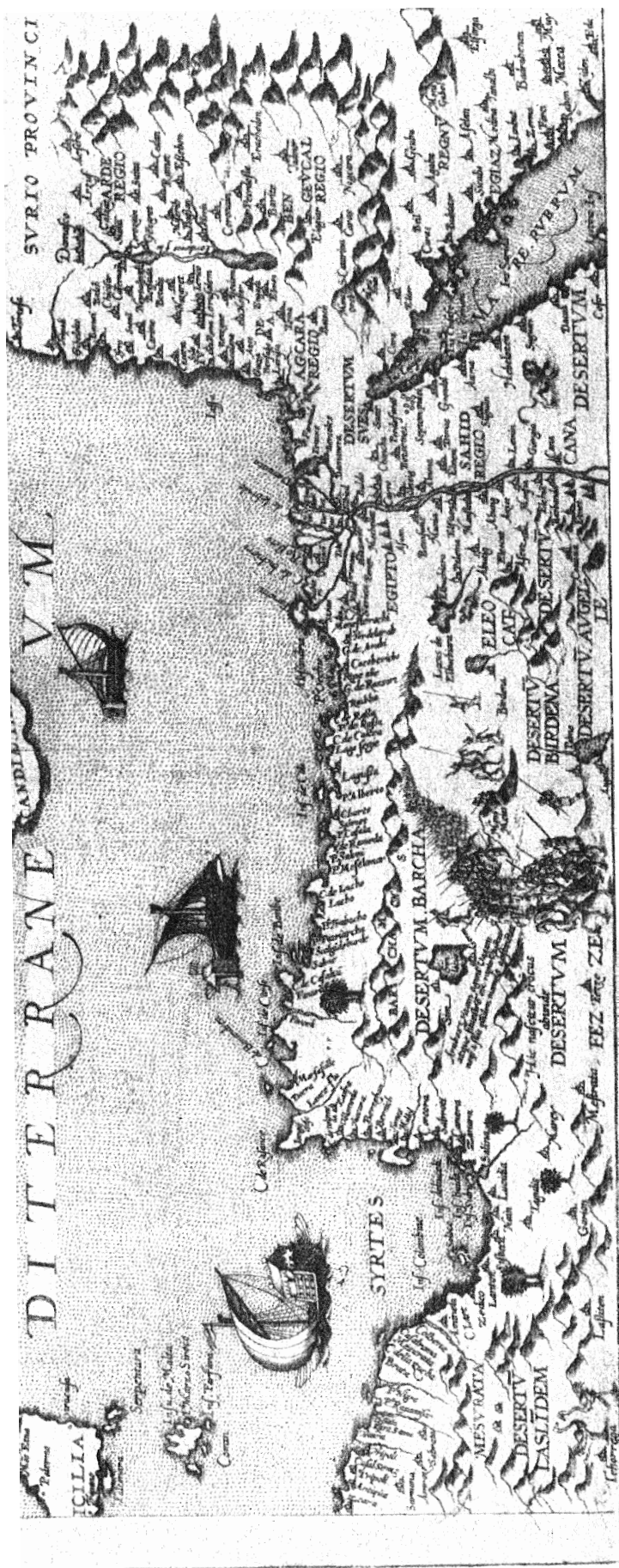




Revista del Foro Canario

85

Las Palmas de Gran Canaria, 1992

Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

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*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Segundo Franco Vega

Diputado Primero

Jaime Santana Castellano

Diputado Segundo

Serafín García Zumbado

Diputado Tercero

Tomás de Páiz Mora

Diputado Cuarto

Juan Antonio Pérez de Paz

Diputado Quinto

Domingo del Toro Augusto

Diputado Sexto

Jaime Rubio López

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

José María Palomino Martín

Bibliotecario-Contador

José Díaz Henríquez

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LOS ENJUICIAMIENTOS INDICIARIOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

