sentencia que, acaso, pudiera ser más grave. Ante la conformidad, el órgano jurisdiccional dicta una resolución motivada, que si no se recurre es firme convirtiéndose así lo dispuesto

(8) "Nadie será penado por calumnia o injuria, sino en virtud de querrela de parte ofendida, salvo...".

(9) Para proceder en los casos de calumnia o injuria contra los Jefes de Estado de Naciones amigas o aliadas, o contra los agentes diplomáticos de las mismas y los extranjeros con carácter público que, según los Tratados, deban comprenderse en el art. 467 del Código Penal, ha de preceder *excitación especial* del Gobierno.

(10) Puede verse la citada Circular 1/1989, de 8 de marzo, dada por el Fiscal General del Estado.

en tal resolución en la sanción que debe sufrir el imputado. En todo caso, la sanción judicial debe mirar a un tratamiento penal al imputado congruente con el delito cometido y con la personalidad del delincuente.

La mera enunciación del principio de oportunidad o de consenso, choca con el principio de legalidad. Desde nuestro punto de vista, hay que rechazar el principio de oportunidad si la aplicación del mismo pudiera convertirse en vía fácil para la arbitrariedad. Pero el rechazo inicial no impide que la doctrina se manifieste —ya con insistencia— sobre este principio, a condición de que el mismo conecte con la ley. Por ello se habla del principio de oportunidad reglada, que debe ser contemplado como instrumento procesal tendente a la agilización de la justicia penal⁽¹¹⁾.

b) Significado y alcance del principio de oportunidad reglada o de consenso, en el nuevo procedimiento penal abreviado

Si el principio de oportunidad faculta al titular de la acción penal de disponer de su ejercicio bajo determinadas condiciones, ¿qué decir en nuestra Patria en que el Ministerio Fiscal tiene encomendada la defensa de la legalidad?

Por una parte, la introducción del principio de oportunidad reglada o de consenso, bien entendido y aplicado, pudiera sustraer al conocimiento de los órganos jurisdiccionales un porcentaje importante de hechos⁽¹²⁾, con las siguientes consecuencias:

a') Resolver —y en el futuro evitar— el colapso de la Justicia.

b') Poner de relieve que es preferible y es más eficaz el castigo inmediato del hecho —aunque castigo menor— que un proceso completo y conforme a la Ley, pero del que deriva una Justicia tardía. Lo tardío no satisface.

Por otra parte, el principio de oportunidad reglada o de consenso, en el proceso penal, excluye la criminalidad grave, pues en tales casos, la sociedad exige una decisión judicial correcta.

(11) Véase GIMENO SENDRA: “Los procedimientos penales simplificados”, en Jornadas sobre la práctica, la Justicia Penal en España, 1987. CONDE PUMPIDO FERREIRO, se hace eco de tal principio en los términos en que se utiliza en los países anglosajones y especialmente en el norteamericano. (“El principio de oportunidad reglada”. Badajoz, 1988, trabajo inédito, creemos, del que contamos con una copia que el autor nos facilitó).

(12) No es posible, cuando acaba de ponerse en marcha el nuevo procedimiento penal abreviado, señalar cifras indicativas.

Por lo tanto, el consenso, si al amparo de la Ley fuere posible, requiere:

1. Ser aplicado únicamente para los delitos de menor entidad bien por el hecho en sí, bien por el hecho y sus circunstancias (v. gr. un accidente en el que el culpable resulta gravemente herido).
2. Valoración muy ponderada del contenido de las actuaciones.
3. Que el infractor carezca de antecedentes penales e incluso malos antecedentes de conducta.
4. Tener muy en cuenta la situación de la víctima y de los perjudicados por el delito.
5. Que, en todo caso, el consenso quede sometido a control, que puede ser interno y externo: interno, dando posibilidad a la víctima y a los perjudicados de acudir en queja al superior jerárquico del Fiscal que intervino en el proceso; el control externo consiste en que la víctima y los perjudicados puedan acudir al Juez para que la causa penal continúe por sus trámites.

c) El principio del consenso en el procedimiento Penal abreviado (L.O. 7/88, 28 de diciembre)

Conviene, en primer lugar, ver si en nuestro ordenamiento penal existen datos que permitan orientarnos hacia la tendencia del principio de oportunidad reglada o de consenso, teniendo en cuenta la relevante posición del Ministerio Fiscal en la aplicación de dicho principio.

Si observamos nuestro ordenamiento Penal, en alguna medida hay facultades del Ministerio Fiscal indicativas y que miran al protagonismo que al Fiscal corresponde, dentro de la legalidad, en materia del consenso. Entre tales facultades, señalamos, a modo de ejemplo, las siguientes:

- La facultad de valorar los datos en los que, en su caso, pueda fundamentar la acción penal.
- La facultad de solicitar el sobreseimiento cuando no aparece justificada debidamente la perpetración del delito o no haya suficientes motivos para acusar.
- La facultad de elegir entre penas alternativas (entre arresto mayor o multa, por ejemplo).

- La facultad de solicitar la pena de multa en la cuantía que resulte más adecuada dentro de la Ley.

Centrando nuestra atención en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativas al procedimiento penal abreviado (redacción según la L.O. 7/1988), hay tres preceptos que se refieren al principio de consenso: el artículo 789.5.5ª; el artículo 791.3 y el artículo 793.3.

1. Al amparo del artículo 789.5.5ª, el Ministerio Fiscal y el imputado que, asistido de Letrado, haya reconocido los hechos⁽¹³⁾, pueden pedir que el Juez de Instrucción remita la actuaciones al Juez de lo Penal para que éste convoque inmediatamente a Juicio Oral al Fiscal y a las partes. Esto es una expresión clara del principio del consenso, que implica dos cosas: aceptación de los hechos por el imputado y vinculación del Fiscal a esos hechos de suerte que en su escrito de acusación no podrá expresar otros (el Fiscal, eso sí, debe calificar esos hechos con arreglo a la legalidad). La petición del Fiscal y del imputado, con su Letrado, debiera ser vinculante para el Juez de Instrucción. Sin embargo, al consignarse en la ley la palabra “*podrá*”⁽¹⁴⁾, puede plantearse en la práctica algún incidente procesal dilatorio, lo que no se acomoda bien al sentido de la Ley. Por lo demás, es claro que el trámite de consenso reflejado en el artículo 789.5.5ª, sólo es posible tratándose de hechos castigados con pena no superior a seis años.

Si, como debiera ser normal, el Juez de Instrucción resolviera de conformidad con lo pedido, se producen las siguientes consecuencias:

1ª) Que el Juez de Instrucción debe remitir las actuaciones al Juez de lo Penal.

2ª) Que el Juez de lo Penal debe convocar a Juicio Oral, inmediatamente, al Fiscal y a las partes (queda, pues, eliminada la fase de preparación del Juicio Oral).

3ª) Ante el Juez de lo Penal, y en el acto del Juicio Oral, el Fiscal y las partes califican los hechos consensuados con arreglo a la legalidad, procediendo acto seguido a defender las pretensiones que hubiesen formulado.

4ª) Que el Juez de lo Penal puede dictar sentencia en el acto (art. 789.5.5ª).

(13) Hecho equivale a objeto procesal. Véase la Circular 1/1989, de 8 de marzo del Fiscal General del Estado.

(14) Sería más correcto que la Ley dijera “*deberá*”. Teniendo en cuenta el espíritu de la Ley, puede pensarse en defecto de redacción.

Finalmente debe señalarse, como puntualiza la citada Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, que el imputado que se autoinculpe falsamente incurre en un delito del artículo 338 del Código Penal.

2. El artículo 791.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempla la conformidad del acusado y su defensa con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Hay una particularidad: que la conformidad puede formalizarse conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

La conformidad a que se refiere el artículo 791.3 de la L.E.Crim. requiere:

1º) *Que se hayan formulado los escritos de acusación*, por cuanto sólo es posible la conformidad una vez conocidas las acusaciones, si bien cabe la posibilidad de que la conformidad sea formulada conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, como hecho dicho.