JOSÉ ANTONIO MARTÍN Y MARTÍN

MAGISTRADO. PROFESOR DE DERECHO PROCESAL DE LA U.L.P.G.C.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. INDICIOS DEL PROCESO COMÚN ORDINARIO DE OBSERVANCIA TAMBIÉN EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.
- III. LAS ESPECÍFICAS PREVISIONES DE INDICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que nuestro Derecho positivo se adscribió al denominado sistema mixto o acusatorio formal del Code francés de 1808 para los procesos penales por delito, con las dos fases claramente diferenciadas de instrucción sumarial y debate en juicio oral, correspondiendo a ésta la etapa plenaria y contradictoria en que con publicidad, oralidad, intermediación y concentración se llega a la sentencia definitiva en instancia única, tras valorar libremente las pruebas aportadas por las partes, determinando los hechos ciertos sobre los que actúan los efectos legalmente previstos, acogiendo o no la imprescindible pretensión punitiva, en clara manifestación del sistema acusatorio, mientras que son las notas del comúnmente censurado sistema inquisitivo, de la escritura, el secreto, la actuación de oficio y hasta las pruebas tasadas y la doble instancia, las que se mantienen en gran medida en el sumario o instrucción, entendido no como un fin en sí mismo, sino como etapa inmediatamente anterior al juicio oral, para prepararlo, ha sido de común aceptación que para esa finalidad accesoria no eran necesarias aún las auténticas pruebas, obtenidas en el crisol de la contradicción en debate público, sino que bastaba con aquellos elementos que pudieran permitir formar una opinión más o menos fundada sobre determinados aspectos de interés para el proceso.

Tales elementos constituyen los indicios, derivados precisamente del verbo “indicare”, que equivale a dar a conocer o indicar, que nuestro legislador decimonónico, como luego veremos, engloba en expresiones como las de “indicios racionales” o “motivos bastantes para creer”, con lo que se pone de manifiesto la conveniencia de adoptar en el proceso determinada resolución, no con base en la afirmación de culpabilidad o inocencia del imputado, que sólo cabe al terminar el proceso, sino como juicios intermedios sobre dicha culpabilidad partiendo de los elementos ya recogidos en fase sumarial, como nos dice Serra Domínguez, “si estos elementos por sí mismos indican en forma objetiva y racional la culpabilidad”, que desde luego no han de confundirse con la prueba indirecta o indiciaria, de que se habla más modernamente, o prueba presuntiva, donde sobre el presupuesto de una actividad probatoria de cargo, “a partir de unos hechos indiscutiblemente ciertos y a través de un razonable proceso deductivo, el Tribunal llega a estimar como probados otros hechos no directamente conocidos, en los que se basa su veredicto de culpabilidad”, como dice la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 21 de abril de

1987, en la que incluso, citando otra anterior de 21 de noviembre de 1986, se matiza que junto a la expresión de los hechos probados se ha de reflejar “el *iter* formativo de la convicción, esto es, el curso racional que enlaza los indicios con la certeza acerca de la culpabilidad del acusado”, aunque bastando con las líneas generales del razonamiento, como matiza la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre del año anterior, que también cita.

Muchas han sido las reformas hechas desde 1882 a nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, hasta la que establece el nuevo procedimiento abreviado por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, pero en ninguna de ellas las referencias a los indicios en fase de instrucción y en todo el proceso en general, han merecido el más leve retoque, y antes al contrario en este nombrado procedimiento abreviado se contiene incluso una expresa referencia a los mismos en el número 6 del artículo 790, lo cual hace que encuentre justificación evidente su estudio actual, por más que las nuevas tendencias simplificadoras del proceso penal, a impulsos desde luego de la Recomendación del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987, y los nuevos códigos procesales de Portugal y de Italia (respectivamente de 17 de febrero de 1987 y 22 de septiembre de 1988), se encaminen a la eliminación de etapas en el proceso mismo, pasando directamente al juicio sin fase intermedia, o a la sentencia sin juicio, cuando no a la desjudicialización de la instrucción misma, siguiendo el ejemplo anglo-norteamericano de atribuirle a los Fiscales, como se hizo ya desde la reforma alemana de 1975 (aunque en todos esos supuestos más que instrucción en cuanto actividad de tutela de derechos, lo que se realiza por aquéllos y sus auxiliares policiales, es una actividad de investigación, sometida al control judicial en cuanto la misma limita derechos individuales, además de para la adopción de medidas cautelares, preventivas o de aseguramiento), pues precisamente la eliminación de etapas hace que los indicios pasen a un primerísimo plano a la hora de la decisión final, y se correría el riesgo de una vuelta al sistema inquisitivo de no ser tenidos en cuenta en su justa medida, no tasados ni vinculantes, pues como sintetiza Gómez Orbaneja en el sistema inquisitivo la base de la sentencia venía dada precisamente por el contenido de la instrucción misma.

II. INDICIOS DEL PROCESO COMÚN U ORDINARIO DE OBSERVANCIA TAMBIÉN EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado, pese a su regulación dentro de los procedimientos especiales, en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, surge en la práctica judicial española con un afán de protagonismo de primer orden al comprender todos los delitos castigados con penas privativas de libertad hasta doce años (con lo que sin duda alguna alcanza más de ochenta por ciento de los casos), y al adscribirse a él los delitos con base sólo en el criterio general de las penas a imponer, sin tenerse ya en cuenta la perseguibilidad o no de oficio y hasta si la aprehensión del delincuente se produjo o no ante la flagrancia del mismo (como ocurría con los procedimientos por él sustituidos, de urgencia y del denominado enjuiciamiento oral, de las leyes 3/1967 y 10/1980), presenta además un evidente carácter ordinario, aunque la práctica reservó siempre tal denominación para el procedimiento común de los libros II y III de la Ley de Enjuiciamiento, y de ahí que pese a las innovaciones que sin duda tiene, tanto para el ya derogado procedimiento de urgencia como para el abreviado el artículo 780 no pudo por menos que prescribir la aplicación o acomodación en el enjuiciamiento de los mismos a las normas comunes de la Ley, con las modificaciones consignadas en el título que lo regula, sin que la solución inversa, esto es, la aplicación de los principios que inspiran el procedimiento abreviado al procedimiento común como llega a sostener la Circular 1/1989 del Fiscal General del Estado, no nos parezca sin más aceptable.

Con base pues en esa normativa general o común una larga serie de supuestos en que el legislador alude expresamente a los indicios son de indudable aplicación en el procedimiento abreviado, e innecesario sería sentar desde ahora que ello se produce particularmente en la fase de instrucción, pero también se dan en la fase intermedia y hasta en la del juicio oral respecto a la sentencia de conformidad, como ya se apuntó antes y enseguida veremos.

La fase de instrucción, que como es sabido, en nuestro derecho tanto puede iniciarse a instancia de parte como de oficio, aunque tras la reforma hecha por la Ley 3/1989 los supuestos de instancia del ofendido o perjudicado son cada vez mayores, los indicios están ya presentes desde el instante mismo del inicio, para admitir la denuncia o la querella y hasta para cumplir el Juez de Instrucción con la prescripción de inmediatamente de tener la *notitia criminis* que acuerde la incoación (art. 308), pues para ello ha de apreciar que el

hecho denunciado “reviste carácter de delito” como dice el art. 26, o que la noticia de la perpetración del delito ha llegado con indicios de veracidad. E incluso antes de la incoación propiamente dicha, si la Policía Judicial en su función de averiguación, o el Ministerio Fiscal al llevar a cabo las diligencias de comprobación que precisamente en el procedimiento abreviado le encomienda el art. 785 bis (de forma más explícita pero en la línea ya marcada desde 1882 por el art. 287), interesan del Juez de Instrucción el oportuno mandamiento para una entrada y registro o la intervención de comunicaciones o documentos, dicho mandamiento sólo podrá expedirse previa la aportación por aquéllos de los oportunos elementos indiciarios que motiven su expedición judicial, pues claramente el art. 579 le indica al Juez que podrá acordarlo “si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”.