Cómo se va a articular, en la práctica, este trámite conjunto del Ministerio Fiscal y del acusado y su defensa, es algo que puede ofrecer dificultad. Creemos que siendo la conformidad conjunta un acto procesal que se desarrolla en la fase preparatoria del Juicio Oral, la iniciativa, en todo caso, debe partir del acusado y su defensa; y producida la manifestación o deseo de formular calificación jurídico penal conjunta, entendemos que el Fiscal debe ponderar bien todas las circunstancias que concurran —incluyendo la situación de las víctimas y perjudicados—, para calificar siempre en los términos que le permita el principio de legalidad. No nos ofrece duda lo útil que puede resultar este trámite en determinados casos como por ejemplo cuando la ley señale al delito penas alternativas (v.gr. art. 516 bis del C.P.) o cuando se trate de delitos de imprudencia en los que la petición de pena o en la imposición de ella no juegan las reglas del artículo 61 del Código Penal.

2º) *Que se trate de hechos delictivos cuyo enjuiciamiento comporte la imposición de pena no superior a seis años.*

La Circular nº 1/1989, del Fiscal General del Estado citada, razona la posibilidad de que el acusado a penas superiores a seis años pueda mostrar su conformidad, pero sin que ello vincule al Tribunal para dictar sentencia “de estricta conformidad” con lo aceptado⁽¹⁵⁾. Desde nuestro punto de vista, la referencia que el artículo 793.3 de la L.E.Crim. hace al Tribunal (Audiencias Provinciales o Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) se explica para aquellos

(15) En igual sentido ALMAGRO NOSETE: *El nuevo proceso penal* ob. cit. en colaboración con MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENURA; pág. 139 y siguientes.

casos en que correspondiendo el enjuiciamiento al Tribunal conforme a las normas de competencia⁽¹⁶⁾, proceda imponer pena menor de seis años y un día, por el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a favor del delincuente. Veamos un ejemplo: Se formula escrito de acusación contra determinada persona por el delito de lesiones definido en el artículo 420-1º del Código Penal, que viene castigado con la pena de prisión mayor. No cabe duda de que la competencia para el enjuiciamiento de la conducta del acusado corresponde al Tribunal (Audiencia); pero puede concurrir en el acusado la atenuante 1ª del artículo 9 del Código Penal, en cuyo caso habrá de observarse el mandato que contiene el artículo 66 de dicho Código, con lo que la pena a solicitar y a aplicar será inferior a seis años y un día. Este supuesto, y los casos de frustración (art. 51 del Código Penal) y tentativa y delito imposible (art. 52 del Código Penal) o para los cómplices o encubridores (art. 53 y 54 del Código Penal), son los que explican que el artículo 793.3 hable de Tribunal en función de la conformidad del acuerdo.

3. Finalmente, al principio de oportunidad reglada o de consenso, se refiere, también, el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya citada. Al amparo de dicho precepto, es posible, antes de iniciarse la práctica de la prueba, pedir que el Juez o Tribunal dicte sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad.

Las notas características de este trámite procesal, son:

1ª) Que es una petición de que se dicte sentencia de conformidad, realizada conjuntamente por la acusación y la defensa, con el acusado presente que consiente dicha sentencia de conformidad.

2ª) Que la conformidad sólo es posible si la pena no excede de seis años.

3ª) Que el Juez de lo Penal (y Juez Central de lo Penal) y la Audiencia Provincial (y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), debe dictar sentencia de *estricta conformidad con la aceptada por las partes*. Sin embargo, el Juez o la Audiencia, puede expresar su disenso, si apreciar que el hecho que se describe carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de la pena o de su preceptiva atenuación (art. 793.3 párrafo segundo). He aquí un importante instrumento

(16) La competencia del Juez de lo Penal (y el Juez Central de lo Penal) y Audiencia Provincial (y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) se determina, según mi criterio, por la pena señalada al tipo (delito consumado) sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

corrector que queda bajo la garantía del Juez o Audiencia. Si esto se produjera, las consecuencias serían:

- Que es necesario partir del *hecho aceptado*, que no puede ser modificado.
- Que es preceptiva audiencia (creo que oral) del Fiscal y de las partes para que se expresen sobre la calificación jurídica de los hechos y la consecuencia o no de circunstancias favorables, al acuerdo.
- Que el Juez o Tribunal, dictará la sentencia que proceda, sin más sujeción que la vinculación a los hechos.