Iniciada la instrucción, con la finalidad ya indicada de preparar el juicio oral tutelando el derecho a ser sometido a juicio cuando esté ello debidamente justificado, en el triple contenido de averiguar el hecho delictivo con sus circunstancias, hacer constar o reunir el necesario material probatorio, y adoptar las oportunas medidas de aseguramiento de personas y cosas, como se sintetiza en el art. 299, y se reafirma en el número 3 del art. 789 en relación con el 785, el primero referente al sumario y los segundos a las diligencias previas del procedimiento abreviado, aunque en estas últimas con un explícito propósito de simplicidad bajo la expresión de “diligencias esenciales” empleada por dicho precepto, unido además a la previsión legal nada desdeñable de practicarse “sólo en el caso de que las diligencias del atestado no fueran suficientes para formular acusación” (con lo que el legislador, igual que diera a entender con el viejo texto del art. 622, parece atribuir en ellos una finalidad meramente acusatoria a la instrucción, cuando como hemos dicho está sobre todo en tutela de derechos), para luego dejar realmente en su verdadero cometido la instrucción al proseguir el precepto que también se practicarán diligencias por el Juez o las ordenará a la Policía Judicial cuando hubo denuncia o querella, es decir, cuando en definitiva se acude ante el Juez ejercitando la acción penal (que como es sabido en nuestro Derecho no corresponde sólo al Ministerio Fiscal sino a los ciudadanos tal como prescribe el art. 125 de la Constitución en relación con el 101 y 270 de nuestra L.E.Cr.), la apreciación de los indicios se produce en el nombrado triple contenido de averiguación, constancia y aseguramiento, que muy resumidamente comprendemos en lo siguiente, respecto a las medidas de aseguramiento:

a) mandando comparecer a cuantas personas convenga oír por resultar contra ellas “algunas indicaciones fundadas de culpabilidad” (art. 488).

b) mandando detener cuando tenga “motivos racionalmente bastantes para creer” en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que la persona a quien intenta detener tuvo participación en él (art. 492).

c) decretando la prisión provisional cuando, junto a la constancia del hecho delictivo y las penas señaladas o circunstancias de antecedentes, alarma social o frecuencia, “aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión” (art. 503, en relación con la regla 8 del art. 785 ya nombrado).

d) mandar prestar fianza para asegurar las responsabilidades pecuniaras “cuando resulten indicios de criminalidad contra una persona” o cuando “aparezca indicada la existencia de la responsabilidad civil de un tercero” (arts. 589 y 615).

Respecto a las diligencias de averiguación y constancia, cabe también citar resumidamente las siguientes:

a) sometimiento a observación médica “si el juez advierte en el procesado indicios de enajenación mental” (art. 381).

b) decretando la entrada y registro en edificios y lugares públicos, o en cualquier edificio o lugar cerrado que constituya domicilio “cuando hubiere indicios de encontrarse el procesado o efecto o instrumentos del delito, o libros o papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación” (arts. 546, 550, ello aparte de la denominada causa legítima para la entrada y registro prevista en el art. 21 de la nueva Ley de protección de la seguridad ciudadana de 21 de febrero de 1992 mediante el “conocimiento fundado que lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito” en materia de narcotráfico, igual que el requerimiento para ser identificado en dependencia policial, regulado en el precepto anterior al citado, en la referida ley especial).

c) la orden de registro de libros y papeles de contabilidad del procesado o de otra persona “cuando hubiere indicios graves de que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa” (art. 573).

d) el acordar la detención de correspondencia privada, postal o telegráfica ya comentada “si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación...” (art. 579).

En fase intermedia, comprendida como expone el común de la doctrina, desde la llegada del sumario a la Audiencia hasta que ésta decide sobre la apertura del juicio oral, dos son los supuestos principales que el legislador dedica a los indicios que van a provocar la terminación del procedimiento por sobreseimiento del mismo, aunque a contrario sensu, de darse positivamente, motivarían la prosecución del mismo. Tales supuestos son:

a) el sobreseimiento libre, con terminación definitiva del procedimiento y posibilidad incluso de recurso de casación, “cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa” (art. 637).

b) el sobreseimiento provisional, con posibilidad por tanto de reapertura del procedimiento, “cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa” o “cuando no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores” (art. 641).

Finalmente, en lo que respecta a la fase ya de juicio oral, ante los dos supuestos de conformidad con la acusación, que se contemplan sobre todo en los artículos 655 y 694, los indicios existentes en la causa han de ser determinantes no sólo para que se produzca la conformidad del acusado y su letrado defensor, sino para que el Tribunal acuerde la continuación del juicio si estima que a la calificación acusatoria efectuada corresponde una pena mayor (igual que ante la petición de sobreseimiento por el Ministerio Fiscal, el art. 642 faculta al Tribunal para hacerlo saber a los interesados con el fin de que puedan comparecer a defender la acción penal, además de acudir al Fiscal jerárquicamente superior).

Todos esos supuestos de expresa referencia legal a los indicios, que desde luego no son los únicos, y sobre todo están además en otras muchas disposiciones, como sería la muy significativa del art. 406 referente a seguirse practicando diligencias “a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”, son de aplicación al procedimiento abreviado, omitiendo deliberadamente el supuesto quizá más significativo de los “indicios racionales de criminalidad” conducentes a declarar procesada a una persona, como prescribe el art. 384, como institución genuinamente española, que pese a sus detractores, tuvo la gran significación de entrañar una expresa llamada al ejercicio del derecho de defensa en tiempos en que el mismo era prácticamente inexistente ante la ausencia de proclamaciones interna-

cionales y constitucionales que hoy lo reconocen y garantizan. La omisión se realiza porque ninguna referencia al procesamiento hay en la normativa del procedimiento abreviado como no sea lo que en el próximo apartado hemos de comentar. En su lugar, como es sabido, se habla de imputado, sin formalidad alguna, que ha provocado que la jurisprudencia sienta que ha de partirse de la existencia de imputación anterior a la formulación de acusación que evite la indefensión, que precisamente el procesamiento también soslayaba al no poderse acordar la apertura del juicio oral sin que hubiera persona procesada.

III. LAS ESPECÍFICAS PREVISIONES DE INDICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

a) En fase de instrucción o diligencias previas.

Además de todos los supuestos anteriormente comentados, derivados de la normativa del procedimiento común ordinario, la presencia de los indicios cobra especial singularidad a la hora de la conclusión de las diligencias previas, regulado ello en el número 5 del artículo 789, pues evidentemente las diferentes opciones que dicho precepto ofrece al Juez de Instrucción para remitir las mismas a juicio de faltas, a la jurisdicción militar o de menores, cuando no al archivo por no ser el hecho constitutivo de infracción penal o no haber autor conocido, son todos supuestos que derivan de los datos indiciarios aportados a las diligencias.

E igualmente si acuerda seguir el Juez por el procedimiento ordenado en el capítulo II de la preparación del juicio oral, ha de ser precisamente porque los indicios existentes así lo aconsejan, desechando las anteriormente nombradas opciones, a las que habría de añadirse la relativa a que por ser el hecho de la máxima gravedad, con pena prevista legalmente superior a los doce años de privación de libertad, habría el Juez de acomodar el procedimiento al común ordinario, tal como al respecto se previene también en el nombrado artículo 780.

Pero aún en esta fase hay otra previsión legal de singular importancia por lo novedosa, y es la que al objeto de lograr la máxima aceleración en el procedimiento, se contempla en la regla 5ª de ese nombrado número 5 del art. 789, cual es la del supuesto en que el imputado reconoce los hechos que se le imputan y por no rebasar los mismos el ámbito competencial del Juzgado de

lo Penal (en general pena inferior a seis años) solicita juntamente con su Letrado defensor y el Ministerio Fiscal la remisión de las diligencias a dicho Juez de lo Penal, en una especie de juicio *per saltum*, sin fase intermedia alguna, que precisamente es la materia que trata de desarrollar con mayor precisión si cabe la nueva reforma procesal penal que con el calificativo de urgente está en trámite parlamentario.