C. El debate previo o preliminar en la fase de enjuiciamiento

En el acto del Juicio Oral, tras la lectura por parte del Secretario de los escritos de acusación y defensa, se puede abrir un debate, a instancia de parte, sobre las cuestiones que se especifican en el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La finalidad del debate preliminar es concentrar en un solo acto una serie de cuestiones⁽¹⁷⁾, impidiendo así incidentes dilatorios del proceso.

Refirámonos, con brevedad, a las cuestiones que pueden ser objeto de debate previo:

a) Competencia del órgano jurisdiccional

En el proceso penal, la *competencia objetiva* se determina por razón de la materia o por razón de la persona del imputado (así, por razones de oportunidad o por la calidad personal, las personas aforadas). Determinado el órgano jurisdiccional competente conforme a las normas de la competencia objetiva (Juzgado de lo Penal o Audiencia), hay que determinar a qué órgano jurisdiccional de los que de igual clase existen en el territorio corresponde la competencia (competencia territorial), atendiendo al fuero del lugar de la infracción (“*forum delicti commissi*”). Finalmente, debe señalarse que una vez que se conoce el órgano jurisdiccional, determinado conforme a las normas de la competencia objetiva y territorial, queda automáticamente determinada la *competencia*

(17) Las que especifica el art. 793.2 L.E.Crim. citado.

funcional (v. gr. la competencia para el conocimiento de los recursos devolutivos); por ello se dice que la competencia funcional es derivada⁽¹⁸⁾: conocido a qué Juez de Instrucción corresponde llevar a cabo la investigación, queda determinado el órgano jurisdiccional competente para el conocimiento de la causa.

Pues bien, en el debate preliminar, tanto puede plantearse y discutirse la competencia funcional (si corresponde al Juez de lo Penal o a la Audiencia), como la competencia territorial o la competencia objetiva por razón de la persona (declinatoria de jurisdicción).

1. Problemas relativos a la competencia funcional se producirán si no se atiende bien a las normas determinantes de la competencia objetiva por razón de materia. Hemos expresado anteriormente que para la determinación de la competencia objetiva por razón de la materia, es necesario atender a la pena que la Ley señala al delito consumado. Si no se observa este criterio, la situación que se puede dar es la siguiente:

1.1 Ante una calificación jurídico-penal de una conducta delictiva, a la que corresponde la pena no superior a seis años por el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por la participación del delincuente (complicidad o encubrimiento) o por la forma del delito (delito frustrado; intentado o imposible; o se trate de conspiración, proposición o provocación para delinquir, salvo que estas últimas formas estuvieran especialmente penadas por la Ley), el acusado y su defensa pueden —creo que deben— plantear que el enjuiciamiento corresponde a la Audiencia, en el caso de que el asunto esté en manos del Juez de lo Penal. Si el Juez de lo Penal, al resolver el debate, estimase el planteamiento y petición formulada, la consecuencia es que el Juez debe declararse incompetente para juzgar y remitirá los autos a la Audiencia. Si el Juez de lo Penal desestima la cuestión, el Juicio sigue adelante; en este caso, al acusado le cabe recurrir la sentencia que se dicte, pero debemos consignar que, desde nuestro punto de vista, se resiente el artículo 24.2 de la Constitución, puesto que juzga al acusado un órgano jurisdiccional no predeterminado por la ley conforme a las normas de competencia rectamente interpretadas.

De “*lege ferenda*”, debe señalarse ya que el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiera completarse con un párrafo que dijera: “La competencia objetiva del órgano jurisdiccional, se determinará atendiendo, en todo caso, a la pena señalada por la Ley para el delito consumado”.