Pues bien, en este supuesto de petición de ir directamente a juicio oral ante el Juez de lo Penal, el Juez de Instrucción ha de contar necesariamente con los indicios existentes en las actuaciones para acceder o no a ello, desde el momento de que como no podía ser menos aquella petición no es vinculante, sino sometida a la tutela jurisdiccional, de la que tampoco habrá de estar del todo ausente la ya citada norma del art. 406 relativa al convencimiento de la verdad de lo reconocido por parte del Juez de Instrucción, que es también de aplicación supletoria por la remisión del citado art. 780.

b) En fase intermedia de preparación del juicio oral.

En esta fase, donde en el procedimiento abreviado se regula la formulación de la acusación provisional y la decisión sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, también evidentemente los indicios han de ser determinantes de una u otra resolución, y tal es así que como ya adelantamos, es aquí precisamente donde la ley hace expresa mención a los indicios racionales de criminalidad.

Dos aspectos, es preciso tratar previamente, aunque sea de forma muy somera. Uno, relativo a que en este procedimiento, la competencia de la denominada fase intermedia no corresponde a la Audiencia Provincial como el procedimiento común, sino al mismo Juez de Instrucción, con lo que por un lado decide si la instrucción por él ordenada es suficiente (conformidad con la terminación del sumario nos dice el art. 627 para aquel procedimiento) y por otro si acuerda la apertura o no del juicio oral. El otro aspecto se refiere a la doble oportunidad que el legislador da al Juez de Instrucción de sobreseer las actuaciones, primero al finalizar las previas como ya vimos en el apartado anterior (aunque la remisión al archivo que hace el precepto para muchos autores no equivale al sobreseimiento libre, pero aunque así fuera, el mismo precepto habla expresamente de sobreseimiento provisional como no puede desconocerse), y segundo el poder optar entre la apertura del juicio oral que se le solicita o el sobreseer, de que enseguida nos ocuparemos.

Por lo demás, dejar constancia también de que al comienzo de esta fase, la ley previene la práctica de nuevas diligencias de evidente carácter instructo-

rio, a petición de las acusaciones, “con carácter imprescindible para formularla”, lo cual si bien puede suponer el acopio de nuevos indicios que bien pueden hacer cambiar de criterio al Juez que acuerda continuar el trámite de preparación para luego decidir la no apertura, es precisamente la ausencia de la defensa la que parece no dar pie a así entenderlo, frente a lo cual ha salido al paso la jurisprudencia en sentencias como la de 17 de abril de 1989 para establecer la necesaria intervención de la defensa del imputado en evitación de su indefensión (previsión esa de las diligencias complementarias que pese al carácter vinculante que parece dar el n° 2 del art. 790 cuando son pedidas por el Ministerio Fiscal, frente a la mera procedencia que menciona al ser pedidas por la acusación particular, es claro que por exigencias del principio de legalidad siempre cabría su rechazo de no ajustarse a lo que el propio precepto determina para su práctica).

Mas, como decíamos, es en esta fase intermedia donde al resolverse por el Juez de Instrucción sobre la apertura del juicio oral, el mismo cuenta además con el conocimiento de los escritos de acusación, y por tanto al resolver realiza lo que muchos denominan el juicio sobre la acusación, que ha de tener como punto de referencia los indicios existentes en las diligencias, lo cual algunos comentaristas critican por suponer una excesiva facultad en el Juez que no va a fallar, y por el carácter más parco o esencial que el art. 789 otorga a las diligencias previas frente a lo que las partes puedan reservarse para el juicio oral, con olvido, tales críticas, de que con ello se da al Juez la posibilidad de garantizar que nadie sea sometido a juicio sin fundamento, desechando así incluso la acusación del Ministerio Fiscal, pues como con verdadero acierto consigna la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado “es lo cierto que los principios de legalidad e imparcialidad aseguran la objetividad del Fiscal pero lo que no aseguran es su infalibilidad, y por ello, al igual que para corregir los posibles errores del Juez, también objetivo e imparcial, se arbitra en la ley un sistema de recursos, aquélla debe prever un mecanismo que remedie los posibles errores del Fiscal al evaluar los elementos de que dispone para ejercer la acusación”. Y ello es lo que también hace el legislador al disponer que el auto denegando la apertura es apelable; en cambio, muchos son también los que echan de menos el que no sea recurrible la decisión de apertura.

Presentado pues al Juez el escrito de acusación y solicitud de apertura del juicio oral, el nombrado número 6 del art. 790, indica al Juez en su párrafo primero que así lo acuerde, para añadir la salvedad de lo contrario precisamente si “no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado” o por no ser el hecho constitutivo de delito (que es el texto del número 2 del

art. 637 al que literalmente alude el precepto, por otra parte coincidente también con el texto del artículo 848 en que se autoriza el recurso de casación contra el sobreseimiento libre cuando “alguien se hallare procesado como culpable de los hechos sumariales”, como agrega por último).

Con lo transcrito del número 6 del citado art. 790 vemos entonces que el legislador para facultar al juez a denegar la apertura del juicio oral emplea exactamente la misma expresión que la utilizada en el procedimiento común ordinario para declarar procesada a una persona según el art. 384 párrafo primero, esto es la existencia de “indicios racionales de criminalidad”, y con ello vemos que además de esa expresa referencia a los indicios (reforzada con la calificación de que sean racionales incorporada precisamente en la Ley de 1882, a diferencia de la omisión que al respecto se contenía en la primera de 1872), y precisamente por ellos, es en lo que la ley toma como punto de referencia para filtrar el que en definitiva se llegue o no al juicio oral en uno y otro supuesto. En efecto, en el procedimiento ordinario, sin esos indicios racionales no cabía el procesamiento y sin éste no podía abrirse el juicio oral. Ahora, en el procedimiento abreviado, aunque no hay en él expresa referencia al procesamiento sino a la genérica imputación ya comentada, el juez no obstante, de no apreciar los repetidos indicios racionales, no acuerda la apertura del juicio oral. La contemplación de los indicios racionales se mantiene, la decisión judicial de ir o no al juicio oral, como tutela jurisdiccional del derecho a ser sometido a juicio sólo cuando hay base seria para ello, subsiste, aunque ahora, por la esencial simplificación del procedimiento abreviado, la decisión se adopta sin el paso intermedio del procesamiento, que desde luego tuvo siempre mala prensa y por ello mismo autores como Fenech opinaban que debía cambiársele de nombre aunque no desaparecer, convencido de la función depuradora que entrañaba. Ahora, como hemos dicho, no está previsto legalmente el procesamiento en el procedimiento abreviado, por más que algún comentarista llegue a sustentar su viabilidad con base en la remisión supletoria a las normas comunes del comentado artículo 780, lo cual parece excesivo por lo específico de la institución, pero en cambio no cabe duda que ese cometido garante del innecesario enjuiciamiento sí que persiste en la valoración jurisdiccional de los indicios racionales de criminalidad, que como también comenta Prieto Castro, han de entenderse propiamente como indicios racionales de participación en la comisión de un hecho delictivo.

Por otra parte, al agregar el precepto que comentamos que denegada la apertura del juicio oral el Juez de Instrucción acordará el sobreseimiento que

corresponda, conforme a los artículos 637 y 641, pese al amplio contenido que estos artículos tienen, en su modalidad de sobreseimiento libre y provisional ya comentada, particularmente de no haber motivos suficientes para acusar a determinada persona o de no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa (significando, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de octubre de 1988 “que provisionalmente no se han acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, los elementos configuradores de los tipos penales, y por ello suspende el procedimiento, pero no descarta que nuevos elementos de comprobación puedan hacer variar la consideración jurídica de las conductas enjuiciadas”), el sobreseimiento que el Juez acuerda no puede comprender la totalidad de los supuestos de aquellos preceptos, como lo evidencia que el propio art. 790 en su número 3 hace expresa exclusión de las exenciones de responsabilidad criminal de los números 1, 3, 7 y 10 del art. 8 del Código Penal (enajenación mental, graves alteraciones de percepción, estado de necesidad y miedo insuperable) dado que como comenta Almagro Nosete, no pueden sustraerse al control del juicio oral, y de ahí que los indicios en torno a tales eximentes precisen en todo caso convertirse en verdaderas pruebas en el juicio oral, con lo que se subsana expresamente la omisión habida al respecto en el procedimiento común.

c) En fase de juicio oral, tras conformidad con la acusación.