(18) MORENO CATENA, en *El nuevo proceso penal*, en colaboración con ALMAGRO NOSETTE, CORTÉS DOMÍNGUEZ y GIMENO SENDRA. Ob. cit., págs. 34-35.

2. Si la cuestión planteada en el debate preliminar fuera la declinatoria de jurisdicción, será la primera que deba considerarse y si fuese estimada no es posible entrar a debatir las demás cuestiones que se hubiesen planteado. La estimación de la declinatoria de jurisdicción comporta que el órgano jurisdiccional se declara incompetente y remite las actuaciones al órgano considerado como competente. La estimación de la declinatoria tiene una consecuencia: que el juicio no sigue adelante y que, a nuestro juicio, la resolución del órgano jurisdiccional debe documentarse y adoptar la forma de auto. Y contra este auto, ¿qué recurso cabrá? El artículo 793.2, nada dice sobre el recurso que quepa contra el auto que estime la declinatoria de jurisdicción, por lo que estamos ante un vacío legal que la Circular nº 1/1989 citada del Fiscal General del Estado pretende llenar con estas palabras referidas al debate preliminar: “el debate será oral, las intervenciones se producirán por turno y versarán sobre el punto o puntos propuestos por quien pida el debate, y el incidente será resuelto por el Juez o Tribunal en el mismo acto y sin que quepa otro recurso que el que se dé, en su momento, contra la sentencia. Esto último no lo dice expresamente la Ley, pero es la consecuencia necesaria del carácter concentrado del acto del juicio oral, que, una vez iniciado, debe concluir con sentencia”.

Mostramos nuestro acuerdo con tal criterio si la cuestión declinatoria de jurisdicción es desestimada, porque en tal caso, el juicio necesariamente ha de seguir. Pero si la declinatoria de jurisdicción, v. gr. planteada por el Ministerio Fiscal es estimada, significa que el órgano jurisdiccional (Audiencia o Juez de lo Penal), es incompetente para el enjuiciamiento; en tal caso, el órgano jurisdiccional declina su competencia en favor de otro sin que, desde nuestro punto de vista pueda obligarse, sin más, al acusado a someterse a ese otro órgano jurisdiccional. Pensamos que el tema de las garantías del justiciable es esencial, y nos inclinamos en que en este punto se complemente el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con las normas generales y básicas de la misma Ley. Así si la cuestión fue planteada ante la Audiencia, de ser estimada la declinatoria, no vemos inconveniente en que se observe lo dispuesto en el artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitir que contra dicho auto se articule, en su caso, el recurso de casación. *La duda puede estar* en el caso en que la cuestión de declinatoria se haya debatido ante el Juez de lo Penal y éste la haya estimado; en este caso, creemos que este vacío debe llenarse mediante el recurso de apelación para ante la Audiencia.

b) Vulneración de derechos fundamentales

La Constitución quiere una garantía jurisdiccional eficaz para los derechos fundamentales de la persona, y así lo pondera en el artículo 53.2. Tal garantía tiene su expresión en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre de Protección de los derechos fundamentales de la persona. La tutela cualificada es requisito previo para poder plantear un determinado asunto ante el Tribunal Constitucional (art. 43 de la L.O. n° 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), pero el recurso de amparo es directo si se impugnase un acto del poder judicial, a condición de que se agoten los posibles recursos en la vía judicial (art. 4.4 de la L.O. 2/1979).

Es claro que si la cuestión planteada es desestimada, el juicio sigue su curso hasta dictar sentencia, pudiéndose volver a discutir la cuestión en el recurso que cabe contra la sentencia. Pero, si el órgano jurisdiccional estima la cuestión planteada, ¿qué sucede? Habrá que estar a cada caso en particular. El vacío de la ley en orden al importante tema de las garantías, puede plantear no pocos problemas.

c) Causas de suspensión

Por efecto de lo dispuesto en el artículo 780 de la L.E.Crim. las causas por las que puede suspenderse el juicio oral son las que se establecen en el artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y creemos que contra lo que el Juez o Tribunal resuelva no cabe recurso (art. 748 de la L.E.Crim.).