Como otra modalidad de simplificación del trámite, además del ya comentado supuesto del reconocimiento de los hechos en diligencias previas, que como veíamos puede originar el juicio oral ante el Juez Penal sin pasar por la fase intermedia, también ante la conformidad con la acusación prestada en el procedimiento abreviado, los indicios reunidos en las diligencias cobran especial significación, bien se produzca esa conformidad en la misma Fiscalía, bien en el escrito de defensa (art. 791-3), bien en la sesión del juicio oral (art. 793-3).

La significación de los indicios entonces, además de poder poner de manifiesto lo erróneo de la acusación y la procedencia de una pena más grave, que por aplicación supletoria del ya comentado art. 655 conduciría a acordar la prosecución del juicio, los indicios ahora se contemplan como indicadores de que el hecho carezca de tipicidad o que pongan de manifiesto la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación, en cuyo caso el último de los preceptos anteriormente citados remite al juzgador a que dicte la sentencia que proceda, sin sujeción por tanto a la conformidad sin más del acusado. Ello incluso en los supuestos de pena

que no exceda de seis años, pues como al fin ha aclarado la jurisprudencia, la estricta conformidad con la pena aceptada por las partes de que habla *in fine* el párrafo primero de ese número 3 sólo lo ha de ser respecto al hecho aceptado, como el propio precepto contribuye a entender cuando habla de “a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes”, tras decir anteriormente que la acusación presentada en el acto “no podrá referirse a hecho distinto” (sentencias, entre otras, de 17 de junio de 1991 y 13 de octubre de 1991, ambas de nuestro Tribunal Supremo).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Los indicios de que con tanta frecuencia nos habla el legislador en el procedimiento común por delitos, particularmente en la instrucción sumarial, como manifestación de datos reveladores de la sospecha imputando la participación en la comisión de un hecho delictivo, que no todavía pruebas obtenidas de la confrontación de las partes, sobre los que el juzgador basa las más diversas resoluciones tanto referidas a la actividad esclarecedora como a la adopción de medidas cautelares, tutelando siempre los derechos de las personas implicadas en el proceso, tienen también vigencia en el procedimiento abreviado, a pesar de la mayor simplicidad y reducido contenido que el legislador ha querido darle, muchas veces más aparente que real, estando presentes no sólo en la actividad procesal desplegada en fase de instrucción de diligencias previas, sino en la fase intermedia de preparación del juicio oral y hasta en éste en los casos de conformidad con la acusación, y ello no como mera aplicación supletoria de las normas comunes a que se remite el art. 780 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino por expresa referencia a ellos incluso, como hace particularmente a la hora de decidir el Juez de Instrucción la apertura del juicio oral o el sobreseimiento, en fase intermedia, como tamiz frente a acusaciones infundadas, en sustitución del análogo cometido que en el procedimiento común ordinario cumplía y sigue cumpliendo nuestro genuino auto de procesamiento.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMAGRO NOSETE y otros. *El Nuevo Proceso Penal*, Tirant lo Blanch. 1989.

FENECH. *El Proceso Penal*. Agesa. 1982.

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE. *Derecho Procesal Penal*. Agesa. 1987.

PRIETO CASTRO. *Derecho Procesal Penal*. Tecnos. 1982.

SERRA DOMÍNGUEZ. *Estudios de Derecho Procesal*. E. Ariel. 1969.

EL AUTOR: *Revista Foro Canario* n° 76, “Nueva reforma del título III del Libro IV de nuestra L.E.Cr. 1989”; n° 80, “La contradicción en la fase de instrucción del proceso penal”.

Revista Actualidad Penal n° 36, “Instrucción Penal y derecho a la tutela judicial efectiva, 1990”. N° 8, 1992, “Conformidad y sentencia en el Proceso Penal”.