¿Qué decir de la ausencia del acusado? La regla general contenida en el artículo 793.1 párrafo 1º, es que la celebración del Juicio oral requiere, preceptivamente, la asistencia del acusado. Pero en caso de ausencia injustificada, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora y *oída la defensa* puede continuar el Juicio, si se dan las circunstancias que señala el art. 793.1, párrafo 2º de la L.E.Crim. Creemos que en este punto la Ley debe ser criticada negativamente, pues no tiene sentido que un proceso penal se celebre contra personas ausentes. En caso de ausencia injustificada del acusado, lo correcto hubiera sido que la Ley impusiera lo siguiente:

- necesidad de suspender el juicio oral.
- declaración en situación de rebeldía al acusado.
- dar órdenes de busca y captura del acusado.

d) Existencia de artículos de previo pronunciamiento

Puede alegarse y someterse a debate la cosa juzgada y la prescripción, por ejemplo. Si tales cuestiones fuesen desestimadas el juicio sigue su curso hasta sentencia y al interesado le cabe recurrir la sentencia y reproducir el debate. Pero si tales cuestiones son estimadas, el Juicio no sigue adelante y lo correcto será que la Audiencia o el Juez de lo Penal, dicten auto de sobreseimiento libre. Y ¿qué recurso cabe contra el auto de sobreseimiento libre? Procesalmente, se da la misma situación que antes hemos reflejado respecto a la declinatoria, por lo que, en lo menester, debe darse por reproducido lo que allí se dijo.

e) Sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas

El debate preliminar tiene sentido en relación con las pruebas que hubiesen sido rechazadas. El artículo 24.2 de la Constitución consagra el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y el artículo 792.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite a las partes alegar sus razones sobre el derecho a la prueba. Si ante la cuestión planteada, el Tribunal o el Juez admite las pruebas que en principio fueron rechazadas, no hay cuestión y en el acto del juicio se practican tales pruebas. Si el Tribunal o el Juez ratifica su decisión de rechazar la prueba, pensamos que a quien interese debe hacer constar su protesta, y como defensa le cabrá recurrir la sentencia que se dicte.

D. El debate a que se refiere el artículo 793.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Terminada la práctica de la prueba y producidas definitivamente las conclusiones del Fiscal y de las partes, el Presidente del Tribunal o el Juez de lo Penal, en sus respectivos casos, puede requerir a la acusación y a la defensa y someter a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados: el requerimiento lo será bien para esclarecer aspectos concretos de la prueba, bien para la valoración jurídica de los hechos. Debe consignarse que, cuando este debate se produce, las calificaciones acusatorias ya no son susceptibles de modificación. Dicha facultad del Presidente del Tribunal o del Juez de lo Penal, ¿lo es en sustitución de la tesis que se contiene en el artículo 733 de la L.E.Crim., tesis que, por otra parte, ha sido cuestionada muy seriamente por la Sala Segunda del Tribunal Supremo? Decimos que la tesis del artículo 733 de la L.E.Crim.

ha sido cuestionada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero quizá pueda decirse más, a la luz de las sentencias de dicha Sala de fechas 21-4-87, 16-6-87 y 1-12-87: quizás pueda decirse que la facultad del Tribunal en el procedimiento ordinario ya no existe, porque a la luz del artículo 24 de la Constitución, de dichas sentencias se deduce que, permaneciendo inalterables los hechos de la acusación, no es posible plantear la tesis porque en tal caso la misma se convierte en acto de acusación que formula el propio Tribunal sentenciador.

Por lo tanto, el debate a que se refieren los párrafos 1º y 2º del artículo 793.6 de la L.E.Crim. responde a otro fin. Responde, según nuestro criterio, a la finalidad de centrar correctamente el debate, sin que, en modo alguno, el órgano jurisdiccional competente pueda condenar por delito más grave, ni imponer pena que exceda de la pedida por las acusaciones: el principio acusatorio plasmado en el artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo impide.